

Bydgoszcz, dnia 22 kwietnia 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Akademia Muzyczna

im. Feliksa Nowowiejskiego

ul. Słowackiego 7, 85 -008 Bydgoszcz

sekretariat@amfn.pl

tel. 52 321 11 42

Odwołujący:

B-Act Sp. z o. o.

Ul. Paderewskiego 24

85-075 Bydgoszcz

KRS: 0000001471

tel.: (52) 321 25 49

e-mail: hq@b-act.com.pl; marketing@b-act.com.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego inwestycji pod nazwą: Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z

infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy, na etapie wyboru Generalnego Wykonawcy, realizacji robot budowlanych oraz na etapie powykonawczym, znak sprawy: PN- Zp 16/A2020/2020 (zwane dalej „Postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym nr 2020/S 202-490183

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „nową ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp” czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Portico Project Management Sp. z o. o. i Wspólnicy Sp. k. ul. Spokojna 5, 01-044 Warszawa, (dalej: „Wykonawca Portico”) pomimo, iż oferta tego Wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś Wykonawca Portico podlega wykluczeniu z postępowania oraz zaniechania odrzucenia Wykonawcy SMCE Europe Sp. z o. o. (dalej: „Wykonawca SMCE”), a w konsekwencji powyższego zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, w sytuacji gdy złożył on prawidłową ofertę, w sprawie której rozpatrywane jest odwołanie o sygn. akt KIO 730/21.

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Portico, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, *ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności:*

2. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę Portico do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, *ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności:*
3. art. 26 ust. 2f ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę Portico do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo wskazania w rozdziale VI pkt 6 SIWZ, iż Zamawiający przed przekazaniem ofert do oceny na postwie art. 26 ust.2f ustawy pzp wezwie Wykonawców do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów,
4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, iż Wykonawca SMCE prawidłowo zastrzegł wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, *ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności*
5. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SMCE pomimo, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. art. 96 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami,
7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący **wnosi o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Portico;
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Portico z postępowania;
6. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę SMCE dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa,
7. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy SMCE,
8. w konsekwencji powyższego wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zachowanie wymogów formalnych:

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 15, 19 oraz 21 kwietnia 2021 tj. w dniu przekazania Odwołującemu informacji o dokumentach postępowania stanowiących załączniki do protokołu.

W dniu 15 kwietnia 2021 r. Odwołujący dowiedział się o korespondencji pomiędzy Wykonawcą SWECO Polska Sp. z o. o. (Przystępujący do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 730/21), zaś w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r. Odwołujący zapoznał się z treścią kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami przekazanymi przez Zamawiającego w powyższych datach.

Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia

publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbitcie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Co więcej, wobec zidentyfikowanych braków dokumentów w związku z toczącym się postępowaniem pod sygn. akt KIO 730/21, KIO 740/21 oraz zobowiązania Zamawiającego przez Izbę do przekazania kompletu dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania, interes Odwołującego jest uzasadniony przede wszystkim w świetle możliwości zgłoszenia przez niego nieprawidłowości jakie zaistniały w przedmiotowym postępowaniu, dotyczące bezpośrednio jego udziału w przedmiotowym postępowaniu. Przekazane do Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołującego oraz Przystępujących do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 730/21, KIO 740/21 dokumenty dotyczące przedmiotowego postępowania, były niekompletne wobec czego, udostępnienie kompletu dokumentów dopiero w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r. pozwoliło Odwołującemu na ponowną weryfikację czynności oraz zaniechań Zamawiającego, zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu. Celem prowadzonego postępowania jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, spełniającej wszystkie wymagania określone w dokumentacji postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Pzp wobec czego Odwołujący dąży do przywrócenia postępowania do stanu zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa, a w rezultacie wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wniosek o łączne rozpoznanie odwołań:

Odwołujący wnosi o rozpoznanie przedmiotowego odwołania w dniu 27 kwietnia 2021 r. godz. 10.00 i skierowanie sprawy do łącznego rozpoznania w sprawie o sygn. akt **KIO 730/21** oraz **KIO 740/21**.

