

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2011 roku

Sąd Okręgowy w Piotrkowie Tryb. Wydział II Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący SSA Grzegorz Ślęzak (spr.)
Sędziowie SSO Jarosław Gołębiowski

SSR del. Ewa Tomczyk
Protokolant Beata Gosławska

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2011 roku w Piotrkowie Trybunalskim
na rozprawie sprawy na skutek ze skargi wykonawcy Powszechnego Zakładu
Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie

z udziałem odwołującego COMPENSY Towarzystwa Ubezpieczeń na Życie
S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie oraz zamawiającego PGE
Górnictwa i Energetyki Konwencjonalnej S.A. w Bełchatowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 7 grudnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 2569/10

zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym sentencji w ten sposób, że
odwołanie oddala i zasądza od COMPENSY Towarzystwa Ubezpieczeń na
Życie S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie na rzecz Powszechnego
Zakładu Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie kwotę 6.617 (sześć tysięcy
sześćset siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania
skargowego.

Na oryginal^{ne} właściwe podpisy

Za zgodność świąjczy
Sekretarz Sądowy
Beata Gosiewska.

Sygn. akt II Ca 9/11

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu
odwołania wniesionego przez COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na
Życie S.A. Vienna Insurance Group od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. protestu z dnia 5 listopada 2010 r. przy udziale Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń na Życie S.A. zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciążyła PGB Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Bełchatów i nakazała:

W 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 COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group,

2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez FGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Bełchatów na rzecz COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group Warszawa tytułem zwrotu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

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 COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group Warszawa.

Podstawę powyższego wyroku stanowiły przytoczone poniżej ustalenia i zarazem rozważania Krajowej Izby Odwoławczej:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „grupowe ubezpieczenie na życie pracowników spółek PGE GWW na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie negocjacji ” z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 3 października 2009 r. pod numerem 2009/S 191-275344, zatem do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacjami wprowadzonymi ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

W postępowaniu złożono 3 oferty: COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A., zwana dalej także „Odwołującym”, na kwotę 30.087.333,60 zł, TU ALLIANZ Życie Polska S.A. na kwotę 33.725.483,73 zł oraz Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., zwany dalej także „Przystępującym” na kwotę 37.669.603,20 zł.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 15 lipca 2010 r., za którą uznał ofertę złożoną przez Odwołującego. Na tę czynność protest złożył Przystępujący, który Zamawiający uwzględnił częściowo - w zakresie niezgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie „tabeli norm oceny procentowej uszczerbku na zdrowiu” i zobowiązał się do dokonania ponownej oceny ofert w tym zakresie. Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu wniesione zostały odwołania - przez Odwołującego i Przystępującego odpowiednio w zakresie uwzględnionej i oddalonej części.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie złożone przez Przystępującego oraz W wydała wyrok z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1780/10

oddalający odwołanie Odwołującego - Compensy.

27 października 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Przystępującego, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona, zgodnie z powyższym wyrokiem Izby, bowiem nie załączono do niej tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu. (Oferta TU ALLIANZ Życie Polska S A również została odrzucona w toku postępowania).

5 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jej jako najkorzystniejszej w toku postępowania, w tym art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 listopada 2010 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie o oddalenie jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, zatem, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest uznaje się za oddalony.

Od tego rozstrzygnięcia 15 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oczywiście niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez Przystępującego,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wielu przepisów, w tym w szczególności wskazanych powyżej, prowadzących do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, która to oferta, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu,
4. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania"

i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na oddaleniu protestu z 5 listopada 2010 r.,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W Zdaniem Odwołującego analiza treści oferty złożonej przez

Przystępującego wskazuje, iż nie załączono do niej „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu”, zatem, nie przedstawiając przedmiotowej tabeli, Przystępujący, jak samo, jak uprzednio twierdził w odniesieniu do oferty Odwołującego, w ogóle nie zaproponował świadczenia z tytułu trwałego uszczerbku na zdrowiu i dokonał tym samym niedopuszczalnej

modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia.

