

POSTANOWENIE
z dnia 1 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

Członkowie: Bogdan Artymowicz
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **S & T Services Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia 29 kwietnia 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IT.expert Sp. z o.o., 4pi Sp. z o.o., EFICOM S.A., Mirosław Abramowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Absoft Abramowicz Mirosław, Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **S & T Services Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **S & T Services Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **S & T Services Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa**

Uzasadnienie

Zamawiający, Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu, z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) (zwanej dalej ustawą) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi doradcze oraz wsparcie techniczne i organizację w zakresie planowania, realizacji i zarządzania przez Służbę celną projektem „Program e-Cło”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S216 w dniu 10 listopada 2009 r. pod nr 2009/S 216-311770.

Odwołującym w niniejszej sprawie jest S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Odwołującym).

W dniu 21 kwietnia 2010 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IT.expert Sp. z o.o., 4pi Sp. z o.o., EFICOM S.A., Mirosław Abramowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Absoft Abramowicz Mirosław (zwanych dalej Konsorcjum).

W dniu 29 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności zaniechanej, tj. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu,
- 2) art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę, który utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów w celu eliminacji innych wykonawców z rynku,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez nieodrżucenie oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodrżucenie nieważnej oferty,
- 4) art. 89 ust. 4 ustawy Pzp (taki *omyłkowy zapis w proteście*) poprzez nieodrżucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez nieodrżucenie nieważnej oferty,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez nieodrżucenie nieważnej oferty.

Uzasadniał, że na poprzednim etapie nie miał interesu prawnego we wnoszeniu protestu, ponieważ był wykonawcą wybranym, a ponadto możliwość wykazania naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istnieje dopiero wówczas, gdy mamy do czynienia z faktycznym utrudnieniem dostępu do rynku innym wykonawcom, czyli dopiero z chwilą uznania za najkorzystniejszą ofertę, w której popełniono czyn nieuczciwej konkurencji. Nie miało to miejsca na wcześniejszym etapie postępowania, ponieważ wykonawca ten był wykluczony. Podobnie w tym samym momencie zaistniały przesłanki protestu w zakresie nieważności oferty oraz jej rażąco niskiej ceny.

Dnia 7 maja 2010 r. do postępowania toczącego się w wyniku protestu po stronie Zamawiającego, na podstawie wezwania z dnia 4 maja 2010 r., przyłączyło się Konsorcjum,

wnosząc w szczególności o jego odrzucenie jako wniesionego po terminie określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz niedopuszczalnego na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Konsorcjum wskazywało, że termin na wniesienie protestu przez Odwołującego upłynął w dniu 25 lutego 2010 r. Zamawiający w dniu 15 lutego 2010 r. podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej i jednocześnie o wykluczeniu Konsorcjum oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na brak wymaganych certyfikatów, które w ocenie Zamawiającego nie zostały uzupełnione pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Przystępującego Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, Zamawiający uznał, iż poza wadliwymi certyfikatami, w pozostałym zakresie oferta Konsorcjum spełniała wszelkie pozostałe wymogi określone w ustawie Pzp oraz SIWZ, w tym wymogi dotyczące ceny. W jego opinii w dniu 15 lutego 2010 r. zaistniały zatem wszelkie przesłanki określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp niezbędne i konieczne do wniesienia protestu, ponieważ Odwołujący już wówczas dysponował wiedzą o wszelkich okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. W konsekwencji Odwołujący nie może skutecznie zaskarżyć czynności Zamawiającego polegającej na ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ bez wątpienia jego zarzuty oparte są na okolicznościach, które były znane w dniu 15 lutego 2010 r. Konsorcjum podnosiło, że niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym jest twierdzenie Odwołującego, że wówczas nie posiadał interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ to jego oferta była najkorzystniejsza, a możliwość wykazania naruszenia interesu prawnego zaistniała dopiero w momencie dokonania wyboru oferty Konsorcjum jako