Zgodnie z art. 544 ust. 2 ustawy Pzp *Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań rzez Izbę, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie*

zamówienia lub dotyczą takich samych czynności i zaniechań czynności zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu wniesiono odwołania, które rozpoznawane są przez Izbę pod sygn. akt KIO 730/21 oraz KIO 740/21, w związku z tym wniosek o łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę jest uzasadniony.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego inwestycji pod nazwą: Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy.
2. Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2021 r. poinformował Odwołującego, iż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Portico, zaś oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Odwołanie w sprawie KIO 730/21 dotyczy odrzucania oferty Odwołującego, wobec czego Odwołujący podtrzymuje wnioski i żądania z ww. odwołania, przy uwzględnieniu wniosków i żądań sformułowanych w przedmiotowym odwołaniu.
3. W zakresie dotyczącym oferty Portico należy wskazać, iż Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty Portico pismem z dnia 11 lutego 2021 r., wezwał Wykonawcę *„w następstwie wezwania do złożenia uzupełnień potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa Wykonawcę do złożenia następujących uzupełnień i wyjaśnień (...)”*, wymieniając żądane dokumenty. Po zapoznaniu się z treścią przekazanych dokumentów w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r. Odwołujący zidentyfikował, iż Zamawiający nie wezwała Wykonawcy Portico do przedłożenia dokumentów określonych w rozdziale VI pkt 7 lit. a) pkt i, ii, iii SIWZ. Wykonawca Portico nie złożył wymaganych dokumentów także z własnej inicjatywy. Z treści przekazanych dokumentów nie wynika nadto, iż dokumenty, o których mowa

w w rozdziale VI pkt 7 lit. a) pkt i, ii, iii SIWZ stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy Portico.

4. Wobec złożonego w odpowiedzi na odwołanie KIO 730/20 oświadczenia Zamawiającego, iż: *„w dokumentach, które Zamawiający udostępnił 03.03.2021 r. na wezwanie Wykonawców zostało zaznaczone, że udostępniona została **wyłączenie część jawna uzupełnień**”, jak również mając na uwadze zobowiązanie Zamawiającego przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 730/20 do przekazania Odwołującego kompletu dokumentów tj. protokołu postępowania wraz z załącznikami, Odwołujący uznał iż przekazane w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r. dokumenty są kompletne.*
5. W dniu 21 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż *„w ślad za przesłaną dokumentacją Zamawiający potwierdza, że firma SMCE Europe sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w dniu 17.02.2021r. – powyższe pliki zostały wysłane wyłącznie do KIO ponieważ Wykonawca skutecznie zastrzegł w/w wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako potwierdzenie pozwalam sobie załączyć pierwszą stronę pisma (załączamy wyłącznie pierwszą stronę ze względu na fakt, że w dalszej części pisma znajdowały się informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) wyjaśniającego, do którego dołączone zostały załączniki ze stosownym wyjaśnieniem oferty Wykonawcy”.*
6. Wobec powyższego Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy Portico winna być uznana jako najkorzystniejsza, co za tym idzie Wykonawca wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podobnie w odniesieniu do Wykonawcy SMCE – Zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń przepisu ustawy Pzp, które przy prawidłowo prowadzonym postępowaniu stanowiłyby podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy SMCE.

II. Uzasadnienie zarzutów:

Zarzut naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Portico, który nie wykazał spełniania warunków

udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności:

2. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę Portico do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności:

3. art. 26 ust. 2f ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcę Portico do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo wskazania w rozdziale VI pkt 6 SIWZ, iż Zamawiający przed przekazaniem ofert do oceny na podstawie art. 26 ust.2f ustawy pzp wezwie Wykonawców do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów:

1. Zamawiający w rozdziale VI pkt 6 i 7 lit. a) pkt i, ii, iii SIWZ wskazał, iż „6.Zamawiający przed przekazaniem ofert do oceny na podstawie **art. 26 ust. 2f ustawy Pzp** wezwie Wykonawców do złożenia w wyznaczonym terminie 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. 7. Na wezwanie zamawiającego o którym mowa w ust. 6) powyżej, **Wykonawca złoży oświadczenie i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania w następującym zakresie:** a. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: i. **Informację banku** lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania wniosków o udział w postępowaniu; ii. **Potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej** w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego; iii. **Dowodów potwierdzających, czy usługi wskazane w treści JEDZ, zostały wykonane należycie, przy**

czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wezwał Wykonawcy Portico do złożenia dokumentów w powyższym zakresie. Należy wskazać, iż pismo z dnia 11 lutego 2021 r., w którym wskazano podstawę prawną tj. art. 26 ust. 2f oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zawierało żądania przedłożenia dokumentów w powyższym zakresie. Z treści pozostałej korespondencji przekazanej przez Zamawiającego w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r. nie wynika także, iż Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów w powyższym zakresie. Wykonawca nie przedłożył także powyższych dokumentów z własnej inicjatywy, pomimo określenia w SWZ katalogu dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści korespondencji przekazanej przez Zamawiającego w dniu 19 i 21 kwietnia 2021 r., nie wynika, iż Wykonawca Potrico zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa powyższych dokumentów.
3. Pomimo powyższego rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, o którym mowa w odwołaniu o sygn. akt KIO 730/21, ale również w zakresie warunków, o których mowa w przedmiotowym odwołaniu.
4. Zamawiający wskazał wprost, iż w przedmiotowym postępowaniu zastawanie znajdzie procedura, o której mowa w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Jakikolwiek próby podjęte przez Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, mające na celu wskazanie właściwej procedury dotyczącej kierowania wezwania do złożenia czy uzupełnienia dokumentów, zakończyły się fiaskiem. Zamawiający konsekwentnie wskazywał podstawę prawną

swojego działania tj. art. 26 ust. 2f ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego względu zaniechanie żądania dokumentów potwierdzających spełnienia powyższych warunków należy uznać jako rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 26 ust. 1, 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Z treści przekazanych dokumentów nie wynika, iż Zamawiający w okresie 11 luty 2021 r. (wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 f oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp) a 26 luty 2021 r. (wybór najkorzystniejszej oferty), podejmował jakiegokolwiek czynności mające na celu wezwanie Wykonawcy Portico do przedłożenia dokumentów w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej czy też zdolności technicznych. Próżno także szukać w przekazanej dokumentacji postępowania, iż Wykonawca Portico złożył wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu z własnej inicjatywy, jak również informacji na temat zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa.

5. Powyższe zatem jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo braku wezwania do złożenia dokumentów oraz pomimo braku ich przedłożenia i wykazania przez Wykonawcę Potico, iż posiada on wymagane środki finansowe, ubezpieczenie oraz właściwe doświadczenie. Powyższe oznacza, iż Wykonawca Portico nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec czego winien być wykluczony z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, iż Wykonawca SMCE prawidłowo zastrzegł wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ewentualnie na wypadek niepodzielenia ww. zarzutu, z ostrożności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SMCE pomimo, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia:

6. W ocenie Odwołującego Wykonawca SMCE nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mogą korzystać z dobrodziejstwa tajemnicy

przedsiębiorstwa. Dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znaczenie ma przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk.” Zgodnie z którym „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*” Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: *ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności*”.

7. Tymczasem Wykonawca SMCE nie wykazał, iż przesłanki w tym zakresie zostały spełnione. Wykonawca nie złożył nadto żadnych dowodów na potwierdzenie, iż wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny winny być chronione w szczególności w sposób.
8. W tym miejscu zauważenia wymaga, iż „pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy **nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.** Przykładowo poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami

wykonawcy, etc.)” (vide: wyrok KIO z 14 sierpnia 2018 r, sygn. akt KIO 1491/18).

