

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Sławomir Krajewski (spr.)
Sędzia SO Agnieszka Bednarek

Sędzia SO Ilona Mostowska

Protokolant st. sekr. sąd. Dorota Szlachta

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 stycznia 2009 r. w Szczecinie
skargi Sygnity Spółki Akcyjnej w Warszawie
na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 13 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1041/08
w sprawie przeciwko zamawiającemu Urzędowi Morskiemu w Szczecinie
z udziałem przystępującego ComArch Spółki Akcyjnej w Krakowie
o zamówienie publiczne

I. oddala skargę;

**II. zasądza od skarżącego Sygnity Spółki Akcyjnej w Warszawie na rzecz
zamawiającego Urzędu Morskiego w Szczecinie kwotę 617 zł (sześćset
siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;**

**III. zasądza od skarżącego Sygnity Spółki Akcyjnej w Warszawie na rzecz
przystępującego ComArch Spółki Akcyjnej w Krakowie kwotę 617 zł
(sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.**

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 13 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1041/08, Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie odrzuciła odwołanie wniesione przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Urząd Morski w Szczecinie protestu z dnia 05 września 2008 roku oraz orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności wskazano, że zasadnie wywodził przystępujący, że Izba bada istnienie przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych z urzędu, a zatem wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania nie mógł być nierozpoznawany i uznany za niedopuszczalny na podstawie art. 184 ust. 5 tej ustawy.

Następnie przypomnianym zostało, że w sprawie KIO/UZP 804/08 przesadzono, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powołaniem się na nie odpowiadanie przez nią treści SIWZ w postaci braku szczegółowego opisu proponowanego rozwiązania, braku określenia na bazie jakiej bazy danych oraz serwerów aplikacyjnych będzie działał dany system i nazw handlowych oferowanych narzędzi informatycznych i wreszcie braku określenia systemu kontroli dostępu wraz z elementami RCP.

KIO stwierdziła nadto, że występujący wówczas jako przystępujący Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie podnosił, że ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. V.2.7 SIWZ - tj. nie wykazał, że w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonał dwie dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Przystępujący podniósł tu zastrzeżenia wobec dwóci z trzech przedstawionych dostaw: wdrożenie systemu dla Urzędu Marszałkowskiego w Kielcach - które zostało zakończone 17 czerwca 2008 roku, a więc już po wszczęciu postępowania i wdrożeniu systemu e-Łódź - ponieważ prace te polegały wykonaniu ze sporym opóźnieniem, w związku z czym zapłacono Miastu Łódź kary umowne. Z powołaniem się na te zarzuty Sygnity S.A. w Warszawie wywodziło, że ówczesny odwołujący winien być ze względu na powyższe okoliczności wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i zamawiający nie mógł wezwać obecnego Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako że nie wskazano w niej, że posiada jedną z funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, a mianowicie definiowania tematów zamówień publicznych (co wskazano na str. 51 SIWZ). Przedmiotem, zatem poprzedniego postępowania przed Izba nie były zarzuty odnoszące się do zaniechania wykluczenia obecnego przystępującego z uwagi na brak wymaganego doświadczenia oraz zaniechania odrzucenia oferty tego przystępującego mimo, że według Sygnity S.A. jest to oferta zawierająca rażąco niską cenę. KIO wskazała, że w poprzednim postępowaniu Izba nie rozstrzygnęła ostatecznie o takich zarzutach, gdyż nie mieściły się one w granicach rozpoznania Izby, określonych przez art. 191 ust. 3 *id.* 1 ustawy, Sygnity S.A. nie mogło ich skutecznie podnieść w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym protestem ComArch. Przystępujący nie miał, bowiem możliwości podnoszenia nowych zarzutów odnośnie oferty odwołującego, jako odrzuconej, gdyż w przystąpieniu ma on obowiązek zgłosić jedynie swoje żądanie, co do rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w proteście oraz wskazać swój interes prawny, a nadto jego czynności nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego, do którego wówczas Odwołujący przystąpił (art. 184 ust. 5 Fzp).

W ocenie KIO zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty jeśli zaistnieje choćby jedna z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 ustawy. Zamawiający w sprawie będącej przedmiotem badania Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 8(4)/08 wskazał przy tym jedynie na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią siwz i na tej podstawie dokonał odrzucenia tej oferty.

Sytuacja, zatem prawna obecnego odwołującego kształtowała się wówczas w następujący sposób :

1. jego oferta została wybrana, 2. była jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, 3. oferta jego jedyne go konkurenta została, choć jeszcze nieostatecznie, odrzucona.

KIO podkreśliło, że wówczas przystąpienie Sygnity S. A. nie dotyczyło czynności ani zaniechania zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, ani zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oferty.

W konsekwencji zamawiający dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert nie był w tym

zakresie związany wyrokiem Izby z dnia 19 sierpnia 2008 roku, a sam wyrok w tym zakresie nie czynił żadnych ustaleń ani rozważań. Nie zaistniała, przeto wywodzona przez przystępującego przesłanka odrzucenia protestu i odwołania z uwagi na fakt, iż odwołujący złożył protest na czynność dokonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

KIO podzieliła natomiast stanowisko przystępującego, że podnoszone na obecnym etapie postępowania zarzuty odwołującego są spóźnione.

Wskazała, iż przesłanką wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest każde działanie lub zaniechanie zamawiającego, ale tylko takie, które powoduje, że u wnoszącego środki ochrony prawnej interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznaje lub może doznać uszczerbku (art. 179 ust. 1 Pzp).

Izba dokonała następnie analizy czy czynności i zaniechania zamawiającego, które były przedmiotem rozpoznania w sprawie sygn. akt KIO/UZP 804/08 wywoływały jakiekolwiek skutki w sferze interesu prawnego obecnego odwołującego.

Podzielono tu pogląd przystępującego, że odwołujący miał interes prawny we wzmocnieniu swojej pozycji jako wybranego wykonawcy i z tego tytułu przysługiwało mu prawo wniesienia osobnego protestu na zaniechanie zamawiającego odrzucenia odrzuconej oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 10, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający w uprzednim stanie faktycznym w istocie dopuścił się zaniechania, gdyż w rzeczywistości odrzucił ofertę przystępującego, ale nie dokonał pełnego badania jego oferty, biorąc pod uwagę wszystkie przesłanki tak wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ustawy jak i odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 ustawy, do czego był zobligowany.

KIO podniosła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, albowiem protest został wniesiony z uchybieniem siedmiodniowego terminu przysługującego na wniesienie tego środka ochrony prawnej.

W szczególności wskazano, że jak wynika z akt sprawy i wyjaśnień stron, zamawiający w dniu 08 lipca 2008 roku zgodnie z art. 92 ustawy poinformował wszystkich uczestniczących w postępowaniu wykonawców o dokonanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej i dzień ten był dniem, od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu dotyczącego nie tylko wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisami ustawy, tj. np. zaniechania odrzucenia innych ofert. Od tego, zatem dnia wykonawcy winni zgłaszać zarzuty dotyczące ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Uwypuklonym zostało, że odwołujący nie był w dniu 08 lipca 2008 roku ostatecznie uznanym za najkorzystniejszego, gdyż przystępującemu przysługiwały środki ochrony prawnej od decyzji zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący, przeto winien był liczyć się z tym, że decyzja zamawiającego w tym przedmiocie nie jest ostateczna i że może ulec zmianie w wyniku postępowań protestacyjno-odwoławczych. W tym sensie jego interes prawny był realnie zagrożony, poprzez możliwą zmianę stanowiska zamawiającego. Chcąc, zatem nie być pozbawiony możliwości podnoszenia swoich argumentów na dalszym etapie postępowania, powinien był samodzielnie wnieść protest do zamawiającego, jeśli w jego działaniu dostrzegł się zaniechań, w tym w odniesieniu do wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty z powodu braku doświadczenia jak i odrzucenia oferty przystępującego, mimo tego, że w ocenie odwołującego, złożył on ofertę z rażąco niską ceną.

Zdaniem KIO pogląd wyrażony przez odwołującego prowadziłby do wniosku, że wykonawca może zgłaszać zarzuty wyłącznie w stosunku do oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Tymczasem środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagrożony doznaniem uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada, więc tu każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wyjaśniono, że protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych, prowadzić ma bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez zamawiającego. Z powołaniem się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07) KIO podniosła, że wykonawca ma obowiązek działania z należytą starannością, jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego,

zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Nowelizacja przy tym ustawy Pzp z dnia 07 kwietnia 2006 roku wprowadziła koncentrację środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na jednoczesnym rozpatrywaniu przez zamawiającego wszystkich złożonych protestów dotyczących treści SIWZ, wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert lub zaniechania tych czynności oraz na konieczności zgłaszania przez wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu zarzutów dotyczących niezgodnych z przepisami działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

KIO zwróciła uwagę, że termin na wniesienie protestu, określony w art. 180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej. Ponowna ocena ofert dokonana przez zamawiającego w wyniku wyroku Izby nie powoduje, zaś przywrócenia terminu do wniesienia środków ochrony prawnej na zaniechanie zamawiającego, o którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Zdaniem KIO za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane 4/9/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego.

