Sygn. akt KIO 451/22

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Katarzyna Prowadzisz

Członkowie:

Magdalena Rams

Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i uczestnika postępowania w dniu 25 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 451/22 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 451/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi

pn. Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) (nr postępowania TZ/271/65/19).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_037 pod poz. 087769. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

W dniu 18 lutego 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 451/22 od czynności:

1) Zaniechania wykluczenia Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Asseco")

2) Zaniechania uznania oferty Asseco za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu podjęcie wskazanych powyżej czynności z naruszeniem następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp2004"):

- art. 24 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez zaniechanie wykluczenia Asseco pomimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji - w ramach odwołania z dnia 13.02.2022r. - odnośnie konkurenta (Comarch) i jego oferty (jej sporządzenia) - w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

- ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 - przez zaniechanie wykluczenia Asseco - pomimo, że wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności złożyło w postępowaniu w ramach odwołania z dnia 13.02.2022r. nieprawdziwą informację odnośnie konkurenta (Comarch) i jego oferty (jej sporządzenia) w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, chcąc wpływać na decyzje zamawiającego, a wpływ tych informacji jest istotny;

Odwołujący wniósł o nakazanie:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty

Odwołującego i pkt 28, 30 i 44 odwołania Asseco z dnia 13.02.2022 sygn. KIO 373/22;

4) wykluczenia Asseco z postępowania i odrzucenia jego oferty;

5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący uzasadnił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Ustawy Pzp2004, na podstawie faktycznej objętej niniejszym odwołaniem.

Uzasadniając ten interes Odwołujący podał, że Zamawiający zaniechał oceny informacji złożonych przez Asseco w odwołaniu z dnia 13.02.2022r. podczas gdy niejako a limine kwalifikują one tego wykonawcę do wykluczenia, zaś jego ofertę do odrzucenia.

Wskutek tego zaniechania Asseco cieszy się obecnie statusem wykonawcy wybranego, podczas gdy na taki status nie zasługuje. Jednocześnie utrzymanie tego statusu może prowadzić w dalszej perspektywie do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez Comarch. W wyniku wniesionych odwołań: Comarch z 14.02.2022r. i Asseco 13.02.2022r. możliwy jest bowiem taki scenariusz/wynik oceny Izby, iż Odwołujący Comarch przywróciłby się do postępowania. W razie uwzględnienia odwołania Konsorcjum Comarch z dnia 14.2022 r. i oddalenia odwołania Asseco z dnia 13.02.2022 r. - oferta Konsorcjum Comarch podlegałaby wyborowi. Zaniechanie rozpoznania niniejszego odwołania dawałoby Asseco podstawę do dalszego kwestionowania dokonanego w takim wypadku wyboru oferty Comarch w ramach postępowania skargowego z pozycji wykonawcy, który nie jest wykluczony, co obniżałoby szanse Comarch na utrzymanie pozytywnego dla niego wyroku Izby, na skutek czego Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Tymczasem wskazane w podstawie faktycznej niniejszego odwołania nieprawdziwe informacje złożone przez Asseco bezwzględnie wymagają oceny z punktu widzenia tego, że wykonawca szafujący takimi informacjami zasługuje na uzyskanie zamówienia. Nieprawdziwe informacje złożone przez Asseco, które są objęte niniejszym odwołaniem mają bezpośredni wpływ na zdolność tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz na jego

interes - w dalszym kwestionowaniu potencjalnego wyboru oferty Comarch.

W ocenie Odwołującego nieprawdziwe informacje złożone przez Asseco, które są objęte niniejszym odwołaniem, mają bezpośredni wpływ na ocenę interesu Asseco we wniesieniu i popieraniu własnego odwołania z dnia 13.02.2022r. tj. w obecnym kwestionowaniu decyzji Zamawiającego, w ramach niniejszej tury odwołań na decyzję Zamawiającego z dnia 02.02.2022r. Wykonawca ten właśnie tym odwołaniem domaga się eliminacji Comarch z innych, dodatkowych powodów, do których Asseco zalicza m.in. fałszowanie dokumentów przez „osoby przygotowujące ofertę Comarch". Złożenie tej ewidentnie nieprawdziwej informacji likwiduje interes Asseco do wniesienia i rozpoznania tego odwołania. I to nie tylko legitymację w popieraniu zarzutów opartych na fałszowaniu dokumentów i składaniu tym samym przez Comarch świadomie informacji nieprawdziwej. Dotyczy to także wszystkich innych zarzutów, neutralnych z tego punktów widzenia, takich choćby jak zarzut dotyczący RNC oferty Comarch. Innymi słowy dotyczy całości odwołania.

