Sygn. akt: KIO 1209/23

POSTANOWIENIE
z dnia 12 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**

Członkowie: **Aleksandra Patyk**

Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzucić odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.**

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 1209/23

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zestawienie i utrzymanie łączy WAN. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 028-071677 w dniu 9 lutego 2022 r.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności niezgodnych z ustawą Pzp, tj.:

1. Obrazę zasady równego traktowania wykonawców przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A., która powinna zostać odrzucona, z tego samego powodu, z którego została odrzucona oferta Odwołującego, jako:
   a) Złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
   b) Zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
   c) Której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
   d) Która zawiera błąd w obliczeniu ceny,

to jest z uwagi na to, że wykonawca Netia S.A. wkalkulował koszty dotyczące prawa opcji w cenę za gwarantowaną cześć zamówienia, tak samo jak Odwołujący, co jest niedopuszczalne, w świetle przepisów o zamówieniach publicznych, a także niezgodne z „istotą prawa opcji", gdyż oznacza to zapłatę przez Zamawiającego za świadczenia, których nie otrzyma i skutkuje to uznaniem oferty za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, za ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także zawiera błąd w obliczeniu ceny,

- co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp, a które to podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu, ze względu na przerzucenie kosztów dotyczących prawa opcji do zamówienia gwarantowanego, zostały stwierdzone w rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 3120/22 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 13/23, a w konsekwencji

2. Zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp;

a także niezależnie od powyższych zarzutów

3. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z uwagi na nieudzielenie wyjaśnień dotyczących wyceny za prawo opcji, co skutkowało naruszeniem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

a także niezależnie od powyższych zarzutów

4. Zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na uwzględnienie przez wykonawcę Netia jedynie części kosztów Wymaganego Sprzętu w cenie oferty, w sytuacji, gdy cena oferty, w tym jej poszczególne ceny jednostkowe muszą uwzględniać wszystkie koszty związane z daną pozycją cenową i ceną oferty, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a która to podstawa odrzucenia wynika z rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 3120/22 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 13/23;

a także niezależnie od powyższych zarzutów

5. Zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika z tego, że Zamawiający w sposób sprzeczny z prawem wpłynął na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opisując przedmiot zamówienia, a także sposób obliczenia ceny tak, iż działanie wykonawcy zgodnie z warunkami zamówienia i oświadczeniami Zmawiającego w toku postępowania, doprowadziło do złożenia przez Odwołującego w sposób niezamierzony oferty niezgodnej z prawem w świetle rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 3120/22 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 13/23, co stanowi naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp i art. 70^5KC.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) Odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. jako:

a) Złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

b) Zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

c) Której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

d) Która zawiera błąd w obliczeniu ceny,

3) Odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z uwagi na niezłożenie wyjaśnień wyliczenia ceny oferty w zakresie prawa opcji,

4) Unieważnienia postępowania z uwagi na to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu,

5) Unieważnienie postępowania z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 2 maja 2023 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienia wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący".

Ponadto, Izba ustaliła, że oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 14 listopada 2022 r. Czynność ta została zaskarżona odwołaniem wniesionym przez Przystępującego w dniu 24 listopada 2022 r. KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3120/22 uwzględniła odwołanie wniesione przez Przystępującego nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty Przystępującego. Odwołujący wniósł od powyższego wyroku skargę. Zamawiający wykonał wyrok KIO w dniu 11 stycznia 2023 r. i unieważnił pierwotny wybór oferty

najkorzystniejszej. Jednocześnie wyrokiem z dnia 24 marca 2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 13/23 oddalił skargę na ww. orzeczenie Izby. Dnia 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę Przystępującego.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeliodwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący utracił skutecznie status wykonawcy, bowiem sąd odwoławczy podtrzymał wyrok KIO stwierdzający konieczność odrzucenia oferty Odwołującego, a wyrok ten jest wyrokiem prawomocnym. W konsekwencji Odwołujący nie jest aktualnie (w terminie wniesienia odwołania) i niezależnie od podejmowanych czynności, nie może już być, wykonawcą w ramach przedmiotowego postępowania.

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Uznać tym samym należy, że 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 Pzp.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do Odwołującego należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. Odwołującego z pewnością nie można zakwalifikować do podmiotów uczestniczących w konkursie, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 325 i następne ustawy Pzp, tj. konkursu. Odwołującego nie można również zakwalifikować do grona innych podmiotów, gdyż innymi podmiotami mogą być organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Dlatego też, Odwołującego należy zweryfikować pod kątem ustalenia, czy nadal (pomimo ostatecznego stwierdzenia przez Sąd Okręgowy zasadności odrzucenia jego oferty), można mu przypisać status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą 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.

Choć Odwołujący jest osobą prawną, która oferuje na rynku świadczenie usług, ubiegał się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, to złożył ofertę, która ostatecznie (wyrokiem Sądu Okręgowego) została odrzucona. Zdaniem Izby, status wykonawcy wiąże się z możliwością czynnego uczestnictwa wykonawcy w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu nie gwarantuje zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę, co z drugiej strony przekłada się na możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić - przykładowo w wyniku zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę - czynności zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie Odwołujący status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), jednak utracił go w wyniku prawomocnego odrzucenia jego oferty. Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Art. 505 ustawy Pzp nie można interpretować w sposób dowolny i przyznać prawo do składania środków ochrony prawnej także wykonawcom, którzy choć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli ofertę, to ostatecznie zostały one odrzucone.