Natomiast Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Przystępującego były obarczone tą samą wadą. Zastrzeżenia budzi odrzucenie tylko jednej oferty przy jednoczesnym wyborze drugiej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż jej treść w tożsamym zakresie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji, istotnych warunków zamówienia, a treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, zatem Zamawiający dopuścił się również rażącego naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie.

Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto naruszenie wskazanych przepisów przejawia się również w fakcie, iż za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego, która zawiera takie samo uchybienie jak oferta uprzednio przez niego odrzucona, a do tego oferty droższej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że istotą poprzedniego wyroku nie było to, czy tabela jest fizycznie dołączona do oferty, lecz czy stanowi integralną część ogólnych warunków umowy. W warunkach zaproponowanych przez Odwołującego, Zamawiający mógł wybrać jedną spośród dwóch tabel, które będą obowiązywać w dniu zawarcia umowy (wyjaśnił, iż Odwołujący ma jedną tabelę procentową, a drugą kwotową, a Zamawiający wymagał procentowej). Natomiast Przystępujący powołał się na tabelę stanowiącą integralną część ogólnych warunków umowy. Przystępujący stwierdził, iż w wyroku KIO/UZP 1780/10 Izba nie odnosiła się do braku tabeli w ofercie, lecz, że ogólne warunki umowy były sprzeczne ze specyfikacją, ponieważ nie były wskazane uszczerbki ani mechanizm ich weryfikowania. Natomiast oferta Przystępującego różni się tym, że odnosi się do tabel obecnych, wskazanych w ofercie - w wykazie ogólnych warunków umowy kodami, a nie przyszłych. Poza tym Izba Odwoławcza w ww. wyroku zwróciła uwagę, iż w ofercie Przystępującego ubezpieczeniu podlega każdy uszczerbek

W na zdrowiu, natomiast u Odwołującego każdy uszczerbek wskazany w tabeli, której nie było.

Odwołujący wskazał na pkt 7.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na który powoływał się Zamawiający w poprzednim postępowaniu przed Izłą oraz str. 10 wyroku, gdzie wyraźnie stwierdzono, że tabela musi być załączona. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu ogólne warunki umowy w postaci wydrukowanej broszury a nie spisu (listy) warunków, zatem również w jego przypadku Zamawiający wiedział, jakie są ogólne warunki umowy, w ofercie zadeklarowano, że jeżeli ogólne warunki umowy są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pierwszeństwo ma specyfikacja. Zamawiający w ofercie nie oceniał innych elementów niż cena, zatem trudno mówić, że oferty są nieporównywalne.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie w świetle powołanych wyżej okoliczności.

W Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu,

uzasadnienie zostało podane podczas posiedzenia.

Izba zgodziła się z przedstawioną argumentacją Odwołującego, iż posiada on interes prawny we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w niniejszym stanie faktycznym należy jednak upatrywać nie w samej kontroli postępowania, ale odnieść też do zaistniałej sytuacji, w której podnoszone nierówne traktowanie wykonawców bezpośrednio wpłynęło na jego interes w uzyskaniu zamówienia.

Ze względu na to, że niniejsze postępowanie odwoławcze bezpośrednio odnosi się do postępowania o sygnaturze akt KIO/UZP 1780/10, Izba przeprowadziła dowód z wyroku oraz protokołu rozprawy w tej sprawie i ustaliła, co następuje.

Z protokołu rozprawy wynika, że Odwołujący wskazywał, iż załączenie spornej tabeli wymagane było na etapie oferty wstępnej, natomiast brak było takiego wymogu na etapie złożenia oferty.

