

POSTANOWENIE
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Danuta Dziubińska

Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WASKO S.A z siedzibą w Gliwicach, TELWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Kryspinowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi,**

przy udziale wykonawcy **SPRINT S.A z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WASKO S.A z siedzibą w Gliwicach, TELWAY Sp. z o.o. z siedzibą w Kryspinowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. 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:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1294/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Regionalny Projekt Wdrożeniowy realizowany w ramach Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 (RPW KSZRD E1) w Oddzia GDDKiA w Łodzi - drogi A1 i A2 oraz CZR w Strykowie.* Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 237-584736.

W dniu 22 marca 2021 r. Konsorcjum: WASKO S.A., TELWAY Sp. z o.o., wniosło odwołanie, w którym zarzuciło Zamawiającemu:

- 1) dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności dodatkowej weryfikacji podmiotowej wykonawcy Sprint S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, która to weryfikacja dokonywana była po wyborze oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Sprint S.A. jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że ww. wykonawca składa po wyborze oferty najkorzystniejszej wyjaśnienia w postaci dodatkowych oświadczeń, dokumentów i dowodów mających potwierdzić jego sytuację podmiotową, celem wpłynięcia na decyzję Zamawiającego po to, aby (zgodnie z twierdzeniami wykonawcy Sprint S.A.): *w oparciu o nie Zamawiający uzyskał pewność co do braku podstaw do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ewentualnego wezwania SPRINT S.A. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1, czy też art. 26 ust 4 ustawy Pzp* co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp 2004 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp 2004;
- 3) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. 13 kwietnia 2021 r., co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
- 4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania z uwagi na bezprawne próby wpłynięcia na czynności Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponownego badania i oceny ofert;
- 3) udostępnienia Odwołującemu pełnej treści dokumentów złożonych Zamawiającemu przez wykonawcę Sprint 13 kwietnia 2021 r.;

- 4) wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania z na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, a w związku tym odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 5) ewentualnie, przy braku uwzględnienia żądania z pkt 4 – wezwania wykonawcy Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień wykazu osób w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dokonując uprzednio unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, prowadził niedozwoloną weryfikację podmiotową wykonawcy Sprint S.A., którego oferta została wcześniej wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący podniósł, że weryfikacja taka możliwa jest wyłącznie na etapie „badania i oceny ofert”, czyli przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Jeżeli po dokonaniu wyboru zaistnieje konieczność pozyskania od wybranego podmiotu dodatkowych informacji należy uprzednio unieważnić dokonany wybór. Wybór oferty najkorzystniejszej oznacza bowiem, że wybrana oferta spełnia wszystkie merytoryczne wymagania Zamawiającego, a wykonawca, który ją złożył, został zweryfikowany podmiotowo i jego sytuacja nie budzi żadnych wątpliwości.

Odwołujący wskazał, że 29 marca 2021 r. oraz 9 kwietnia 2021 r. uzyskał od Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie informacje, które potwierdziły, że Sprint S.A. złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje w zakresie wykazu osób. Po uzyskaniu powyższych informacji, Odwołujący przesłał do Zamawiającego w tej sprawie dwa pisma (z 2 i 9 kwietnia 2021 r.). Z przesłanych przez Odwołującego dokumentów wynikało, że wskazany przez Sprint S.A. W. P. – rzekomy kierownik projektu z zadania zrealizowanego na rzecz ZDIK Tarnów, w rzeczywistości nigdy nie był w ww. zadaniu kierownikiem projektu. W związku z tym Zamawiający powinien unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przynajmniej wezwać Sprint S.A. do wyjaśnienia złożonych w wykazie osób oświadczeń.