Reasumując KIO orzekła jak w sentencji, uznając, że na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 7 Pzp, zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania.

Skargę na powyższe postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie i zaskarżając postanowienie w całości, wniósł o:

1. uwzględnienie skargi,
2. uchylenie, ewentualnie zmianę zaskarżonego postanowienia w zakresie zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp i orzeczenie co do istoty sprawy zgodnie z wnioskami zgłaszanymi przez skarżący w treści odwołania z dnia 19 września 2008 roku,
3. zwrot przez Zamawiającego na rzecz Skarżącej kosztów postępowania przed KIO oraz z tytułu wniesienia niniejszej skargi,
4. Zasądzenie od Zamawiającego - Urzędu Morskiego w Szczecinie na rzecz Skarżącej kosztów procesowych według norm przepisanych.

Skarżący zaskarżonemu postanowieniu zarzucił naruszenie art. 179 ust. 1, 180 ust. 1 oraz 180 ust. 2 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i i zanie, iż protest z dnia 05 września 2008 roku został przez skarżącego wniesiony z uchybieniem terminu.

W obszernym uzasadnieniu zarzuty 2 zostały rozwinięte

W szczególności skarżący wskazał, że w swym proteście, wniósł o wykluczenie z postępowania ComArch S.A., z uwagi na złożenie przezeń w postępowaniu nieprawdziwych informacji w wykazie prac podobnych mających potwierdzić posiadanie doświadczenia, mających wpływ na wynik postępowania, a także z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Dalej przypomniał, że zamawiający rozstrzygając protest, poprzez jego oddalenie, jednocześnie poinformował, iż wszczął postępowanie, mające na celu wyjaśnienie z poszczególnymi wystawcami referencji (zamawiającymi referencyjnymi), czy twierdzenia zawarte przez skarżącą w proteście są zasadne. Zamawiający mimo oddalenia protestu, przyznał, iż z oświadczeń dotyczących 10 dostaw referencyjnych: w odniesieniu do dostawy nr 6 ComArch S.A. podał nieprawdziwe informacje w załączniku nr 3 (wykaz prac podobnych), dostawa nr 5 nie spełnia kryterium wartości odpowiadającej pracy podobnej zgodnie z zapisami SIWZ, dostawa nr 8 nie odpowiada wymogom SIWZ z uwagi na termin jej wykonania niemieszczący się w okresie trzyletnim przed dniem wszczęcia postępowania. Zamawiający dodał, że wynik protestu jest oparty o aktualny stan jego wiedzy. Dodatkowo w treści

pisma z dnia 06 października 2008 roku zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu pism od zamawiających referencyjnych uznał, że żadna z wymienionych referencji nie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w załączniku nr 3 do SIWZ. Wreszcie w dniu 10 października 2008 roku skarżący otrzymał od zamawiającego kopię informacji od zamawiającego referencyjnego dostawy nr 9, który również nie wskazał, iż dostawa ta jest dostawą podobną w rozumieniu SIWZ.

Skarżący stwierdził, że choć KIO podzieliła jego stanowisko, iż poprzednie postępowanie protestacyjne - odwoławcze o sygnaturze KIO/UZP 804/08 nie dotyczyło zaniechania czynności wykluczenia ComArch S.A. z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, ani zaniechania odrzucenia oferty ComArch S.A. z uwagi na rażąco niską cenę, a co za tym idzie zamawiający dokonując ponownie czynności badania i oceny ofert nie był w tym zakresie związany wyrokiem KIO z dnia 19 sierpnia 2008 roku, to jednak uznała, że podnoszone na obecnym etapie postępowania zarzuty skarżącego są spóźnione, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 7 Pzp.

Skarżący podniósł, że powyższe stanowisko KIO nie znajduje odzwierciedlenia ani w przepisach Pzp ani w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, ani innych składów orzekających KIO. Zaskarżone postanowienie zostało nadto wydane w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny, z rażącym naruszeniem przepisów prawa procesowego i prawa materialnego.

W pierwszej kolejności skarżący podniósł, iż wniosek ComArch S.A. o odrzucenie odwołania skarżącego nie powinien być przez KIO rozpoznawany, gdyż jest niedopuszczalny.

Wskazał, że na skutek przystąpienia w dniu 23 września 2008 roku do postępowania odwoławczego ComArch S.A. uzyskał status, który doktryna zamówień publicznych, przyrównuje do statusu interwenienta ubocznego w postępowaniu cywilnym. Zgodnie, zaś z art. 184 ust. 5 Pzp czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z c:ynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Przepis ten nie precyzuje czy chodzi o c:ynności i oświadczenia wyłącznie w zakresie zarzutów materialnoprawnych, czy może również w zakresie zarzutów formalnoprawnych.

Skarżący stwierdził, że zamawiający na posiedzeniu w dniu 13 października 2008 roku złożył oświadczenie, iż nie popiera twierdzeń ComArch S.A. w zakresie istnienia podstaw prawnych do odrzucenia odwołania skarżącego przedstawionych zarówno w przystąpieniu do protestu jak i odwołaniu.

Dodatkowo zważono, że ComArch S.A. wnosząc o odrzucenie protestu, a kolejno odwołania, niezależnie od wskazania przyczyn formalnych wynikających z art. 187 ust. 4 Pzp, wskazywał również na brak uszczerbku w interesie prawnym skarżącego. Nawet, jeżeli więc przyznać słuszność twierdzeniom KIO, iż do rozpatrywania zaistnienia przyczyn formalnych odrzucenia odwołania jest on zobowiązany z urzędu, to ewentualny brak uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia nie jest przesłanką formalną odrzucenia odwołania bądź protestu.

W takiej sytuacji, w ocenie skarżącego, wnioski przystępującego nie powinny być brane przez skład orzekający pod uwagę, jako pozostające w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Następnie skarżący podniósł, że przedmiotem orzekania KIO w przedmiotowym postanowieniu była również przesłanka dotycząca interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego ustalenie miało bezpośredni wpływ na dalsze ustalenie czy protest został wniesiony z uchybieniem terminu czy też nie. Zdaniem skarżącego ponieważ przesłanka ta jest przesłanką merytoryczną, a nie formalną, jej rozstrzygnięcie winno odbyć się nie na posiedzeniu, ale na rozprawie. Brak interesu prawnego nie jest, bowiem przesłanką do odrzucenia odwołania, w rozumieniu w art. 187 ust. 4 Pzp. Izba nie była, przeto uprawniona do brania jej pod uwagę z urzędu i to na tym etapie postępowania.

Reasumując skarżący stwierdził, że brak było podstaw formalnoprawnych do uwzględnienia wniosku ComArch S.A. o odrzucenie odwołania z uwagi na jego sprzeczność ze stanowiskiem strony, do której przystąpił, jak również brak było podstaw prawnych do wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania na tym etapie postępowania, bez uprzedniego odniesienia się na rozprawie do kwestii interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego przez skarżącego.

Skarżący podkreślił, że ustalenie posiadania bądź nie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia

publicznego ma istotny wpływ na ustalenie terminu do podjęcia przez skarżącego środków ochrony prawnej.

W świetle treści art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i 2 Pzp skarżący stwierdził, że protest przysługuje wykonawcy w sytuacji, gdy jednocześnie spełnione zostaną następujące przesłanki: 1. Zamawiający dokona czynności lub zaniecha dokonania czynności, do której jest zobowiązany, a dokonana czynność lub zaniechanie dokonania czynności będzie sprzeczne z prawem; 2. Na skutek dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności sprzecznych z prawem interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego wykonawcy dozna lub może doznać uszczerbku;

3. Istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy bezprawnym działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, a powstaniem uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego. Termin na wniesienie protestu w takiej sytuacji biegnie od momentu, w którym wskazane wyżej przesłanki zostaną spełnione łącznie.

Skarżący uznał, że przesłanką materialną wniesienia protestu jest, więc również sam upływ terminu od określonego działania lub zaniechania przez zamawiającego. Dodał jednak, że nawet jeżeli czynność lub zaniechanie zamawiającego mają wpływ na ogólną sferę interesów wykonawcy, nie zachodzi przesłanka podjęcia przez niego środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp. Wedle skarżącego środki ochrony prawnej mogą być podejmowane wyłącznie w celu ochrony sfery interesów prawnych wykonawcy zmierzających do uzyskania zamówienia publicznego, nie zaś w celu ochrony jakiegokolwiek interesu wykonawcy.

W ocenie skarżącego stanowisko KIO, że miał on interes prawny we wzmocnieniu swojej pozycji jako wybranego i z tego tytułu przysługiwało mu prawo do wniesienia protestu na ewentualne zaniechania zamawiającego i to już licząc od dnia 08 lipca 2008 roku, nie znajduje umocowania, w kontekście wcześniej poczynionych w uzasadnieniu postanowienia ustaleń i twierdzeń KIO.

