

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Agnieszka Trojanowska
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 4 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, ul. Basztowa 22** przy udziale **wykonawcy Bonasoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Wrocław, ul. Bierutowska 57-59** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1936/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.odrzuca odwołanie,

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przygotowanie, wdrożenie i utrzymanie Platformy MSIM w ramach projektu pn. Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM)” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 grudnia 2019r. za numerem 2019/S 249618768.

W dniu 4 sierpnia 2020r. zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A** kopię odwołania odwołującego **Bonasoft** z ograniczeniem do pierwszych ośmiu stron odwołania.

W dniu 13 sierpnia 2020r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A i Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A** wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 marca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu i wiceprezesa lidera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2020r. udzielonego przez każdego z członków konsorcjum zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z członków, ustalonymi na podstawie

złożonych KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 sierpnia 2020r.

Odwolujący Comarch zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odtajnienia odwołania/kopii odwołania (w szczególności uzasadnienia odwołania) w zakresie, w jakim nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa BonaSoft, i doręczenie odwołującemu takiej kopii odwołania BonaSoft, (przez co zamawiający naruszył także art. 185 ust.1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy), pomimo iż wykonawca BonaSoft:

1)nie złożył oświadczenia o objęciu treści innych niż wyjaśnienia z dnia 6 kwietnia 2020 r. tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym treści uzasadnienia odwołania/kopii odwołania,

2)objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3)nie dokonał selekcji informacji jawnych i niejawnych, - co spowodowało, iż utajnienie w zakresie informacji jawnych należy uznać za nadmiarowe, a także

4)nie sprostął ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż całość tekstu na str. 8 - 15 odwołania/kopii odwołania przekazanej wykonawcom, w tym odwołującemu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił naruszenie art. 185 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy również z uwagi na to, że zamawiający nie przekazał de facto treści kopii odwołania BonaSoft odwołującemu, do czego obliguje go wskazany przepis ustawy, ograniczając dostęp do informacji stanowiących argumenty odwołującego wskazane w odwołaniu, na co nie zezwalają przepisy art. 8 ust. 3 ustawy.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) uzasadnienia odwołania/kopii odwołania przekazanej wykonawcom, w tym odwołującemu, wniesionego przez BonaSoft sp. z o.o. sp. k. w dniu 3 sierpnia 2020 r. w postępowaniu i doręczenie kopii takiego odwołania odwołującemu (Comarch),

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

3)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

Doręczona kopia odwołania w ocenie odwołującego Comarch - dedykowana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu - zawierała wyłącznie część historyczną (opis przebiegu postępowania) - a nie zawierała zarzutów konstruowanych w oparciu o skonkretyzowany stan faktyczny i prawny (zarzuty są na takim poziomie ogólności, iż pasują do każdego postępowania, w którym odrzucono ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy oraz uzasadnienia tych zarzutów (okoliczności faktycznych i prawnych, o których mowa w art. 189 ust. 3 ustawy). Zdaniem odwołującego przed doręczeniem wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopii odwołania, zamawiający winien był poddać analizie i ocenie tekst odwołania oraz kopii odwołania pod kątem zasadności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa BonaSoft i dokonać odtajnienia treści w zakresie, w jakim BonaSoft nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie, w jakim zgodnie z oceną zamawiającego uzasadnienie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa BonaSoft i w zakresie, w jakim BonaSoft nie wykazał zasadności objęcia uzasadnienia tajemnicą przedsiębiorstwa. BonaSoft winien także ponieść konsekwencje braku selekcji informacji jawnych i niejawnych i bezzasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji jawnych.

Zdaniem odwołującego dla rozpoczęcia biegu terminu wniesienia odwołania kluczowy jest moment doręczenia odwołującemu utajnionej kopii odwołania BonaSoft. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10- dniowego terminu.

Odwolujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę, która została sklasyfikowana, jako 2 w rankingu ofert. Odwołujący przystąpił do postępowania wszczętego odwołaniem BonaSoft, w którym razem z zamawiającym broni decyzji o odrzuceniu oferty BonaSoft.

