

**WYROK**

Warszawa, dnia 6 luty 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena  
Rams

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Radom,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – konsorcjum Solveco sp. z o.o., z siedzibą Kędzierzynie – Koźle oraz Saba sp. z o.o., z siedzibą w Płocku,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - 1.2 odrzucenie oferty konsorcjum Solveco sp. z o.o. oraz Saba sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 117 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp;
  - 1.3 odtajnienie w całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Solveco sp. z o.o. oraz Saba sp. z o.o. z dnia 6 grudnia 2023 r.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Solveco sp. z o.o., z siedzibą Kędzierzynie – Koźle oraz Saba sp. z o.o., z siedzibą w Płocku i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Solveco sp. z o.o., z siedzibą Kędzierzynie – Koźle oraz Saba sp. z o.o., z siedzibą w Płocku na rzecz wykonawcy Sarpi Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący .....

**Sygn. akt: KIO 190/24**

## **UZASADNIENIE**

W dniu 18 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Miastu Gminie Radom (dalej „Zamawiający”):

- 1) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, a jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) zaniechania przez Zamawiającego – wbrew zasadzie jawności postępowania - ujawnienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych dnia 6 grudnia 2023 r. przez Wykonawcę konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o. oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że brak jest przesłanek do uznania tych wszystkich informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji od zaniechania przez Zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców,
- 3) zaniechania przez Zamawiającego należytego badania i oceny ofert, a w konsekwencji od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., mimo że oferta tego Wykonawcy została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia ze względu na fakt, że

Wykonawca zmierzał do wykazania spełnienia tego warunku w oparciu o doświadczenie konsorcjanta – Solveco Sp. z o.o., a jednocześnie w oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wskazał, że świadczenia, do wykonania których to doświadczenie jest wymagane, wykona każdy z konsorcjantów, w wyniku czego oferta tego Wykonawcy jest także niezgodna z przepisami ustawy Pzp, a jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1233; zwana dalej: „ustawą ZNK”) poprzez błędne uznanie, że niemalże cała treść wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonych przez Wykonawcę – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., a także uzasadnienie zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, choć nie wykazał on przesłanek warunkujących uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w wyniku czego doszło do naruszenia zasady jawności postępowania oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również przejrzysty,
- 3) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskutek złożenia przez tego Wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 4) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez nienależyte badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji niezgodny z ustawą Pzp wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., mimo że powinna ona zostać odrzucona, a informacje zastrzeżone przez tego Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać ujawnione Odwołującemu, czym Zamawiający uniemożliwił weryfikację swoich działań przez pozostałych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ujawnienia Odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny złożonych dnia 6 grudnia 2023 r. przez Wykonawcę - konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu

kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym według norm przepisanych, przeprowadzenie dowodu z:

- a) wykazu usług złożonego przez Wykonawcę - konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., JEDZ konsorcjanta Solveco Sp. z o.o., JEDZ konsorcjanta „SABA” Sp. z o.o., referencji wydanych przez Gminę Rybno oraz referencji wydanych przez Miasto Żory (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na fakt, że Wykonawca konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o., wykazując spełnienie warunku doświadczenia, polegał wyłącznie na doświadczeniu konsorcjanta Solveco Sp. z o.o.;
- b) Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, złożonego przez Wykonawcę - konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o. (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na fakt, że usługę usunięcia i poddania ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R” (przyjęcia oraz poddania odpadów objętych zamówieniem procesowi unieszkodliwienia) będzie realizował każdy z konsorcjantów,
- c) pisma Wykonawcy - konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o. wraz z załącznikami (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) na fakt treści wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz treści uzasadnienia zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę usunięcia i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z nielegalnego składowiska zlokalizowanego przy ul. Ofiar Firleja 7 w Radomiu Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o. (dalej jako: „Wykonawca Solveco-SABA”), co nastąpiło w wyniku postępowania prowadzonego z naruszeniem przepisów prawa, tj.:

- 1) W wykazie usług Wykonawca Solveco-SABA wymienił wyłącznie 2 usługi na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia, polegającego na wykonaniu usług usunięcia i poddania ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R”, w ilości co najmniej 100,00 Mg w ramach każdej usługi. Obie te usługi – jak wynika z dokumentów JEDZ oraz referencji – wykonał konsorcjant Solveco Sp. z o.o. Tym samym zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp oraz rozdziałem XII pkt 4 SWZ tylko Solveco Sp. z o.o. powinien wykonać usługi usunięcia i poddania ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R”, ponieważ do wykonania tych usług wymagane jest żądane w postępowaniu

doświadczenie. Natomiast w złożonym przez Wykonawcę Solveco-SABA Oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawca ten podał, że:

Solveco Sp. z o.o. wykona następujący zakres świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne:

- przygotowanie dokumentacji związanej z realizacją zamówienia;
- transport odpadów do miejsca ostatecznego unieszkodliwienia lub odzysku;
- przyjęcie oraz poddanie części odpadów objętych zamówieniem procesowi odzysku;

SABA sp. z o.o. wykona następujący zakres świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne:

- przyjęcie oraz poddanie części odpadów objętych zamówieniem procesowi unieszkodliwienia,
- przygotowanie dokumentu potwierdzającego unieszkodliwienie odpadów.

W ocenie Odwołującego, oznacza to, że konsorcjant „SABA” Sp. z o.o. będzie realizował także usługi usunięcia i poddania ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R”, mimo że nie wykazał zdolności (doświadczenia wymaganego w SWZ) do realizacji tych usług. W ocenie Odwołującego, przedstawiona sytuacja oznacza, że Wykonawca Solveco-SABA nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, a określonego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 1.4 lit. a) SWZ, ponieważ zamierza wykonać usługi usunięcia i poddania ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R” także przez konsorcjanta „SABA” Sp. z o.o., który nie posiada wymaganego w SWZ doświadczenia.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z rozdziałem XIX pkt 8 ppkt 8.6 SWZ oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) jest elementem składowym oferty, ponieważ Zamawiający określił, że „Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: (...) Oświadczenie, o którym mowa w pkt 5 Rozdział XII SWZ (jeżeli dotyczy).” Powoduje to, iż przedstawiona sytuacja wyczerpuje także przesłanki odrzucenia oferty unormowane w:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – oferta Wykonawcy Solveco-SABA jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w tym z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp,

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – treść oferty Wykonawcy Solveco-SABA jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym z rozdziałem XII pkt 4 SWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Wykonawcę Solveco-SABA do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Wykonawca Solveco-SABA złożył takie wyjaśnienia w piśmie datowanym na dzień 6 grudnia 2023 r., jednak Zamawiający nie ujawnił Odwołującemu treści tych wyjaśnień oprócz dwóch pierwszych akapitów, w których przyznano, że Zamawiający był zobowiązany do wystosowania tego wezwania do złożenia wyjaśnień oraz przedstawiono rozumienie ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK 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. Wykonawca Solveco-SABA – jak wynika ze struktury wyjaśnień – wyodrębnił w piśmie z dnia 6 grudnia 2023 r. część I zawierającą wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny (mniej niż 1,5 strony), część II zawierającą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (0,5 strony) oraz część III zawierającą kalkulację (0,75 strony). Wszystkie informacje zawarte w tych trzech częściach Zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, uniemożliwiając ich weryfikację przez pozostałych wykonawców. Z takim działaniem nie sposób się zgodzić, tym bardziej, że tajemnicą przedsiębiorstwa bez wątplenia nie są informacje służące wykazaniu, że inne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tych również Zamawiający nie ujawnił (część II). Ponadto należy zwrócić uwagę na ugruntowany w doktrynie i judykaturze pogląd, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa można traktować poszczególne informacje, a nie całą treść dokumentów. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r. (sygn. akt: KIO 679/23), „Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników jest postrzegana jako negatywna. Takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami p.z.p., ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie.” Odwołujący wskazał, że mimo braku znajomości przyczyn podanych przez Wykonawcę Solveco-SABA celem wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący przeczy, że Wykonawca Solveco-SABA skutecznie zastrzegł niemal całą treść pisma z dnia 6 grudnia 2023 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wymaga to bowiem złożenia wyczerpującego uzasadnienia, z treści którego będzie wynikało, dlaczego określone

informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w przypadku gdy Wykonawca powołuje się na dane okoliczności, takie jak np. że zawiera stosowne umowy z pracownikami i kontrahentami, które zobowiązują ich do zachowania w poufności przekazywanych informacji, powinien ten fakt wykazać (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 717/23). Wykonawca Solveco-SABA nie sprostą temu obowiązkowi, o czym świadczy chociażby lakoniczność uzasadnienia (części II pisma) oraz brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność. Oznacza to, że treść pisma Wykonawcy Solveco-SABA z dnia 6 grudnia 2023 r. powinna zostać ujawniona Odwołującemu w całości. Jak bowiem wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2427/21), „Ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle.”

Zdaniem Odwołującego, już sam fakt bezpodstawnego zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu pełnej treści pisma Wykonawcy Solveco-SABA z dnia 6 grudnia 2023 r. winien „co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 p.z.p. wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska.” (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt: 679/23).

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zarzuca, że złożone przez Wykonawcę Solveco-SABA wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty jako oferty z rażąco niską ceną. Wobec przedstawionych przypadków naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zasadnym jest zarzut nienależytego badania i oceny ofert, a w konsekwencji sprzecznego z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – konsorcjum w składzie: Solveco Sp. z o.o. i „SABA” Sp. z o.o.

***Izba ustaliła co następuje:***



Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę usunięcia i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z nielegalnego składowiska zlokalizowanego przy ul. Ofiar Firleja 7 w Radomiu.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. W pkt 1.4 Zamawiający wskazał w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej:

Określenie warunku: Wykonawca spełni warunek, jeżeli udowodni, że:

- a) w zakresie doświadczenia - posiada niezbędne doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje usługi z należyłą starannością, tj. co najmniej dwie usługi polegające na usunięciu i poddaniu ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie DIO lub „R”, w ilości co najmniej 100,00 Mg w ramach każdej usługi.

UWAGA:

Zamawiający nie dopuszcza sumowania mniejszych, cząstkowych usług objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

Ww. wykonane lub wykonywane usługi muszą być potwierdzone dowodami określającymi, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie; przy czym dowodami o których mowa. są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XII SWZ Zamawiający zawarł informacje dotyczący wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał:

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie, o którym mowa w pkt 1 Rozdział IX SWZ (tj. JEDZ) składa z ofertą każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Oświadczenie to potwierdza brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Wykonawca przedstawia wraz z oświadczeniem, o którym mowa powyżej także oświadczenie potwierdzające brak podstaw wykluczenia uwzględniające przesłanki wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego tego podmiotu na druku stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ.
3. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 1.2 Rozdział VII SWZ, będzie spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.
4. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia o których mowa w ppkt 1.4 lit. a) i b) Rozdział VII SWZ, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
5. W przypadkach, o którym mowa w pkt. 3 i 4, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Oświadczenie należy złożyć wg wymogów Załącznika nr 8 do SWZ. Oświadczenie to jest podmiotowym środkiem dowodowym.
6. Oświadczenie o którym mowa w pkt. 5 niniejszego Rozdziału sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności

podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57 ze zm.), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani są na wezwanie Zamawiającego, złożyć podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 3 Rozdział IX SWZ, przy czym podmiotowe środki dowodowe, o których mowa:

- a) w pkt. 3 ppkt 32., 3.3. i 3.4. Rozdział IX SWZ składa odpowiednio Wykonawca/Wykonawcy, który/którzy wykazuje/-ą spełnienie warunku;
- b) w pkt. 3 ppkt 3.1. Rozdział IX SWZ składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1.	Hydrogeotechnika Sp. z o. o. ul. Ściegiennego 262A 25-116 Kielce	6 188 400,00 zł
2.	Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o. o. ul. Koksownicza 16 42-523 Dąbrowa Górnicza	6 696 000,00 zł
3.	KONSORCJUM FIRM: Mo-BRUK S.A. - Lider Konsorcjum Niecew 68 33-322 Korzenna Raf-Ekologia Sp. z o. o. - Partner Konsorcjum ul. Trzecieckiego 14 38-460 Jedlicze	8 424 000,00 zł
4.	KONSORCJUM FIRM: SOLVECO sp. z o. o. - Lider Konsorcjum ul. Szkołna 15B 47-225 Kędzierzyn-Koźle SABA sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Przemysłowa 34 09-400 Płock	5 508 000,00 zł