Skoro, bowiem Izba przyznaje, iż podstawą podjęcia środków ochrony prawnej jest uszczerbek lub możliwość doznania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia publicznego, to nie jest uzasadnionym późniejsze wywodzenie, iż podstawą protestu miałby być interes prawny we wzmocnieniu pozycji wykonawcy jako wybranego. Skarżący stwierdził, że w sytuacji kiedy oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, nawet jeżeli wybór ten jest nieprawomocny, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku na skutek działań lub zaniechań zamawiającego w chwili wyboru. Dopiero zmiana stanowiska zamawiającego na skutek np. wyroku KIO czy korekta dokonanego wyboru, daje wykonawcy podstawę do podjęcia środków ochrony prawnej.

Skarżący dodał, że nie można utożsamiać interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego, z interesem prawnym we wzmocnieniu swojej pozycji w przetargu. Takie rozumienie interesu prawnego prowadziłoby, bowiem do wniosku, iż każdy wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobligowany jest do składania protestów na wszystkie oferty złożone w postępowaniu, zarówno te odrzucone jak i nieodrzucone przez zamawiającego, gdyż wzmocnienie pozycji wykonawcy wybranego w rzeczywistości prowadziłoby do pozostawienia w postępowaniu jedynie oferty wygrywającej. W ocenie skarżącego skutkiem takiego rozumowania byłoby uznanie, iż celem środków ochrony prawnej jest eliminacja konkurencji z postępowania, a nie wyłącznie ochrona własnego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego. Tymczasem obowiązujące normy prawa zamówień publicznych, ale i art. 5 kc nie dają podstaw do wykorzystywania środków ochrony prawnej w celach innych niż obrona interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Skarżący zauważył, iż w chwili pierwszego badania i oceny ofert przywrócenie oferty ComArch S.A. do postępowania nie musiało oznaczać, iż oferta ta automatycznie (w oczywisty sposób) będzie ofertą najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu, że zamawiający w SIWZ określił dwa kryteria oceny ofert: cenę i posiadanie przez oferowany system dodatkowych funkcjonalności. Cena oferowana przez ComArch S.A. była rzeczywiście ceną niższą niż cena skarżącego, jednak w zakresie funkcjonalności systemu zamawiający nie dokonał badania i oceny oferty ComArch S.A. aż do czasu powtórnego badania i oceny ofert nakazanych przez KIO w wyroku z dnia 19 sierpnia 2008 roku. Skarżący dodał, że oferta ComArch S.A. w zakresie oferowanych funkcjonalności była zastrzeżona, jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem skarżący nie miał nawet możliwości ich poznania i stwierdzenia, czy bilans ceny i pozostałego kryterium w przypadku oferty ComArch S.A. mógłby stworzyć podstawy do uznania oferty tego podmiotu za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Dalej skarżący podniósł, że z perspektywy kolejnych działań zamawiającego (w tym powtórnego

badania i oceny ofert) można ewentualnie uznać, iż interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego przez skarżącego mógł być potencjalnie zagrożony, jednak w dniu 08 lipca 2008 roku, skarżący takiej wiedzy nie posiadał. Dodał, że również wyrok KIO w sprawie KIO/UZP 804/08 nie nakazywał wyboru oferty ComArch S.A. jako najkorzystniejszej i nie wskazywał, iż w ogólności jest ona zgodna z przepisami prawa i treścią SIWZ, a jedynie orzekł z zakresie zarzutów zawartych w jego proteście. Dopiero późniejsze czynności zamawiającego nakazane przez KIO doprowadziły do zmiany pozycji skarżącego w przetargu, co naruszyło jej interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego. Skarżący uznał, zatem, że dopiero wtedy spełniły się materialnoprawne przesłanki do podjęcia przez niego środków ochrony prawnej. W oparciu o wyrok ZA z dnia 12 marca 2007 roku dodano, że wykazanie naruszenia interesu prawnego powinno być realne i konkretne, opierać się na faktach a nie hipotezach lub żądaniach, które nie mogą lub nie muszą być spełnione przez zamawiającego. Skarżący zważył wreszcie, że nakazane przez KIO ponowne badanie i ocena oferty ComArch S.A. - dokonane w zakresie oferowanych funkcjonalności - ponownie mogło doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a interes prawny skarżącego w uzyskaniu zamówienia publicznego nadal nie byłby zagrożony.

W następnej kolejności skarżący określił, że skoro zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty, to brak było podstaw prawnych do zarzucania mu w drodze protestu zaniechania ich dokonania. Nawet, więc jeżeli istniały inne powody uzasadniające odrzucenie oferty czy wykluczenie wykonawcy skutkujące odrzuceniem oferty, nie sposób zarzucić zamawiającemu zaniechanie ich dokonania. Odrzucenie oferty z postępowania, bez względu na wielość podstaw, dokonywane jest, bowiem w drodze jednej czynności.

Z powołaniem się na uchwałę SN z dnia 17 lipca 2003 roku skarżący podniósł, że samo powzięcie przez uczestnika postępowania o zamówienie publiczne w drodze przetargu nieograniczonego wiadomości o uchybieniach skutkujących wykluczeniem z postępowania innego uczestnika lub odrzuceniem jego oferty nie stanowi podstawy do wniesienia protestu i może on zostać skutecznie wniesiony w ciągu 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o złożeniu przez zamawiającego oświadczenia woli w przedmiocie wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty, a w razie zaniechania przez zamawiającego złożenia takiego oświadczenia woli, siedmiodniowy termin do złożenia protestu liczy się od dnia zawiadomienia uczestnika o wyborze oferty. Dlatego też skarżący nie był uprawniony do wniesienia protestu po dniu 08 lipca 2008 roku, wbrew temu co twierdzi KIO, gdyż nie można zrzucić zamawiającemu w tamtym czasie zaniechania złożenia oświadczenia woli w przedmiocie odrzucenia oferty ComArch S.A. W ocenie skarżącego w razie złożenia wówczas protestu i w przypadku uznania przez zamawiającego przedwczesności podjęcia tego środka ochrony prawnej, skarżący, stosownie do treści art. 181 ust. 7 Pzp straciłby możliwość powoływania się na te same okoliczności w sytuacji, gdy interes prawny w uzyskaniu zamówienia zostanie rzeczywiście naruszony.

Z powołaniem się na powyższe twierdzenia skarżący wywiódł, że zaskarżone postanowienie:

1. Prowadzi do odmiennego rozumienia podstaw podejmowania środków ochrony prawnej - z uwagi na szereg przytoczonych w niniejszej skardze orzeczeń wskazujących na raczej jednolite stanowisko dotyczące postaw wnoszenia protestów w zakresie momentu zaistnienia naruszenia bądź powstania możliwości naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia,
2. W praktyce zamówień publicznych - wprowadza niebezpieczną furtkę zmierzającą w rezultacie do pozbawienia wykonawców możliwości podejmowania przysługujących im środków ochrony prawnej przed niezgodnymi z prawem decyzjami zamawiającego.

Skarżący zwrócił uwagę na dotychczasowe orzecznictwo dotyczące terminu wnoszenia środków ochrony prawnej, w kontekście posiadania bądź nie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego, wedle którego zaistnienie uszczerbku w interesie prawnym protestującego, czy też sama możliwość zaistnienia takiego uszczerbku łączy się z utratą możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia (na etapie poprzedzającym złożenie oferty) bądź jego uzyskania (po otwarciu ofert). Dodał, że w stanie faktycznym, w którym oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, podczas gdy wszystkie pozostałe oferty złożone w postępowaniu zostały odrzucone (analogiczny stan faktyczny do przedmiotowego postępowania) ZA uznał, iż odwołujący nie ma interesu prawnego w oprostowywaniu czynności zamawiającego i żądania wykluczenia wykonawcy z innych jeszcze powodów niż te, z których jego oferta została już odrzucona. W takim przypadku interes prawny odwołującego nie został, bowiem zagrożony, ani tym bardziej naruszony, gdyż nawet w przypadku