Każdy błąd zamawiającego popełniony na tym etapie rzutuje na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W interesie odwołującego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego (w tym podejmowanie czynności względem odwołującego) zgodnie z obowiązującymi przepisami). Wskutek zaskarżonego zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego odwołujący może być pozbawiony możliwości obrony swoich praw w postępowaniu odwoławczym, w którym

ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podlega czynność odrzucenia oferty BonaSoft (także w przypadku uwzględnienia odwołania BonaSoft przez zamawiającego).

W wyniku dokonanego odrzucenia oferty BonaSoft oferta odwołującego jest obecnie najkorzystniejszą cenowo ofertą w postępowaniu. W rezultacie w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania otwiera Comarch szansę na obronę swojego stanowiska w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i pozyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że ilekroć w uzasadnieniu mowa jest o „wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r.” lub „wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny” należy przez to rozumieć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez BonaSoft.

Zgodnie z treścią odwołania z dnia 3 sierpnia 2020 r. BonaSoft w niniejszym postępowaniu: Odwołujący wskazuje, że wybrane fragmenty niniejszego odwołania odnoszą się do informacji skutecznie zastrzeżonych w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r., jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.). W związku z tym, odwołujący wnosi o wyłączenie jawności postępowania odwoławczego w tym zakresie i nieujawnianie zastrzeżonych treści ewentualnym uczestnikom tego postępowania. Odwołujący Comarch w pierwszej kolejności wskazał, iż przesłane mu odwołanie zawiera jedynie (niewymaganą przepisami PZP) część historyczną (opisową) przebiegu postępowania, natomiast nie zawiera żadnej okoliczności faktycznej ani prawnej uzasadniającej postawione przez BonaSoft zarzuty. Opis przebiegu postępowania i ogólnikowe twierdzenia zawarte w pkt 1 - 13 są właściwie irrelewantne w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (z perspektywy art. 180 ust. 3 PZP - mogłoby ich nie być). Treść zarzutów jest przy tym ogólnikowa i w ogóle nie odnosi się do jawnej i udostępnionej Comarch treści informacji o odrzuceniu oferty BonaSoft. Zarzuty w ogóle są nieskonkretyzowane i nie nawiązują do treści kwestionowanej czynności - a także do stwierdzonych przez zamawiającego wad oferty (niezgodności z SIWZ i rażąco niskiej ceny). Odwołujący Comarch domniemywać może, iż okoliczności te są wskazane w części oznaczonej tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast z ostrożności należy podnieść, iż jeśli takich okoliczności brak - to BonaSoft powinien ponieść procesowe konsekwencje tego braku w postaci bądź to odrzucenia odwołania, bądź jego oddalenia.

W ocenie Comarch po stronie zamawiającego istniał obowiązek analizy, czy w treści odwołania/kopii odwołania przekazanej wykonawcom (na stronie 8 - 15 BonaSoft prawidłowo zastrzegł informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

- 1)czy BonaSoft złożył oświadczenie, iż zastrzega dane informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2)czy BonaSoft prawidłowo wyselekcjonował informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i oddzielił je od informacji jawnych, których zastrzec nie mógł, tak, aby zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - a więc niedostępnych innym wykonawcom - nie był nadmierny,
- 3)czy BonaSoft prawidłowo zidentyfikował (przedmiotowo) informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - zgodnie z definicją art. 11 ust. 2 z.n.k, gdyż w treści uzasadnienia odwołania złożonego przez BonaSoft, przykładowo mogą znajdować się także oświadczenia o charakterze procesowym, które tajemnicą przedsiębiorstwa być same z siebie nie mogą,
- 4)czy BonaSoft uczynił zadość ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż konkretne, wyselekcjonowane informacje, spełniające definicję z art. 11 ust. 2 z.n.k., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa?