najkorzystniejszej. W jego ocenie możliwość wykazywania ewentualnego naruszenia przez Konsorcjum art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istniała już w lutym 2010 r., ponieważ z przepisów prawa wynika, iż czynem konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten ma charakter normy generalnej, którą stosuje się do wszystkich przepisów określonych w w/w ustawie, w tym do art. 15 ust. 1 tej ustawy. Konsorcjum przez cały okres toczącego się postępowania był i jest realnym konkurentem Odwołującego i starał się uzyskać nad nim przewagę, składając lepszą ofertę. W konsekwencji, ewentualne „utrudnianie dostępu do rynku” wystąpiło już wcześniej, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, który błędnie wiąże moment „utrudniania dostępu do rynku” i „powstania interesu prawnego” z momentem ponownej oceny ofert przez Zamawiającego. Te wszystkie okoliczności istniały już w lutym 2010 r., a fakt zaskarżenia przez Odwołującego jedynie czynności Zamawiającego, zamiast jego potencjalnych zaniechań, które istniały już wcześniej, jest wbrew ustawie Pzp, która ustanawia sankcje na zaniechania popełnione uczestników postępowania, w postaci niemożności wniesienia

4

skutecznych środków ochrony prawnej. Podnosił także niedopuszczalność protestu na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp.

W dniu 12 maja 2010 r. Zamawiający na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp odrzucił ww. protest jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, że w dniu 15 lutego 2010 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Konsorcjum z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, ponieważ przedstawiony przez Konsorcjum wykaz ekspertów nie spełniał wymagań Zamawiającego. W dniu 25 lutego 2010 r. Konsorcjum wniosło protest na powyższe czynności. Zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp kopia protestu została przekazana wszystkim uczestnikom postępowania, w tym Odwołującemu. Odwołujący nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu po żadnej ze stron, przez co zdaniem Zamawiającego utracił prawo do skutecznego wniesienia protestu. Zamawiający podnosił, że na tym etapie postępowania Odwołujący, nie mając pewności co do sposobu rozstrzygnięcia protestu, winien skorzystać z uprawnienia przysługującego na podstawie art. 181 ust. 5 ustawy Pzp i przyłączyć się do postępowania po stronie Zamawiającego wskazując równocześnie argumenty podtrzymujące pierwotną decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum i wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Z uwagi na brzmienie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, iż wykonawca wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, traci prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu, wykonawca, który nie przystąpił do postępowania nie może oprotestować czynności oceny ofert będącej skutkiem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W dniu 20 maja 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i żądania protestu. Kwestionując zasadność odrzucenia protestu na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp w odniesieniu do stanu faktycznego w niniejszej sprawie Odwołujący wskazał, że art. 181 ust. 6 ustawy Pzp zabrania określonym podmiotom korzystania ze środków ochrony prawnej, ale tylko wobec czynności Zamawiającego. Konsekwencją powyżej regulacji jest, iż w zakresie zaniechań Zamawiającego podniesionych zgodnie z ustawą Pzp i nierozstrzygniętych ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, Zamawiający nie może stosować normy art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, a tego typu zarzuty należy rozpatrzyć zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto Odwołujący podnosił, że faktycznie utracił prawo do podnoszenia zarzutów na czynności Zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a

5

zatem na czynności, których podstawą w przedmiotowej sprawie było wykluczenie oraz zarzuty, które w związku z tym wskazało Konsorcjum. Natomiast a contrario w zaistniałym stanie faktycznym zarzuty nie badane w ówczesnym postępowaniu toczącym się w wyniku