Izba ustaliła, że Konsorcjum Solveco złożyło ofertę najkorzystniejszą cenowo. Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. wezwał Konsorcjum Solveco do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) — zwana dalej ustawą Pzp, dot. oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP (JEDZ). Zamawiający wskazał: „W złożonym oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP tj. Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia (JEDZ) — potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia dot. Partnera Konsorcjum tj. SABA sp. z o. o., wskazaliście Państwo w części II: Informacje dotyczące wykonawcy, sekcja C: Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów, że będziecie polegać na zdolnościach innych podmiotów oraz wskazując w części IV: Kryteria kwalifikacji, sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa, że będziecie polegać na zdolnościach Lidera Konsorcjum. Mając na uwadze powyższe prosimy o złożenie wyjaśnień w zakresie określonym powyżej i jednoznaczne określenie czy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu będą Państwo polegać na zdolnościach innych podmiotów. Zgodnie z przepisem art. 128 ust. 4 ustawy PZP oraz pkt. 5 Rozdziału IX SWZ odpowiednio Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu oraz Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w pkt 1 niniejszego Rozdziału (tj. JEDZ) (...).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. Konsorcjum Solveco wskazało, że SABA sp. z o.o., zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ będzie polegać na zdolnościach Solveco w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia. Lider Konsorcjum udostępniający zasób w postaci doświadczenia złożył dokument JEDZ, w którym oświadczył, że spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Izba ustaliła, że celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie, Konsorcjum Solveco złożyło wykaz wykonanych usług. Izba ustaliła, że Konsorcjum powołało się na dwie umowy, które zostały zrealizowane wyłącznie przez Lidera Konsorcjum – Solveco.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Solveco do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z brzmieniem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę cena w kwocie 5 508 000,000 zł jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która w tym

przypadku wynosi 10 462 500,00 zł. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Solveco złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 6 grudnia 2023 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako poufne z uwagi na uznanie ich treści za informacje stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Solveco jako najkorzystniejszej.

***Izba zważyła co następuje:***

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Solveco, wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 58 ustawy Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W ust. 4 przywołanej regulacji ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Ponadto w ust. 5 omawianego przepisu zostało wskazane, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie, Izba wskazuje na regulację zawartą w art. 117 ustawy Pzp. Ust. 1 przepisu ustawodawca wskazał, że zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Zgodnie zaś z ust. 2 - 4 warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. W odniesieniu do warunków dotyczących