Takiej analizy zamawiający nie przeprowadził. Tym samym brak potwierdzenia dokonania powyższych działań przez BonaSoft, w sposób zgodny z ustawą aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia informacji niezasadnie określonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa na stronie 8 - 15 odwołania/kopii odwołania BonaSoft przesłanej wykonawcom w celu poinformowania ich o wniesionym odwołaniu oraz umożliwienia przystąpienia do odwołania. Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku - zaniechał analizy i odtajnienia uzasadnienia kopii odwołania BonaSoft dedykowanej wykonawcom, w zakresie, w jakim nie stanowi ona tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co istotne według odwołującego Comarch treść informacji o odrzuceniu oferty BonaSoft została skonstruowana przez Zamawiającego w sposób wyczerpujący analizę w zakresie treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w przeciwieństwie do treści odwołania/kopii odwołania.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania dysponuje zarówno wersją niejawną jak i jawną odwołania - tym samym ma wiedzę, czy i jakie informacje BonaSoft zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Comarch - jeśli BonaSoft powołuje się na fakt, iż dana informacja spełnia definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zamawiający tym samym jest w stanie ocenić, czy przekazywana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kopia odwołania jest dokumentem, który odzwierciedla (kopiuje) treść odwołania w zakresie, w jakim nie stanowi ono

prawidłowo zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa BonaSoft. Jeśli dokument nie jest powieleniem odwołania w części, w jakiej nie zasługuje ono na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie można mówić o kopii odwołania i o przestaniu kopii odwołania wykonawcom, tym samym o zgodnym z dyspozycją normy art. 185 ust. 1 ustawy wykonaniu obowiązku ciężącego na zamawiającym. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonywanie czynności zgodnie z przepisami ustawy w tym zakresie, co potwierdza również orzecznictwo, przykładowo w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2011 r. (KIO 2222/11, KIO 2223/11). Dla Comarch, jako przystępującego treść tego uzasadnienia jest kluczowa - albowiem to ona przesądza o treści zarzutów (wobec ich ogólnikowego sformułowania w petitum odwołania BonaSoft na odrzucenie oferty BonaSoft) oraz o treści okoliczności faktycznych i prawnych powoływanych przez BonaSoft na uzasadnienie zarzutów.

W konsekwencji niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch posiadający interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego jest de facto podmiotem, który został pozbawiony możliwości aktywnego udziału w postępowaniu - gdyż nie jest w stanie zapoznać się z twierdzeniami BonaSoft. Wskazał, iż interes Comarch jest tu oczywisty w sytuacji, gdy mamy do czynienia z czynnością odrzucenia oferty konkurenta sklasyfikowanego na pozycji nr 1 - jeśli Comarch złożył ofertę sklasyfikowaną na pozycji nr 2, stąd w tym konkretnym przypadku Comarch mógł łatwo zidentyfikować, iż przystępuje do odwołania po stronie zamawiającego. Jednak możliwość polemiki w takim wypadku jest czysto iluzoryczna, dopóki całość uzasadnienia, (bo treść historyczna ujęta w punktach 1 - 14 jest niewynikającym z PZP irrelevantnym dodatkiem i nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia) jest bezzasadnie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący, jako konkurent BonaSoft, w wyniku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa treści uzasadnienia odwołania/kopii odwołania BonaSoft pozbawiony został możliwości analizy argumentów/dowodów wskazanych przez BonaSoft (objętych zastrzeżeniem), a tym samym ma poważnie utrudniony dostęp do środków ochrony prawnej zagwarantowanych ustawą, co również utrudnia ochronę słuszných interesów odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż przyjęcie, iż działanie wykonawcy, polegające na utajnieniu całości uzasadnienia odwołania, nie podlega weryfikacji ani ze strony zamawiającego ani ze strony Krajowej Izby Odwoławczej - i że ani zamawiający ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są uprawnieni do oceny zasadności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy - jest nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami państwa prawa - a ponadto może doprowadzić do powstania patologii polegającej na utajnianiu całości uzasadnień składanych do Krajowej Izby Odwoławczej odwołań, bez względu na to, jaka będzie ich zawartość. Na marginesie Comarch wskazał również, iż nadmierne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez BonaSoft w kopii odwołania przesyłanej wykonawcom stanowi też czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie zwracamy uwagę na fakt, iż hipotetycznie - w przypadku uwzględnienia odwołania BonaSoft z dnia 3 sierpnia 2020 r. w całości przez zamawiającego (do czego formalnie może dojść także w trakcie rozprawy) - w sytuacji gdy zgodnie z przepisami ustawy przystępujący wniosłby sprzeciw od takiego uwzględnienia - wobec tak szeroko bezzasadnie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa jest całkowicie pozbawiony możliwości obrony swoich praw i swojego stanowiska przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Reasumując w wyniku działań, zaniechań zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwołujący został pozbawiony informacji pozwalających mu na ocenę zasadności przystąpienia do postępowania odwoławczego, co więcej, gdyby zamawiający odwołanie BonaSoft uwzględnił, odwołujący został de facto pozbawiony możliwości sprzeciwienia się temu, z uwagi na brak możliwości odniesienia się do zastrzeżonych argumentów. Tym samym w postępowaniu została naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozbawiając niektórych z nich możliwości pozyskania informacji, które nie stanowią i nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym faktycznego i zgodnego z prawem korzystania ze środków ochrony prawnej.