wniesienia protestu zachowują swoją moc, o ile zostaną zgłoszone w odpowiednim momencie. Zdaniem Odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum na wskazanych przez Odwołującego podstawach miało miejsce dopiero w momencie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum. Dopiero wtedy zaistniała możliwość oprotowania takiego zaniechania. Na wcześniejszym etapie nie miał on bowiem interesu prawnego we wnoszeniu protestu, ponieważ to jego oferta była uznana za najkorzystniejszą, a jego interes prawny nie doznał i nie mógł doznać uszczerbku. Podnosił, że wniesiony uprzednio protest określał granice zarzutów, jakie można było podnieść. Skoro zatem od momentu uwzględnienia protestu Konsorcjum do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zaniechał dokonania wymaganej prawem czynności, a więc odrzucenia oferty z uwagi na zaistniałe naruszenia, zaktualizowała się możliwość wniesienia protestu na zaniechane czynności. Uzasadniał także, że art. 180 ust. 7 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia protestu, w którym protestujący powołuje się na okoliczności będące przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu pierwszego. Z uwagi zatem na okoliczność, iż czynność oprotowana przez Odwołującego jest czynnością nową dokonaną w dniu 21 kwietnia 2010 r. brak jest podstaw do zastosowania przez Zamawiającego art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Ponadto wskazywał, że możliwość wykazania naruszenia przez wykonawcę art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istnieje dopiero wówczas, gdy mamy do czynienia z faktycznym utrudnieniem dostępu do rynku innym wykonawcom, czyli dopiero z chwilą uznania za najkorzystniejszą ofertę, w której popełniono czyn nieuczciwej konkurencji. Na ówczesnym etapie nie miało to miejsca, ponieważ Konsorcjum było wykluczone z postępowania. W opinii Odwołującego tożsamość w tym samym momencie zaistniały przesłanki w zakresie nieważności oferty oraz jej rażąco niskiej ceny. Podkreślał jednak, że zakres uprzedniego postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu dotyczył wykluczenia Konsorcjum z innej przyczyny, niezależnie od powodów odrzucenia jego oferty z przyczyn podnoszonych w proteście z dnia 29 kwietnia 2010 r. Tym samym Odwołujący posiada interes prawny w obecnym postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 maja 2010 r. przed rozpoczęciem posiedzenia KIO Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podtrzymując dotychczasowe twierdzenia i żądania.

6

Uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego, dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a także oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania przedstawione na posiedzeniu, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kryterium cenowe) oferta Konsorcjum jest ofertą korzystniejszą od oferty Odwołującego.

W dniu 15 lutego 2010 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Konsorcjum i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Odwołującego. Wykluczenie Konsorcjum poprzedziło wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 25 lutego 2010 r. Konsorcjum wniosło protest w zakresie wykluczenia, który został uwzględniony przez Zamawiającego w całości. Odwołujący nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu pomimo wezwania.

Od uwzględnienia protestu nie zostało wniesione odwołanie, a zatem rozstrzygnięcie stało się ostateczne. W wykonaniu czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert w postępowaniu i w dniu 21 kwietnia 2010 r. wybrał ofertę Konsorcjum.

W dniu 29 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, a następnie w dniu 20 maja 2010 r. odwołanie, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo podstaw do takiego odrzucenia.

W dniu 15 lutego 2010 r. zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum, pomimo iż podlegała badaniu co do ewentualnych przesłanek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (Zamawiający żądał od Konsorcjum wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający nie znalazł podstaw do jej odrzucenia z innych przyczyn niż art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, co wynikało z rozstrzygnięcia postępowania z dnia 15 lutego 2010 r.

Odwołujący w okresie pomiędzy 15 lutego 2010 r. a 29 kwietnia 2010 r. nie wniósł protestu na ww zaniechania Zamawiającego, tj. nie domagał się odrzucenia oferty Konsorcjum

7

również na podstawie przyczyn, które podniósł w proteście z dnia 29 kwietnia 2010 r. i w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów przewidzianych w ustawie. Termin do wniesienia protestu określony został w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp – protest wnosi się do Zamawiającego w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z kolei na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy protest dotyczyć może zarówno czynności przedsięwziętych przez zamawiającego, jak i zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany.

Izba ustaliła, że z analizy treści protestu i odwołania wynika, iż dotyczą one zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo istnienia podstaw do takiego odrzucenia wynikających z art. 89 ust. 1 pkt 3), 4) i 8) ustawy Pzp.

O dokonanej w postępowaniu ocenie ofert oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum z innych przyczyn niż art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp (odrzućenie oferty wykonawcy wykluczonego) Odwołujący dowiedział się w dniu 15 lutego 2010 r., tj. w chwili zawiadomienia wykonawców o wynikach postępowania. Bezpośrednio w tej dacie powziął lub zachowując należyłą staranność mógł powziąć wiadomość, iż ww oferta podlega również odrzuceniu ze względu na obecnie podnoszone w proteście i odwołaniu okoliczności, a które Zamawiający bezprawnie w ocenie Odwołującego pominął. Tym samym termin na wnoszenie protestu, którego podstawę wnoszenia stanowią okoliczności powoływane przez Odwołującego, upłynął w niniejszym postępowaniu dnia 25 lutego 2010 r. Niezasadnym jest zatem twierdzenie Odwołującego, jakoby informację o okolicznościach stanowiących podstawę protestu powziął w dacie 21 kwietnia 2010 r., tj. w dacie otrzymania informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Protest nie dotyczył bowiem w istocie czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum wybranej jako najkorzystniejsza, z przyczyn wskazanych w proteście. Tym samym w przedmiotowym przypadku za „okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia protestu”, które należy wziąć pod uwagę przy obliczaniu terminu na wnoszenie tego środka ochrony prawnej, należy uznać nie ponowny wybór oferty najkorzystniejszej (wybór oferty Konsorcjum), lecz zaniechania Zamawiającego, które następnie w proteście Odwołujący podnosi. Jak wnika ze stanu faktycznego niniejszej sprawy miarodajną datą w tym zakresie

