Sygn. akt: KIO 900/22

POSTANOWIENIE
z dnia 13 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 13 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

- TATRA TRADE S.C. D. W., M. K. z siedzibą w Zakopanem (Droga na Bystre 2A 34-500 Zakopane),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górskie Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Zarząd Główny z siedzibą w Zakopanem (ul. Piłsudskiego 65 34-500 Zakopane),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: wykonawca LARIX J. P. S.K.A z siedzibą w Bielsku Białej (ul. Elizy Orzeszkowej 40, 43-300 Bielsko-Biała),

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie:

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TATRA TRADE S.C. D. W., M. K. z siedzibą w Zakopanem (Droga na Bystre 2A 34-500 Zakopane) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 900/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 29 marca 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TATRA TRADE S.C. D. W., M. K. z siedzibą w Zakopanem w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Górskie Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Zarząd Główny z siedzibą w Zakopanem w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Dostawa ekwipunku skitourowego”. Numer referencyjny: L.dz.52/I/2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod nr 2022/BZP 00064227/01 z dnia 2022-01-04.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie w zakresie Pakietu 1 wobec czynności polegających na:

1. Wyborze oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w „BielskuBiałej, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr I ,

2. Zaniechaniu czynności polegającej na odrzuceniu oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, w zakresie pakietu nr 1 .

Zaskarżonym czynnościom zarzucił:

a) Naruszenie art. 16 pkt 1) PZP — poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wybranie oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, w sytuacji gdy oferty wszystkich wykonawców ulegały odrzuceniu.

b) Naruszenie art. 239 ust. 1 PZP — poprzez dokonanie wyboru oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej w zakresie pakietu nr 1, podczas gdy oferta ta nie spełnia warunków zamówienia określonych w SWZ, w szczególności w zakresie pkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. nr I do SWZ) dotyczącego. wiązań narciarskich i zakresu ustawienia awaryjnej siły wypięcia, a jako taka powinna ulec odrzuceniu.

c) Naruszenie art. 226 ust. I pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej w zakresie pakietu nr I , jako niezgodnej z warunkami zamówienia zawartymi w SWZ.

d) Naruszenie art. 255 pkt 2 PZP - poprzez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku Białej jako najkorzystniejszej, podczas gdy w niniejszym postępowaniu wszystkie oferty podlegały odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 ,

2) dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej jako sprzecznej z warunkami zamówienia określonymi w S WZ w zakresie pakietu nr I ,

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na ekwipunek skitourowy dla ratowników GOPR w zakresie pakietu nr I , przeprowadzenia ponownie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego ten sam przedmiot zamówienia co postępowanie unieważnione, tj. w zakresie udzielenia zamówienia publicznego na dostawę ekwipunku skitourowego dla ratowników GOPR w zakresie pakietu nr 1 .

2. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i:

2.1. zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7.500,00 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

W uzasadnieniu podał:

1. Termin do wniesienia odwołania

W dniu 23 marca 2022r.. wnoszący odwołanie zostali poinformowani drogą elektroniczną, o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu ofert w zakresie pakietu nr 1. Oznacza to, że termin złożenia niniejszego odwołania rozpoczął swój bieg w dniu 24.03.2022 r. i jako termin określony w art. 515 ust. I pkt 2a PZP, który wynosi 5 dni, upłynie w poniedziałek, tj. 28.03.2022r. Odwołanie zostało zatem wniesione w ustawowym terminie.

2. Interes prawny

Odwołujący się posiadają interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ unieważnienie

postępowania we wnioskowanym zakresie pozwoli na ponowne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Co więcej, oferta Odwołujących zgłoszona w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na ekwipunek skitourowy dla ratowników GOPR, opublikowanego w BZP nr 2022/BZP 00064227/01 - pakiet nr 2 została wybrana jako najkorzystniejsza. Unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1 i możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia również w zakresie pakietu nr 2 mogłaby doprowadzić do kompleksowego zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę, co byłoby korzystne zarówno dla Zamawiającego jak i dla wykonawcy. Odwołujący wskazują, że szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP należy rozumieć jako utracone korzyści w wysokości wynagrodzenia za zrealizowanie zamówienia w zakresie pakietu nr 1. W efekcie, Odwołujący mogą ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości realizacji zamówienia i utracie możliwości osiągnięcia wynikających z tego korzyści oraz zysków. W obecnym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że szkoda, o której mowa w art. 505 ust I PZP może obejmować utracone korzyści.