skutecznego odwołania się wykonawcy, którego oferta została odrzucona i przywrócenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu zamawiający będzie zobowiązany do dokonania ponownej oceny, a wcześniej badania ofert. Jeżeli w wyniku tych czynności zamawiający uznałby za najkorzystniejszą właśnie ofertę uprzednio odrzuconą, odwołujący będzie uprawniony do wniesienia protestu na czynność zamawiającego polegającą na bezzasadnym wyborze oferty tego wykonawcy, przedstawiając na tym etapie postępowania nieprawidłowości dostrzeżone w konkurencyjnej ofercie. W opinii ZA, korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej dotyczących ofert konkurencyjnych w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy uznana zostaje za najkorzystniejszą winno zostać uznane za przedwczesne i jako takie niedopuszczalne. Ponadto skarżący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2008 roku również uznała, że przystępujący do postępowania nie ma interesu prawnego we wnoszeniu odrębnego protestu na czynność zamawiającego, jeżeli jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wskazał wreszcie, że odnośnie istnienia interesu prawnego wypowiedział się również ZA w wyroku z dnia 12 marca 2007 roku, wskazując, że o istnieniu interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego po dokonaniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, decyduje to, czy protestujący wykonawca nadal jest uczestnikiem postępowania oraz czy składany protest (odwołanie) zapewni mu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W następnej kolejności skarżący podniósł, iż zarówno ComArch S.A., jak i KIO w uzasadnieniu postanowienia zauważyli, że działaniu skarżącego nie można przyznać racji, również z uwagi na wprowadzoną nowelizacją Pzp z dnia 07 kwietnia 2006 roku zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Tymczasem takie rozumienie zasady koncentracji środków ochrony prawnej, całkowicie oderwane od kwestii interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, nie zasługuje na uznanie. Wedle skarżącego zasada koncentracji ma na celu w pierwszej kolejności skrócenie czasu trwania postępowania wypadkowego, jakim jest postępowanie wszczęte na skutek wniesienia protestu, w stosunku do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez niedopuszczenie do kwestionowania decyzji zamawiającego wykonanych zgodnie z prawomocnymi rozstrzygnięciami. Zasada ta ma również na celu uniknięcie wydawania sprzecznych orzeczeń przez różne składy orzekające w tym samym postępowaniu. W końcu ma ona na celu umożliwienie udziału w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym zainteresowanym wykonawcom, z prawem odnoszenia się przez nich do stawianych zarzutów i przedstawianiem własnych środków dowodowych. Celem tej zasady nie jest natomiast ograniczenie możliwości korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Nadal zastosowanie zi ajduje, bowiem art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Pzp, a zatem w każdej sytuacji, gdy czynność lub zaniechanie zamawiającego sprzeczne z prawem naruszy interes prawny wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego, ma on prawo wnieść protest do zamawiającego. Skarżący określił, że wyjątkiem od tej zasady są art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 Pzp generalnie zakazujące ponownego rozstrzygnięcia co do tych samych, rozstrzygniętych już okoliczności. Wyjątków tych nie należy natomiast interpretować rozszerzająco wreszcie wprowadzenie zasad koncentracji procesowej nie może nigdy naruszać ogólnego prawa do skargi i nie może być w taki sposób interpretowane.

Reasumując skarżący stwierdził, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem KIO, jakoby w dniu 08 lipca 2008 roku, tj. w dniu powiadomienia wykonawców o dokonanych przez zamawiającego czynnościach wyboru i odrzucenia ofert, zaistniały przesłanki do podejmowania przez wykonawcę wybranego środków ochrony prawnej. W tym dniu pozycja skarżącego nie była, bowiem zagrożona, a ewentualnie podjęty środek ochrony prawnej skierowany względem oferty odrzuconej byłby przedwczesny i nieuzasadniony z punktu widzenia chociażby możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym. Skarżący podniósł, że należy przecież liczyć się z sytuacją, w której środek ochrony prawnej wniesiony przez niego w takiej sytuacji nie znalazłby uznania w oczach składu orzekającego i zostałby oddalony. Taki protest nie miałby, zatem w żadnej mierze wpływu na sytuację wykonawcy wybranego, ani też nie służyłby usunięciu zagrożeń w sferze jego interesu prawnego. Co więcej, taki protest należałoby uznać jako wniesiony z naruszeniem art. 5 kc, jako korzystanie z przysługującego wykonawcy prawa sprzeczne ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. Jedyną podstawą wniesienia takiego protestu byłaby potencjalna ochrona niezagrożonego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego i eliminacja konkurencji z postępowania.

Z powołaniem się na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i przeprowadzenie postępowania co do istoty sprawy, a następnie uznanie iż istnieją przesłanki do wykluczenia ComArch S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty z uwagi na naruszenie przez zamawiającego:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez wykonawcę, który złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia i powinien być wykluczony z postępowania,
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy jest ona niezgodna z treścią SIWZ,
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i wreszcie
4. Art. 24 ust. 4 Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W związku z powyższym, w zakresie zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu skarżący, precyzując żądanie określone w pkt 2 petitum skargi, wniósł o uwzględnienie swego odwołania i:

1. Nakazanie unieważnienia decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. Nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert,
3. Nakazanie wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. z postępowania jako nieposiadającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia,
4. Nakazanie wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania,
5. Nakazanie uznania oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą,
6. Nakazanie odrzucenia oferty/ wykonawcy ComArch SA., jako niezgodnej z treścią SIWZ,
7. Nakazanie odrzucenia oferty ComArch S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
8. Nakazanie wyboru oferty skarżącego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W rozwinięciu tych zarzutów i żądań skarżący przedstawił szerokie uzasadnienie swego stanowiska.

Niejdy innymi podniósł, że ComArch S.A. nie wykazał się, zgodnie z wymogami SIWZ, dwoma dostawami podobnymi, a zatem nie posiada wymaganego przez zamawiającego w SIWZ doświadczenia, co potwierdził również sam zamawiający. Ten ostatni w dniu 13 października 2008 roku miał świadomość, iż oferta ComArch S.A. podlega odrzuceniu, a sam ComArch S.A. wykluczeniu z postępowania zarówno z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu jak i złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Stanowisko zamawiającego można przy tym traktować jako uznanie racji skarżącego, na równi z uznaniem powództwa.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego zawartych w rozstrzygnięciu protestu, a dotyczących zarzutów skarżącego odnośnie dostaw nr 1,2,3,4,9 i 10 : ich zgodności z wymogami SIWZ, skarżący stwierdził, że nie znajdują one uzasadnienia w treści SIWZ. Nie jest prawdą, iż w treści SIWZ nie znalazła się definicja zamówień podobnych. Definicja ta mieści się, bowiem na str. 7 SIWZ w Rozdziale V pkt 7 lit. a. Nieuzasadnione, w kontekście tego zapisu SIWZ, jest zdaniem skarżącego w szczególności twierdzenie zamawiającego, iż wystarczyło wykazanie się przez wykonawców wdrożeniem jakiegokolwiek systemu zbierającego i przechowującego dokumenty w formie elektronicznej.

W ocenie skarżącego wdrożenia i dostawy wskazywane przez ComArch S.A. jako dostawy potwierdzające posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia nie spełniają warunków udziału określonych w treści SIWZ. Dlatego też w/w nie był uprawniony do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o treści, jak złożone łącznie z ofertą i wymagane przez zamawiającego. Złożenie takiego oświadczenia w sytuacji, w której ComArch S.A. nie spełnia

warunków udziału w postępowaniu uznać, zaś należy za złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania. Co więcej, również wykaz dostaw podobnych złożony przez ComArch S.A. na potwierdzenie spełniania warunków udziału zawiera, zdaniem skarżącego nieprawdziwe informacje. Co istotne nie ma możliwości prawnej uzupełnienia oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje, a zatem nie ma możliwości w tym zakresie zastosowania względem ComArch S.A. dobrodziejstwa wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji nie ma nadto podstaw prawnych do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp, w celu wyjaśnienia treści oferty, gdyż ewentualne wyjaśnienia prowadzić mogłyby do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

Reasumując skarżący stwierdził, że ComArch S.A. winien zostać wykluczony z postępowania i to na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Dalej skarżący podniósł, że niezależnie od powyższego względem oferty tego wykonawcy zachodzi przesłanka jej odrzucenia wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na koniec skarżący wyjaśnił, że zarzuca zamawiającemu także wybór jako najkorzystniejszej oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty. Dodał, że dla ustalenia, czy cena zaproponowana przez wykonawcę jest rażąco niska czy też jest ceną, którą można uznać za rynkową przyjąć należy punkt odniesienia, jakim jest szacunkowa wartość brutto zamówienia, ustalona przez zamawiającego (łącznie z podatkiem VAT). Rażąco niska cena grozi przy tym niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

W tym kontekście skarżący zważył, że w przedmiotowym postępowaniu szacowana wartość brutto przedmiotu zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 2.440.000 zł, oferta zaś ComArch S.A. została złożona z kwotą 1.488.162,15 zł, co stanowi wartość niemal 40 % mniejszą od kwoty szacowanej przez zamawiającego i aż o 22 % kwotę mniejszą od ceny oferty skarżącego. Cena zaoferowana przez ComArch S.A. odbiega, zatem rażąco zarówno od wartości szacownych przez zamawiającego, jak i cen pozostałych wykonawców. Z tej przyczyny istnieje, więc realne zagrożenie, iż cena podana przez ComArch S.A. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach należałoby, zdaniem skarżącego rozważyć, czy złożenie takiej oferty przez ComArch S.A. nie wypełnia znamion art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu czynów nieuczciwej konkurencji. Zamawiający przy tym w rozstrzygnięciu protestu nie przychylił się, zaś do stanowiska skarżącego stwierdzając, że na wysokość ceny wpływa szereg różnych czynników (posiadane oprogramowanie, możliwości techniczne i kadrowe). Nie przeprowadził jednak postępowania zmierzającego do wyjaśnienia czy zaoferowana przez ComArch S.A. cena jest faktycznie zbyt niska w stosunku do wartości zamówienia.