Odwołujący podał również, że wykonawca, który w postępowaniu oskarża w sposób nieprawdziwy konkurenta o fałszowanie podpisów i składanie nieprawdziwych informacji nie może być beneficjentem tego zachowania. Z perspektywy celu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz pozostałych objętych odwołaniem, dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji - kluczowe jest wyeliminowanie z postępowania wykonawcy, który takich działań się dopuścił. Innymi słowy nawet jeżeli taki wykonawca miałby rację i podstawy do wywodzenia innych zarzutów, fakt że jednocześnie środek ochrony prawnej oparty jest na informacji nieprawdziwej (choć dotyczącej innego zarzutu) - taki wykonawca nie może uzyskać zamówienia. Co wprost eliminuje możliwość dowiedzenia jednej z przesłanej interesu, o jakiej mowa w art. 505 ust. 1 Pzp2029. Istotna jest zatem sankcja za takie działania, w postaci eliminacji z postępowania takiego nierzetelnego wykonawcy, co w przypadku dopuszczenia do rozpoznawania jego innych zarzutów nie zostałoby osiągnięte, gdyż musiałby zostać stwierdzony jego interes w rozumieniu 505 ust. 1 Pzp2019. Jak wyżej wskazano - jego stwierdzenie jest niemożliwe, jeżeli potwierdzą się zarzuty niniejszego odwołania. Odwołujący podał, że z tego punktu widzenia zależność w rozpoznaniu wniesionych odwołań jest taka, że to niniejsze odwołanie decyduje o istnieniu legitymacji Asseco rozpoznaniu odwołania z 13.02.2022. I jest to kluczowa konstatacja. Jednocześnie

konstatacja ta dowodzi interesu Comarch we wniesieniu niniejszego odwołania. Przyczynia się ono w aktualnej perspektywie (w ramach tej rundy odwołań na decyzję zamawiającego z dnia 02.02.2022) do zwiększenia szans na uzyskanie przez Comarch zamówienia.

W efekcie rozpoznaniu wskutek stwierdzenia przez Izbę interesu w ich popieraniu podlegać winno na pewno tylko odwołanie Comarch z 13.02.2022 r. (gdyż ono bezpośrednio podważa decyzję Zamawiającego o jego wykluczeniu) oraz niniejsze odwołanie Comarch. Z kolei możliwość rozpoznania odwołania Asseco z 13.02.2022 r. z punktu widzenia stwierdzenia istnienia jego interesu -w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp2019 warunkowana jest rozpoznaniem niniejszego odwołania. W razie jego uwzględnienia Asseco traci interes w rozpoznaniu odwołania z 13.02.2022r. jako środka ochrony prawnej obciążonego nieprawdziwymi informacjami i noszącym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podał również, że nie można przyjąć, iż wykonawca (tu: Asseco), który złożył informacje nieprawdziwe, obciążające konkurenta również z poziomu zarzutów sankcjonowanych karnie, dotyczących podrabiania dokumentów - może mieć interes w uzyskaniu zamówienia - wywodzony z jakiś innych, „neutralnych" zarzutów. Nie może. Dlatego że powyższe zaburzałoby konkurencję. Taki wykonawca zostałby bowiem nagrodzony (w postaci uzyskania zamówienia) - pomimo tego że dopuścił się takiego czynu i przedstawił tak ciężkie w swych konsekwencjach nieprawdziwe informacji. Nagrodą tą byłoby samo dopuszczenie do rozpoznawania innych zarzutów, jakie sformułowano Asseco w odwołaniu z 13.02.2022r., niepowiązanych przez Asseco ze stwierdzonym kategorycznie fałszerstwem. Asseco jako profesjonalista i podmiot reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika powinno zdawać sobie sprawę z konsekwencji składanych w postępowaniu (w ramach odwołania) informacji. Informacje zawarte postępowaniu w ramach odwołania stanowią całość, a ich separowanie z punktu widzenia zarzucanych przepisów nie ma podstaw, nadto wykrzywiałoby ratio legis stojące za wymienionymi w wyżej w petium przepisami. Asseco mogło ograniczyć swą swego rodzaju hiperaktywność w mnożeniu zarzutów i argumentów. Jednak tego nie zrobiło.