3. Stan faktyczny

Przedmiotem zamówienia była dostawa ekwipunku skitourowego dla ratowników GOPR opublikowanego w BZP nr 2022/BZP 00064227/01 w zakresie pakietu nr 1 obejmującego dostawę nart skitourowych, wiązań, harszli, fok, kijów — 150 kpl wraz z montażem wiązań.

Oferty zgłosiły następujące podmioty: M. Sport M. M., Tatra Trade S.C. D. W., M. K. i LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna. Zamawiający w piśmie z dnia 23.03.2022r. odrzucił ofertę Odwołujących, a jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy - LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna. W uzasadnieniu faktycznym wskazano, że była to jedyna ważna oferta spełniająca wymagania Zamawiającego, a zaproponowana cena mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący stoją na stanowisku, że wybór oferty złożonej przez LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna jako oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem prawa. W ocenie Odwołujących Się oferta wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona, albowiem nie spełnia wymagań określonych .w warunkach zamówienia. W konsekwencji powyższego Zamawiający powinien unieważnić czynność polegającą na wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, odrzucić ofertę złożoną przez LARIX J. P. spółka komandytowo' akcyjna, unieważnić postępowanie i wszcząć nowe w tym samym zakresie. Oferta złożona przez LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna nie spełnia wymagań określonych w warunkach zamówienia z następujących względów:

Po pierwsze, jak wynika z pkt 10 Ogólnych warunków zamówienia (Wiązania) dotyczącym zakresu ustawienia 'awaryjnej siły wypięcia co najmniej 10 DIN w obu płaszczyznach działania (parametr punktowany). Wykonawca w złożonym przez siebie oświadczeniu wpisał: „TAK, „W Ofercie składamy wiązanie 12 DIN", jednakże oferowane przez Wykonawcę wiązania Alpinist 12 Long nie mają dwóch płaszczyzn działania, gdyż wg danych producenta jedynie siła wypięcia w płaszczyźnie poziomej (Mz) jest w oferowanych, wiązaniach siłą w pełni regulowaną, natomiast siła wypięcia w płaszczyźnie pionowej (My) jest w oferowanych wiązaniach silą ustawioną na stale i w dodatku bez określenia jej wartości: Ustawienie siły wypięcia inne niż w fabrycznie dostarczonym modelu jest możliwe tylko po rozmontowaniu tylnego modułu wiązania i wstawieniu tam innego metalowego „pręta". Pomimo tego, nadal nie będzie można określić siły wypięcia, gdyż producent podaje wartości w sposób bardzo ogólny tj. „Soft", „Medium" i „Hard". Powyższe określenia nie odpowiadają żadnej skali (w tym DIN) i są bardzo wypadkowe, co oznacza, że wartość wypięcia może wahać się pomiędzy 4 a 5, ale równie dobrze pomiędzy 5-6 a 6.5 dla elementu określanego np. jako „SOFT". Spełnienie powyższego wymogu ma kluczowe znaczenie dla bezpieczeństwa ratownika korzystającego z tego typu wiązań, w szczególności dla ratowników, którzy są dodatkowo obciążeni zwożąc . ratowane osoby. Brak regulowanej siły wypięcia w płaszczyźnie pionowej (podłużnej) wprost dowodzi tezie, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie spełnia warunków z SWZ, a nadto że ich stosowanie zagraża bezpieczeństwu ratowników.

Dowód:

1) SWZ - Ogólne warunki zamówienia — pakiet nr I — w aktach postępowania przetargowego;

2) Oferta złożona przez LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna w aktach postępowania przetargowego;

3) Instrukcja montażu i regulacji wiązań — w aktach postępowania przetargowego.

Po drugie, wskazać należy, że wybrany Wykonawca w swojej ofercie wskazał, że oferowane 'przez niego wiązania posiadają siłę wypięcia 12 DIN, jednak jak wynika z „Instrukcji montażu

i regulacji wiązań wiązania te nie spełniają normy DIN/ISO. Dodatkowo należy 'podnieść, że załączony dla wskazanych wiązań prospekt z listą parametrów/właściwości technicznych producenta pomija. powyższe kwestie, a jest to dokument wymagany i istotny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem ma na celu potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SWZ.

Po trzecie, w oświadczeniu wykonawcy — LARIX J. P. spółka komandytowo- akcyjna w zakresie wymogu określonego w opisie przedmiotu zamówienia wg Załącznika nr I SWZ w tabeli Narty w po}. 2c tj. uniesienie przedniej i tylnej części narty tzw. „rócker" zaznaczono „TAK", podczas gdy przedstawiony przez wykonawcę prospekt z listą parametrów/właściwości technicznych producenta nie potwierdza spełnienia tych wymogów. W treści powołanego prospektu wskazano, że „narta WAYBACK K2 88 posiada rocker z przodu narty ", co jest niewystarczające w świetle SWZ.