Zgodnie z wyrokiem TSUE dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona. Trybunał wskazał,

ż e *art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany.*

W glosie do ww. orzeczenia TSUE Małgorzaty Sieradzkiej (LEX/el. 2017) zauważono, że skuteczność zaskarżania decyzji instytucji zamawiającej wymaga posiadania legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skuteczne odwołanie to środek, który może być wniesiony przez podmiot (oferenta) zainteresowany uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa UE lub przepisów krajowych (dokonujących transpozycji). Interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej nie ma oferent ostatecznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za kluczowe zatem należy uznać przede wszystkim czynne działanie odwołującego co do obrony własnej oferty, własnego uczestnictwa w prowadzonym postępowaniu, by skutecznie mógł on kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej, które zapadły w postępowaniu.

Potwierdzeniem powyższego jest wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01, gdzie Trybunał stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu wykonawcy bez umożliwienia mu zakwestionowania podstaw jego wykluczenia. Dodatkowo, w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16 Archus et Gama stwierdzono, że przyznanie ochrony prawnej wykonawcy następuje w przypadku, gdy odrzucony wykonawca nie zgadzając się z decyzjami instytucji zamawiającej, dokonuje ich zaskarżenia, tj. *w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta (...).*

Jak słusznie zwróciła uwagę Izba w postanowieniu z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 386/21*Odwołujący mylnie upatruje interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do możliwości dążenia wykonawcy do unieważnienia postępowania jako takiego i możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu. Zdaniem Izby możliwość dążenia do unieważnienia postępowania należy odczytywać jako potencjalny skutek wniesienia odwołania, w którym odwołujący dąży do obrony własnej oferty (ale obrona własnej oferty może okazać się nieskuteczna) i jednocześnie do eliminacji oferty konkurencyjnej, uznanej za najkorzystniejszą. W wyniku tak złożonego środka ochrony prawnej może dojść do sytuacji, gdzie potwierdzą się zarzuty odwołania wobec oferty wybranej a jednocześnie nie potwierdzą się zarzuty wobec oferty odwołującego, tym samym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlegało będzie unieważnieniu. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu odwoławczym wyraża przekonanie, że wynik w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie. Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy na realizacje zamówienia. Potwierdza to również orzeczenie TSUE przywołane w treści odwołania przez samego Odwołującego. Z orzeczenia C-131/16 oraz z innych przywołanych przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu jednoznacznie płynie wniosek, że konieczne jest skarżenie obu decyzji zamawiającego, zarówno o wykluczeniu odwołującego/odrzuceniu jego oferty oraz decyzji o wyniku postępowania. Rozumienie pojęcia „interesu" nie zmieniła znacząco nowelizacja przepisów z 2019 roku. Ogłoszenie nowego postępowania jest zdarzeniem przyszłym, niepewnym, zależnym od wystąpienia wielu czynników, których wyniku nie można przewidzieć w momencie składania odwołania w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby natomiast możliwe było korzystanie ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Takiej przesłanki, w ocenie Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać.*

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania są wymierzone jedynie przeciwko ofercie konkurenta i nie dotyczą obrony oferty Odwołującego, więc wykonawca nie ubiega się o udzielenie zamówienia, jego oferta została odrzucona, a on sam nie będzie mógł już zawrzeć z Zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem Odwołujący nie posiada obecnie statusu wykonawcy w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wobec czego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Równocześnie Izba stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym zarzut nr 5 odwołania podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie

zamówienia lub konkurs 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 ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionego zarzutu nr 5 odwołania wniesionego w dniu 28 kwietnia 2023 r. mogły być formułowane przez Odwołującego od dnia 9 lutego 2022 r., tj. od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W ocenie Izby zarzut nr 5, jaki w odwołaniu postawił Odwołujący, jest spóźniony, bowiem jest to zarzut, który mógł zgłosić w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W odniesieniu do tego co nie zostało w SWZ zmienione, jest takie samo, nie może być skutecznie kwestionowane po upływie terminu na wniesienie odwołania od postanowień SWZ. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do postanowień specyfikacji warunków zamówienia odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczenia ceny, winien był po ogłoszeniu przez Zamawiającego treści specyfikacji, zwrócić się z zapytaniem o wyjaśnienie tych wątpliwości, które Odwołujący podnosi obecnie w treści odwołania, lub wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia. Skoro jednak Odwołujący z możliwości tych nie skorzystał, to jego zarzut odnoszący się *de facto* wyłącznie do postanowień specyfikacji warunków zamówienia należy uznać za spóźniony.

Okoliczność, że Odwołujący, zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które mu nie odpowiadały, w chwili opublikowania ogłoszenia, dopiero obecnie występuje z odwołaniem, skarżąc czynność Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, nie uzasadnia „przywrócenia" terminu do kwestionowania postanowień specyfikacji warunków zamówienia na obecnym etapie. Treść specyfikacji znana była uczestnikom postępowania od dnia udostępnienia tego dokumentu. Zarzutem spóźnionym jest więc zarzut odnoszący się do zaniechania unieważnienia postępowania, gdyż jest on konsekwencją kwestionowania przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczenia ceny.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowane znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach zamówienia znanych od kilku miesięcy, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania Zamawiającego mogłoby doprowadzić do paraliżu postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, dlatego też, aby Zamawiający mogli udzielać zamówień, a wykonawcy kwestionować ich decyzje ustawodawca określił terminy na te czynności, jak również przewidział ustawowe przesłanki odrzucenia odwołania, gdy podmiot składający odwołanie działa w sposób niemieszczący się w regulacjach ustawowych.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie dotyczące zarzutu nr 5 wniesione zostało z uchybieniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie w odniesieniu do zarzutu nr 5 również na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp,

Reasumując Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

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).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……