Odwołujący podkreśla, że objęte niniejszym odwołaniem informacje złożone przez Asseco to nie jest jakaś kwestia wpadkowa, metaforyczna, lub pomyłka w „wordingu". Jest widoczne, że znaczna część odwołania Asseco z 13.02.2022 jest naznaczona podejrzeniami o fałszerstwa wszelakie, co jest widoczne m.in. z poziomu wniosków dowodowych dotyczących Zarzutu 1 odwołania Asseco - o przesłuchanie świadków i przedłożenie oryginałów. Są one wywodzone przez Asseco z istniejącej zdaniem tego wykonawcy z potrzeby weryfikacji, czy dane osoby (łącznie 11, w tym połowa zarządu Comarch S.A.) rzeczywiście podpisały występujące w sprawie oświadczenia, Dowody (przy wyjaśnieniach Comarch z 19.11.2021), czy referencje, czy też nie. Dotyczy to również osób, co do których oświadczeń nie postawiono w odwołaniu żadnych zarzutów (postawiono je do referencji 1, 2 3 i 4, kwestionowane i wymagające jakoby badania na ich prawdziwość są również podpisy innych osób, które podpisały pozostałe referencje i Dowody).

Odwołujący podał również, że gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszeń Pzp2004 wskazanych w niniejszym odwołaniu, nawet w razie utrzymania wykluczenia Konsorcjum Comarch (wskutek bądź to oddalenia jego odwołania, bądź uwzględnienia choć jednego z licznych zarzutów odwołania Asseco z 13.02.2022) - zamówienie zostanie udzielone wykonawcy Asseco - wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, który złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje, objęte niniejszym odwołaniem. Jest to dodatkowy powód, uzasadniający interes Comarch we wniesieniu niniejszego odwołania. W takim scenariuszu (utrzymania wykluczenia Comarch) rozpoznanie i uwzględnienia niniejszego odwołania, czyli potwierdzenie złożenia przez Asseco zarzucanych niemniejszym odwołanie czynów i braku ich oceny przez Zamawiającego - prowadziłoby do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał wyjaśniając okoliczności zawiązane z terminem na wniesienie odwołania, że otrzymał odwołanie Asseco z dnia 13.02.2022r. w dniu 15.02.2022 r. roku

oraz podał, że zgodnie z regulacją art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie wniesione w formie elektronicznej w dniu 18 lutego 2022 r., zostało wniesione z zachowaniem terminu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2022 r. powiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz o wykluczeniu wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienia Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie. Pismem z dnia 2 lutego 2022 roku została również przekazana informacja o podstawach wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie.

W dniu 13 lutego 2022 roku wykonawca Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 373/22) od niezgodnej z przepisami Ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") czynności oceny i badania ofert oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska SA i Comarch SA (dalej „Konsorcjum Comarch" lub „Comarch) na podstawie wszystkich zaistniałych w postępowaniu podstaw faktycznych; zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch; a także zaniechania odtajnienia i udostępnienia: (a) w całości załączników do pisma Konsorcjum Comarch „Wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej" z 16 grudnia 2020 r. (dalej „Wyjaśnienia RNC") (oprócz kopii umów o pracę pracowników Zespołów) i Wyjaśnień z 19 listopada 2021 roku; zaniechania wystąpienia do Comarch o złożenie uzupełnień i wyjaśnień złożonych wykazów.

W dniu 14 lutego 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 416/22) od czynności: wykluczenia Konsorcjum

Comarch z postępowania oraz wyboru w postępowaniu oferty Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Asseco"), jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18 lutego 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 451/22, które jest przedmiotem tego postanowienia, od czynności zaniechania wykluczenia Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Asseco") oraz zaniechania uznania oferty Asseco za odrzuconą.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych ponieważ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie na wniesienie odwołania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz.1129 ze zm.) 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.

Powyższy przepis wyznacza granice skutecznego zaskarżenia działania bądź zaniechania Zamawiającego podejmowanego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący ma prawo wnieść odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oznacza to wprost, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na ocenę czynności czy zaniechań Zamawiającego, a nie żadnego innego podmiotu. Prawo wniesienia skutecznego odwołania nie jest ograniczone wartością zamówienia i to właśnie stanowi różnice w odniesieniu do poprzednio obowiązującego systemu prawnego (do dnia 31 grudnia 2020 roku, gdzie ograniczona była możliwość wnoszenia odwołania w zależności od wartości zamówienia), w pozostałym zakresie stanowiska doktryny i orzecznictwa pozostają aktualne na kanwie obecnie obowiązujących przepisów ustawy.

Kluczowym jest podkreślenie w tym miejscu, że odwołanie przysługuje na czynność czy zaniechanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że dla skuteczności wniesienia takiego odwołania wymagane jest określenie takiego elementu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący jednoznacznie podał w uzasadnieniu, że odwołania w ramach „tej rundy odwołań na decyzje zamawiającego z dnia 02.02.2022", czym potwierdził, że działanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to te z dnia 2 lutego 2022 roku.

Odwołanie jakie złożył Odwołujący w dniu 18 lutego 2022 roku w zasadzie stanowi odwołanie od odwołania Asseco wniesionego w dniu 13 lutego 2022 roku, a nie odwołanie od czynności Zamawiającego, na co jednoznacznie wskazują zarzuty odwołania oraz jego uzasadnienie wraz z uzasadnieniem interesu we wniesieniu odwołania. Sam Odwołujący podaje w uzasadnieniu terminu, że odwołanie Asseco otrzymał w dniu 15 lutego 2022 roku i wniesienie przedmiotowego odwołania w dniu 18 lutego 2022 roku czyni zadość regulacji art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy. Zgodnie z tą regulacją odwołanie, w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 (art. 515) 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. Przy czym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Odwołanie wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - tak też została przekazana informacja o czynności Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 roku. Wymaga odnotowania, że przepis art. 515 ust. 3 ustawy będzie miał zastosowanie do czynności zamawiającego, co do których zamawiający nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o ich dokonaniu, czynności zamawiającego, które nie dotyczą treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia, braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych w toku postępowania, zaniechań przez zamawiającego czynności w postępowaniu, jeżeli zamawiający był zobowiązany do dokonania tych czynności (tak Komentarz UZP pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, str. 1319). W ocenie Izby żadna z owych okoliczności nie ma miejsca w tym przypadku. Zamawiający, w przypadku gdy wpłynęło odwołanie ma możliwość aż do zamknięcia rozprawy w pierwotnym złożonym odwołaniu (KIO 373/22) podejmować czynności procesowe i składać określone oświadczenia, w tym jest uprawniony do złożenia Odpowiedzi na odwołanie. Ma możliwość podejmowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności, jednakże dopiero ich podjęcie będzie rodziło skutki, które będą mogły podlegać ocenie w zakresie środków ochrony prawnej. Żaden przepis ustawy nie nakłada na Zamawiającego obowiązku podejmowania jakiejkolwiek aktywności do czasu wydania orzeczenia. Tak też jest w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie Zamawiający nie podejmuje aktywności po dokonanej czynności z dnia 2 lutego 2022 roku.

W ocenie Izby odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu, tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania liczonego od dnia 2 lutego 2022 roku. Izba nie znajduje żadnego uzasadnienia dla uznania skuteczności wniesienia tego odwołania, jako wniesionego w terminie, bowiem podstawą dla oceny skuteczności dochowania terminu musi być czynność lub zaniechanie Zamawiającego jakie zostało podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenia co do podjętych czynności oraz zaniechań ujawnione zostały w piśmie z dnia 2 lutego 2022 roku. Innej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie było, co potwierdza również sam Odwołujący wskazując datę 2 lutego 2022 roku. Natomiast Odwołujący składa odwołanie, które stanowi polemikę z odwołaniem Asseco z dnia 13 lutego 2022 roku i w zasadzie stanowi odwołanie od odwołania, a nie odwołanie od czynności czy zaniechań Zamawiającego, które ujawnił on w dniu 2 lutego 2022 roku. Przy czym wniesienie odwołania w dniu 13 lutego 2022 i argumentacja zawarta w takim odwołaniu nie stanowi i nie może zostać uznana za

czynności/zaniechania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonane przez Zamawiającego.

Prawem każdego wykonawcy jest korzystanie ze środków ochrony prawnej i wnoszenie odwołań, przy czym ustawa nie przewiduje możliwości wnoszenia odwołania od zarzutów innego odwołania, które zostało wniesione do Izby. Jest to sytuacja jednostkowa i niespotykana dotychczasowo. Uznanie przez Izbę, że odwołanie to wpłynęło w terminie i mogłoby podlegać rozpoznaniu doprowadziłoby do sytuacji, że Izba uznałaby za prawidłowe odstępstwo od terminu wniesienia odwołania uzasadniane faktem argumentacji podniesionej w innym odwołaniu, co z puntu widzenia obowiązujących przepisów ustawy oraz wynikającego z nich celu korzystania ze środków ochrony prawnej nakierowanych na ocenę działań Zamawiającego (a nie innych wykonawców) wypaczałoby istotę i cel postępowania odwoławczego, które jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co ugruntowane jest w doktrynie i orzecznictwie od lat.

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

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 2021 r., poz. 1129 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: .....

Członkowie: .....