Kolejno, w oświadczeniu wykonawcy LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna datowanym na dzień 02.03.2022r. dotyczącym składu materiałowego wiązań Wykonawca wskazuje, że wiązania składają się w 35% z mieszanki włókna węglowego ze wzmocnionym carbonem i tworzywem sztucznym oraz „65% z wytrzymałego aluminium i innych stopów metali w całości . wzmocnionych carbonem. Przy czym Wykonawca ten poza swoim gołosłownym twierdzeniem nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność. Do oferty nie dołączono Żadnej dokumentacji potwierdzającej twierdzenia Wykonawcy, w szczególności wyników analiz i badań składu chemicznego. Odwołujący kwestionują, aby oferowane przez Wykonawcę wiązania miały taki skład. chemiczny. Zamawiający przy wyborze .oferty nie może opierać wyłącznie na twierdzeniu wykonawcy, takie zachowanie narusza bowiem zasady uczciwej konkurencji.

Dowód: Oświadczenie wykonawcy z dnia 02. 03.2()22r. - aktach postępowania przetargowego.

Wreszcie, oferta wybrana przez Zamawiającego jest jednocześnie ofertą najdroższą, a zatem wiąże się dla Zamawiającego z największym ryzykiem finansowym. Podkreślić należy także, że w dniu 14.03.2022r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę — CARIX J. P. spółka komandytowo akcyjna. Na skutek

zawiadomienia przez^ Odwołującego o licznych nieścisłościach i niezgodności tej oferty z SWZ, Zamawiający w dniu 18.03.2022r. unieważnił swoją czynność polegającą na wyborze oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna. U podstaw decyzji Zamawiającego leżała niezgodność oferty z SWZ. Od czasu unieważnienia tej czynności przez Zamawiającego, wykonawca przecież nie złożył nowej oferty, a jedynie doszło do ponownego rozpatrzenia złożonych już wcześniej ofert, co wyklucza usunięcie przez .Wykonawcę niezgodności z • SWZ. Skoro na etapie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla Zamawiającego były uzasadnione zastrzeżenia" i uwagi. do oferty LARIX J. P. spółka

komandytowo-akcyjna, to brak jest uzasadnienia dla ponownego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, skoro niezgodności z SWZ w zakresie szczegółowo opisanym w niniejszym odwołaniu nie zostały usunięte. Taka decyzja Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podsumowując, odwołanie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn:

1) Oferta złożona przez LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna nie spełnia wymogów z SWZ, w szczególności w zakresie wymogu określonego w pkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. nr I do SWZ);

2) Wybór oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna i dostarczenie przez

Wykonawcę wiązań opisanych w ofercie może zagrażać bezpieczeństwu ratowników;

3) Oferta złożona przez LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, podczas gdy Wykonawca nie przedstawił dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków z SWZ, a Zamawiający podjął decyzję na podstawie oświadczeń Wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca LARIX J. P. Spółka komandytowo - akcyjna w Bielsku - Białej wnosząc o odrzucenie odwołania, względnie oddalenie w całości złożonego odwołania jako bezzasadnego, gdyż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony,

a postępowanie Zamawiającego nie naruszało wskazanych w odwołaniu przepisów. Wskazał

w szczególności:

(...) w zakresie pakietu nr 1 oferta przystępującego została wybrana przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2022 r. jako najkorzystniejsza. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje - Zamawiającego, ma zatem również walor ekonomiczny, handlowy, związany z prowadzoną przez przystępującego działalnością gospodarczą, albowiem odwołanie zmierza do zmiany wyniku wyboru oferty, odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty i wykluczenia przystępującego z postępowania. Interes przystępującego nie jest oderwany od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest ściśle związany z jego statusem jako podmiotu w tym postępowaniu, którego odwołujący zamierza pozbawić w wyniku uwzględnienia odwołania.