9. Podkreślenia wymaga, iż badanie zasadności zastrzeżenia informacji jest na gruncie zamówień publicznych kwestią zindywidualizowaną, odnoszącą się do konkretnych okoliczności.
10. Tymczasem z treści protokołu nie wynika, iż Zamawiający dokonał analizy pisma Wykonawcy pod kątem wykazania prawidłowo zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia dopiero w dniu 21 kwietnia 2021 r., iż *„Wykonawca skutecznie zastrzegł w/w wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa”*.
11. Ustalenia Zamawiającego w powyższym zakresie są nieprawidłowe bowiem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Wykonawcę SMCE ma ogólny i lakoniczny charakter. W orzecznictwie KIO za ugruntowany należy uznać pogląd, iż ogólnikowe wyjaśnienia dotyczą co do zasady przytoczenia definicji z art. 11 ust. 2 uznk bez odniesienia do sytuacji danego wykonawcy. Tymczasem Wykonawca nie przytoczył nawet definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, powołując się przy tym na orzeczenie KIO z 2012 r. Nie złożył tym samym wyjaśnień, które dotyczyłyby poszczególnych przesłanek wynikających z przywołanego powyżej przepisu.
12. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2020 r. sygn. akt KIO 2331/20 wskazano, iż *„tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Aby uznać, czy dana informacja ma wartość gospodarczą należy ocenić czy jej posiadanie przez innego wykonawcę daje przewagę konkurencyjną oraz czy jej ewentualne pozyskanie przez konkurencję może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów (zakłócić konkurencję)”*.
13. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Wykonawca nie wykazał, iż wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny mają dla niego wartość gospodarczą, zaś Zamawiający w ogóle nie zbadał tej kwestii. Podkreślenia wymaga, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie odnosiło się w żaden sposób do kwestii przewagi

konkurencyjnej, indywidualnych ofert, cen i stawek dedykowanych wyłączenie na rzecz realizacji przedmiotowego zamówienia. Niezasadne zatem jest stanowisko Zamawiającego, iż informacje zastrzeżone przez Wykonawcę mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

14. Co więcej, Zamawiający udostępnił wyłącznie jedną, pierwszą stronę wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z tego względu działanie Zamawiającego należy ocenić jak nieprawidłowe, bowiem zastrzeżenie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd ten należy uznać za ugruntowany w świetle orzecznictwa KIO. Na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2019 r., sygn. akt KIO 1878/19, w którym Izba stwierdziła, że *„Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli wyjaśnienia, dlaczego informacje i dokumenty są objęte zastrzeżeniem. **Samo zastrzeżenie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie istnieje podstawa prawna dla zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i już z samego tego faktu zarzut jest zasadny.** Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na prośbę Przystępującego. Podkreślić należy, że zadaniem Zamawiającego jest rozważyć, czy spełnione zostały przesłanki dla uznania uzasadnienia zastrzeżenia za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest uzasadnione bezkrytyczne spełnianie przez Zamawiającego prośby wykonawcy”*.
15. Powyższe prowadzi do wniosku, iż zastrzeżenie tajemnicy zarówno w odniesieniu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, jak i wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, miało na celu jedynie utrudnienie pozostałym Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu weryfikację czy zastrzeżenie było skuteczne jak również czy zaoferowane przez Wykonawcę SMCE rozwiązanie rzeczywiście nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Przed wszystkim w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, które pozwoliłyby na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny.
16. Z powyższych względów uznać należy, iż oferta Wykonawcy SMCE podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art.

90 ust. 1 ustawy Pzp bowiem cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami,

17. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie przekazał kompletnego dokumentacji prowadzonego postępowania. Pomimo zobowiązania Zamawiającego przez Izbę w sprawie KIO 730/21 do uzupełnienia protokołu o wymagane załączniki, Zamawiający nie sprostował powyższemu zobowiązaniu. W dalszym ciągu protokół postępowania liczy 8 strony, przy czym w pkt 20 protokołu wymieniono jedynie 10 załączników. Z treści protokołu nie wynika jakie dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny Wykonawcy SMC czy też dokumentów w zakresie wezwania i przedłożenia przez Wykonawcę Portico - potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 7 lit. a) pkt i, ii, iii SIWZ.
18. Nie można uznać za skuteczne także przygotowane przez Zamawiającego „zestawienie dokumentów i korespondencji od dnia złożenia ofert (21.12.2020 r.)”, bowiem z treści tego dokumentu nie wynikają okoliczności, o których mowa w pkt powyżej.
19. Wobec istotnych braków w dokumentacji prowadzonego postępowania należy stwierdzić, iż zostało ono przygotowane w sposób nienależyty, co z kolei skutkuje podjęciem czynności bądź zaniechaniem tych czynności do prawidłowego wyłonienia oferty najkorzystniejszej.

zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

20. Mając na uwadze stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 tej ustawy. Niewątpliwie sytuacja, w której zamawiający na równi traktuje oferty, które winny zostać odrzucone, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wobec powyższego, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu;
2. wydruk z KRS Odwołującego;
3. dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.