Odwołujący podniósł również, że K. T. wskazany przez Sprint S.A. jako „specjalista odpowiedzialny za integrację IT” nie pełnił w projekcie realizowanym na rzecz ZDIK Tarnów żadnej istotnej roli, a sam projekt nie spełnia kryteriów, które były wymagane przez Zamawiającego dla wykazania kompetencji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 23 kwietnia 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu z postępowania z załącznikami. W dniu 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące dokumenty:

- 1) pismo Sprint S.A. z 8 kwietnia 2021 r., w którym wykonawca informuje, że otrzymał od ZDIK Tarnów informację, że „jeden z podmiotów” zwraca się o informacje dotyczące personelu Sprint S.A. Z pisma wynika zapowiedź, że udzieli on wyjaśnień na zarzuty podnoszone w pismach „jeżeli takie zostały złożone”, co oznacza, że wykonawca Sprint S.A. wiedział, że udzielone przez ZDIK Tarnów informacje wzbudzą u Zamawiającego wątpliwości, za czym konieczne jest działanie „wprzedzające”.
 - 2) dwa pisma Zamawiającego do Sprint S.A. (z 9 i z 12 kwietnia 2021 r.), którymi Zamawiający udostępnił wykonawcy Sprint S.A. pisma przesłane do Zamawiającego przez WASKO S.A.;
- Odwołujący wskazał, że o ile w przypadku przekazania pisma WASKO S.A. z 2 kwietnia 2021 r. Zamawiający może twierdzić, że udostępnienie dokumentów stanowiło odpowiedź na wniosek Sprint S.A., to drugie pismo zostało wysłane przez Zamawiającego z własnej inicjatywy, najprawdopodobniej w celu uzyskania od Sprint S.A. wyjaśnień.
- 3) pismo Sprint S.A. z 13 kwietnia 2021 r., w którym wykonawca powołując się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył obszernie wyjaśnienia i dokumenty, które miały spowodować, że Zamawiający nie unieważni czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie wezwania Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że ww. pismo stanowi próbę interpretowania dokumentów przetargowych i własnych oświadczeń w sposób korzystny dla Sprint S.A. Wykonawca dokonuje w nim m.in. nieuprawnionej wykładni warunków udziału w postępowaniu, sztucznie tworzy stanowisko dyrektora projektu obok kierownika projektu i czyni inne zabiegi w celu odwieśdzenia Zamawiającego od unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czyni to w ocenie Odwołującego bardzo dla siebie niefortunnie, ponieważ sam potwierdza, że wskazany pierwotnie jako kierownik projektu W. P. rzeczywiście nim nie był. Kierownikiem projektu był R. C.. Wykonawca dokłada starań, aby w jak najlepszym świetle przedstawić doświadczenie posiadane przez W. P., przy czym wobec nieprawdziwości pierwotnego oświadczenia, nawet ewentualna ekwiwalentność doświadczenia W. P. jest bez znaczenia.

W odniesieniu do K. T. z wyjaśnień Sprint S.A. wynika, że wykonawca powinien przedstawić w wykazie osób dwie osoby a nie jedną, ponieważ w projekcie zrealizowanym dla ZDIK Tarnów główną rolę w zakresie integracji pełnił R. D. . Odwołujący podniósł, że K. T. nie nabył doświadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego. Tym samym w ocenie Odwołującego i tym razem Wykonawca Sprint S.A. potwierdza, że w wykazie złożonym Zamawiającemu złożył informacje nieprawdziwe.

Niezależnie od powyższego oraz niezależnie od podnoszonej w wyjaśnieniach przez Sprint S.A. argumentacji Odwołujący podniósł, że pisma i dokumenty składane po wyborze oferty jako dodatkowe wyjaśnienia nie mogą stanowić materiału na podstawie którego Zamawiający buduje swoje przekonanie co do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Wskazane okoliczności faktyczne stanowią w istocie o prowadzeniu procedury wyjaśniającej, której prowadzenie jest właściwe i możliwe tylko i wyłącznie na etapie „badania i oceny ofert”, tj. na etapie przed dokonaniem wyborem oferty najkorzystniejszej. Jeżeli Zamawiający ma otrzymać od wykonawcy dodatkowe wyjaśnienia i mają one funkcjonować w postępowaniu to muszą one zostać Zamawiającemu przekazane w toku czynności podejmowanych zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechał wezwania wykonawcy Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł, że dokumenty dołączone do pisma Sprint S.A. z 13 kwietnia 2021 r., zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczą realizacji projektu publicznego realizowanego na zlecenie ZDIK Tarnów. Było to zadanie sfinansowane z środków publicznych, do którego w pełnym zakresie zastosowanie ma ustawa o dostępie do informacji publicznej. W ocenie Odwołującego Sprint S.A. objął zastrzeżeniem dokumenty, które ze swojej natury są jawne, zatem ich zastrzeżenie musi być już z tego powodu nieskuteczne. Ponadto z przedłożonego uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika wartość gospodarcza ani żaden szczególnie charakter zastrzeżonych informacji. Powoływanie się na okoliczność ochrony personelu jest oczywiście niezasadne w sytuacji, w której Sprint S.A. samodzielnie podał wszystkie istotne nazwiska w części jawnej swojego pisma. Jako dowody na

