

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 22 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska
Andrzej Niwicki
Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Adam Skowroński

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie
- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny - Krzyż”, nr ref.: 9090/IREZA5/21004/05556/23/P (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2023 r. pod numerem 00738196-2023.

W dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) zostało złożone odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób: a) niejednoznaczny i niewyczerpujący, a ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności na wysokość proponowanej przez wykonawców ceny ofertowej; b) który utrudnia uczciwą konkurencję, a w szczególności prowadzi do nieporównywalności ofert w postępowaniu; c) naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności;

2. zaniechaniu unieważnienia postępowania w przypadku, gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia okoliczności wskazanych w oświadczeniu zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeniu zamawiającego złożonym do protokołu w toku

postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt: KIO 3772/23, a mających istotne znaczenie dla treści ofert składanych przez poszczególnych wykonawców, w tym także wykonawców, którzy nie brali udziału w ww. postępowaniu, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu i ograniczenia konkurencji, oraz

2.art. 137 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 135 ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania i ogłoszenia zmiany specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w sposób opisany w pkt 1), tudzież udzielenia wyjaśnień treści SWZ w zakresie określonym w pkt 1) przed upływem terminu składania ofert, jak i niewydłużenia tego terminu o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty;

3.art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na ukształtowaniu treści SWZ skutkującym nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu oraz ograniczeniem konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców którzy mogli złożyć ofertę w postępowaniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 524 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego

po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Alstom Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Alstom”). Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze.

Izba, działając na podstawie art. 526 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła opozycję zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawcy Alstom do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, biorąc pod uwagę argumentację zamawiającego zaprezentowaną

w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu w dniu 22 lutego 2024 r. Na podstawie akt sprawy ustalono, że podmiot ten nie złożył swojej oferty w postępowaniu.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp prawo zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przysługuje wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskaże stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei definicja pojęcia „wykonawca” została wprowadzona przez ustawodawcę w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. i zgodnie z nią wykonawcą jest osoba fizyczna, prawna lub 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. Wskazać należy, że przytoczona wyżej definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się

do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia umowy), status wykonawcy może zatem posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części - wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia. W niniejszym postępowaniu Alstom swojej oferty nie złożył, a w konsekwencji

nie może być uznany za wykonawcę, któremu przysługuje prawo zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2023 r. pod numerem 00738196-2023. Podnoszone w odwołaniu zarzuty nr 1 oraz nr 3 powołują się na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w SWZ: art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp (zarzut nr 1) oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 16 ustawy Pzp (zarzut nr 3).

Ustalono także, że przywoływane w odwołaniu zapisy SWZ były już przedmiotem odwołania odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3772/23 (zarzut nr 4 odwołania dotyczył naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnego zapewnienia realizacji prac projektowych i robót budowlanych w zakresie wykonania powiązania i integracji urządzeń warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 przez podmiot

trzeci, tj. spółkę AŽD Praha s.r.o., a także samodzielnego ustalenia szczegółowego zakresu ww. prac przez wykonawców, co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego z wykonawców (AŽD Praha s.r.o.) oraz wyeliminowanie z udziału w postępowaniu innych wykonawców, naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu). Skład orzekający, na podstawie akt przedmiotowej sprawy ustalił, że odwołanie w tym zakresie zostało przez odwołującego cofnięte, w konsekwencji Izba umorzyła postępowanie.

Z kolei zarzut nr 2 odwołania dotyczy naruszenia przez zamawiającego przepisów odnoszących się do wyjaśnienia i zmiany treści SWZ: art. 137 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 135 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Zarzuty odwołującego dotyczą oświadczeń zamawiającego złożonych w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2024 r. oraz w trakcie rozprawy w sprawie

o sygnaturze akt KIO 3772/2023 w dniu 9 stycznia 2024 r., dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 260/24 ustalono, że odwołujący w dniu 23 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie w toczącym się postępowaniu, formułując zarzuty naruszenia przepisów:

- 1)art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 362 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia okoliczności wskazanych w oświadczeniu zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeniu zamawiającego złożonym do protokołu w toku postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt: KIO 3772/23, a mających istotne znaczenie dla treści ofert składanych przez poszczególnych wykonawców, w tym także wykonawców, którzy nie brali udziału w ww. postępowaniu, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, oraz
- 2)art. 137 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 135 ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania i ogłoszenia zmiany SWZ w sposób opisany w pkt 1), tudzież udzielenia wyjaśnień treści SWZ w zakresie określonym w pkt 1) przed upływem terminu składania ofert, jak i niewydłużenia tego terminu o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty; ewentualnie, w przypadku, w którym zamawiający dokonałby otwarcia ofert złożonych w postępowaniu przed rozstrzygnięciem niniejszego odwołania lub zamawiający nie dokonałby żądanej przez odwołującego zmiany;
- 3)art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na ukształtowaniu treści SWZ skutkującym nieporównywalnością ofert złożonych w postępowaniu;

a zatem w zakresie, w jakim sformułowane zostały w treści zarzutu nr 2 odwołania.