Na koniec skarżący dodał, że ComArch S.A. zdaje się również nie zauważać, że ocena rażąco niskiej ceny nie jest zgodnie z ustawą Pzp odnoszona do rynkowej konkurencji i innych ofert złożonych w postępowaniu, ale do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

W odpowiedzi na skargę przystępując, cy ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł o odrzucenie skargi, względnie - o jej oddalenie, z uwagi na brak interesu prawnego i z uwagi na jej bezzasadność. Ponadto przystępując wniósł o zasądzić na jego rzecz od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania przed sądem według norm przepisanych wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu w odniesieniu do żądania odrzucenia i skargi przystępujący wskazał, że winno to nastąpić na podstawie art. 370 kpc. w z w. z art. 194 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, gdyż odpis skargi, wbrew treści art. 195 ust. 2 ustawy, nie został doręczony pełnomocnikowi przeciwnika skargi. Dodał, że w postępowaniu przed KIO przeciwnik skargi - ComArch S.A. był reprezentowany przez pełnomocnika, wnoszącego niniejszą odpowiedź na skargę. Co więcej przedmiotowe pełnomocnictwo obejmowało dodatkowo reprezentację ComArch S.A. także w postępowaniu skargowym. Przystępujący podniósł, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 ustawy nie stanowią inaczej. Ponieważ kwestia doręczeń nie jest w w/w rozdziale ustawy odmiennie uregulowana, to popiera odesłanie przepisu art. 194 ust. 2, w związku z art. 391 § 1 kpc w postępowaniu skargowym znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy kpc, w tym art. 133 § 3 kpc, a zatem odpis skargi winien zostać przez skarżącego doręczony pełnomocnikowi przeciwnika

skargi - czego nie uczyniono. Przystępujący stwierdził, że doręczenie, zatem pisma procesowego - odpisu skargi stronie jest prawnie bezskuteczne w stosunku do jej pełnomocnika, a więc bezskuteczne procesowo, co jest równoznaczne z niedoręczeniem odpisu skargi, czego bezwzględnie wymaga art. 195 ust. 2 ustawy.

W odniesieniu natomiast do żądania oddalenia skargi przystępujący wywodził, że jest ona bezzasadna

Na wstępie wskazał, iż podstawy odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy są rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu, a zatem przepis art. 184 ust. 5 ustawy, stanowiący, iż czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił nie znajduje w takiej sytuacji zastosowania. Ponadto okoliczność, iż zamawiający oddalił protest skarżącego, a nie odrzucił go, nie zwalniała KIO od badania z urzędu, czy dane odwołanie nie podlega odrzuceniu; podobnie jak sąd bada z urzędu okoliczności, które mogłyby przemawiać za odrzuceniem pozwu czy apelacji, niezależnie od procesowych stanowisk stron w tej sprawie, czy przyjętych przez sąd pierwszej instancji podstaw rozstrzygnięcia.

Dalej przystępujący stwierdził, że zarzut skarżącego, jak i cały obszerny jego wywód dotyczący interesu prawnego, nie odnosi się do stanu faktycznego i prawnego, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu i jako taki - jest niezasadny. Opiera się, bowiem na błędnym założeniu (konstrukcji), iż KIO wydając przedmiotowe postanowienie wzięła za podstawę rozstrzygnięcia kwestię interesu prawnego. W szczególności w ocenie przystępującego skarżący pomieszał interes prawny, będący przedmiotem rozpoznania KIO w konkretnym postępowaniu odwoławczym (a więc w postępowaniu zakończonym przedmiotowym postanowieniem z dnia 13 października 2008 roku), z interesem prawnym, jaki miałby skarżący, gdyby wniósł protest na ocenę oferty ComArch S.A. w terminie. Tymczasem KIO wydając zaskarżone postanowienie w żaden sposób nie odnosiła się ani nie kwestionowała interesu prawnego Sygnity S.A. w pierwszym rozumieniu, tj. co do wniesienia odwołania, w wyniku którego zapadło zaskarżone postanowienie. Tylko, zaś wówczas, gdyby tak uczyniła, cały wywód skarżącego miałby rację bytu. KIO w przedmiotowym postanowieniu stwierdziła wyłącznie jedną okoliczność, a mianowicie tę, że protest poprzedzający odwołanie został wniesiony przez skarżącego po terminie. Przystępujący uwypuklił, że stwierdzenie to stanowi samoistną przesłankę odrzucenia odwołania - w myśl art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy. Fakt przy tym, że przy okazji tego rozstrzygnięcia KIO wspomniała o interesie prawnym, jaki miałby skarżący wnosząc protest prawidłowo, nie czyni z tego podstawy orzekania, albowiem to nie interes prawny, lecz w wyłącznie uchybienie terminu było podstawą odrzucenia, odwołania.

Odnosząc się merytorycznie do rozstrzygnięcia KIO, a mianowicie wskazania, iż istnieje tylko jeden termin na wnoszenie protestów na wynik oceny ofert wnoszonych w postępowaniu (w myśl zasady koncentracji środków ochrony prawnej) przystępujący wskazał, iż teza ta została potwierdzona kolejnym orzeczeniem KIO, wydanym w niniejszym postępowaniu po wniesieniu przez skarżącego niniejszej skargi. Orzeczenie to (wyrok z dnia 01 grudnia 2008 r., sygn. akt. KIO/UPZ 1307/08) zostało wydane w wyniku wniesienia przez skarżącego po raz kolejny protestu i odwołania z dnia 07 listopada 2008 roku na czynność zamawiającego oceny i wyboru oferty ComArch S.A. Wedle przystępującego orzeczenie to stanowi wyraz linii orzeczniczej KIO, w myśl ustanowionej po nowelizacji ustawy z 2006 roku zasady koncentracji środków ochrony prawnej, zapobiegającej wielokrotnemu i ponawianemu po terminach wnoszeniu protestów i odwołań na okoliczności, które winny być przedmiotem jednorazowego i całościowego rozstrzygnięcia zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w iniej w/w zasady - istnieje tylko jeden termin, w którym wszyscy wykonawcy, niezależnie od zajmowanego miejsca w rankingu, są zobowiązani do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności podejmowane w ramach oceny ofert, w tym dotyczące kwestii wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie określił, iż powoływane przez skarżącegoD orzeczenia Zespołu Arbitrów i Sądu Najwyższego były wydawane w oparciu o poprzedni, sprzed kilku nowelizacji ustawy - jak uchwała SN z dnia 17 lipca 2003 roku, III CZP 44/2003, stan prawny, a zatem nie mogą znajdować zastosowania do stanu prawnego będącego podstawą niniejszego rozstrzygnięcia.

Ponadto, popierając stanowisko KIO, odrzucające odwołanie z uwagi na wniesienie poprzedzającego go protestu po terminie, przystępujący powołał się na oczywistą sprzeczność w twierdzeniach skarżącego, który z jednej strony twierdzi, iż protest na czynność oceny oferty ComArch S.A. z dnia 05 września 2008 roku, rozstrzygnięty ostatecznie zaskarżonym postanowieniem KIO został

wniesiony w terminie (czego dowodzi wniesienie niniejszej skargi), a z drugiej strony utrzymuje, iż protest na czynność oceny i wyboru oferty ComArch S.A. z dnia 21 października 2008 roku, poprzedzający powołany wyżej wyrok KIO z dnia 01 grudnia 2008 roku, również był wniesiony w terminie. Tymczasem obydwa odwołania były odwołaniami wniesionymi na tę samą czynność zamawiającego (zaniechania wykluczenia i zaniechania odrzucenia oferty ComArch S.A.). Nie można, zaś jednocześnie utrzymywać, że dwa wnoszone w różnych terminach protesty, poprzedzające te odwołania, na tą samą czynność zamawiającego są wnoszone z zachowaniem terminów ustawowych.

Na zakończenie przystępujący, odnosząc się do podstawowego argumentu skargi, że oferta ComArch S.A. w zakresie oferowanych funkcjonalności była zastrzeżona, jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji skarżący nie miał nawet możliwości ich poznania i stwierdzenia, czy bilans ceny i pozostałego kryterium w przypadku oferty ComArch S.A. mógłby stworzyć podstawy do uznania jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu, podniósł, że twierdzenie to jest z gruntu niesłuszne i nie może stanowić przekonywującego argumentu, albowiem powołana okoliczność, tj. utajnienie części oferty ComArch S.A. (funkcjonalnej), nie przeszkodziła w najmniejszym stopniu skarżącemu we wniesieniu protestu na czynność oceny oferty ComArch S.A. z dnia 21 października 2008 roku, poprzedzającego w/w wyrok KIO z dnia 01 grudnia 2008 roku. Zastrzeżona część oferty ComArch była i pozostała przy tym utajniona do dnia dzisiejszego i nigdy nie została ujawniona skarżącemu. Skoro, więc skarżący pomimo tego wniósł na czynność oceny oferty kolejny protest - oznacza to, iż fakt ten na możliwość wniesienia protestu nie miał najmniejszego wpływu.

Następnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej - na wypadek merytorycznego rozpatrywania skargi, w odniesieniu do wskazywanych przez skarżącego podstaw wykluczenia ComArch S.A. i odrzucenia jego oferty przystępujący podniósł, że wykazał się w postępowaniu spełnianiem minimum wymaganych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (wymagane minimum 2 wdrożenia o określonych w SIWZ cechach), a zatem ewentualne mankamenty nadmiarowych - ponad wymagane minimum, referencji, pozostawały i pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego przystępujący stwierdził, że skarżący nie ma interesu prawnego w popieraniu niniejszej skargi, albowiem utracił go w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie uprzednio wybrana i uznana za najkorzystniejszą oferta ComArch S.A. nie została równocześnie przez zamawiającego odrzucona, a sam ComArch S.A. nie został nigdy wykluczony z postępowania. Skoro, zaś /godnie z postulatem skarżącego jego oferta została wybrana w przetargu, to jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia nie jest zagrożony, a zatem nie zachodzi po stronie Sygnity S.A. niezbędna przesłanka, warunkująca w myśl art. 179 ust 1 ustawy, możliwość popierania niniejszej skargi. Tym samym skarga winna podlegać oddaleniu.

Dalej przystępujący, z powołaniem się na okoliczności zaistniałe w postępowaniu i które doprowadziły do wyboru oferty Sygnity S.A., podniósł, iż zaszła konieczność unieważnienia postępowania, gdyż wobec rażących naruszeń ustawy przez zamawiającego, nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, o co zresztą wniósł ComArch S.A. we wnoszonych na powyższe naruszenia zamawiającego środkach ochrony prawnej.

Na rozprawie w dniu 16 grudnia 2008 roku skarżący, z powołaniem się na to, że ComArch S.A. posiada status interwenienta ubocznego zgłosił opozycję przeciwko jego wstąpieniu do sprawy, podnosząc brak interesu w niniejszym postępowaniu wynikający z faktu, iż w dniu 12 listopada 2008 roku zamawiający zwrócił się do Fortis Banku o wypłatę wadium, tym samym jest w chwili obecnej pozbawiony wadium co uniemożliwia mu jakiekolwiek działania w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, co wynika z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Ponadto ponownie wskazał na to, że stanowisko w/w jest sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższą opozycję przystępujący podniósł, że przystępując do postępowania odwoławczego automatycznie uzyskuje pozycję interwenienta ubocznego. Powołał się w tym zakresie na uchwałę SN, w sprawie III CZP 123/07. Dodał, że interes prawny jest tu jedynie pochodną owego przystąpienia i przystępujący staje się przeciwnikiem skarżącego.

Niezależnie od tego podniósł, że stanowisko ComArch S.A. nie jest sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego, o czym świadczy sposób, w jaki ten rozpoznał protest obecnego skarżącego.

Na tej samej rozprawie Sąd oddalił powyższą opozycję skarżącego Sygnity S.A w Warszawie.

Dodatkowo skarżący w odniesieniu do żądania odrzucenia skargi podniósł, że jest ono zupełnie nieuzasadnione. W szczególności art. 194 ust. 2 Pzp nie ma zastosowania do interwenienta ubocznego, na co wskazuje posiadająca pierwszeństwo wykładnia językowa. Poza tym art. 80 kpc wskazuje jakie dokumenty winny być doręczane i nie można przyjąć, że mieści się tam odpis skargi. Pomimo to skarżący dysponuje dowodem doręczenia w/w - w dniu 29 października 2008 roku, odpisu skargi.

Przystępujący stwierdził natomiast, że na posiedzeniu KIO zamawiający nie wnosił o uwzględnienie odwołania i dalej kontynuował postępowanie z ComArch S.A.

Ponadto wskazał, iż skoro przedmiotem skargi jest postanowienie, a nie wyrok to niemożliwym jest merytoryczna zmiana tego postanowienia i orzeczenie, co do istoty sprawy. Stąd gdyby Sąd uznał skargę za zasadną, może on jedynie postanowienie uchylić oraz odrzucić odwołanie, względnie umorzyć postępowanie odwoławcze. Konieczne jest przy tym branie pod uwagę treści art. 198 Pzp sprzed jego ostatniej nowelizacji.

Zamawiający podniósł, że uznaje skargę za zasadną i wskazał nie było podstaw do odrzucenia protestu, a następnie odwołania skarżącego. W zakresie dokonanego wyboru oferty ComArch S.A. wniósł o oddalenie skargi.

Podał, iż w chwili rozpoznawania protestu nie były mu znane okoliczności, które ujawniły się później, a dotyczące referencji przedkładanych przez ComArch S.A., z których większość nie potwierdza zdolności do wykonania zamówienia. Podkreślił przy tym, że jako zamawiający nie miał możliwości zmiany własnej decyzji.

Zamawiający wskazał wreszcie, iż nie było składane oświadczenie przed KIO w przedmiocie odwołania skarżącego, gdyż odbyło się tam tylko posiedzenie niejawne.

Na rozprawie w dniu 07 stycznia 2009 roku przystępujący z powołaniem się na zapadnięcie wyroku KIO z dnia 06 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1465/08, którym nakazano unieważnienie przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienie publicznego podniósł, iż rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie staje się beprzedmiotowym i zachodzi podstawa do jego unorzenia. Panieważ jednak wyrok ten może zostać zaskarżony, wniósł o zawieszenie postępowania de czasu rozstrzygnięcia ewentualnej skargi od wyroku KIO z dnia 06 stycznia 2009 roku.

Skarżący wniósł o oddalenie powyższego wniosku, wskazując, że postępowanie w sprawie niniejszej dotyczy wyroku KIO z dnia 13 października 2008 roku. Ponadto zapowiedział, że rozważy zaskarżenie w/w wyroku KIO z dnia 06 stycznia 2009 roku., podnosząc, że obecnie KIO utraciła kompetencję do unieważniania postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się bezzasadną.

Sąd Odwoławczy podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w Warszawie w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia i przeprowadzone w ich świetle rozważania prawne. Nie zachodzi, przeto konieczność i potrzeba powielania tychże wywodów (vide: wyrok SN z dnia 16 lutego 2006 r., IV CK 380/05, LEX nr 179977).

Odnosząc się do zarzutów i stanowisk stron w pierwszej kolejności zauważyć było trzeba, iż w niniejszej sprawie, wbrew stanowisku przystępującego, nie zachodziły przesłanki do odrzucenia skargi.

Przystępujący podnosił mianowicie, iż odpis skargi, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 195 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, nie został doręczony

ustanowionemu przezeń w postępowaniu odwoławczym pełnomocnikowi - radcy prawnemu Monice Wandzel.

Art. 195 ust. 2 Pzp głosi, że skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi.

Tym ostatnim nie jest jednak przystępujący. W tym przedmiocie Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela pogląd prawny wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2007 roku (III CZP 25/07, LEX nr 306787), gdzie wprost wskazano, że przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 Pzp nie jest wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego przed zespołem arbitrów po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 Pzp. W uzasadnieniu postanowienia wywiedziono, że przeciwnikiem skargi wnoszonej przez wykonawcę jest wyłącznie zamawiający.

W efekcie, choć niedołączenie do skargi dowodu przesłania jej przeciwnikowi jest brakiem formalnym - art. 195 ust. 2 w związku z art. 196 ust. 1 i art. 197 ust. 1 Pzp (por.: uchwała SN z dnia 08 grudnia 2005 r., III CZP 109/05, OSNC 2006/11/182) to w okolicznościach sprawy, jakiegokolwiek nieprawidłowości w zakresie doręczenia przystępującemu odpisu skargi nie mogły doprowadzić do jej odrzucenia, tym bardziej, że skarżący nie został uprzednio wezwany do usunięcia takiego braku formalnego skargi, w trybie art. 197 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego na marginesie dodać należy, iż pismo z dnia 23 września 2008 roku, zawierające przystąpienie wykonawcy ComArch S.A. w Krakowie do postępowania odwoławczego zakończonego zaskarżonym postanowieniem KIO z dnia 13 października 2008 roku, zostało podpisane przez pełnomocnika Bogdana Helmińskiego - pracownika przystępującego i jednocześnie nie został wskazany inny niż adres spółki, adres tego pełnomocnika. Pełnomocnictwo dla radcy prawnego Moniki Wandzel, prowadzącej kancelarię radcy prawnego, zostało udzielone w dniu 08 października 2008 roku. Co istotne, ani wówczas, ani też później, w tym na posiedzeniu KIO z dnia 13 października 2008 roku, na którym przystępującego reprezentowali obaj w/w pełnomocnicy, przystępujący nie określił, któremu z nich winny być doręczane pisma procesowe.

Zgodnie z treścią art. 141. § 3 kpc jeżeli jest kilku pełnomocników jednej strony, sąd doręcza pismo tylko jednemu z nich. Na tle powołanego przepisu wybór pełnomocnika, któremu doręczenie ma nastąpić, należy do sądu, odpowiednio także do skarżącego. Doręczenie przy tym odpisu pisma któremukolwiek z pełnomocników stron y jest równoznaczne z dokonaniem doręczenia stronie (vide: postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 1907 r., I CZ 26/07, LEX nr 319605; wyrok SN z dnia 22 września 1982 r., II CR 177/82, LEX nr 5163 i postanowienie SN z dnia 30 stycznia 1973 r., I CZ 163/72, OSNC 1973/11/202).