Z kolei Zamawiający wywodził, że: „wymóg dołączenia do formularza ofertowego m.in. tabeli oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu wynika z punktu 7.7.2 SIWZ, zgodnie z którym na dokumenty oferty składają się wszystkie dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu, sposobu, warunków i zasad ubezpieczenia, które należało złożyć wraz z formularzem ofertowym. Zamawiający oświadcza, iż w ofercie Odwołującego brak jest powyższej tabeli, co zostało przez Odwołującego przyznane, a powoływanie się na praktykę ubezpieczeniową, nie może mieć w niniejszej sprawie zastosowania. Zamawiający oświadcza, iż zgodnie z ogólnymi warunkami ubezpieczenia ma być stosowana tabela A lub B, w zależności od wyboru ubezpieczającego, na co wskazuje strona 21 ogólnych warunków ubezpieczenia § 2 ust. 1 pkt I) lit. b. Ponadto powołuje się na zapis, iż zastosowanie będą miały tabele obowiązujące

W w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia. Nie dołączenie powyższych tabel do oferty powoduje, iż Zamawiający nie ma wiedzy na temat, jakie będą te tabele w dniu zawarcia umowy, gdyż Zamawiający nie ma wpływu na treść tabel, które przyjmowane są uchwałą zarządu wykonawcy.”

Wg powyższego protokołu stanowisko Przystępującego było następujące: „do oferty należało dołączyć ogólne warunki ubezpieczenia, a formularz oferty był precyzyjny i wskazywał, iż ogólne warunki mają być, załączone do oferty, a nie oferty wstępnej. Przystępujący stwierdza, iż wykonawcy zobowiązani są do złożenia oferty kompletnej, a w ofercie Odwołującego brak jest tabeli oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu, co stanowi o wadliwości oferty. Przystępujący stwierdza, iż Odwołujący załączył do oferty ogólne warunki ubezpieczenia, jednak są one niekompletne, wobec tego nie można mówić, iż ogólne warunki ubezpieczenia zostały do oferty załączone.”

Na podstawie m.in. przytoczonych powyżej stanowisk Izba wydała następujące rozstrzygnięcie: „Izba zwraca uwagę, że skoro zamawiający zastrzegł w załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, iż przy ustalaniu stopnia (procentu) trwałego uszczerbku na zdrowiu stosuje się tabelę norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu, stanowiącą integralną część OWU to uwzględniając zasadę wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy p.z.p. tabela ta winna być bezwzględnie dołączona do oferty. Ponadto to, co zostanie uznane za trwały uszczerbek na zdrowiu uzależnione zostało w ofercie odwołującego od łącznego spełnienia dwóch przesłanek w tym wymienienia danego stanu w obowiązującej w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia tabeli, której w ofercie odwołującego bezspornie brak. Dodatkowo należy przypomnieć, iż definiując pojęcie trwałego uszczerbku na zdrowiu, zamawiający nie uzależnił uznania danego stanu za trwały uszczerbek na zdrowiu od określenia takiego stanu w jakiegokolwiek tabeli tego czy innego ubezpieczyciela. Izba nie znalazła również podstaw do zastosowania w

niniejszej sprawie dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż wyjaśnienie złożonej oferty, w tym stanie sprawy prowadziłoby do jej nieuprawnionego

uzupełnienia."

W efekcie Izba nakazała odrzucenie oferty COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.

Przywoływany pkt 7.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywał, że oferta ostateczna ma obejmować: 1) wypełniony formularz oferty, 2) wszystkie dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu, sposobu, warunków i zasad ubezpieczenia należy przedstawić na dodatkowych załącznikach do formularza oferty, o ile nie można ich wskazać w formularzu ofertowym, 3) ogólne warunki ubezpieczenia lub inne wzorce umowne, które będą miały zastosowanie do poszczególnych ubezpieczeń objętych ofertą.

Ze względu na zasadę, iż Izba nie rozstrzyga dwa razy tego samego sporu, wynikającą m.in. z art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie rozstrzyga ponownie, czy, zgodnie z postanowieniami

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konieczne było przedstawienie w ofercie „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu”, przyjmując rozstrzygnięcie w tym zakresie wydane w wyroku KIO/UZP 1780/10.