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Izba podkreśla, że zawiązanie konsorcjum przez wykonawców oznacza tylko i wyłącznie to, że dwa podmioty na podstawie wybranej przez siebie formy prawnej nawiązują współpracę pomiędzy sobą w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum jest wyłącznie formą porozumienia co do podjęcia wspólnych działań przez dwa lub więcej podmioty. Art. 58 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza nakaz odpowiedniego stosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przepisów o wykonawcy. Jak podkreśla Sąd Najwyższy, „w piśmiennictwie trafnie zauważa się, że pojęcie „odpowiedności” stosowania określonego przepisu oznacza, że niektóre jego postanowienia będzie można stosować bez żadnej modyfikacji, inne trzeba będzie odpowiednio zmodyfikować, a jeszcze innych w ogóle nie będzie można stosować” (tak Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 17 stycznia 2013 r. sygn. akt III CZP 51/13). Możliwość odpowiedniego stosowania przepisów otwiera drogę do wykładni celowościowej i funkcjonalnej. Celem oraz funkcją art. 58 ustawy Pzp jest niewątpliwie umożliwienie udziału w rynku zamówień publicznych szerszej grupy wykonawców, czyli takich którzy indywidualnie nie byłiby w stanie spełnić wymagań zamawiającego. Jednakże wykładania celowościowa oraz funkcjonalne przepisu art. 58 ustawy Pzp nie może doprowadzić do obejścia innych regulacji wynikających z ustawy Pzp, w szczególności do naruszenia zasady stanowiącej, że celem postępowania przetargowego jest wyłonienie wykonawcy, który poprzez zdobyte doświadczenia daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W kontekście odpowiedniego stosowania przepisów należy właśnie przywołać wskazaną powyżej regulację z art. 117 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten uprawnia zamawiającego do określenie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. A zatem Zamawiający ma możliwość zastosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odmiennych zasad wykazania warunków udziału w postępowaniu niż te które mają zastosowania do indywidualnych wykonawców. To w gestii Zamawiającego, mając na uwadze przedmiot zamówienia, jego charakter, stopień skomplikowania leży decyzja co do ewentualnego wprowadzania w SWZ postanowień określających szczególny i obiektywny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W kontekście omawianego zarzutu podkreślić należy w sposób szczególny dwie kwestie. Po pierwsze, zamawiający jest odpowiedzialny na kształt postanowień SWZ i do zamawiającego należy takie kształtowanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich wykazania, aby uzyskać pewien stopień komfortu, że zamówienie będzie realizowane przez doświadczonego wykonawcę, a w konsekwencji ryzyko jego niewłaściwego wykonania jest minimalizowane. Zamawiający kieruje się przy tym zasadą proporcjonalności. Wykonawcy zaś przysługuje środek ochrony prawnej w postaci możliwości wniesienia odwołania i zaskarżenia tych postanowień SWZ, które naruszają tę zasadę. Po drugie, art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp to narzędzie, które ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp w celu eliminowania patologicznych sytuacji związanych z fikcyjnym udostępnieniem zasobów pomiędzy konsorcjantami.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy, Izba wskazuje, że analiza okoliczności faktycznej sprawy prowadzi do wniosku, że dwie spółki zawarły umowę konsorcjum. Na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w wykazie złożonym przez konsorcjum zostały wskazane dwie umowy, które były wykonane wyłącznie przez jednego członka konsorcjum – lidera. Z treści zaś oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że drugi członek konsorcjum będzie realizował zamówienie. Zdaniem Izby taka sytuacja nie jest prawidłowa, a co więcej możliwość oceny doświadczenia w sposób proponowany przez Konsorcjum Solveco nie wynika z postanowień SWZ. Zdaniem Izby, oświadczenie wymagane przez ustawodawcę na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest następstwem dokonanych pomiędzy konsorcjantami ustaleń w zakresie wzajemnego uzupełnienia kompetencji czy doświadczenia. Ma więc charakter następczy/wtórny i jest konsekwencją sposobu wykazania przez konsorcjantów spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający opisując sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał wyłącznie w odniesieniu do warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 1.2 Rozdział VII SWZ, że uzna warunek za spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. W zakresie pozostałych warunków Zamawiający nie poczynił odrębnych zastrzeżeń co do sposobu wykazania ich spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Takie zastrzeżenia mógł niewątpliwie uczynić w oparciu o przepis art. 117 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem ocena spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu odbywa się w oparciu o przepis art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, a więc

stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy. Rodzi się zatem zasadne pytanie czy wystarczającym było spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia wyłącznie przez jednego członka konsorcjum, pomimo, iż z treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 wynika, że drugi członek konsorcjum będzie również realizował zamówienie. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść SWZ oraz wskazane przepisy ustawy Pzp, obaj członkowie konsorcjum winni wykazać, że spełniają sporny warunek udziału w postępowaniu, bowiem obaj wykonawcy zadeklarowali, że będą wykonywać zamówienie. Gdyby przyjąć stanowisko Konsorcjum Solveco za prawidłowe, to do realizacji zamówienia zostałby dopuszczony wykonawca, które nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie posiadanego zamówienia, a tym samym nie jest spełnione cel jakiego służy wprowadzenie w SWZ warunków udziału w postępowaniu. Jak Izba wskazała powyżej, celem takich warunków jest minimalizowanie ryzyka powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy niedoświadczonemu, który może je wykonać po prostu w sposób nieprawidłowy.