Izba postanowieniem z dnia 12 lutego 2024 r. w sprawie sygn. akt KIO 260/24 umorzyła postępowanie odwoławcze, gdyż odwołujący w dniu 9 lutego 2024 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp cofa odwołanie wniesione w dniu 23 stycznia 2024 r.

Izba ustaliła jednocześnie, że postępowanie obecnie znajduje się na etapie po otwarciu ofert, co miało miejsce w dniu 24 stycznia 2024 r. Odwołujący składając przedmiotowe odwołanie stwierdza, że zamierzał złożyć ofertę w postępowaniu, jednakże naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, o których mowa w pkt 1 *petitum* odwołania, uniemożliwiło mu złożenie oferty pomimo, że dysponuje on potencjałem umożliwiającym jego realizację (zgodnie z postanowieniami Instrukcji dla Wykonawców), a także twierdzi, że w przypadku złożenia oferty, narażałoby odwołującego na poniesienie realnej i faktycznej szkody w związku

z realizacją zamówienia w oparciu o aktualne brzmienie postanowień SWZ (które nie uwzględnia stanowiska zamawiającego przedstawionego w toku rozprawy w sprawie KIO 3772/23). Z kolei w przypadku unieważnienia postępowania i ponownego jego przeprowadzenia, tym razem z zachowaniem zasad wynikających z obowiązujących przepisów, odwołujący będzie miał możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a w efekcie potencjalnie uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazuje, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, podając jako termin od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania dzień, w którym dokonano otwarcia ofert w postępowaniu, tj. 24 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, które stanowią, że Izba odrzuca odwołanie jeśli to zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Pierwszy z przywołanych wyżej przepisów nakazuje odrzucić odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, 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.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż zamierzał złożyć ofertę w tym postępowaniu, jednakże naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, o których mowa w pkt 1 *petitum* odwołania, uniemożliwiło mu złożenie oferty w postępowaniu. Nie wskazuje jednak w jaki sposób zamawiający uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty. Dodatkowo przyznaje,

że dysponuje on potencjałem, który umożliwia realizację zamówienia (zgodnie

z postanowieniami Instrukcji dla Wykonawców), jednak gdyby złożył swoją ofertę, to działanie takie narażałoby go na poniesienie realnej i faktycznej szkody w związku z realizacją zamówienia w oparciu o aktualne brzmienie postanowień SWZ (które nie uwzględnia stanowiska zamawiającego przedstawionego w toku rozprawy w sprawie KIO 3772/23).

Jednocześnie jednak odwołujący w treści odwołania wprost przyznał, iż posiada wiedzę

na temat wymogów zamawiającego oraz rozumienia przez niego zapisów SWZ (str. 6, pkt 11 odwołania) oraz, że zamawiający określony sposób rozumienia tych zapisów przedstawił

w ramach postępowania odwoławczego przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 3772/23. Tym samym, należy stwierdzić, że argumentacja odwołującego w zakresie, w jakim opisuje powody uniemożliwiające mu złożenie oferty w tym postępowaniu jest całkowicie gołosłowna.

W ocenie składu orzekającego odwołujący w tym postępowaniu nie ma statusu wykonawcy, a to w związku z tym, iż nie złożył swojej oferty. Nie można też uznać, że odwołujący ma w tym postępowaniu status „innego podmiotu, któremu przepisy Ustawy przyznają prawo

do wniesienia odwołania”. Kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12). Stanowisko

to podtrzymane zostało również w aktualnym orzecznictwie, już po zmianie przepisów ustawy Pzp, między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 424/22. W przywołanym orzeczeniu wskazano, iż pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Izba zważyła, że przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania

o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert (do zawarcia umowy), status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części - wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia.