podjęcie odpowiednich środków w celu ochrony informacji wykonawca podał cztery certyfikaty ISO, które w ocenie Odwołującego są niewystarczające w celu wykazania przedsięwzięcia adekwatnych środków w celu zabezpieczenia informacji.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący podniósł, że działanie Sprint S.A. stanowi bezprawne wpływanie na czynności Zamawiającego. Wskazał, że już w piśmie z 8 kwietnia 2021 r. Sprint S.A. zapowiada, że złoży Zamawiającemu wyjaśnienia, które przekonają Zamawiającego o braku podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz do braku konieczności wzywania do wyjaśnień. Tymczasem powinno to być ocenione samodzielnie przez Zamawiającego. Następnie Sprint S.A. w piśmie z 13 kwietnia 2021 r., z powołaniem błędnej podstawy prawnej składa Zamawiającemu wyjaśnienia, które mają Zamawiającego przekonać o braku podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie działanie powoduje, że po wyborze oferty najkorzystniejszej, wskutek bezprawnego wpływu wykonawcy Sprint S.A., Zamawiający nie wykonał czynności unieważnienia czynności wyboru oferty i wezwania do wyjaśnień, co dowodzi wpływu na czynności Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 30 kwietnia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca SPRINT S.A., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 i 3 nowej ustawy Pzp. Ww. przepisy stanowią, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (pkt 1), a także jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3).

Na wstępie zauważenia wymaga, że uzasadnienie odwołania w znacznej mierze nie koresponduje z zarzutami sformułowanymi w petitum odwołania. O ile wyspecyfikowane w odwołaniu zarzuty dotyczą rzekomych czynności i zaniechań Zamawiającego mających charakter formalny (podejmowanie działań bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej), o tyle istotna część uzasadnienia dotyczy tego, że wykonawca Sprint S.A. przedstawił – zdaniem Odwołującego – informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zmierza w uzasadnieniu odwołania do wykazania, że informacje dotyczące doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia są nieprawdziwe, a zatem podnosi de facto zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z powyższej przyczyny.

Odwołanie, w zakresie, w jakim kwestionuje prawdziwość informacji przekazanych Zamawiającemu przez wykonawcę Sprint S.A. należy uznać za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 lit. a nowej ustawy Pzp odwołanie wnosi się – w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne – w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W rozpoznawanej sprawie czynnością Zamawiającego stanowiącą podstawę takich zarzutów, była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co nastąpiło 10 marca 2021 r. (informacja zamieszczona na platformie zakupowej Zamawiającego). Zatem to od tego dnia zaczął biec termin na wniesienie odwołania dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej w tym zakresie we wskazanym wyżej terminie. Co więcej, Odwołujący nie wniósł odwołania nawet w terminie liczonym od pozyskania informacji od Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie, co – jak wskazano w odwołaniu – nastąpiło w dniach 29 marca 2021 r. oraz 9 kwietnia 2021 r. Wywodzenie w obecnie wniesionym odwołaniu, że wykonawca Sprint S.A. przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest oczywiście spóźnione, a odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 nowej ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów sformułowanych w petitum odwołania, Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie tych zarzutów podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 nowej ustawy Pzp, dotyczy bowiem okoliczności, do których nie mają zastosowania przepisy ustawy. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 513 nowej ustawy Pzp, odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Okoliczności będące podstawą zarzutów nie mieszczą się w powyższym katalogu, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie dotyczą one bowiem czynności podjętych przez Zamawiającego ani powiązanych z nimi zaniechań.