Podsumowując doręczenie w dniu 29 października 2008 roku odpisu skargi na adres siedziby przystępującego było prawnie skuteczne i w żadnym razie nie mogłoby naruszać normy prawnej zawartej w art. 195 ust. 2 Pzp.

Nieuzasadnionym okazał się także wniosek przystępującego o zawieszenie postępowania, do czasu rozpoznania ewentualnej skargi od wyroku KIO z dnia 05 stycznia 2009 roku, w sprawie KIO/UZP 1465/08, którym nakazano unieważnienie postępowania w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Podstawą prawną takiego wniosku jest art. 177 § 1 pkt 1 kpc, zgodnie z którym sąd może zawiesić postępowanie z urzędu jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku innego toczącego się postępowania cywilnego. Zawieszenie postępowania jest tu więc fakultatywne, nie zaś obligatoryjne. Sąd orzekający w niniejszej sprawie uznał, iż choć niewątpliwie orzeczenie, jakie zapadło w sprawie KIO/UZP 1465/08, jest znacznie dalej idącym niż to, jakie, nawet przy uwzględnieniu wszystkich wniosków skarżącego, zapadłoby w sprawie niniejszej, nakazuje bowiem zniweczyć całe dotychczasowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak mając na względzie dyrektywę szybkości orzekania w tego rodzaju sprawach, jaka wynika z treści art. 198 ust. 1 Pzp, nieuzasadnionym jest zwieszanie postępowania.

W następującej kolejności rozważeniu należało podłać zarzuty skarżącego odnoszące się do niemożności uwzględnienia przez KIO żądania przystępującego odrzucenia odwołania oraz będące podstawą opozycji przeciwko przystąpieniu w/w do niniejszego postępowania skargowego.

Przypomnieć tu trzeba, iż w postanowieniu z dnia 13 października 2008 roku KIO uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4, w związku z art. 180 ust. 7 Pzp, albowiem protest został wniesiony z uchybieniem siedmiodniowego terminu przysługującego na wniesienie tego środka ochrony prawnej. W uzasadnieniu wskazano, że zasadnie wywodził przystępujący, że Izba bada istnienie przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Pzp z urzędu, a zatem wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania nie mógł być nierozpoznawany i uznany za niedopuszczalny na podstawie art. 184 ust. 5 tej ustawy.

Pozycja prawna wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego normowana jest w art. 184 ust. 4 Pzp, w myśl którego uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia składu orzekającego Izby, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje. Czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (ust. 5). Dodać tu trzeba, iż wedle art. 184 ust. 6 Pzp. do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Charakter udziału przystępującego w postępowaniu był przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 07 grudnia 2007 roku (III CZP 123/07, LEX nr 322101), w której wyjaśnionym zostało, że wykonawca, który nie wniósł własnego protestu ani odwołania przewidzianego w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, lecz przystąpił do postępowania na podstawie art. 184 ust. 4 tej ustawy, w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego na status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 kpc.

Ze względu na to, że przedmiotowy protest dotyczył czynności wyboru przez zamawiającego jego oferty ComArch S.A. w Krakowie miał oczywisty interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a dalej także niniejszego skargowego.

Na marginesie wskazać należy, że KIO rozstrzygając na posiedzeniu w dniu 13 października 2008 roku odwołaniem obecnego skarżącego nie miała wątpliwości co do istnienia takiego interesu po stronie przystępującego, w efekcie czego dopuściła go do udziału w tym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy należało, po myśli odpowiednio stosowanego art. 78 § 2 kpc, oddalić opozycję skarżącego - jako bezzasadną.

W odniesieniu, zaś do samego odrzucenia odwołania po pierwsze zważyć trzeba, iż jak słusznie zauważył to skarżący, na posiedzeniu KIO z dnia 13 października 2008 roku zamawiający nie przyłączył się do wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania, z uwagi na złożenie poprzedzającego go protestu z uchybieniem ustawowego terminu. Tymczasem jak to już wskazano powyżej art. 184 ust. 5 Pzp wprost stanowi, że czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Nie skutkowało to jednakże, w tym w świetle tej ostatniej normy prawnej, niemożnością odrzucenia odwołania.

Słusznie, bowiem KIO wywiodła, że badanie istnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 Pzp, który stanowił podstawę prawną rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym postanowieniu z dnia 13 października 2008 roku, następuje przez Izbę z urzędu, a nie wyłącznie na wniosek. W szczególności przeciwko takiej konstatacji nie może świadczyć treść art. 191 ust. 3 Pzp, w miarodajnym dla niniejszej sprawy brzmieniu sprzed dnia 24 października 2008 roku, który stanowi, że izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Oczywistym jest bowiem, iż protest nie będzie zawierał w sobie zarzutów, stanowiących przesłanki do jego odrzucenia. Bez znaczenia jest tu, że w zdaniu drugim ust. 3 art. 191 Pzp wskazuje się, że Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia; w takim przypadku Izba wydaje wyrok. Pi zesłanki określone w treści art. 187 ust. 4 Pzp warunkują, bowiem w ogóle możliwość merytorycznego, w tym w opisany powyżej sposób, rozpoznania protestu.

Dodatkowo zważyć trzeba, iż zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem

terminów określonych w ustawie. Posiedzenie takie, poprzedzające rozprawę, dotyczy wyłącznie przesłanek procesowych, a zatem okoliczności warunkujących merytoryczne rozpoznanie sprawy. Służy, więc przede wszystkim ustaleniu, czy w sprawie nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4, jako okoliczności stanowiących właśnie negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do meritum. Ich zaistnienie rodzi konieczność wydania po stanowienia o odrzuceniu odwołania (por.: [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, stan prawny: 2007.10.12). Użycie przy tym przez ustawodawcę terminu „stwierdzi” jasno wskazuje, że badanie tychże kwestii następuje z urzędu, a nie wyłącznie na wniosek strony postępowania. Prawidłowość powyższej konstatacji potwierdza okoliczność, że terminy na wniesienie zarówno protestu (art. 180 ust. 2 i 3 Pzp), jak i odwołania (art. 184 ust. 2 Pzp) mają charakter terminów zawitych, co powoduje, że uchybienie im skutkuje dla wnoszącego środek odwoławczy wygaśnięciem uprawnienia. Dlatego też w doktrynie (vide: [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, stan prawny: 2007.10.12) przyjmuje się, że w związku z taką konstrukcją prawną KIO musi konsekwentnie odrzucić odwołanie następujące po spóźnionym proteście, jak i odwołanie wniesione z uchybieniem terminu.

W następnej kolejności z całą mocą uwypuklić było trzeba, że wskazana powyżej rozbieżność stanowisk zamawiającego i przystępującego, występująca także w trakcie postępowania skargowego, również nie mogła stanowić przeszkody dla tak oddalenia niniejszej skargi, jak i być podstawą uwzględnienia opozycji zgłoszonej przez skarżącego. W szczególności z opisanych już uprzednio względów nie sprzeciwia się temu treść art. 198 ust. 4 Pzp.

Przystępując do właściwych rozważań w przedmiocie zasadności skargi, już na samym wstępie powtórzyć należy, że Sąd Odwoławczy w pełni podziela stanowisko KIO zawarte w zaskarżonym postanowieniu, co do zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania skarżącego, normowanej w w/w art. 187 ust. 4 pkt. 4 Pzp.

W odniesieniu do twierdzeń skarżącego w pierwszej kolejności zważyć trzeba, że żadnym razie wadliwym nie było wydanie zaskarżonego postanowienia na posiedzeniu, miast na rozprawie. Zgodnie, bowiem z art. 187 ust. 2 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że odwołanie podlega, jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, odrzuceniu.

Dalej podnieść należy, iż odwołanie skarżącego KIO nie odrzuciła z uwagi na brak interesu w jego wywiedzeniu, lecz wskutek przyjęcia, że protest, który jej poprzedzał - był spóźniony. Nie miało, przeto miejsca merytoryczne rozpoznanie odwołania, wymagające przeprowadzenia rozprawy.

Kwestie dotyczące interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego były natomiast przedmiotem osądu jedynie w zakresie i celu ustalenia daty rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia przez skarżącego protestu na zaniechanie dokonania przez zamawiającego czynności w postaci: wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. z postępowania jako nieposiadającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania i w efekcie uznania oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą, nadto odrzucenia oferty wykonawcy ComArch S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie, bowiem z art. 179 ust. 1 Pz) w poprzednim brzmieniu środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1b. Ocena, więc początku biegu terminu do wniesienia protestu winna być dokonywana w nawiązaniu do treści w/w przepisu, choć jak słusznie zauważył to skarżący samo istnienie interesu prawnego we wniesieniu środka ochrony prawnej stanowi przesłankę jego merytorycznego rozpoznania, poprzez jego uwzględnienie, względnie oddalenie.