Zdaniem Izby, z powyżej przytoczonych cytatów wynika, iż Zamawiający w trakcie rozprawy w sprawie KIO/UZP 1780/10 przedstawiał odmienne stanowisko niż podczas rozprawy w niniejszej sprawie, tj. iż załączenie „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu” jest koniecznym elementem oferty, a obowiązek jej przedstawienia w ofercie wywodził z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wskazany pkt 7.7.), a nie wyłącznie postanowień zawartych w ofercie Odwołującego. Konsekwencją tego było odrzucenie oferty Odwołującego. Takie też było rozstrzygnięcie Izby - w opinii Izby powyżej przytoczony fragment uzasadnienia wskazuje wyraźnie, że brak w ofercie ostatecznej „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu” stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast pojawiający się wątek postanowienia zawartego w § 2 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków umowy przedstawionych przez Odwołującego, odnoszący się do wskazania rodzajów uszczerbków dopiero w przedmiotowej tabeli, jest argumentem odrębnym, dodatkowo potwierdzającym potrzebę załączenia tabeli jako niezbędnego składnika ogólnych warunków umowy (stwierdzenie „ponadto”): „...tabela ta winna być bezwzględnie dołączona do oferty. Ponadto to, co zostanie uznane za trwały uszczerbek na zdrowiu uzależnione zostało...”.

Zatem wynóg ten nie dotyczył tylko oferty COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.

Z uzasadnienia wyroku KIO/UZP 1780/10 nie wynika także, że Izba wskazywała, iż wystarczająca jest możliwość odnalezienia potrzebnej tabeli u

ubezpieczyciela w późniejszym czasie (zwłaszcza, skoro uznała za niewystarczające przedstawienie jej w ofercie wstępnej), poza tym, pomimo niewskazania w ogólnych warunkach umowy Przystępującego analogicznego zastrzeżenia jak w § 2 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków umowy Odwołującego nie jest wykluczone, że, pomimo ogólnego odniesienia do zakresu uszczerbku, warunki umowy nie obejmują wcale szerszego zakresu „uszczerbków niż tabela Odwołującego, a przynajmniej niewiadomy jest ich rozmiar (procent uszczerbku, który zostanie ustalony).

Zatem widoczne jest, że Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, w nierówny sposób potraktował obu wykonawców, co miało

wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191

ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku
W postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania
wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i
sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Powyższy wyrok KIO zaskarżył Powszechny Zakład Ubezpieczeń na
Życie S.A., zarzucając mu:

I. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia,
polegający na błędnych założeniach, że:

Wykonawca tj. Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna
Insurance Group z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie
162 (dalej również, jako „Compensa” lub „Odwołujący”) posiadał interes
prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej tj. protestu i odwołania podczas,
gdy jego oferta została prawidłowo, stosownie do wyroku Krajowej Izby
Odwoławczej (dalej również, jako KIO) z dnia 7 września 2010 r. (sygn. akt
KIO/UZP 1780/10) i zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia
9.08.2010 r. odrzucona; środki ochrony prawnej tj. protest i odwołanie
wniesione przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie zostały wniesione w
ustawowym terminie, podczas gdy owe środki zostały wniesione z uchybieniem
terminu do ich wniesienia, niezgodnie z przepisami Ustawy;

oraz w oparciu o wadliwie ustalony stan faktyczny:

II. Naruszenie przepisów Ustawy mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a
mianowicie:

- art. 179 ust. 1 Ustawy poprzez niezastosowanie w sprawie, skutkujące
przyjęciem, że Compensa posiadała interes prawny w złożeniu środków ochrony
prawnej tj. protestu i odwołania, podczas gdy w/w interesu nie posiadała,
- art. 187 ust. 4 pkt. 3 Ustawy poprzez niezastosowanie w sprawie, skutkujące
brakiem odrzucenia odwołania oraz przyjęcie, że Compensa była podmiotem
uprawnionym do wniesienia protestu i odwołania, podczas gdy z uwagi na brak
interesu prawnego była podmiotem nieuprawnionym,
- art. 187 ust. 4 pkt. 4 Ustawy poprzez niezastosowanie w sprawie i zaniechanie
odrzuć odwołania Odwołującego, co było związane z wadliwym
przyjęciem, że protest i odwołanie Odwołującego w przedmiotowej sprawie
zostały wniesione z zachowaniem terminów do ich wniesienia, podczas gdy
zarówno protest, jaki i odwołanie zostały wniesione po upływie terminów,
- art. 187 ust. 4 pkt. 6 Ustawy poprzez jego niezastosowanie w sprawie i
zaniechanie odrzucenia odwołania Odwołującego, pomimo zachodzenia
przesłanek do zastosowania przepisu,
- art. 192 ust. 2 w zw. z art. 188 ust. 7 Ustawy polegające na:
 - zaniechaniu w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn, dla których Izba nie
odrzuć odwołania Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.
Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, pomimo istnienia przesłanek
do jego odrzucenia oraz wyraźnych wniosków w tym zakresie kierowanych
przez Skarżącego oraz Zamawiającego;

- zaniechaniu w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn, dla których Izba przyjęła, iż Odwołującemu przysługiwał interes prawny we wniesieniu odwołania, pomimo braku interesu prawnego po stronie Odwołującego, co było przedmiotem wyraźnych twierdzeń kierowanych przez Skarżącego oraz Zamawiającego;
- zaniechaniu w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn, dla których Izba przyjęła, iż protest i odwołanie zostały wniesione w terminie, pomimo wniesienia środków ochrony przez Compensa z naruszeniem terminu do ich wniesienia, a zarzuty tej treści były wyraźnie kierowane przez Skarżącego oraz Zamawiającego.
- art. 181 ust. 6 Ustawy poprzez niezastosowanie go w sprawie oraz przyjęcie, iż Compensie przysługują środki ochrony prawnej na czynność Zamawiającego, pomimo iż czynność Zamawiającego została wykonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu,
- art. 181 ust. 7 Ustawy poprzez niezastosowanie tego przepisu, czego konsekwencją było merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania w sprawie, w której okoliczności podnoszone w proteście oraz odwołaniu były powtórzeniem twierdzeń i zarzutów w sprawie, która została zakończona wyrokiem KIO.

z ostrożności procesowej Skarżący zgłasza także następujące zarzuty:

- naruszenie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze Ustawy poprzez jego niezastosowanie oraz zaniechanie oddalenia Odwołania Odwołującego, w sytuacji jego oczywistej bezzasadności

oraz

- naruszenie przepisu art. 191 ust. 1 pkt. In Ustawy, poprzez jego zastosowanie w sprawie i uwzględnienie odwołania w sytuacji, w której decyzja

Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Skarżącego nie naruszała przepisów Ustawy w sposób mający lub mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie Skargi w całości oraz o:

- uchylenie wyroku KIO oraz odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego, z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Sąd nie znalazł podstaw do uchylenia wyroku KIO oraz odrzucenia Odwołania, wnosił o:
- zmianę zaskarżonego wyroku KIO w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy, tj. oddalenie odwołania Odwołującego oraz orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego,

a także zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnik skarżącego popierał skargę, a pełnomocnik zamawiającego pozostawił ją do uznania Sądu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Trafnie podnosi skarżący, iż odwołujący COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu przedmiotowego odwołania do KIO i z tego powodu odwołanie to powinno być

przez KIO oddalone.

Argumentacja KIO w zakresie ewentualnego interesu prawnego odwołującego się nie jest do zaakceptowania w świetle ugruntowanego już orzecznictwa nie tylko KIO ale także sądów okręgowych i poglądów doktryny.

Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie (w tym odwołanie do KIO) przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny (aktualnie po ostatniej nowelizacji pzp - interes) w uzyskaniu zamówienia doznał, lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.

Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony.

Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis bowiem art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „

danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości.

W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie.

Wykonawca - Compensa TU na Życie S.A. został bowiem w dniu 27.X.2010r. powiadomiony przez zamawiającego, że w wyniku powtórnego badania i oceny ofert jako najkorzystniejsza wybrana została oferta przystępującego PZU na Życie S.A., a oferta jego została odrzucona.

W złożonym w dniu 5.XI.2010r. proteście odwołujący oprotestował jedynie wybór oferty PZU na Życie S.A. zarzucając zaniechanie jej odrzucenia nie oprotestowując jednak odrzucenia własnej oferty przez zamawiającego, zdając sobie najwyraźniej sprawę z tego, iż odrzucenie jego oferty nastąpiło już w wykonaniu wcześniejszego wyroku KIO z dnia 7.IX.2010r.

Skoro zatem oferta odwołującego została skutecznie odrzucona, przestał on być uczestnikiem przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne i nie mógł wnieść odwołania do KIO (które z resztą także nie podnosi zarzutów co do odrzucenia jego oferty) , gdyż w tym konkretnym postępowaniu, w którym złożył środek ochrony prawnej, nie uzyskałby już i tak zamówienia.

Odmienny pogląd KIO co do interesu prawnego odwołującego się doprowadził do wydania rozstrzygnięcia unieważniającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazującej powtórzenie czynności badania i oceny ofert w sytuacji gdy w postępowaniu pozostała tylko jedna ważna oferta PZU na Życie S.A..

Skutkiem powyższego rozstrzygnięcia musiałoby być unieważnienie postępowania i rozpisanie nowego, co oznacza, że w efekcie KIO upatruje interesu odwołującego nie w tym konkretnym postępowaniu ale dopiero w przyszłym, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 179 § 1 pzp tak w jego brzmieniu obowiązującym przed zmianą wprowadzoną ustawą z dnia

5.XI.2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.Nr 206, poz. 151) i ustawą z dnia 2.XII.2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.Nr 223, poz. 1778) jak i w brzmieniu obowiązującym po tej zmianie.

(dla przykładu patrz orzecznictwo: wyrok KIO z 8.VIII.2008r. w spr. KIO/UZP759/08, wyrok KIO z 30.X.2008r. w spr. KIO/UZP 1123708, wyrok KIO z 30.X.2008r. w spr. KIO/UZP 1127/08, wyrok S.O. w Warszawie z 26.V.2008r. w spr. VCa 927/08, wyrok S.O. w Warszawie z 10.IV.2003r. w spr. VCa 165/03, wyrok S.O. w Warszawie z 6.VI.2008r. w spr. VCa 1040/08, wyrok KIO z 22.V.2009r. w spr. KIO/UZP 610/09, wyrok KIO z 3.VIII.2009r. w spr. KIO/UZP932/09, wyrok KIO z 4.XI.2009r. w spr. KIO/UZP 1356.09, wyrok KIO z 9.XII.2009r. w spr. KIO/UZP 1549/09, wyrok KIO z 29.XII.2009r.

w spr. KIO/UZP 1667/09, wyrok S.o. w Białymstoku z 31.III.2006r. w spr. UCa 104/06, wyrok S.O. w Warszawie z 6.VI.2008r. w spr. VCa 1040/08, wyrok S.O. w Białymstoku z 14.XI.2008r. w spr. UCa 710/08).

Reasumując powyższe rozważania uznać należało, iż odwołujący nie miał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp we wniesieniu przedmiotowego odwołania do KIO i z tego powodu odwołanie to powinno ulec oddaleniu.

Dlatego też, należało na podstawie art. 198 ust. 2 zd II pzp zmienić zaskarżony wyrok KIO i odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198 ust. 5 pzp w zw. z art. 98 kpc.

Na oryginale właściwe podpisy