Larix J. P. Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Bielsku - Białej, zaprzecza wszelkim przytoczeniom faktycznym skarżącego, chyba że wyraźnie je przyznaje w dalszej części niniejszego pisma. Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

Oferta firmy TATRA TRADE s.c. D.W. , M.K. w zakresie pakietu nr 1 została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, a czynności tej odwołujący nie zaskarżył we właściwym terminie. Brak zaskarżenia czynności odrzucenia oferty skutkuje utratą statusu wykonawcy w postępowaniu. Wykonawcą według definicji zawartej art. 7 pkt. 30 ustawy prawo zamówień publicznych, jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Status wykonawcy wiąże się zatem z czynnym udziałem w postępowaniu i jego kolejnych etapach, a następnie z realizacją zadania objętego zamówieniem. Odwołujący utracił status wykonawcy wraz z upływem terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Interes w uzyskaniu zamówienia odnosi się do prowadzonego postępowania w sprawie o nr L.dz. 52/I/2022, a nie do uzyskania potencjalnego zamówienia w potencjalnie prowadzonym, przyszłym postępowaniu. Potencjalne unieważnienie prowadzonego obecnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby hipotetycznie nastąpić w wyniku rozpatrzenia odwołania takiego uczestnika, który nie został prawomocnie wyeliminowany z postępowania. Ochrona prawna powinna bowiem służyć takiemu uczestnikowi, który może jeszcze zamówienie uzyskać.

Zdaniem przystępującego złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, jako złożone przez podmiot nieuprawniony, podmiot, który utracił status wykonawcy (tak zob. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2021 r. KIO 727/21; wyrok Sądu okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2021r. sygn. akt XXIII Zs 10/21). Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ww. ustawy zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego kręgu muszą zostać uznane za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy. Fakt złożenia oferty - odrzuconej następnie w toku postępowania, nie gwarantuje stronie skarżącej zachowania statusu uczestnika w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w znaczeniu nadanym przez ustawodawcę, a to z kolei wpływa na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący się wobec zaniechania decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty utracił status uczestnika postępowania bezpowrotnie. Zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty odwołującego się, a nawet trafność tej decyzji zamawiającego w tym zakresie potwierdzają, bowiem odwołujący się zarzucił, że „wszystkie oferty w zakresie pakietu nr 1 ulegały odrzuceniu", a zatem wedle tego przyznania, również jego oferta. Nie ma żadnego znaczenia, że twierdzenia odwołującego się w piśmie złożonym w dniu 17 marca 2022 r. nie znalazły potwierdzenia w sprawie. Zamawiający ponownie przeanalizował podniesione przez odwołującego się kwestie i w wyniku przeprowadzonego badania podjął w dniu 23 marca 2022r identyczną decyzję jak w dniu 14 marca br. (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12/14/22) w szczególności wniósł o (.):

1) oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania

odwoławczego.

3) pominięcie wniosku dowodowego Odwołującego, zamieszczonego w piśmie z dnia 7 kwietnia 2022r. w zakresie dołączenia do akt niniejszego postępowania ogłoszenia o zamówieniu Tatrzańskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego (TOPR) z dnia 18.01.2022r. i „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty" w ramach postępowania ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 012-025995 - Część 1 Sprzęt Skiturowy 150 par" z dnia 30.03.2022r. z uwagi na jego całkowity brak znaczenia dla przedmiotowej sprawy, bowiem każdy Zamawiający w sposób samodzielny i niezależny opisuje swoją zobiektywizowaną potrzebę (określa własne potrzeby i sposób ich realizacji) i w kontekście tak postawionych warunków należy badać złożoną ofertę w danym postępowaniu, a nie per analogiam do innego postępowania prowadzonego samodzielnie przez innego Zamawiającego, co więcej - zarówno Zamawiający GOPR jak i wskazany przez Odwołującego TOPR otrzymali ofertę na dostawę zupełnie innych wiązań (dla GOPR - wiązanie Marker Alpinist, dla TOPR - wiązanie ATK C-Rider) - o całkowicie innej budowie zatem łączenie ww. postępowań, a tym bardziej traktowanie ich jako tożsame, jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Ocena prawidłowości przeprowadzonego postępowania przez innego Zamawiającego (przywołany przez Odwołującego TOPR) na dostawę asortymentu podobnego rodzaju, nie jest i nie może być przedmiotem niniejszego odwołania.

4) dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści odpowiedzi na odwołanie i znajdujących się w złożonej przez Zamawiającego dnia 07.04.2022 r. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (na nośniku CD), wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których Zamawiający wywodzi skutki prawne, w szczególności na okoliczność określonych wymogów w specyfikacji warunków zamówienia, przebiegu czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp tak jak wnioskował Przystępujący wykonawca Larix J. P. Spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w Bielsku - Białej, jednakże nie z powodu braku interesu w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp, ale skutkiem utraty status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Izba ponadto dodatkowo stwierdza, że odwołanie zostało wniesione z naruszeniem terminu określonego w art. 515 ust.1 pkt 2 lit. a) Pzp, które może stanowić samodzielną przesłankę odrzucenia odwołania w myśl pkt 3 wskazanego art. 528 Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 Pzp:

„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...)