Podkreślenia wymaga, o czym zdaje się zapominać skarżący, że środki te przysługują nie tylko w wypadku doznanego już uszczerbku w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, pozostającego w związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, ale także wówczas gdy interes taki może doznać uszczerbku. Chodzi przy tym interes usprawiedliwiony, w świetle obowiązujących norm, uzasadniony i słuszny. Oznacza to, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może i powinien korzystać ze środków ochrony prawnej także wówczas gdy zachodzi pojęciowa, a jednocześnie realna możliwość uszczerbku w jego

powyższym interesie.

Zdaniem Sądu orzekającego w niniejszej sprawie tą ostatnią kwestię należy interpretować szeroko, w tym także w sposób zaprezentowany w zaskarżonym postanowieniu KIO. Wykonawca, bowiem którego oferta została wybrana, co miało miejsce w przypadku skarżącego w dniu 08 lipca 2008 roku, a jednocześnie oferta drugiego podmiotu ubiegającego się o to samo zamówienie została odrzucona, musi się liczyć z tym, iż to ostatnie rozstrzygnięcie zamawiającego, może zostać zakwestionowane w drodze protestu i jego konsekwencji utracić rację bytu. Jeśli, więc są mu znane inne jeszcze podstawy do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie, o czym świadczy już to treść protokołu rozprawy przed KIO w sprawie KIO/UZP 804/08, a które są przedmiotem aktualnie rozpoznawanej skargi i poprzedzającego ją protestu, to winien on wnieść protest na zaniechanie zamawiającego w postaci braku wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty także z tychże powodów.

Jest przy tym oczywistym, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie takiej czynności z wszystkich istniejących powodów i absolutnie wystarczającym nie jest powołanie się tylko na jeden z normowanych w art. 89 i 24, w zw. z art. 22 Pzp. Jak słusznie zauważono to w wyroku KIO z dnia 19 czerwca 2008 roku (KIO/UZP 551/08, LEX nr 409225) zaniechanie odrzucenia oferty prowadzi do naruszenia podstawowych zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dodać trzeba, iż w pojęciu ochrony własnego obiektywnego interesu mieści się niewątpliwie także podejmowanie dozwolonych prawem działań, w celu wyeliminowania ofert konkurencyjnych. Oczywistym jest, że odrzucenie innej oferty, czy wykluczenie zgłaszającego ją wykonawcy zwiększa szanse wnoszącego protest na wygranie przetargu.

Uwypuklić przy tym wypada, że podstawowym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Skoro, więc cena jest zawsze podstawowym kryterium wyboru oferty, a ComArch S.A. zaoferował ją na znacznie niższym poziomie, to skarżący musiał liczyć się z tym, że jeżeli oferta tego pierwszego nie zostanie skutecznie odrzucona, jego szanse na uzyskanie realizacji zamówienia publicznego będą realnie mniejsze. Stanowi to kolejny argument przemawiający za uznaniem, iż już po powzięciu wiadomości o treści pierwszego rozstrzygnięcia przetargu z dnia 08 lipca 2008 roku, zaistniał po stronie skarżącego interes do zastosowania środka ochrony prawnej, w postaci protestu na opisane powyżej zaniechanie zamawiającego, a tym samym rozpoczął bieg termin do jego wniesienia.

W żadnym razie przeciwko takiej konstatacji nie przemawia treść powołanego przez skarżącego wyroku KIO z dnia 10 lipca 2008 roku, zgodnie z którym interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej ma się przejawiać w uzyskaniu zamówienia, a nie w eliminowaniu niezagrożających pozycji wnoszącego środek ochrony prawnej konkurentów. Nie można, bowiem uznać ComArch S.A. za nie zagrożający Sygnity S.A., w szczególności, że jak już podniesiono powyżej, ówczesne odrzucenie jego oferty nie było ostateczne.

Zasadnie KIO powołało się także na zasadę koncentracji zgłaszania i rozpoznawania protestów zgłaszanych między innymi na czynność wykluczenie, wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji także na zaniechania w tym zakresie, normowaną przez art. 183 ust. 1 pkt 3 Pzp. To samo dotyczy zresztą następczego rozpoznawania odwołań (art. 187 ust. 1 i art. 191 ust. 4 Pzp). Założeniem ustawodawcy jest tu możliwość składania kilku (wielu protestów) na jedną czynność, czy zaniechanie zamawiającego. Wpisuje się to jednoznacznie w posłat jak najszybszego i najsprawniejszego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, który obok zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, winien być brany pod uwagę przy wykładni norm prawnych zawartych w Pzp.

W okolicznościach sprawy nie można przy tym utożsamiać w istocie podjętej przez zamawiającego czynności w postaci odrzucenia oferty ComArch S.A., z jednocześnie zaistniałym, z przyczyn określonych przez skarżącego, zaniechaniem odrzucenia tejże oferty z innych, niż powołane przez zamawiającego, powodów.

Podzielić wreszcie należy stanowisko podnoszone w doktrynie prawa ([w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, V/. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, stan prawny: 2007.10.12) oraz w orzecznictwie (uchwała SN z dnia 17 lipca 2003 r., III CZP 44/03, OSNC 2004/10/152), iż terminu dla protestu w zakresie rozstrzygnięcia zamówienia, to jest wyboru wykonawcy czy odrzucenia innych ofert, winien być liczony nie od dnia otwarcia ofert, lecz od dnia powzięcia wiadomości o rozstrzygnięciu zamówienia. Analogicznie protest na zaniechanie czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego może być wniesiony dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Reasumując w okolicznościach sprawy skarżący winien wnieść protest na zaniechania zamawiającego powoływane w skardze, terminie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o treści pierwotnego wyboru jego oferty i odrzucenia oferty przystępującego, zdziałanych przez zamawiającego w dniu 08 lipca 2008 roku. Skoro zaś bezsprzecznie tego nie uczynił, to jego odwołanie, poprzedzone protestem z dnia 05 września 2008 roku, podlegało odrzuceniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp w miarodajnym w rozpoznawanej sprawie brzmieniu sprzed dnia 24 października 2008 roku wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego. Przepisy art. 27 ust. 1-3 stosuje się odpowiednio. Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (ust. 2). Sankcją za brak dochowania w/w terminu do wniesienia protestu jest, stosownie do art. 180 ust. 7 Pzp, jego odrzucenie przez zamawiającego. Z kolei także odwołanie podlega, jak to miało miejsce w; sprawie niniejszej, odrzuceniu przez KIO jeżeli ono samo lub poprzedzający je protest zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie (Art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp).

Przeciwko wskazanej powyżej konstatacji nie może przemawiać okoliczność, iż protest ów został wniesiony w terminie 7 dni od dnia powzięcia przez skarżącego wiadomości o czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty ComArch S.A., dokonanej w wykonaniu wyroku KIO z dnia 19 sierpnia 2008 roku (KIO/UZP 804/08) nakazującego powtórzenie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej. Podjęcie, bowiem tej ostatniej czynności w żaden sposób nie wpływa na ocenę, że do zaniechania zamawiającego dokonania czynności, na które powołuje się skarżący, doszło już wcześniej - w dniu 08 lipca 2008 roku i już wówczas interes skarżącego w związku z tym zaniechaniem realnie mógł doznać uszczerbku, co upoważniało, a jednocześnie obligowało go do skorzystania ze środka ochrony prawnej, w postaci protestu.

Wbrew stanowisku skarżącego dla oceny rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia protestu z zupełnie oczywistych względów nie mogła mieć zastosowania norma prawna zawarta w art. 5 kc.

Mając wszystko powyższe na uwadze należało, na podstawie art. 198 ust. 2 Pzp, skargę - jako bezzasadną, oddalić.

Wobec przy tym wywiedzonej powyżej bezzasadności skargi w zakresie braku podstaw do uprzedniego odrzucenia zaskarżonym postanowieniem KIO z dnia 13 października 2008 roku odwołania skarżącego, bezprzedmiotowym było odnoszenie się do pozostałych zarzutów i żądań skargi.

Nie ma także potrzeby ustosunkowywania się do zarzutów przystępującego, iż wobec faktu, że postępowania przed KIO zakończyło się wydaniem formalnego postanowienia, nie zaś wyroku, niemożliwym jest orzekanie przez Sąd w niniejszej sprawie co do istoty sporu.

Orzeczenie o kosztach postępowania skargowego zapadło na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc, art. 99 kpc, art. 107 kpc i art. 108 § 1 kpc, w zw. z art. 391 § 1 kpc i art. 194 ust. 2 Pzp, przy uwzględnieniu konieczności uznania skarżącego za przegrywającego to postępowanie i wysokości poniesionych przez zamawiającego i przystępującego kosztów procesu, w postaci wynagrodzeń pełnomocników

procesowych.	
V'i • '	
ZZ	Na oryginale właściwe podpisy

$z' \leq s \quad \blacksquare' \quad ''$ $z \setminus$	Za zgodność
$Z \nmid \text{zim} \cdot ?u$ $\mathfrak{l} \quad \blacksquare;$ $-7 \quad /; \sim i$	
Z	