8

jest 15 luty 2010 r., tj. data otrzymania informacji o pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ to w tym terminie Odwołujący mógł powziąć informacje o wszelkich okolicznościach, które następnie stały się podstawą jego protestu. Wprawdzie już wcześniej mógł zapoznać się z dokumentacją postępowania, w tym ofertą Konsorcjum, jednak jak wynika z orzecznictwa powoływanego zresztą również przez Odwołującego nie można wnieść protestu na zaniechanie odrzucenia oferty przed dokonaniem przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. jedynie na podstawie analizy udostępnionych ofert. W przypadku zaniechania odrzucenia oferty przez zamawiającego pomimo istnienia obligatoryjnych podstaw do odrzucenia wykonawcy, zmierzający do zabezpieczenia swojego

interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, obowiązani są do oprotestowania tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w którym o okoliczności się dowiedzieli, pod sankcją utraty możliwości ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Fakt powtarzania pewnych czynności przez zamawiającego jest tu bez znaczenia, ponieważ okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego odrzucenia oferty w niniejszym postępowaniu pozostają niezmienione, a informację o ich wystąpieniu można było uzyskać po dniu pierwszego wyboru oferty (postanowienie KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 490/09).

Odwołujący, uzasadniając niekwestionowanie na wcześniejszym etapie postępowania okoliczności zaniechania odrzucenia oferty, wskazywał, że nie miał interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ jego oferta była wówczas wybrana, a Konsorcjum wykluczone z postępowania, zaś jego oferta odrzucona. Jego interes prawny nie doznał i nie mógł na tym etapie i w takich okolicznościach doznać jakiegokolwiek uszczerbku. Izba wskazuje, że w jej ocenie interpretacja powyższa jest niezasadna. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują w wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym posiadanie ww. interesu prawnego, jak słusznie wskazuje Odwołujący, jest materialno-prawną przesłanką korzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku powzięcia informacji o zaniechaniu odrzucenia danej oferty czy wykluczenia wykonawcy ze względu na wszelkie okoliczności skutkujące podstawą do dokonania takiej czynności, przy jednoczesnym dokonaniu wykluczenia czy odrzucenia oferty na innej podstawie faktycznej czy prawnej wykonawcy, którym pozostawienie danej oferty w postępowaniu będzie uniemożliwiało uzyskanie zamówienia będą w pełni uprawnieni do wnoszenia protestów na tego typu zaniechania zamawiającego. O powyższym przesądza przywołane brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi również o możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Tego typu możliwość jest w takim przypadku

9

jak najbardziej realna i prawdopodobna – w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniającego czynność zamawiającego dokonaną w oparciu na wykazanej, ograniczonej podstawie, inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu ze względu na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz upływ terminów do ich wnoszenia, tracą możliwość późniejszego podnoszenia dodatkowych okoliczności skutkujących usunięciem danej oferty z postępowania, czyli nie będą posiadać możliwości kwestionowania dokonania wyboru takiej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu przywracającym ją do postępowania (postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1670/09). Nie mogą bowiem tego typu okoliczności podnieść w przyłączeniu do postępowania protestacyjno-odwoławczego. Zgodnie z art. 181 ust. 5 ustawy Pzp przystępujący do postępowania protestacyjnego mogą jedynie określać swoje żądania co do sposobu rozstrzygnięcia zarzutów protestu wraz z podaniem argumentacji na rzecz takiego rozstrzygnięcia, a nie rozszerzać podstawę dokonania określonej czynności o dodatkowe okoliczności czy uzasadnienia i w ten sposób doprowadzić do wyrokowania w tym przedmiocie, niejako na cudzy koszt (wyrok KIO z dnia 4 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1082, KIO/UZP 1095, KIO/UZP 1112/09). Zgodnie z powyższym, Odwołujący, w ocenie Izby, posiadał interes prawny w kwestionowaniu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum już na etapie po pierwszym wyborze oferty, zaś brak wniesienia wówczas protestu skutkowało upływem zawitego terminu na jego wniesienie.

Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego odnośnie braku możliwości kwestionowania przez Odwołującego oferty Konsorcjum jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oraz nieważności oferty na wcześniejszym etapie. Zdaniem Odwołującego możliwość wykazania naruszenia przez wykonawcę art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (utrudnianie dostępu do rynku) istnieje dopiero wówczas, gdy mamy do czynienia z faktycznym utrudnianiem dostępu do rynku, tj. dopiero z chwilą uznania za najkorzystniejszą oferty, w której popełniono czyn nieuczciwej konkurencji, co na ówczesnym etapie postępowania nie miało

miejsca. To samo dotyczy rażąco niskiej ceny i nieważności oferty. W ocenie Izby takie rozumowanie jest niezasadne przede wszystkim ze względu na brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje obligatoryjne przesłanki odrzucenia oferty. Przesłanki te analizowane są przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert w oparciu o informacje zawarte w złożonych ofertach. Późniejsze okoliczności, w tym wybór takiej oferty, nie mogą być zatem uznane za miarodajne. Art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp dotyczy obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym aby odrzucić ofertę z tego powodu konieczne jest ustalenie, że już jej złożenie stanowi czyn

10

nieuczciwej konkurencji. Jeżeli zatem na etapie złożenia ofert nie można uznać, że oferta taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie będzie podlegała odrzuceniu, a zatem wniosek, iż zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty z tego powodu będzie niezasadny. Podobnie w zakresie badania ceny rażąco niskiej czy odrzucenia oferty z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów. Ponadto zaakceptowanie stanowiska przedstawionego w odwołaniu prowadziłoby w konsekwencji do niemożności kwestionowania na podstawie przedmiotowych przepisów ustawy Pzp ofert, które nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, a dotyczącego czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, tj. na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższa podstawa prawna nie ma zastosowania. W tym zakresie należy podzielić stanowisko Odwołującego, że faktycznie utracił on prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a zatem na czynności, których podstawą w przedmiotowej sprawie było wykluczenie oraz zarzuty, które w związku z tym wskazało Konsorcjum. Natomiast a contrario w zaistniałym stanie faktycznym zarzuty nie badane w ówczesnym postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu zachowują swoją moc, o ile jednak zostaną zgłoszone w odpowiednim terminie. Protest i odwołanie, jak wynika to z jego treści, dotyczyły zaniechania, a zatem nie były objęte dyspozycją tego przepisu.

Reasumując, wnoszenie protestów wobec niezgodnego z przepisami zawężenia podstawy wykluczenia czy odrzucenia, czy też w sytuacji, gdy wykonawca został wykluczony, a jego oferta podlegała także odrzuceniu z innych przyczyn lub gdy została odrzucona, a wykonawca podlegał także wykluczeniu, a zatem polegające na nieuwzględnieniu wszelkich okoliczności skutkujących odrzuceniem już odrzuconej z innych powodów oferty bądź analogicznie wykluczeniem wykonawcy, mieści się w pojęciu interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Jeżeli więc Odwołujący chciał doprowadzić do ustosunkowania się przez Zamawiającego do jego zarzutów, czy do orzekania Izby w tym przedmiocie, mógł i powinien wnieść protest oparty na aktualnie podnoszonych okolicznościach we właściwym do tego terminie. W przypadku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum również z powodów wskazanych w proteście z dnia 29 kwietnia 2010 r., Odwołujący, który zmierzał do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, powinien oprotestować tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w

11

którym o okoliczności tej się dowiedział, pod sankcją utraty możliwości podnoszenia tego typu zarzutów w dalszym biegu postępowania (por. postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 191/10). Na poparcie powyższego wskazać należy również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2006 r., sygn. akt V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

12

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

13