Comarch wskazał również, iż wniosek BonaSoft precyzyjnie wskazuje, iż wyłączenie jawności postępowania ma dotyczyć wyłącznie informacji skutecznie zastrzeżonych w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r. - niemniej nie wskazuje, iż wyłączenie jawności postępowania ma dotyczyć jakichkolwiek innych informacji (w szczególności nowych i nieznanych na etapie składania wyjaśnień z dnia 6 kwietnia 2020 r.), w tym informacji, które po raz pierwszy zostały powołane w treści odwołania. Co istotne informacje wyjaśniające wątpliwości zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, mogą być całkowicie odmienne od informacji przekazywanych w odpowiedzi na zarzuty zamawiającego uzasadniające odrzucenie oferty.

Zdaniem odwołującego taki wniosek implikuje konieczność ujawnienia treści odwołania w zakresie, w jakim nie powiela ono informacji wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r., gdyż w tym zakresie w treści przesłanego odwołania brak jest po pierwsze zastrzeżenia (czyli wyraźnego oświadczenia wykonawcy), iż nowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, po drugie owo zastrzeżenie nie zostało wykazane zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy.

Niedopuszczalne jest domniemanie, iż złożone w kwietniu oświadczenie rozciąga się także na informacje, które BonaSoft przedstawił w

sierpniu w treści odwołania - a złożone wraz z tym oświadczeniem dokumenty wykazujące zasadność zastrzeżenia pozostają adekwatne i aktualne w stosunku do nowych informacji.

Odwolujący wskazał, iż BonaSoft twierdzi, iż tylko wybrane fragmenty odwołania odnoszą się do informacji stanowiących wyjaśnienia z dnia 6 kwietnia 2020 r. - stąd logiczny jest wniosek, iż co do zasady treść odwołania powinna być ujawniona i przesłana odwołującemu, a jedynie wybrane fragmenty powinny pozostać niejawne. Tymczasem całość uzasadnienia zarzutów w rozumieniu art. 180 ust. 3 (a to okoliczności faktyczne i prawne), jak i de facto same zarzuty (skonkretyzowane w uzasadnieniu) zostały przez BonaSoft „wycięte”, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeśli BonaSoft skonstruował pismo w ten sposób, iż niemożliwym jest oddzielenie informacji stanowiących wyjaśnienia z dnia 6 kwietnia 2020 r. od innych, nowych informacji - to powinien ponieść negatywne konsekwencje takiej decyzji (nie można, bowiem skutecznie domagać się ochrony swoich praw, w sytuacji, gdy własnym działaniem lub zaniechaniem narusza się należącą do fundamentalnych zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zasadę jawności i uniemożliwia się realizację praw innym jednostkom - w tym przypadku odwołującemu). Ponadto zarzuty i informacje zawarte w uzasadnieniu odwołania BonaSoft winny dotyczyć działań zamawiającego w postaci dokonania odrzucenia oferty BonaSoft i zasadności takiej czynności, a informacje zawarte w piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 roku stanowiły wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Już to potwierdza fakt, że informacje te nie mogą być, co do zasady zbieżne w takim zakresie, w jakim treść uzasadnienia odwołania/kopii odwołania objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego Comarch informacjami, które ze swej istoty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, są:

- 1)informacja o charakterze procesowym, informacje stanowiące polemikę z zamawiającym w zakresie zasadności dokonanego odrzucenia oferty (nie stanowiące powielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 roku), informacje czy BonaSoft powołuje w ramach niniejszego postępowania nowe dowody,
- 2)informacja o charakterze procesowym, w zakresie, których zarzutów BonaSoft powołał nowe dowody,
- 3)informacja o charakterze procesowym, na jakie okoliczności BonaSoft powołał nowe dowody,
- 4)polemika prawna, co do oceny działań zamawiającego,
- 5)powołanie się przez odwołującego w odpowiedzi na „zarzut” zamawiającego na określoną, jawną treść SIWZ / OPZ etc.,
- 6)wszelkie odniesienia do jawnych informacji wynikających z formularza ofertowego BonaSoft.

Odwolujący wskazał również, iż część informacji, która (jak zakłada odwołujący) znajduje się w uzasadnieniu odwołania/kopii odwołania, ze swej istoty nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z definicją legalną tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 z.n.k. Jednocześnie odwołujący wskazał, iż co do każdej z nowych okoliczności - czy to faktycznych czy prawnych - która nie została wskazana w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r. na BonaSoft ciążył obowiązek zastrzeżenia (w chwili wniesienia odwołania) takiej okoliczności jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz udowodnienia przesłanek, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy. Brak wyraźnego zastrzeżenia w stosunku do danej nowej okoliczności oraz brak uzasadnienia zastrzeżenia implikuje formalną wadliwość takiego zastrzeżenia, a w konsekwencji obowiązek ujawnienia takiej okoliczności przez zamawiającego.

Odwolujący Comarch podniósł, iż oprócz zarzutów odnoszących się do czynności dokonanych przez zamawiającego, BonaSoft postawił także zarzuty w zakresie zaniechania dokonania określonych czynności: wezwania BonaSoft do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub wyjaśnień, co do treści oferty, co zdaniem odwołującego miało naruszyć art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy.

Zdaniem Comarch w/w zarzut trzeci ma charakter formalny (dotyczy rzekomego wadliwie prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego) i jego uzasadnienie nie może zawierać informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa BonaSoft. Zarzut dotyczy zaniechania, a więc niedokonania czynności - zatem uzasadnienie tegoż zarzutu winno oscylować wokół odpowiedzi na pytanie, dlaczego zamawiający miał obowiązek takiej czynności dokonać. Zdaniem odwołującego BonaSoft nadmiarowo obejmuje, w szczególności tę część uzasadnienia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone zostało stanowisko, zgodnie, z którym zastrzeżenie treści złożonego odwołania, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest działaniem nadmiernym i niedopuszczalnym prawem. Ponadto Izba uznała, że wykonawca jest uprawniony do ochrony elementów swojej oferty, jako tajemnicy, jednak nie odnosi się to do zarzutów i żądań odwołującego w zakresie udostępniania ich w uzasadnieniu.

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzegł możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie posiedzenia czy rozprawy.

W dniu 13 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca BonaSoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bierutowska 57-59 wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu - sklasyfikowaną na pierwszym miejscu w rankingu ofert. BonaSoft posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, ponieważ zamawiający nie naruszył przepisów ustawy nie udostępniając części odwołania przystępującego z dnia 3 sierpnia 2020 r. zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Odwołujący Comarch zmierza zaś do podważenia powyższej czynności, co w wypadku uwzględnienia odwołania skutkować będzie szkodą przystępującego wynikającą z odtajnienia ww. informacji skutecznie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu komplementariusza zgodnie z zasadami reprezentacji komplementariusza ujawnionymi w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 sierpnia 2020r.

W dniu 3 września 2020r. przystępujący Bonasoft wniósł o

1.odrzuć odwołania w całości z uwagi na to, że:

a.w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy oraz

b.odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, ewentualnie o:

2.odalenie odwołania w całości z uwagi na to, że są one całkowicie chybione oraz nie znajdują podstaw w stanie faktycznym sprawy.