Analiza podniesionych zarzutów nie pozwala twierdzić, że dotyczą one jakichkolwiek działań podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający prowadził badanie podmiotowe wykonawcy Sprint S.A. bez wcześniejszego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie ma oparcia w stanie faktycznym, który sam Odwołujący przedstawił. Jak wynika z odwołania, opiera się ono na tym, że wykonawca Sprint S.A. przedłożył Zamawiającemu dwa pisma (jedno informujące, że powzięciu wiedzy o wystąpieniu innego wykonawcy do ZDIK Tarnów, drugie zawierające wyjaśnienia wykonawcy Sprint S.A.) oraz że Zamawiający przekazał wykonawcy Sprint S.A. dwa pisma Odwołującego. Powyższe okoliczności w żadnej mierze nie świadczą o tym, że Zamawiający dokonywał jakichkolwiek czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Wynika z nich tylko tyle, że Zamawiający odebrał korespondencję od Sprint S.A. oraz że przekazał temu wykonawcy dotyczące go pisma złożone przez Odwołującego. Fakt skierowania do Zamawiającego przez Sprint S.A. określonych pism nie świadczy o podjęciu przez Zamawiającego jakichkolwiek czynności. Zamawiający ma ograniczony wpływ na to, który wykonawca, na jakim etapie postępowania i w jakim zakresie kieruje do niego korespondencję. Skoro określone pisma zostały do Zamawiającego skierowane, to był on w ich posiadaniu. Nie sposób tej sytuacji utożsamiać z podjęciem przez Zamawiającego jakichkolwiek merytorycznych działań z nią związanych.

Z kolei przekazanie wykonawcy Sprint S.A. pism złożonych przez Odwołującego należy uznać jedynie za czynność faktyczną o charakterze wyłącznie technicznym. Przekazując te pisma Zamawiający nie podjął bowiem żadnych merytorycznych czy proceduralnych decyzji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie wszczął procedury wyjaśniającej, a ograniczył się wyłącznie do odbioru i udostępnienia korespondencji, wywołanej zresztą aktywnością samego Odwołującego, podjętą po wyborze oferty najkorzystniejszej i upływie terminu na wniesienie odwołania.

Brak jest również podstaw do twierdzenia, że Zamawiający w jakikolwiek sposób weryfikował ponownie sytuację podmiotową wykonawcy Sprint S.A. ani nawet że dostrzegał potrzebę takiej weryfikacji. Nie świadczy o tym ani stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu, ani załączone do niego dowody. Z faktu, że Zamawiający otrzymywał określone pisma od Odwołującego i od wykonawcy Sprint S.A., a także udostępniał te pisma zainteresowanemu wykonawcy, nie wynika, że wykonywał w postępowaniu jakiegokolwiek czynności inne, niż mające charakter jedynie techniczny.

Skoro odwołanie nie dotyczy czynności podejmowanych przez Zamawiającego, to trudno również mówić o jakichkolwiek zaniechaniach, w tym zaniechaniu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu ujawnienia złożonych przez wykonawcę Sprint S.A. wyjaśnień czy zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy w związku ze złożonymi do Zamawiającego pismami. Zamawiający nie prowadził bowiem żadnej procedury wyjaśniającej, co wynika ze stanu faktycznego przedstawionego w odwołaniu, nie ma też podstaw twierdzić, że dokonywał oceny złożonych dokumentów, czy to pod kątem prawdziwości przedstawionych informacji czy pod kątem dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, odwołanie w istocie nie obejmuje zarzutów dotyczących czynności lub zaniechań Zamawiającego, a zostało jedynie sformułowane w taki sposób, aby pod pozorem zaskarżenia rzekomych czynności czy zaniechań podnieść zarzuty, co do których termin na wniesienie odwołania już upłynął. Do powyższego wniosku prowadzi analiza istoty podniesionych zarzutów, mimo formalnego wskazania, że dotyczą one czynności i zaniechań Zamawiającego. O dopuszczalności odwołania nie decyduje jednak użycie określonych sformułowań dopasowujących pod względem formalnym zarzuty do katalogu czynności podlegających zaskarżeniu, ale merytoryczna istota tych zarzutów.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że odwołanie nie dotyczy czynności ani zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lecz okoliczności, na które w świetle art. 513 nowej ustawy Pzp odwołanie nie przysługuje. W związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 nowej ustawy Pzp

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 nowej ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

Przewodniczący:.....

.....

.....