W konsekwencji złożenie odwołania przez podmiot nieposiadający statusu wykonawcy oznacza złożenie odwołania przez podmiot do tego nieuprawniony, co stanowi podstawę odrzucenia tego środka ochrony prawnej wskazaną przez ustawodawcę w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. postanowienie z dnia 29 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2701/17; postanowienie z dnia 20 października 2023 r., sygn. akt KIO 3015/23). Także w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej powiązane jest z ustaleniem statusu wykonawcy, również w sytuacji, gdy podmiot składający odwołanie

nie złożył oferty i kwestionuje czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu (tak na przykład w wyroku Sądu Okręgowego, sygn. akt XXIII Zs 115/22). Sytuacja wnoszącego odwołanie, który nie złożył oferty, a następnie kwestionuje czynności podejmowane

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zrównana jest z sytuacją podmiotu, który utracił status wykonawcy na skutek zdarzeń prowadzących do skutecznego odrzucenia oferty. W obu tych przypadkach, brak jak i utrata statusu wykonawcy oznacza, iż takim podmiotom nie przysługują środki ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego podejmowanymi

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym nie brali lub przestali brać czynny udział, składając ważną ofertę.

W konsekwencji mając na uwadze powyższe zaszły, w ocenie Izby, przesłanki opisane w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp nakazujące odrzucić odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Z kolei norma drugiego z cytowanych przepisów ma uniemożliwić wniesienie odwołania w sytuacji, kiedy upłynął już termin, który ustawodawca wskazał jako maksymalny, dający możliwość wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, kwestionowania czynności dokonywanych przez zamawiającego. Chodzi o to, aby uniemożliwić ponowne orzekanie w tej samej instancji o tym samym i zapobiec sytuacji zaistnienia w obrocie prawnym dwóch orzeczeń, dotyczących tych samych okoliczności, a także, aby wykonawca nie mógł wielokrotnie podnosić tych samych

okoliczności faktycznych i prawnych na różnych etapach postępowania, co uniemożliwiłoby zamawiającemu sprawne prowadzenie postępowania.

Wskazać należy, że jak stanowi przepis art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. W rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania opisane w punktach 1 i 3 *petitum* odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2023 r. Trafnie zauważył zamawiający w swoim stanowisku zaprezentowanym na posiedzeniu w dniu 22 lutego 2024 r., że po tej dacie nie dokonywał już żadnych modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim te zakwestionowane zostały przez odwołującego w treści złożonego odwołania. Co istotne, przedmiotowe zapisy były już wcześniej przez odwołującego zaskarżone i były przedmiotem odwołania odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. Izba w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 3772/23 umorzyła postępowanie w tym zakresie, gdyż odwołujący cofną swoje zarzuty. Należy zatem stwierdzić, że odwołujący, w sposób niezgodny z ustawą Pzp ponownie skarży tę samą czynność zamawiającego, kwestionując tożsame zapisy SWZ. W konsekwencji zarzuty te należy uznać za spóźnione.

Z kolei zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Podnoszone w odwołaniu zarzuty sformułowane w pkt 2 dotyczą zaniechań zamawiającego, który jak twierdzi odwołujący powinien był dokonać zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ lub też udzielić wyjaśnień treści SWZ. W tym zakresie stwierdzić należy, że zarzut odwołującego dotyczy oświadczeń zamawiającego złożonych w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2024 r. oraz w trakcie rozprawy w sprawie o sygnaturze akt KIO 3772/2023 w dniu 9 stycznia 2024 r., dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym termin na wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu biegnie od daty powzięcia przez odwołującego informacji o stanowisku zamawiającego zaprezentowanego w piśmie procesowym i potwierdzonego na posiedzeniu w dniu 9 stycznia 2023 r.

Niezależnie od powyższego zarzut o tożsamej treści, tj. zaniechania dokonania i ogłoszenia zmiany SWZ, tudzież udzielenia wyjaśnień treści SWZ został podniesiony przez odwołującego w poprzednio złożonym odwołaniu w dniu 23 stycznia 2024 r. Na podstawie akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 260/24 ustalono, że odwołujący w dniu 9 lutego 2024 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp cofa odwołanie wniesione w dniu 23 stycznia 2024 r. W konsekwencji Izba postanowieniem z dnia 12 lutego 2024 r. w sprawie sygn. akt KIO 260/24 umorzyła postępowanie w sprawie. Powyższe stanowi dodatkowe potwierdzenie, że zarzuty w tym zakresie odwołujący mógł i powinien był sformułować wcześniej, nie zaś dopiero na etapie po otwarciu ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zaszła także przesłanka odrzucenia odwołania opisana w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeśli to zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....

.....
.....