W pierwszej kolejności przystępujący zwrócił uwagę, że do niniejszej sprawy nie znajdują zastosowania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, w związku, z czym odwołanie powinno zostać odrzucone w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy. Istota zarzutów sformułowanych przez odwołującego sprowadza się do zaniechania odtajnienia przez zamawiającego odwołania/kopii odwołania wniesionego przez przystępującego w dniu 3 sierpnia 2020 r. (dalej jako: „odwołanie BonaSoft”) w zakresie, w jakim zawiera ono treść zastrzeżoną przez BonaSoft jako tajemnica przedsiębiorstwa. W opinii odwołującego powyższe zaniechanie zamawiającego skutkuje naruszeniem art. 8 ust. 1,2 i 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 185 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy. Powyższe stanowisko odwołującego nie zasługuje na aprobatę.

Po pierwsze, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania takiej czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie PZP. A contrario, na czynności i zaniechania zamawiającego, do których dochodzi poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie nie przysługuje.

W niniejszej sprawie odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie, do którego doszło w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą. Postępowanie to nie jest jednak częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (jest od niego odrębne i niezależne), czego konsekwencją jest to, że ewentualne czynności i zaniechania zamawiającego, do których dochodzi w toku postępowania odwoławczego nie mogą być objęte hipotezą normy wynikającej z art. 180 ust. 1 ustawy i w rezultacie - nie mogą stanowić przedmiotu odwołania.

O odrębności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od postępowania odwoławczego przemawia szereg argumentów:

a.usługa posługuje się niezależnie pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia” jak i pojęciem „postępowania odwoławczego” — np. art. 94 ust. 2 pkt 3 oraz art. 220 ust. 1 ustawy,

b.do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (art. 14 ust. 1 ustawy), natomiast do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (art. 185 ust. 7 ustawy),

c.przepisy regulujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter materialny oraz stanowią transpozycję do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektywy klasycznej, sektorowej i obronnej, podczas gdy przepisy dotyczące postępowania odwoławczego mają charakter proceduralny oraz stanowią transpozycję postanowień dyrektywy odwoławczej.

d.definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została wyrażona w art. 2 pkt 7a ustawy, zgodnie, z którą pod pojęciem tym należy rozumieć „postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki wynegocjowania postanowień takiej umowy.” Z definicji tej wynika, zatem, że czynnościami podejmowanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie będą te, które nie są wykonywane w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy — jak np. czynności w toku postępowania

odwoławczego.

W świetle powyższego w ocenie przystępującego należy, zatem uznać, że pojęciom „postępowanie o udzielenie zamówienia” oraz „postępowanie odwoławcze” ustawodawca nadaje odmienne znaczenia. Wychodząc, zatem z założenia o racjonalnym ustawodawcy, trzeba stwierdzić, że art. 180 ust. 1 ustawy, który wspomina jedynie o czynnościach i zaniechaniach w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie obejmuje ewentualnych czynności i zaniechań, do których dochodzi na etapie postępowania odwoławczego. Analogiczne stanowisko zostało wyrażone m.in. w wyroku Izby z 4 grudnia 2014 r. (KIO 2443/14, Legalis) oraz w uchwale Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2010 r. (III CZP 103/10, OSNC 2011, Nr 7—8, poz. 83, s. 98), w której Sąd stwierdził, że czynnością podlegającą ocenie, co do jej zgodności z PZP, co do których dopuszczalne jest wniesienie odwołania jest czynność zamawiającego podejmowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia. związana i zmierzająca do udzielenia zamówienia publicznego.

Jednocześnie należy pamiętać o orzeczeniach Izby, zgodnie z którymi odwołanie wnoszone jest wobec zaniechania lub czynności zamawiającego „podjętej”, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej. Do takich właśnie zaniechań lub czynności i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów (por. np. wyr. KIO z 5.05.2016 r., KIO 598/16, LEX nr 2048457).

Po drugie, podstawą zarzutów sformułowanych przez odwołującego jest założenie, jakoby zamawiający na etapie postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą zobowiązany był do każdorazowego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odwołaniach, których kopie otrzymuje od odwołujących.