Argumenty podnoszone przez Konsorcjum Solveco w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy choć w swej istocie były zasadne bowiem koncentrowały się na konkurencyjności, otwarciu rynku dla mniejszych wykonawców, istoty nawiązywania współpracy pomiędzy wykonawcami w formie konsorcjum, to jednak nie mają odniesienia do sytuacji z jaką mamy do czynienia w ramach tego konkretnego postępowania. Konsorcjum Solveco mogło kwestionować postanowienia SWZ na etapie ich publikacji powołując się na zasadę proporcjonalności i art. 117 ust. 1 ustawy Pzp i dążyć do wprowadzenia postanowień o możliwości odmiennego sposobu wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Znane są Izbie SWZ, w których zamawiający dopuszczają możliwość zsumowania wartości umów, czy też wprost dopuszczają konieczność wykazania się doświadczeniem wyłącznie przez jednego członka konsorcjum. Takich jednakże postanowień nie ma w tym postępowaniu przetargowym. Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący zasadnie podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Z okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy wynika, że spółka SABA będzie wykonywała zamówienie, pomimo, że nie spełnia spornego warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby rozważania Konsorcjum Solveco co zakresu i rodzaju czynności jakie byłby ewentualnie wykonane przez SABA w ramach faktycznego realizacji zamówienia nie mają znaczenia dla oceny zasadności zarzutu. Z oświadczenia złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika wprost, że SABA będzie realizował usługę przyjęcie oraz poddanie odpadów objętych zamówieniem procesowi unieszkodliwiania, co mieści się w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia opisanego w spornym warunku udziału w postępowaniu.



Skoro zatem wykonawca zadeklarował, że będzie wykonywał zamówienie, to winien również spełnić warunek pierwotny ustanowiony przez Zamawiającego tj. wykazać, że ma w tym zakresie niezbędne doświadczenie. Tego zaś Konsorcjum Solveco nie wykazało, bowiem wymagane doświadczenie ma wyłącznie jeden członek konsorcjum. Gdyby dopuścić interpretację przepisów proponowaną przez Konsorcjum Solveco, to w istocie realizacja zamówienia mogłaby się odbywać się wykonawcą, który nie posiada wymaganego doświadczenia. A stoi w sprzeczności z postanowieniami SWZ i warunkami określonymi przez Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała zarzut za zasadny.

Zdaniem Izby zasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1233; zwana dalej: „ustawą ZNK”). Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność zastrzeżenia przez Konsorcjum Solveco wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby Konsorcjum Solveco nie wykazało w sposób prawidłowy przesłanek koniecznych do zastrzeżenia treści wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, 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. Na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca

przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 UZNK czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. A z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym.

Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień Konsorcjum Solveco z dnia 6 grudnia 2023 r. jak o tajemnicy przedsiębiorstwa ogranicza się do przytoczenia definicji z art. 11 ust. 2 UZNK oraz oświadczenia wykonawcy, że zastrzeżone informacje są poufne i mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadają inną wartość gospodarczą. Trudno uznać takie uzasadnienie spełnia przesłanki wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 UZNK. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia w czym wykonawca upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, w jaki sposób mogą one zostać wykorzystane przez innego wykonawcę poza ramami tego postępowania przetargowego, jakie konkretne kroki Konsorcjum podjęło w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Okoliczność, iż wykonawca uważa zastrzeżone informacje za istotne i poufne jest niewystarczająca do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawcy musi wykazać obiektywną wartość zastrzeżonych informacji. Nie ma żadnych wątpliwości, że treść uzasadnienia zawarta w piśmie wykonawcy z dnia 6 grudnia 2023 r. nie spełnia ustawowych wymagań do uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach za tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp bez rozpoznania. Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż jest to zarzut podniesiony z ostrożności, precyzując podczas posiedzenia z udziałem stron, że zarzut jest zarzutem ewentualnym wobec zarzutu głównego tj. naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Zatem, wobec potwierdzenia się zasadności zarzutu głównego, zarzut ewentualny należało pozostawić bez rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....