2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;"

Tak jak podnosił Przystępujący wykonawca, oferta firmy TATRA TRADE s.c. D. W., M. K. w zakresie pakietu nr 1 została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia (decyzja z dnia 23/03/22), której to czynności Odwołujący nie zaskarżył w terminie określonym ustawa Pzp. Odwołanie w zakresie Pakietu 1 dotyczy wyłącznie zaniechania czynności odrzucenia oferty LARIX J. P. spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Bielsku-

Białej, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, w zakresie pakietu nr 1 i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w tym pakiecie. Brak zaskarżenia czynności odrzucenia oferty skutkuje utratą statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie ze wskazanym art. 7 pkt. 30 ustawy Pzp wykonawcą w rozumieniu

tego przepisu, „jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego". Tym samym, jak podnosił przystępujący wykonawca status wykonawcy wiąże się z czynnym udziałem w postępowaniu i jego kolejnych etapach, a następnie z realizacją zadania objętego zamówieniem.

Izba nie odnosiła się do kwestii związanych z legitymacją procesową Odwołującego i argumentacją dotyczącą kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznaczoną art. 505 ustawy Pzp. Przepis ten - jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych - określa materialnoprawne przesłanki wniesienia odwołania odnoszące się do interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które rozpoznawane są na rozprawie, albowiem ich niespełnienie nie skutkuje odrzuceniem odwołania, lecz jego oddaleniem bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Odnośnie dodatkowej okoliczności zauważonej przez Izbę, należy wskazać, że odwołanie - jak wcześniej wskazano - zostało wniesione w dniu 29 marca 2022 r., podczas gdy termin na jego wniesienie - myśl art. 505 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp - upływał w dniu

28 marca 2022 r.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...)

3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;.)

Tak jak przyznał Odwołujący w odwołaniu, (co potwierdza dokumentacja tej sprawy) wykonawca (podobnie inni) zostali w dniu 23 marca 2022 r. poinformowani drogą elektroniczną o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu ofert w zakresie pakietu nr 1. Oznacza to, że termin na wniesienie niniejszego odwołania rozpoczął swój bieg w dniu 24.03.2022 r. i jako termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2a Pzp, który wynosi 5 dni, upłynął w poniedziałek, tj. 28.03.2022r. Odwołanie w tej sprawie w piśmie z dnia 28 marca 2022 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2022 r. a zatem po upływie ustawowego terminu. Izba zwraca uwagę na Uchwałę SN z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13, w której Sąd Najwyższy wskazał, że do zachowania terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego. Zatem termin uważa się za zachowany, jeżeli przed upływem terminu do wniesienia odwołania, zostanie ono doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak podano wyżej odwołanie doręczone zostało w dniu 29 marca 2022 r., a nie w wymagalnym nieprzekraczalnym terminie do dnia 28 marca 2022 r. Izba dodatkowo - wskazując na art. 580 ust.4 Pzp - zwraca uwagę, że inaczej ta kwestia uregulowana jest w ustawie Pzp w odniesieniu do skargi wnoszonej do sądu zamówień publicznych na orzeczenie KIO czy orzeczenie Prezesa KIO. W tym przypadku złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego (jej nadanie do Prezesa KIO) jest równoznaczne z jej wniesieniem, co odróżnia ten środek zaskarżenia od odwołania, które musi wpłynąć do Prezesa KIO w terminie przewidzianym na wniesienie. (tak: Komentarz UZP z 2022 r. str 1397-1400 do art. 580). W podsumowaniu Izba podkreśla, że termin na wniesienie odwołania nie podlega modyfikacjom, w szczególności wydłużeniu i przywróceniu - po upływie terminu do wniesienia odwołania nie można skutecznie wnieść odwołania. Ponadto w przepisach Prawa zamówień publicznych brak jest domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na uwadze powyższe ustalenia postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego. W tym przypadku Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Zgodnie bowiem § 5 pkt 2 powołanego rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (także uczestnika w przypadkach wskazanych w rozporządzeniu) Izba zasądza na podstawie rachunku lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Takie dokumenty finansowe nie zostały złożone do akt sprawy.