W tym kontekście przystępujący zwrócił uwagę, że art. 8 ust. 3 ustawy, który stanowi podstawę prawną wszystkich zarzutów odwołującego, stanowi wyjątek od ogólnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy. Oznacza to, że nie może on być interpretowany rozszerzająco oraz obejmować poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 8 ust. 1 ustawy również postępowania odwoławczego. Nadto, w odróżnieniu od postępowania o udzielenie zamówienia, którego „gospodarzem” jest zamawiający, na etapie postępowania odwoławczego to w gestii Izby, a nie zamawiającego leży badanie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz decyzja o ich ewentualnym utajnieniu lub odtajnieniu. Wskazuje na to pośrednio art. 189 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym, „Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników.”

Pomimo to odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje rozszerzyć obowiązek badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na postępowanie odwoławcze oraz obarczyć nim zamawiającego.

Tymczasem art. 185 ust. 1 ustawy - z którego to przepisu odwołujący wywodzi obowiązek zbadania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa fragmentów odwołania BonaSoft - sprowadza rolę zamawiającego do prostej czynności technicznej polegającej na przekazaniu kopii odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający pełni więc w tym zakresie jedynie rolę „pośrednika”. Konsekwentnie, nie posiada również kompetencji do ingerowania w treść odwołania oraz decydowania, czy i w jakim zakresie odwołanie to może zostać przekazane innym wykonawcom. Pozostaje on więc w tym zakresie „związany” dokonany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś o jej ewentualnym odtajnieniu może zdecydować wyłącznie Izba, jednak - co istotne nie w ramach odrębnego odwołania, lecz jedynie w ramach badania tego odwołania, którego fragmenty zostały utajnione, tj. odwołania BonaSoft.

Obowiązek badania przez zamawiającego fragmentów odwołania BonaSoft pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - do czego w swym odwołaniu zdaje się dążyć Comarch - niejednokrotnie byłby zresztą niemożliwy do spełnienia, biorąc pod uwagę 2-dniowy termin, w którym zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy, zamawiający zobowiązany jest do przekazania kopii odwołania innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa często jest bowiem długim i złożonym procesem, niemożliwym do wykonania w ciągu 2 dni. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzeczeniu TSUE z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C- 450/06, Varec SA przeciwko państwu belgijskiemu, w którym Trybunał zważył, że „organ powołany do rozpoznawania odwołań, o których mowa w rzeczonem art. 1 ust. 1 powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez instytucje zamawiającą przy czym on sam może zapoznawać się w takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji, w świetle wymogów skutecznej ochrony sądowej oraz poszanowania prawa do obrony stron sporu, a także, w przypadku odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 WE, tak by

zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu."

W konsekwencji należy uznać, że ustawa nie zobowiązywała zamawiającego do zbadania przekazanego mu odwołania BonaSoft pod kątem zasadności zastrzeżenia jego fragmentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro zatem w niniejszej sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy, to w konsekwencji odwołanie Comarch powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Niezależnie od powyższego przystępujący wskazał, że odwołanie Comarch zostało wniesione po terminie określonym w ustawie, w związku z czym odwołanie to powinno zostać odrzucone w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W opinii przystępującego istotą oraz faktycznym celem odwołania Comarch jest odtajnienie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego w dniu 6 kwietnia 2020 r. (dalej jako: „wyjaśnienia RNC”), które zgodnie z najlepszą wiedzą przystępującego do dnia dzisiejszego nie zostały ujawnione odwołującemu.

Do dnia dzisiejszego Comarch nie zakwestionował jednak ewentualnego zaniechania zamawiającego polegającego na nieudostępnieniu Comarch pełnej treści wyjaśnień RNC. Z kolei wniesienie takiego odwołania na obecnym etapie lub w przyszłości należałoby uznać za spóźnione, ze względu na fakt, że Comarch powziął informację o skutecznym zastrzeżeniu wyjaśnień RNC jako tajemnicy przedsiębiorstwa najpóźniej w dniu 4 sierpnia 2020 r., kiedy to otrzymał kopię odwołania BonaSoft, w której Przystępujący BonaSoft poinformował, że: „odwołujący wskazuje, że wybrane fragmenty niniejszego odwołania odnoszą się do informacji skutecznie zastrzeżonych w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2020 r. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.). W związku z tym, odwołujący wnosi o wyłączenie jawności postępowania odwoławczego w tym zakresie i nieujawnianie zastrzeżonych treści ewentualnym uczestnikom tego postępowania.”

Treść odwołania BonaSoft jest ściśle związana z wyjaśnieniami RNC, które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odtajnienie zastrzeżonych fragmentów odwołania BonaSoft doprowadziłoby więc de facto do odtajnienia wyjaśnień RNC, które nie zostały objęte zarzutami odwołania Comarch.

Reasumując, w opinii przystępującego bezwzględnym warunkiem dla skutecznego wniesienia odwołania przez Comarch, zmierzającego do odtajnienia fragmentów odwołania BonaSoft, które dotyczą wyjaśnień RNC zastrzeżonych przez BonaSoft, winno być uprzednie odtajnienie samych wyjaśnień RNC.

Przy takim założeniu, niedochowanie przez Comarch terminu na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC musi pociągać za sobą skutek w postaci niedochowania terminu na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia fragmentów odwołania BonaSoft. Z uwagi na powyższe, odwołanie Comarch powinno zostać odrzucone w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący Bonasoft wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia.

Odwołujący Comarch wnosil o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania argumentując, że nie dopuszczalne jest pozbawienie zamawiającego możliwości kontroli skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pismach przekazywanych innym wykonawcom, może to doprowadzić do praktyki utajniania odwołań, a w konsekwencji do uniemożliwienia przystępującym korzystania ze środków ochrony prawnej. Przystępujący złożył pisemne stanowisko.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji o wniesieniu odwołania z dnia 4 sierpnia 2020r.

W dniu 4 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował, iż w postępowaniu w dniu 3 sierpnia 2020 r. zostało wniesione odwołanie od Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę tj. BonaSoft Sp. z o.o. Sp. K. Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy zamawiający przekazuje kopię wniesionego odwołania, równocześnie wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający poinformował, iż w związku z zastrzeżeniem przez odwołującego części odwołania, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający przekazał kopię odwołania w części jawnej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

W odniesieniu do odwołania Konsorcjum Comarch wniesionego w sprawie sygn. akt KIO 1936/20, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1) w związku z art. 180 ust. 1 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaś według art. 180 ust. 1 ustawy - odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego związanych z odrębnym postępowaniem odwoławczym o sygn. akt: KIO 1838/20, a nie czynności lub zaniechań w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A dokładnie nie przekazania pewnego fragmentu kopii odwołania w wezwaniu do zgłoszenia udziału w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym odwołaniem wniesionym przez Bonasoft. Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy, gdyż czynność przekazania kopii odwołania jest czynnością postępowania odwoławczego, a nie czynnością postępowania o udzielenie zamówienia. Niniejsze odwołanie o sygn. akt: KIO 1936/20 dotyczy czynności poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a tylko takiej czynności można zarzucić niezgodność z ustawą lub jej zaniechanie, mimo obowiązku ustawowego. Podkreślenia wymaga, że odwołanie przysługuje wyłącznie od zachowań zamawiającego (czynności/zaniechań) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie każdego zachowania Zamawiającego. To, że ustawodawca po słowie „lub” nie podał „lub zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy” nie oznacza, że możliwa jest wykładania art. 180 ust. 1 ustawy w taki sposób, że jak odwołanie jest na czynność, to tylko na czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jak na zaniechanie, to każde, nawet skrajne zaniechanie np. zaniechanie wyznaczania wartości zamówienia, zaniechanie przeprowadzenia dialogu technicznego, czy czegokolwiek innego, ale poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, to można skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby oczywiste jest, że przepis dotyczy zaniechania, tak jak czynności wyłącznie tych, do których zamawiający był ustawowo zobowiązany w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia i zaniechania zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie mieszczą się w art. 180 ust. 1 ustawy. W konsekwencji, w sprawie zostały stwierdzone przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy i odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1936/20 należało odrzucić, orzekając w formie postanowienia, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy. Izba nie uwzględniła drugiej z podstaw odrzucenia tj. art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż odwołanie dotyczyło czynności nieprzekazania kopii odwołania i w tym sensie zostało wniesione w terminie.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy.

Przewodniczący: