

Sygn. akt: XXIII Zs 19/23

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 kwietnia 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Anna Gałas

Protokolant: sekr. sąd. Weronika Banach

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: (...) W.

wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego: (...) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w W.

odwołującego: konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W.

na skutek skarg: (...) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w W. (XXIII Zs 19/23) i konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. (XXIII Zs 26/23)

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 3332/22

w połączonych do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawach o sygn. akt: XXIII Zs 19/23 i XXIII Zs 26/23, prowadzonych dalej pod sygn. akt: XXIII Zs 19/23

orzeka:

A. W sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 19/23

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 2, 4 i ppkt 4.2. w taki sposób, że nadaje mu treść:

a) w pkt 2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

b) w pkt 4. kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego: konsorcjum (...) sp. z o.o. w Warszawie i (...) sp. z o.o. w W.,

c) w ppkt. 4.2. zasądza od odwołującego: konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł (trzy tysiące

sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

II. zasądza od konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz skarżącego (...) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w W. 45.000 zł (czterdzieści pięć tysięcy złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego; .

B. W sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 26/23

I. oddała skargę;

II. zasądza od skarżącego konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w W. 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

sędzia Anna Gałas

Sygn. akt XXIII Zs 19/23

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r. w całości, wydany w połączonych sprawach o sygn. akt: XXIII Zs 19/23 i XXIII Zs 26/23

Zamawiający – (...) W. (dalej też: zamawiający), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach B., Ż., P., P., R., W., W., U. i W. (...) W. (Zadania nr 1, 5, 6 i 8)”, numer referencyjny: (...). W dniu 12 grudnia 2022 r. wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) sp. z o.o. w W. (dalej też: odwołujący), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: ustawą PZP, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: UZNK, w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), w sytuacji gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, który polegał na dopuszczeniu się manipulacji ceną w ramach cenowych kryteriów oceny ofert, w wyniku czego oferta złożona przez (...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w W. (dalej też: (...), uczestnik, przystępujący po stronie zamawiającego) została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdy tymczasem oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a więc nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy PZP,

2. art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 2 KC, w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 w zw. z art. 239 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) pomimo tego, że oferta tego wykonawcy, jako sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, jest nieważna,

3. art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w Sekcji II.2, III pisma wykonawcy (...) z dnia 26.09.2022 r. oraz w dołączonych do tego pisma załącznikach (z wyjątkiem załącznika nr 8 i 9 i częściowo załącznika nr 2), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez (...), a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, - a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez (...), co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności,

4. ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 3) - art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca (...) nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przedstawione przez (...) wyjaśnienia w zakresie kalkulacji stawki za transport 1 km 1 Mg odpadów są niewiarygodne, nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń (...) w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez (...) i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców,

5. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 253 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących istotnego elementu składowego ceny oferty, będącego także kryterium oceny ofert o wadze 30%, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a przedłożone przez odwołującego dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, pomimo że odwołujący udzielił zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, przedłożył zamawiającemu szereg dowodów potwierdzających zasadność i realność zaoferowanej ceny, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego pomimo tak obszernych i rzetelnych wyjaśnień świadczy o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców. Ponadto zamawiający nie uzasadnił w sposób należyty podstaw prawnych swojej decyzji.

6. ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 5) - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez odwołującego wyczerpujących wyjaśnień, zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

Wskazując na te zarzuty i ich uzasadnienie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym: odrzucenia oferty (...) w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 3 ustawy PZP, udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez (...) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP lub odrzucenia oferty (...) w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazując na niezasadność wszystkich zarzutów wniósł o oddalenie odwołania, w tym pismem z dnia 23 grudnia 2022 r. gdzie poinformował jednocześnie, że postanowił częściowo ujawnić zastrzeżone przez przystępującego dokumenty w zakresie, który przedstawi na posiedzeniu, co oznacza częściowe uwzględnienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący po stronie zamawiającego – wykonawca (...) w odpowiedzi na odwołanie wskazując na niezasadność wszystkich zarzutów wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący poinformował też o braku sprzeciwu wobec częściowego ujawnienia przez zamawiającego zastrzeżonych przez niego informacji.

Wobec braku sprzeciwu przystępującego, zgodnie z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy PZP, Izba w zakresie zarzutu częściowo uwzględnionego przez zamawiającego, tj. zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje zostały odtajnione przez zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 9 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 3332/22), Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje zostały odtajnione przez zamawiającego (pkt 1.), uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje nie zostały odtajnione przez zamawiającego i nakazała zamawiającemu w zadaniu nr 8: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę (...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (pkt 2.), w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie (pkt 3.), kosztami postępowania obciążyła zamawiającego: w części 1/5 oraz odwołującego w części 4/5 (pkt 4.), i: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania (ppkt. 1.1.), zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 840 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej też: Izba, KIO) ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach B., Ż., P., P., R., W., W., U. i W. (...) W.. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy Zadania nr 8 (Część 4), tj. świadczenia usług w dzielnicach: U. i W..

Kryteriami oceny ofert w tym zamówieniu były:

- cena brutto – 30%,
- stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów – 30%,
- kryterium środowiskowe – 20%,
- kryterium technologiczne – 20%.

W przypadku dwóch pierwszych kryteriów oceniana była:

- 1) cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej,
- 2) stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S).

W postępowaniu w części 4 (Zadanie 8) złożono 5 ofert z następującymi cenami:

Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
Lider konsorcjum: (...) Sp. z o.o.	(...) (...)-(...) W.	950,40	1,84
Członek konsorcjum: (...) Sp. z o.o.	ul. (...) (...)-(...) W.		
(...) W. B.	(...) (...) (...)	702,00	1,30

(...) PRZEDSIĘBIORSTWO (...) (...) Sp. z o.o.	ul. (...) (...)-(...) W.	824,85	0,75
Przedsiębiorstwo Producyjno-Handlowo- Usługowe (...)	(...) (...)-(...) G.	990,00	8,00
(...) SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	(...) (...)-(...) W.	975,00	1,51

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej ceny kształtowały się w następujący sposób:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	(...) W. B.	(...) (...) (...)	505,00 PLN	0,24 PLN
2.	(...) PRZEDSIĘBIORSTWO (...) (...) Sp. z o.o.	ul. (...) (...)-(...) W.	604,18 PLN	0,14 PLN
3.	Lider konsorcjum: (...) (...) Sp. z o.o.	(...) (...)-(...) W.	450,40 PLN	0,20 PLN
Członek konsorcjum: (...) Sp. z o.o..	ul. (...) (...)-(...) W.			
4.	Przedsiębiorstwo Producyjno- Handlowo- Usługowe (...)	(...) (...)-(...) G.	443,99 PLN	0,31 PLN
5.	(...) SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ	(...)	480,00 PLN	0,38 PLN

	ODPOWIEDZIALNOŚĆ SP.K.	(...)-(...) W.		
--	---------------------------	----------------	--	--

Pismem z dnia 5 sierpnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym samym dniu zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2022 r. zamawiający ponownie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów.

Pismem z dnia 12 września 2022 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z uwagi na unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP (sygn. akt KIO 2224/22).

Pismem z dnia 13 września 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego i odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. Zamawiający wskazał: „W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowana cena brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach prosimy o przedstawienie kalkulacji cenowej i wskazanie wyjątkowo korzystnych warunków usług, które uzasadniają zaoferowany przez Wykonawcę poziom cen.”

Pismem z dnia 20 września 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o sprecyzowanie, co budzi jego wątpliwości w cenie za 1 km transportu 1 Mg odpadów.

Pismami z dnia 26 września 2022 r. odwołujący i przystępujący złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami. Przystępujący zastrzegł swoje wyjaśnienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego w dniu 23 września 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu bezpodstawne wezwanie go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt KIO 2497/22) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 9 listopada 2022 r. zamawiający, w związku z ww. wyrokiem KIO, unieważnił czynność wezwania odwołującego z dnia 13 września 2022 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wezwał w szczególności: „o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej w zakresie stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, szczegółowe uzasadnienie założeń przyjętych w kalkulacji i podanych tam wartości, w tym przedstawienie stosownych dowodów na ich poparcie, jak również odniesienie się do wszystkich pytań i wątpliwości opisanych poniżej (...)”. W dalszej części pisma zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w zakresie:

- średniej ceny paliwa na poziomie 6,13 zł netto/litr ON,

- tonażu odpadów na transport na poziomie 24,9 Mg na pojazd dla wszystkich frakcji,
- średniego poziomu spalania 23,3 l ON/100 km,
- kalkulacji poziomu wynagrodzenia kierowców,
- kalkulacji kosztów transportu różnych frakcji do różnych instalacji w okresie krótszym niż 36 miesięcy.

Pismem z dnia 18 listopada 2022 r. odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacjami i dowodami.

Niezależnie od powyższego w dniu 21 listopada 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu bezpodstawne wezwanie go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 3074/22) Izba oddaliła odwołanie.

Pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że odwołujący „nie udzielił wyjaśnień w wymaganym zakresie oraz złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co obligowało do odrzucenia oferty” oraz przedstawił argumentację dotyczącą przyjętych przez odwołującego cen paliwa, tonażu odpadów, poziomu spalania i poziomu wynagrodzenia kierowców.

Krajowa Izba Odwoławcza mając na uwadze cały materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania o zamówienie i stanowiska stron zważyła, że odwołanie może być uwzględnione tylko w zakresie jednego zarzutu.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego oferty przystępującego, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji KIO powołała przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP stanowiący podstawę do odrzucenia oferty, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wstępnie Izba wyjaśniła, że odwołujący wskazał na złożenie przez przystępującego oferty z ceną 14 gr za 1 km transportu 1 Mg odpadów, co w jego ocenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że oferując ww. cenę przystępujący wykorzystał wiedzę, do której jako jedyny wykonawca miał dostęp. Odwołujący wskazał w szczególności, że: (...) posiada przewagę nad innymi wykonawcami, biorącymi udział w postępowaniach na odbiór i transport odpadów, wynikającą z pełnienia funkcji zamawiającego w postępowaniach na zagospodarowanie odpadów, która wyraża się w realnej możliwości np. premiowania wyboru instalacji znajdującej się bliżej granic zadania, lub też dalej (gdą większą wagę w kryteriach oceny ofert uzyska cena), a także w większości swobodnej decyzji, jakie ilości i do jakiej instalacji (o ile km oddalonej od W.) odpady będą transportowane. Takiej możliwości nie ma żaden inny wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu, co wykonawca (...) wykorzystał w toku aukcji elektronicznej”.

Na tym tle KIO zauważyła, że pismem z dnia 13 września 2022 r. zamawiający wezwał m.in. przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów. W udzielonych wyjaśnieniach przystępujący, wśród przyczyn oszacowania ww. stawki na 14 gr, wskazał m.in. swoje założenia co do instalacji, do których będą kierowane odpady (choć jednocześnie przystępujący zaprzecza, jakoby jego wiedza na ten temat była niedostępna innym wykonawcom i by dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji).

Jednak KIO podkreśliła, że w ww. wyjaśnieniach przystępujący wskazał jako „zasadniczą” zupełnie inną, niż opisana w odwołaniu, okoliczność pozwalającą mu obniżyć koszty transportu odpadów. Wyjaśnienia te zostały objęte przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa i mimo uwzględnienia odwołania w tym zakresie i nakazania zamawiającemu ich odtajnienie, Izba nie może na obecnym etapie postępowania (tj. przed ewentualnym wniesieniem skargi) wskazać, co stało u podstaw kalkulacji ww. stawki przez przystępującego.

Niemniej jednak, skoro powód, dla którego przystępujący skalkulował cenę za 1 km transportu na 14 gr, był inny niż wskazany w odwołaniu, KIO stwierdziła, że zarzut odwołującego nie potwierdził się. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego nieważności oferty przystępującego na podstawie odrębnych przepisów.

KIO wskazała na treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, który stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący oparł zarzut dotyczący nieważności oferty przystępującego na okolicznościach faktycznych opisanych w pkt II odwołania, czyli tych samych okolicznościach faktycznych, które uzasadniały, wg niego, przyjęcie że przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Okoliczności te, zdaniem odwołującego, polegały na wykorzystaniu przez przystępującego jego szczególnej pozycji i związanej z tym wiedzy na temat kierowania odpadów do określonych instalacji zagospodarowania odpadów, co miało stanowić naruszenie zarówno dobrych obyczajów, jak i zasad współżycia społecznego.

Izba w ocenie tego zarzutu powołała się na wskazane już wyżej, okoliczności, a te – jako podstawa obniżenia stawki za 1 km transportu - nie potwierdziły się w stanie faktycznym sprawy, co podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby przesądza o braku zasadności także zarzutu dotyczącego nieważności oferty przystępującego na podstawie odrębnych przepisów. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu również zostało oddalone.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa, KIO powołała treść art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP i art. 11 ust. 2 UZNK i wskazała, że z tych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny a jeśli chodzi o skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZN. W ocenie KIO, zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie, w pierwszej kolejności KIO zauważyła, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę nawet część uzasadnienia tego zastrzeżenia w postaci załączników, tj. Zarządzenia określającego Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w (...) Przedsiębiorstwie (...) Spółka z o.o. (częściowo nieujawnione) oraz w postaci zanonimizowanej umowy o pracę na potwierdzenie obowiązku zachowania poufności (nieujawniona w całości). Dokumenty te zostały przez przystępującego złożone na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że stanowią część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, a zamawiający ich nie odtajnił. Tymczasem, jak podkreśla Izba w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa(np. KIO 3513/21). W ocenie KIO, brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci ww. dwóch załączników było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Przechodząc do kwestii zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty, Izba stwierdziła, że uzasadnienie przystępującego w zakresie wartości gospodarczej ww. wyjaśnień ogranicza się do złożenia w piśmie z dnia 26 września 2022 r. oświadczeń / deklaracji i tytułem przykładu Izba wskazała: - „Podobnie jak dla innych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, dla (...) ww. informacje ujęte w wyjaśnieniach i załącznikach stanowią zatem obiektywną wartość gospodarczą”, - „Pozyskanie przez inne podmioty tak obszernych informacji

o (...), warunkach współpracy z partnerami biznesowymi, warunkach pracy oraz jego polityce cenowej, dawać może nieuprawnioną przewagę konkurentom na rynku pozwalając im przewidzieć strategię i zachowania (...) w prowadzonej działalności, w szczególności strategię i zachowania w innych przetargach. Ujawnienie ww. informacji może spowodować ryzyko poniesienia znacznej straty materialnej po stronie (...) i z tego względu informacje te mają szczególną wartość gospodarczą dla (...).

W ocenie Izby powołane fragmenty przez swoją ogólnikowość mogłyby być (poza firmą przystępującego) wstawione do dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Ponadto zawierają one wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, które nie stanowią „wykazania”, o jakim mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

W ocenie KIO przystępujący nie wykazał także, że zachowuje zastrzeżone informacje w poufności. Po pierwsze jak wskazano w uzasadnieniu wyroku, przystępujący powołał się na Zarządzenie określające Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w (...) Przedsiębiorstwie (...) Spółka z o.o., w którym do informacji prawnie chronionych I kategorii zaliczono „dokumentację związaną z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związaną z prowadzonym postępowaniem” (§ 7 ust. 1 pkt 4 Zarządzenia). Wobec tego Izba zauważyła, że w myśl ww. postanowienia cała dokumentacja związana z udziałem przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest prawnie chroniona, podczas gdy przecież przystępujący nie wszystkie składane w takich postępowaniach dokumenty zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Po drugie zdaniem Izby, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący zacytował tylko fragment § 7 ust. 1 pkt 4 ww. Zarządzenia i pominął końcówkę tego postanowienia, w której wskazano, do jakiego momentu dokumentacja związana z udziałem przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego lub związana z prowadzonym postępowaniem zostaje zaliczona do I kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa. W efekcie Izba stwierdziła, że niniejszym postępowaniu ten moment już minął, co samo w sobie powoduje, że w świetle ww. postanowienia zastrzeżone informacje nie są już ochronione przez przystępującego.

Po trzecie Izba stwierdziła, że dokument mający potwierdzać zachowanie poufnego charakteru informacji wytworzonych w formie elektronicznej, tj. zarządzenie (...) stanowiące załącznik do uchwały Zarządu Spółki nr (...) z dnia 5.08.2015 r., w ogóle nie został dołączony do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem przystępujący w żaden sposób nie wykazał zachowywania poufności w tym zakresie.

Po czwarte KIO zauważyła, że przystępujący jest spółką, w której całość udziałów posiada (...) W. i która wykonuje zadania publiczne powierzone przez Miasto i w konsekwencji w myśl art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej przystępujący jest obowiązany do udostępniania informacji publicznej.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 26 września 2022 r. wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji zamawiającego, KIO zauważyła, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 ustawy PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co pozostaje w zgodzie z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy UZNK, ustawy PZP oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że przystępujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności

gospodarczej. Natomiast według Izby, nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka odwołującemu drogę do wiedzy o podstawach wyceny oferty przystępującego, a w konsekwencji – do realnego i skutecznego kwestionowania tej wyceny w drodze środków ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe wyważenie interesów w przedmiotowej sprawie prowadzi, w ocenie Izby, do wniosku, że należy ujawnić zastrzeżone przez przystępującego informacje wraz z załącznikami.

Wobec wszystkich wskazanych powyżej ustaleń, Izba stwierdziła, że nieujawnienie przez zamawiającego wyjaśnień i załączników złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny jego oferty, było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę KIO wskazała, że odwołujący zarzucił też zamawiającemu w odwołaniu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę. Zarzut ten został postawiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi zatem na uwzględnienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z wnioskiem odwołującego Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego.

Odnośnie do zarzut dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, KIO na wstępie powołała treść przepisu art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba odwołała się do pisma z dnia 10 listopada 2022 r., którym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. ceny paliwa, wskazując, że zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał: „aby w ramach wyjaśnień Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca, kalkulując stawkę za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km, przyjął średnią cenę paliwa 6,13 zł netto/litr ON, która nie uwzględnia aktualnych i znanych Wykonawcy społeczno-gospodarczych uwarunkowań będących konsekwencją agresji Rosji na Ukrainę (24.02.2022 roku)”.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że średni koszt paliwa wyliczył z danych historycznych z okresu od 01.01.2022 r. do 22.06.2022 r. (dzień przeprowadzenia aukcji elektronicznej) i że okres ten obejmuje zarówno okres sprzed wojny w Ukrainie, jak i okres trwania tej wojny, zatem jest on adekwatny do wyliczenia średniego kosztu, zwłaszcza wobec faktu, że zamówienie będzie realizowane przez 36 miesięcy. Odwołujący powołał się też na „znaczące rabaty na zakup paliwa” i dołączył fakturę za zakup paliwa z dnia 08.04.2022 r. z ceną jednostkową 6,10 zł netto za litr oleju napędowego.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest argument zamawiającego o nieuwzględnieniu przez odwołującego wojny w Ukrainie, skoro okres 24.02. - 22.06.2022 r. (do dnia przeprowadzenia aukcji elektronicznej) został przecież uwzględniony. Izba podniosła, że należy też mieć na uwadze, że okres realizacji zamówienia wynosi 36 miesięcy, jest to więc okres na tyle długi, że nie jest możliwe do przewidzenia, czy w tym czasie wojna w Ukrainie się skończy, czy nie i jak jej zakończenie lub brak zakończenia wpłynie na ceny paliwa w Polsce. Wszelkie opinie w tym zakresie mają charakter wyłącznie założeń, które mogą się sprawdzić lub nie. Niemniej jednak, kwestia ta nie jest w ocenie Izby, najistotniejsza w przedmiotowej sprawie, gdyż wyliczenie średniej z jakiegoś okresu, wobec planowanego czasu realizacji zamówienia i obecnej sytuacji na rynku, nie może samodzielnie przesądzać o tym, jaka stawka za paliwo powinna być przyjęta w kalkulacji ceny oferty.

W ocenie Izby znacznie ważniejszą okolicznością jest to, czy odwołujący wykazał, że faktycznie ma dostęp do ceny w wysokości tak wyliczonej średniej. W tym zakresie według Izby odwołujący przedstawił tylko jedną fakturę z dnia 8 kwietnia 2022 r. z ceną niższą o 4% od ceny hurtowej z tego dnia i przyznała racje zamawiającemu, że taka pojedyncza faktura nie dowodzi, że odwołujący ma możliwość zakupu paliwa po obniżonych cenach w dłuższej perspektywie

czasowej i że są to obniżki udzielane na takich warunkach, które pozwolą odwołującemu na realizację zamówienia przy przyjętej stawce 6,13 zł.

Izba przy tym nie zgodziła się z odwołującym, że nie musiał on przedstawiać takich informacji, gdyż zamawiający nie pytał o warunki udzielenia rabatów. Izba stwierdziła, że zamawiający nie musiał pytać o warunki udzielenia rabatów, gdyż nie musiał przewidywać, że odwołujący ma dostęp do jakichś rabatów. Natomiast obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie wyjaśnień, kalkulacji i dowodów w taki sposób, żeby były one rzetelne, logiczne i spójne, a dzięki temu dawały zamawiającemu jasną odpowiedź na pytanie, z czego wynikają kalkulacje wykonawcy i dlaczego zapewniają one prawidłowe wykonanie zamówienia. Z uwagi na powyższe, niezależnie od kwestii okresu przyjętego do wyliczenia średniej, Izba uznała, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego co do ceny za paliwo, była właściwa, gdyż odwołujący nie wykazał realności przyjętej wartości, a co za tym idzie – stawki 20 gr za 1 km transportu.

Dalej, Izba wskazała, że w piśmie z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. przyjętego tonażu. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał zatem do wyjaśnienia czterech kwestii:

- podstawy przyjęcia na potrzeby kalkulacji średniego tonażu 24,9 Mg dla wszystkich frakcji opadów,
- niemożności jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg pojazdem hakowym z przyczepą,
- realnych możliwości jednorazowego transportu odpadów zielonych pojazdem hakowym z przyczepą na poziomie średnio 18 Mg,
- niemożności jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg ciągnikiem samochodowym z naczepą.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że transport przy użyciu pojazdu hakowego z naczepą wskazał w kalkulacji jako przykładowy, ale zakłada też transport przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami oraz zaprzeczył, że nie jest możliwe osiągnięcie tonażu 24,9 Mg w przypadku transportu przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami. Wskazał też na dołączone kwity wagowe, które potwierdzają możliwość transportu odpadów zielonych, bio i zmieszanych na poziomie 24,9 Mg, a nawet o większej masie, co pozwoliło wyliczyć średni tonaż na tym właśnie poziomie.

Izba po pierwsze stwierdziła, że w udzielonych wyjaśnieniach odwołujący zaprzeczył, że nie jest niemożliwy tonaż 24,9 Mg dla pojazdu ciężarowego z naczepą, natomiast nie zaprzeczył, że taki tonaż nie jest niemożliwy dla pojazdu hakowego z przyczepą, jak też nie zaprzeczył temu, że realne możliwości pojazdu hakowego z przyczepą to średnio 18 Mg. Innymi słowy: z wyjaśnień odwołującego wynika, że pojazd ciężarowy z naczepą może przyjąć tonaż 24,9 Mg, natomiast brak jasnego stanowiska co do tonażu pojazdu hakowego z przyczepą. Jak wyjaśniła Izba, powyższe jest o tyle istotne, że odwołujący z jednej strony wskazał, iż nie wyklucza realizowania transportu pojazdami ciężarowymi z naczepą, ale z drugiej strony przedstawił kalkulację i dowody dla pojazdów hakowych z przyczepą. W konsekwencji uznała, że złożone wyjaśnienia stały się niespójne i przez to niewiarygodne. Skoro bowiem odwołujący zakłada tonaż na poziomie 24,9 Mg dzięki wykonywaniu transportu pojazdami ciężarowymi z naczepą, to według stanowiska Izby powinien takie właśnie pojazdy uwzględnić w kalkulacji i przedstawić dla nich inne dowody, np. dowody rejestracyjne. Tymczasem złożona kalkulacja i dowody dotyczą pojazdów hakowych z przyczepą, a ewentualnie możliwy tonaż 24,9 Mg został przez odwołującego podtrzymany dla pojazdów ciężarowych z naczepą, których użycie odwołujący również zakłada, ale nie wynika to z niczego, poza według Izby gołosłownym, jednozdaniowym stwierdzeniem w wyjaśnieniach. Stwierdzenie to budziło dodatkowe wątpliwości Izby wobec faktu, że odwołujący dotychczas realizował usługę pojazdami ciężarowymi z naczepą tylko za pośrednictwem podwykonawców, z których usług obecnie nie zamierza korzystać i nie złożył jakichkolwiek dowodów na to, że może sam realizować usługę takimi pojazdami.

Po drugie, Izba stwierdziła, że z danych podawanych przez zamawiającego wynika, że w przypadku usługi dotychczas realizowanej przez odwołującego średni tonaż był niższy niż 24,9 Mg. Nawet jeśli zamawiający niezasadnie powołał się w tym zakresie na dane z sierpnia 2022 r. (czyli po aukcji elektronicznej), to dane z kwietnia 2022 r. pokazują, że na 130

transportów odpadów zmieszanych tylko 7 transportów miało tonaż wyższy niż 24,9 Mg, a na 15 transportów odpadów biodegradowalnych tylko 1 transport miał tonaż wyższy niż 24,9 Mg, co daje średnią w wysokości odpowiednio 24,12 Mg (odpady zmieszane) oraz 23,3 Mg (odpady biodegradowalne). Z kolei dane z maja 2022 r. pokazują, że na 71 transportów odpadów zmieszanych tylko 3 transporty miały tonaż wyższy niż 24,9 Mg, a na 8 transportów odpadów biodegradowalnych tylko 2 transporty miały tonaż wyższy niż 24,9 Mg, co daje średnią w wysokości odpowiednio 23,818 Mg (odpady zmieszane) oraz 23,685 Mg (odpady biodegradowalne). Natomiast odwołujący złożył jako dowody 3 kwity wagowe dla odpadów zmieszanych, zielonych i kuchennych ulegających biodegradacji (w tym 2 również z okresu po aukcji elektronicznej), z których wynikają wartości tonażu: 25,44 Mg (odpady zmieszane ze stycznia 2022 r.), 25,48 Mg (odpady zielone z października 2022 r.) oraz 25,64 Mg (odpady biodegradowalne z sierpnia 2022 r.). Izba zatem zauważyła, że odwołujący złożył jako dowody kwity wagowe z maksymalnymi tonażami i na podstawie maksymalnych tonaży wskazał średnią przyjętą w kalkulacji, tj. 24,9 Mg. Tymczasem, według Izby z danych przekazanych przez zamawiającego i nie zakwestionowanych przez odwołującego, wynika, że transporty z takimi maksymalnymi tonażami stanowią mniejszość, natomiast przeważają transporty z tonażami mniejszymi, wskutek czego prawidłowo wyliczona średnia jest niższa, niż przyjęta przez odwołującego. W konkluzji stwierdzono, że odwołujący przyjął po prostu na potrzeby kalkulacji maksymalnie korzystne dla siebie wartości tonażu, po to, by móc uzasadnić stawkę 20 gr za 1 km transportu, jednakże według Izby taki sposób obliczeń czyni je niewiarygodnymi i nie potwierdza realności ceny oferty.

Izba nie zakwestionowała przy tym, że generalnie możliwy jest tonaż w wysokości 24,9 Mg, niemniej jednak celem udzielania wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w ocenie Izby nie jest wykazanie, że jakaś wartość jest jednostkowo możliwa do osiągnięcia, tylko że dana wartość wynika z prawidłowo dobranych okoliczności faktycznych typowych dla danego rodzaju zamówienia. Z uwagi na powyższe, przyjęty przez odwołującego sposób ustalenia tonażu nie uzasadnia, w ocenie Izby, wartości 24,9 Mg, a co za tym idzie - stawki 20 gr za 1 km transportu.

W zakresie oceny kolejnego przedmiotu wyjaśnień Izba wskazała, że w piśmie z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. poziomu spalania. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał do wyjaśnienia trzech kwestii:

- podstawy przyjęcia na potrzeby kalkulacji średniego poziomu spalania 23,3 l ON/100 km dla pojazdów hakowych z przyczepą,
- możliwego realnego poziomu spalania w pojeździe hakowym z przyczepą na poziomie 43 l/100 km,
- braku możliwości spalania na poziomie 23,3 /100 km, zarówno dla pojazdów hakowych z przyczepą, jak i dla pojazdów ciężarowych z naczepą.

Po analizie przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień i dowodów Izba stwierdziła, że ich ocena dokonana przez zamawiającego jest właściwa. Konkretnie zaś; zdjęcie licznika pokazujące spalanie na poziomie 23,3 l/100 km nie pokazuje, z jakiego pojazdu jest to licznik i z jakim ładunkiem, zatem nie wiadomo, czy dowód ten w ogóle ma związek z realizacją takiego zamówienia, jak niniejsze. Podobnie filmiki nie pokazują, czy pojazd jest załadowany, jakimi odpadami i z jakim tonażem, co nie pozwala stwierdzić, czy pokazany poziom spalania jest wiarygodny. Natomiast, z oświadczenia pana D. N. również nie wynika, jakiego typu pojazdów ono dotyczy i czy w ogóle są to pojazdy używane przez odwołującego, czy są one z ładunkiem, czy bez, ponadto nie potwierdza ono spalania na poziomie 23,3 l/100 km, bo w oświadczeniu mowa jest tylko o poziomie poniżej 25 l/100 km. Końcowo wskazano, że oszczędny tryb jazdy kierowcy ma wpływ na poziom spalania, ale nie w takim stopniu, aby wyłącznie tym czynnikiem wytłumaczyć wyjątkowo niskie spalanie przyjęte w kalkulacji. Tym bardziej, że dla realizacji zamówienia wykonawcy muszą zatrudnić wielu kierowców i trudno jest w świetle doświadczenia życiowego zakładać, że wszyscy oni gwarantują taki sam styl jazdy zapewniający średni poziom spalania 23,3 l/100 km.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił ani jednego dowodu potwierdzającego przyjęty przez niego poziom spalania. Przy czym Izba zauważyła, że w tym przypadku chodzi o pojazdy przeznaczone do wożenia dużych ładunków, zatem właśnie tonaż jest jednym z głównych czynników mających wpływ na poziom

spalania, żaden z dowodów złożonych na okoliczność spalania nie pokazuje, przy uwzględnieniu jakiego tonażu odwołujący obliczył średnie spalanie na poziomie 23,3 l/100 km. Odwołujący przyjął wyżej wskazaną korzystną dla siebie wartość, która zapewne jest możliwa do osiągnięcia w określonych warunkach, ale nie wykazał, że jest ona możliwa do osiągnięcia konkretnie w takich warunkach i takimi pojazdami, jak przy realizacji niniejszego zamówienia.

W zakresie kolejnego przedmiotu wezwania Izba wskazała, że w piśmie z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego także do złożenia wyjaśnień w przedmiocie m.in. wynagrodzenia kierowców. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości w tym zakresie i wezwał o wyjaśnienie: „na jakiej podstawie Wykonawca przyjął, że wszyscy kierowcy, którzy wykonywać będą transport odpadów otrzymywać będą najniższe wynagrodzenie krajowe oraz czy Wykonawca przewidział jakiegokolwiek zabezpieczenie ryzyk w sytuacji konieczności zwiększenia wynagrodzenia ponad wynagrodzenie minimalne np. z uwagi na presję wzrostu wynagrodzeń spowodowaną inflacją”.

Izba stwierdziła, że umowa o pracę zawarta na okres do 9 grudnia 2022 r. rzeczywiście nie potwierdza przyjętej wysokości wynagrodzenia, gdyż nie będzie obowiązywała w trakcie realizacji zamówienia. Z kolei umowa zawarta na czas nieokreślony przekazana zamawiającemu nie zawiera informacji o wynagrodzeniu, choć w świetle opisanego jej treści w wyjaśnieniach wykonawcy, można było domniemywać, że została zamawiającemu przekazana w niepełnej wersji jedynie przez omyłkę, co oznacza, że teoretycznie mogłaby zostać w tym zakresie (wynagrodzenia) uzupełniona w wyniku powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia tego dowodu. Jednakże Izba wskazała, że umowa ta jednocześnie jest zawarta z osobą na stanowisku: kierowca-ładowacz, co wskazuje na kierowcę odbierającego odpady, a nie transportującego odpady, a przecież sam odwołujący wyjaśniał, dlaczego wynagrodzenie kierowcy odbierającego odpady jest wyższe od minimalnego, więc zachodzi niespójność takich wyjaśnień z ww. stanowiskiem wskazanym w umowie i założeniem, że kierowca transportujący odpady pobiera tylko wynagrodzenie minimalne. Ponadto odwołujący nie odpowiedział na pytanie zamawiającego dotyczące sposobu zabezpieczenia ryzyka presji podnoszenia wynagrodzeń minimalnych z uwagi na inflację. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zasadności przyjęcia wynagrodzenia za pracę kierowców transportujących odpady na poziomie minimalnym, a co za tym idzie – stawki 20 gr za 1 km transportu.

Odnosząc się do dodatkowych wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego, Izba zauważyła, że przedkładanie ich w toku postępowania odwoławczego jest już działaniem spóźnionym, bo przecież zamawiający nie miał szansy ocenić ich przed wniesieniem odwołania.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do podnoszonych przez zamawiającego i przystępującego argumentów dotyczących m.in. postanowień złożonej przez odwołującego umowy o pracę, które świadczą o wyższych kosztach zatrudnienia, niż uwzględnione w kalkulacji, czy wadliwości obliczenia tonażu z uwagi na przepisy rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, Izba wyjaśniła, że rozpoznając odwołanie nie może rozważać zasadności odrzucenia oferty wykonawcy z powodów, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu. Izba rozpoznaje bowiem odwołanie w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy PZP, a zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje na czynność bądź zaniechanie zamawiającego. Zakres czynności odrzucenia oferty jest określony poprzez wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia. Zatem tylko w takim zakresie, w jakim czynność ta została dokonana (i w zakresie postawionych zarzutów – art. 555 ustawy PZP) Izba może dokonać oceny zgodności tejże czynności z przepisami ustawy PZP (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. O takim stanowisku Izby przesądziła nie ilość dotychczasowych wezwań (Izba uznała, że było jedno wezwanie), ale treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w dniu 18 listopada 2022 r. Izba sprecyzowała, że w przypadku ceny paliwa nie zachodziła sytuacja, w której wykonawca przedstawił informacje i dowody na temat przysługujących mu rabatów, a zamawiający dostrzegł w nich jeszcze nieznaczące niejasności, które w wyniku ponownego wezwania można uzupełnić, czy doprecyzować. Natomiast powstała sytuacja, w której odwołujący wskazał na „znaczące rabaty” i przedstawił jedną fakturę, które to informacje i dowód nie potwierdzają zasadności

przyjęcia stawki 6,13 zł dla całego okresu realizacji zamówienia, a wręcz przeciwnie, wobec swojej enigmatyczności – rodzą kolejne wątpliwości. W przypadku tonażu z kolei, odwołujący nie wykluczył posługiwania się pojazdami ciężarowymi z naczepą, ale przedstawił dowody i kalkulację dla pojazdów hakowych z przyczepą, co powoduje, że złożone wyjaśnienia są niespójne i przez to niewiarygodne. W dodatku tonaż został wliczony w oparciu o maksymalne wartości stanowiące mniejszość wśród realizowanych transportów, co świadczy o wadliwych podstawach kalkulacji.

W przypadku spalania żaden z dowodów złożonych przez odwołującego nie potwierdza przyjętej wartości 23,3 l/100 km przy uwzględnieniu konkretnych warunków, w których będzie realizowane zamówienie.

W przypadku wynagrodzenia kierowców odwołujący nie odpowiedział na pytanie dotyczące sposobu zabezpieczenia ryzyka presji wzrostu wynagrodzeń spowodowanej inflacją, a umowa zawarta na czas nieokreślony zawiera wskazanie stanowiska (kierowca-ładowacz) nieodpowiadającego temu, którego dotyczyło wezwanie zamawiającego. Stąd według Izby, nawet ewentualne wezwanie do uzupełnienia brakującej strony zawierającej wskazanie wysokości wynagrodzenia w ww. umowie, byłoby niecelowe, gdyż pozostałe informacje lub ich brak świadczą o wadliwości wyjaśnień odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła w konkluzji, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień musiało w istocie sprowadzać się do żądania od odwołującego przedstawienia w przeważającej części nowych informacji i dowodów, podczas gdy, takie ponowne wezwanie powinno służyć jedynie uzupełnieniu lub doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, logiczne i spójne. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Z tych powodów odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Izba orzekła w pkt 1, 2 i 3 wyroku na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 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.

Skargę od powołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli: wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w W. (dalej też: skarżący, (...)) – **postępowanie skargowe w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 19/23** oraz odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) sp. z o.o. w W. – **postępowanie skargowe w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 26/23**.

W sprawie, której nadano sygn. akt: XXIII Zs 19/23 wykonawca (...) zaskarżyło wyrok KIO w części tj. w zakresie, w którym KIO uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje nie zostały odtajnione przez zamawiającego i nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez (...) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

I. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia:

1) art. 542 ust. 1 ustawy PZP przez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów i zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, polegające na przyjęciu przez KIO, wbrew zebranemu materiałowi dowodowemu, że:

a) uzasadnienie (...) dotyczące zastrzeżenia wyjaśnień poziomu zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa (...) było ogólnikowe, niewystarczające dla wykazania, iż zastrzeżone informacje posiadają dla (...) wartość gospodarczą oraz że szeregu informacji wskazywanych jako mające taką wartość w wyjaśnieniach ceny nie ma, pomimo, że uzasadnienie (...) czytane w całości i w sposób kompleksowy wraz ze złożonymi dowodami jak i

z uwzględnieniem treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji i załączników, jednoznacznie wykazują, iż po pierwsze, uzasadnienie nie ma charakteru ogólnikowego, po drugie, wykazuje ono, iż zastrzegane informacje mają dla (...) wartość gospodarczą, w szczególności pozwalają zaoferować najtańszą cenę na poziomie 14 groszy na 1 km transportu 1Mg odpadów w postępowaniu jak i w postępowaniach przyszłych, zaś dostęp do kalkulacji ceny może pozwolić pozostałym wykonawcom zyskać przewagę konkurencyjną nad (...) z tych samych powodów dla których (...) taką przewagę posiada nad pozostałymi konkurentami w postępowaniu, oraz po trzecie, wszystkie informacje wskazywane w uzasadnieniu jako mające dla (...) wartość gospodarczą zostały ujęte w złożonych wyjaśnieniach ceny i załącznikach oraz po czwarte, (...) dołączył do wyjaśnień dowód z dokumentu załącznik nr 2 - Zarządzenie z dnia 8 marca 2017 r. określające Zasady Bezpieczeństwa Informacji Prawnie Chronionych w (...) Przedsiębiorstwie (...) (...) sp. z o.o. (dalej: „Zarządzenie”), którego treść dowodzi, iż „dokumentacja związana z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”, a zatem również wyjaśnienia poziomu ceny z dowodami składane w Postępowaniu, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (...);

b) uzasadnienie (...) dotyczące zastrzeżenia wyjaśnień poziomu zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa (...) nie wykazuje, iż (...) zachowuje zastrzeżone informacje w poufności, pomimo, iż w treści składanych wyjaśnień (...) wskazało szereg (jedenaście) czynności mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, których skuteczności odwołujący w odwołaniu nie kwestionował, a dodatkowo (...) dołączyło do wyjaśnień dowody z dokumentów: Zarządzenie (załącznik nr 2) oraz zanonimizowaną umowę o pracę (Załącznik nr 3), które jednoznacznie potwierdzają podejmowanie w odniesieniu do zastrzeżonych informacji działań, mających na celu ochronę ich poufnego charakteru;

c) Zarządzenie przesądza, iż chroniona jest cała dokumentacja związana z udziałem (...) w postępowaniach, podczas gdy faktycznie nie wszystkie dokumenty składane przez (...) w postępowaniach są zastrzegane i wywiedzenie z tego przez KIO wniosku, iż §7 ust. 1 pkt 4 Zarządzenia nie dowodzi, iż informacje te są chronione i że nie są łatwo dostępne, pomimo, iż (...) zastrzegło złożone przez siebie wyjaśnienia poziomu ceny jako „tajemnica przedsiębiorstwa” co przesądza, iż wyjaśnienia te podlegają ochronie na zasadach wskazanych w Zarządzeniu, a przez to nie są one łatwo dostępne, a wnioski wywiedzione przez KIO z Zarządzenia nie znajdują oparcia w jego treści a przez to są zbyt daleko idące;

d) Zarządzenie przesądza, iż dokumentacja związana z udziałem spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest chroniona wyłącznie do czasu upublicznienia ofert, podczas gdy Zarządzenie chroni do czasu upublicznienia ofert wyłącznie dokumentację związaną z „prowadzonym postępowaniem”, a więc dokumentację wewnętrzną nieudostępnianą wykonawcom do czasu otwarcia ofert i wytworzoną przez (...) w „prowadzonym” przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (jako zamawiający) zaś wykładania Zarządzenia dokonana przez KIO prowadzi do nielogicznych wniosków, iż (...) nie mogłoby zastrzegać informacji dotyczących wyjaśnień poziomu zaoferowanej ceny, które zawsze przekazywane są w postępowaniach o udzielenie zamówienia po otwarciu ofert,

- co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego uznania przez Izbę, iż (...) nie wykazało zasadności zastrzeżenia wyjaśnień (...) z dnia 26.09.2022 r. wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uznania zarzutów odwołania naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

2) art. 531 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, przez pominięcie przy ocenie materiału dowodowego faktu, iż:

a) umowy o pracę (załącznik nr 3 do pisma (...) wyjaśniającego cenę z dnia 26 września 2022 r.) dowodzącej, iż pracownicy uprzedzeni są w umowie o pracę, iż naruszenie obowiązków dotyczących zachowania poufności informacji dotyczących (...) stanowi ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych i może skutkować rozwiązaniem umowy o pracę na podstawie §52 k.p., która została przedstawiona na okoliczność wykazania, iż (...) podejmuje szereg działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji;

b) informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą szczegółowego sposobu kalkulacji ceny oferty, a więc dotyczą informacji o kluczowym znaczeniu dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym zawierają

informacje o szczególnie korzystnych warunkach dostępnych wykonawcy na jakich usługa może być świadczona, dzięki czemu (...) w postępowaniu uzyskało nad pozostałymi wykonawcami przewagę konkurencyjną, która doprowadziła w rezultacie do wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej, co w sposób jednoznaczny potwierdza, iż zastrzeżone informacje stanowią wartość gospodarczą (...) mającą znaczenie nie tylko dla prowadzonego postępowania, pomimo, iż fakt ten jest oczywisty i powinien być wzięty pod uwagę przy dokonywaniu przez KIO oceny złożonych wyjaśnień, albowiem wynika on z przebiegu postępowania, treści złożonych wyjaśnień ceny, stanowiska (...) zajętego w pismach procesowych i w trakcie rozprawy jak i formułowanych zarzutów, które koncentrują się na pozyskaniu wiedzy o okolicznościach, które umożliwiły (...) złożenie oferty z niższą ceną za transport odpadów niż cena odwołującego i jej nie odrzucanie przy jednoczesnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;

c) treść oferty wraz z cenami oraz po stąpieniu w aukcji była jawna, oraz (...) zastrzegła jedynie część wyjaśnień (trzecia część Sekcji II oraz Sekcja III wyjaśnień) oraz dołączonych dowodów (załączniki 1-7 i 10) oraz zasadnicza część wyjaśnień z trzeciej części Sekcji II i Sekcji III wraz z załącznikami (część załącznika nr 2, załącznik nr 4, 10) została odtajniona i udostępniona odwołującemu, co pozwalało odwołującemu sformułować zarzut zaniechania odrzucenia oferty (...) z powodu rażąco niskiej ceny i skorzystania ze środków ochrony prawnej na decyzję zamawiającego o nieodrzuceniu oferty (...), a KIO pozwalało rozpatrzyć stawiany zarzut co do istoty z uwagi na to, iż pełna treść informacji, w tym zastrzeżonych również jako poufna była KIO udostępniona.

3) art. 555 ustawy PZP - przez naruszenie zasady orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co doprowadziło do oceny przez KIO skuteczności zastrzeżenia dokumentów wskazanych w załącznikach nr 2 i 3 (nie mających wpływu na ocenę poprawności oferty) pomimo, iż odwołujący nie sformułował w złożonym odwołaniu zarzutu braku udostępnienia pełnej treści uzasadnienia zastrzeżenia przekazanych przez (...) wyjaśnień ceny (załącznik 2 i 3), co mogłoby odwołującemu ewentualnie utrudnić ocenę skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji, lecz sformułował zarzut w odniesieniu do czynności zaniechania udostępnienia „merytorycznej części wyjaśnień złożonych zamawiającemu”, które pozbawiają odwołującego możliwości „weryfikacji poprawności oferty złożonej przez (...), oraz w konsekwencji uznania przez KIO nieskuteczności dokonanego zastrzeżenia w odniesieniu do dokumentów i nakazania udostępnienia dokumentów stanowiących załącznik nr 2 i 3 do wyjaśnień;

4) art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego załączników nr 2 i 3 do wyjaśnień, tj. nieuwzględnienie ich treści jako niemających znaczenia dla wyniku postępowania, co skutkowało uwzględnieniem zarzutu odwołania i nakazem ich odtajnienia, pomimo, iż zaniechanie ich odtajnienia nie było objęte zarzutem odwołania, oraz decyzja zamawiającego o ich nieudostępnieniu nie ma żadnego wpływu na ocenę prawidłowości złożonej przez (...) oferty, w tym ocenę poziomu zaoferowanej ceny (na co wskazuje KIO na str. 29 uzasadnienia wyroku), zatem zaniechanie odtajnienia tych dokumentów, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania jak i nie godzi w prawo odwołującego do złożenia odwołania;

5) art. 555 ustawy PZP - przez naruszenie zasady orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, albowiem odwołujący nie sformułował w złożonym odwołaniu zarzutu braku dołączenia przez (...) Zarządzenia D-VII- (...) określającego szczególne zasady bezpieczeństwa informacji przetwarzanej w systemach teleinformatycznych, co mogłoby odwołującemu ewentualnie utrudnić ocenę skuteczności dokonanego przez (...) zastrzeżenia informacji oraz doprowadziło do uznania przez KIO, iż (...) nie wykazało, że zachowuje zastrzeżone informacje w poufności, a w konsekwencji doprowadziło do uwzględnienia zarzutu odwołania;

6) art. 555 ustawy PZP a contrario – przez nierozpatrzenie zarzutu, sformułowanego przez odwołującego jako zarzut ewentualny odwołania, zaniechania przez zamawiającego odrzucenia złożonej przez (...) oferty w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca (...) nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo iż zarzut główny, dotyczący zaniechania udostępnienia informacji dotyczących wyjaśnień poziomu zaoferowanej ceny, zasługiwał na oddaleniu.

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez ich błędną wykładnię i w związku z tym uznanie przez KIO, iż przepis ten:

- 1) wymaga od wykonawców „udowodnienia”, iż zastrzegane przez wykonawców informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu powinna skutkować uznaniem, że przepis ten wymaga od wykonawców „wykazania” zasadności dokonywanego zastrzeżenia, co spowodowało nałożenie na (...) wyższych wymagań niż określone art. 18 ust. 3 ustawy PZP;
- 2) nie pozwala zamawiającemu dokonywać oceny, czy przekazane przez (...) informacje dotyczące poziomu zaoferowanej ceny mają wartość gospodarczą, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu powinna skutkować uznaniem, że przepis ten pozwala na dokonanie takiej oceny i jej uwzględnienie przy podejmowaniu decyzji dotyczącej ich nie odtajnienia, co spowodowało ograniczenie się wyłącznie do formalnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia (...) i braku wzięcia pod uwagę okoliczności faktycznych mających znaczenie dla oceny zasadności dokonywanego zastrzeżenia.

Powołując się na te zarzuty skarżący przystępujący wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku KIO przez oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 3 i 4, innych niż zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa w części, w jakiej zastrzeżone informacje zostały odtajnione przez zamawiającego; zmianę postanowień kosztowych zawartych w wyroku i orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według jego wyniku, tj. obciążenie odwołującego pełnymi kosztami postępowania; zasądzenie kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Przeciwnik skargi (odwołujący) w odpowiedzi na skargę wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o uwzględnienie skargi w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym na rzecz zamawiającego według norm przepisanych.

W sprawie, której nadano sygn. akt: XXIII Zs 26/23 odwołujący zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w części, tj. pkt 3 wyroku, w którym Izba oddaliła dalsze zarzuty zawarte w odwołaniu oraz pkt 4 wyroku, dotyczący kosztów postępowania odwoławczego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

- 1) naruszenie prawa materialnego tj. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że złożenie oferty przez (...) nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy zostało wykazane, że oferta (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, który polegał na dopuszczeniu się manipulacji ceną w ramach cenowych kryteriów oceny ofert, w wyniku czego oferta złożona przez (...) została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdy tymczasem oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a więc nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów PZP;
- 2) naruszenie prawa materialnego tj. art. 226 ust. 1 pkt 4 z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że oferta (...) nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji gdy zostało wykazane, że oferta (...) jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a w konsekwencji też nieważna, bowiem wykonawca (...) dopuścił się manipulacji ceną w ramach cenowych kryteriów oceny ofert, w wyniku czego oferta złożona przez (...) została uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, gdy tymczasem oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a więc nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów PZP;
- 3) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów, bez uwzględnienia zasad

doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, przy ocenie jedynie części dowodów zgromadzonych w aktach postępowania odwoławczego, w szczególności przyznanie większej wiary budzącym wątpliwości dowodom przedstawionym przez uczestnika postępowania, w stosunku do dowodów i argumentacji prezentowanej przez skarżącego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało przyjęciem przez Izbę, że wskazany przez (...) jeden z czynników obniżających koszty transportu odpadów powodował, iż zdaniem Izby nie można mówić w takiej sytuacji o czynnie nieuczciwej konkurencji a jednocześnie ze zgromadzonego materiału dowodowego wynikało, iż (...) zakładało realizację zamówienia w sposób niedostępny dla innych wykonawców a wynikający z pozycji (...) jako podmiotu odpowiedzialnego za zagospodarowanie odpadów z całej W.;

4) art. 552 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność dokonanych przez Izbę istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego w ww. zakresie;

5) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów, bez uwzględnienia zasad doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym, przy ocenie jedynie części dowodów zgromadzonych w aktach postępowania odwoławczego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało przyjęciem przez Izbę, że:

a) dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień skarżącego co do ceny za paliwo była właściwa, jak również że Skarżący nie wykazał realności ceny paliwa, jaką przyjął w złożonej zamawiającemu kalkulacji ceny, co doprowadziło Izbę do przekonania, że skarżący nie wykazał realności stawki 20 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów;

b) przyjęty przez skarżącego sposób ustalenia tonażu w ramach złożonej zamawiającemu kalkulacji ceny nie uzasadnia wartości 24,9 Mg, co doprowadziło Izbę do przekonania, że skarżący nie wykazał realności stawki 20 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów,

c) skarżący nie wykazał zasadności poziomu spalania pojazdów wskazanego w ramach złożonej zamawiającemu kalkulacji ceny, co doprowadziło Izbę do przekonania, że skarżący nie wykazał realności stawki 20 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów,

d) skarżący nie wykazał zasadności przyjętego w ramach złożonej zamawiającemu kalkulacji ceny poziomu wynagrodzeń kierowcy, co doprowadziło Izbę do przekonania, że Skarżący nie wykazał realności stawki 20 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów;

a w konsekwencji

6) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 253 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Skarżącego powinna zostać odrzucona, bowiem skarżący nie wykazał zasadności zastosowania stawki 20 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów, w sytuacji gdy Skarżący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, przedłożył zamawiającemu szereg dowodów potwierdzających zasadność i realność zaoferowanej ceny, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego;

7) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 542 ust. 1 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie swobodną i wszechstronną ocenę dowodów, bez uwzględnienia zasad doświadczenia życiowego, przy ocenie jedynie części dowodów zgromadzonych w aktach postępowania odwoławczego, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało przyjęciem przez Izbę, że brak było podstaw do wezwania Skarżącego do złożenia dodatkowych wyjaśnień ceny;

a w konsekwencji

8) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 224 ust. 1 z zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że zamawiający nie miał podstaw do wezwania skarżącego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez skarżącego wyczerpujących wyjaśnień, zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez skarżącego założeń lub przedłożonych dowodów.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie w całości odwołania wniesionego przez skarżącego; zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający (przeciwnik skargi) wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

W odpowiedzi na skargę przystępujący po stronie zamawiającego (...) wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

Postanowieniem z dnia 21 marca 2023 r. tutejszy Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 26/23 postanowił na podstawie art. 219 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 ustawy PZP: (pkt. 1) zarządzić połączenie spraw: o sygn. akt XXIII Zs 26/23 oraz o sygn. akt XXIII Zs 19/23 do ich łącznego rozpoznania i także rozstrzygnięcia, jako że są one ze sobą w związku; (pkt 2.) prowadzić obie połączone sprawy w dalszym ciągu pod wcześniejszą sygn. akt: XXIII Zs 19/23. W konsekwencji przedmiotowe uzasadnienie dotyczy jednego rozstrzygnięcia (wyroku) zapadłego w obu połączonych sprawach.

Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:

W sprawie, której nadano sygn. akt: XXIII Zs 19/23, skarga (...) okazała się słuszna w całości i skutkowałą zmianą wyroku KIO w zaskarżonej części, w której Izba uwzględniła odwołanie.

Sąd Okręgowy uznał za zasadne wszystkie zarzuty skargi dotyczące wadliwości rozstrzygnięcia KIO, co do oceny dowodów i oceny prawnej, które stały się podstawą do rozstrzygnięcia o uwzględnieniu odwołania w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa. W kwestionowanym przez skarżącego obszarze oceny, Izba przedstawiła obszernie uzasadnienie tylko, co do zagadnień teoretycznych tajemnicy przedsiębiorstwa na tle innych spraw, a w ogóle nie dokonała istotnych ustaleń faktycznych ze wskazaniem dowodów, które go potwierdzają ani oceny tych dowodów a następnie oceny prawnej, co do istoty przedmiotowej sprawy w wymienionym zakresie. Co więcej, uzasadnienie wyroku w kwestii negatywnej oceny przez KIO zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (...), jest lakoniczne, powierzchowne i ogólnie odnoszące się w zasadzie do reguł zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Sądu Okręgowego, nawet powołane wybiórczo tezy wyroku TSUE z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21 nie stanowią potwierdzenia oceny prawnej Izby. Wnioski, jakie płyną z tego orzeczenia są w istocie rzeczy odmienne, niż formalistyczna ocena dokonana przez KIO w tej sprawie, a dodatkowo ocena abstrakcyjna, nie odnosząca się do stanowiska wykonawcy i zamawiającego, a przede wszystkim nie odnosząca się do dowodów powołanych przez nich, szczególnie zastrzegającego wykonawcy, w pełni. Izba w swojej ocenie dowodów, naruszyła istotne zasady procesowe wynikające z art. 542 ust. 1 ustawy PZP, w tym też w zw. z art. 554 ust. 1 ustawy PZP oraz przepisy art. 531 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP.

Zarzuty dotyczące naruszenia ww. przepisów okazały się zasadne. Zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi o wiarygodności, mocy dowodowej dowodów i ich swobodnej ocenie, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wykładnia tego przepisu, w postępowaniu skargowym nie powinna się różnić od utrwalonej wykładni przepisu art. 233 § 1 k.p.c., którego brzmienie jest takie samo i dotyczy tego samego zakresu regulacji. Wobec tego sąd zamówień publicznych, w stosunku do wyroku KIO jest zobowiązany do oceny, czy postawiony zarzut naruszenia przez KIO art. 542 ust. 1 ww. ustawy (analogicznie, jak przez sąd I instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c.) wymaga wykazania, że KIO uchybiła zasadom

logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu KIO do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjęła KIO wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena KIO. Istotne jest także to, czy skarżący odniósł ów pojedynczy zarzut także do innych, nawet potencjalnych uchybień w ocenie materiału dowodowego (w związku z zakresem regulacji art. 531 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP), w tym też w aspekcie ciężaru dowodu (art. 534 ust. 1 ustawy PZP).

Oceniając zarzuty skarżącego, naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP, w tym też w zw. z art. 554 ust. 1 ustawy PZP oraz przepisy art. 531 w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, to ich sformułowanie było właściwe i skuteczne, bowiem okazały się one uzasadnione w zakresie dowolnej oceny dowodów, pominięcia dowodów i braku ich wszechstronnego rozważenia w związku z uznaniem przez KIO, że (...) nie wykazało zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pozostałej części tj. nie ujawnionej przez zamawiającego.

Przechodząc do analizy dowodów w pierwszym rzędzie należy podkreślić, że zamawiający zweryfikował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ zdecydował o odtajnieniu części informacji. Informacje jakie nie zostały udostępnione odwołującemu obejmują tylko część, faktycznie niewielką wyjaśnień (...) ceny, udzielonych pismem z dnia 26 września 2022 r., i tak: na str. 5 - jeden akapit złożony z dwóch wersów; na str. 6 - pkt 2 z przypisami oraz jeden wyraz w pkt 3; na str. 7 - część akapitu (3 wersy) i wartość rezerwy kosztowej; na str. 9 — dwa akapity (łącznie 10 wersów) oraz wartość rezerwy kosztowej; na str. 11 - informacje o przyjętej ilości kursów oraz koszcie roboczogodziny oraz trzy wersy jednego akapitu; na str. 12 — tytuł jednego załącznika. Pismo w całości stanowi nie tylko uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak zdaje się rozumieć KIO, kwestionując je w całości ale stanowi też odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ((...)). Poza tym pismem, zastrzeżone tym razem w całości zostały: Załącznik nr 1 - Kalkulacja ceny oferty złożonej w postępowaniu, Załącznik nr 3 - zanonimizowana umowa o pracę, nie dotyczy ceny lecz uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstw (na dowód potwierdzenia obowiązku zachowania poufności), Załącznik nr 5 - Analiza zużytego paliwa przez pojazdy dedykowane do świadczenia usług, Załącznik nr 6 – pismo, Załącznik nr 7 - zanonimizowane umowy o pracę kierowców. Natomiast także w części zastrzeżono Zarządzenie (...) dotyczące zasad bezpieczeństwa informacji prawnie chronionych.

Ma rację skarżący, że KIO pominęła kluczowe informacje wskazane jednoznacznie w uzasadnieniu powołanego wyżej pisma z dnia 26 września 2022 r. jako objęte zastrzeżeniem, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego uznania przez Izbę, że (...) nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co więcej Izba zakwestionowała samą możliwość zastrzeżenia części uzasadnienia, co może oznaczać, że prawdopodobnie nie zapoznała się z jego pełną treścią, gdyż wprost dotyczy informacji zastrzeganych związanych z konkretnymi dokumentami (załącznikami do pisma). W sposób oczywisty (po zapoznaniu się przez sąd z treścią zastrzeżonych, niewielkich fragmentów wyjaśnień) KIO przy ocenie ich pominęła, że dotyczą opisowo:

- Wyjątkowo korzystnych warunków usług, które pozwoliły skarżącemu złożyć ofertę z ceną 14 groszy za transport lMg/km odpadów. Informacje te zostały podane w pkt 2 części trzeciej Sekcji II wyjaśnień i w pkt 3 i 5 Sekcji III oraz w Załącznikach nr 1 i 6.

- Szczegółowej kalkulacji cenowej, ze szczegółowymi wyliczeniami, która obrazuje politykę cenową skarżącego. Informacje te zostały ujęte w Sekcji III wyjaśnień oraz w Załączniku nr 1. Informacje te zawierają m.in. dane o uwzględnianych przez (...) ryzykach, stosowanych marżach i rezerwach kosztowych.

- Obszaru i zasad współpracy z partnerami biznesowymi. Informacje te wynikają z dołączonych dokumentów, jak Załączniki nr 1 i 6 w powiązaniu z odpowiednią treścią wyjaśnień w zakresie odpowiadającym warunkom zawartych umów, warunkach współpracy z partnerami biznesowymi.

Skarżący w wyjaśnieniach tj. ich niewielkiej wyłączonej części, powołuje się na konkretne informacje i wskazuje na argumenty także natury ogólnej ale sprecyzowane terminologicznie w znaczeniu prawnym, istotnym dla wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia są powiązane z konkretnym załącznikiem, gdzie wbrew stanowisku Izby są dane, o których stanowią wyjaśnienia. Trudno zgadnąć na jakiej podstawie KIO uznało,

że deklarowanych danych i informacji po prostu nie ma. Pominięte przez KIO informacje stanowiące dla (...) wartość gospodarczą są informacjami o partnerach handlowych (...) i ustalonych z nimi warunkach współpracy oraz wskazują jaką politykę cenową prowadzi (...) w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Wartość tych informacji jest wyjątkowa i z pewnością nie ma zatem charakteru jednorazowego lecz stały. Dostęp do wyjaśnienia ceny we fragmentach odnoszących się do załączników, kalkulacji ceny jak i dowodów nr 1 i 6 może pozwolić pozostałym wykonawcom pozyskać wiedzę o szczególnie korzystnych warunkach świadczenia usług, które pozwalają składać ofertę najkorzystniejszą, polityce cenowej (...) i w ten sposób dać pozostałym wykonawcom przewagę konkurencyjną nad (...) z tych samych powodów, dla których (...) taką przewagę posiada nad pozostałymi konkurentami w postępowaniu. Wbrew zatem ogólnemu twierdzeniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, to w ocenie Sądu Okręgowego (...) wykazało, że ryzyko poniesienia znacznej straty materialnej wynika ze zdobycia przewagi konkurencyjnej innych podmiotów w następstwie ujawnienia zastrzeżonych informacji, a w konsekwencji wykazało tym samym, wpływ odtajnienia informacji na zakłócenie konkurencji, jak i warunki prowadzenia działalności gospodarczej przez (...).

Trzeba podkreślić, że opisywane dane stanowiące merytoryczną treść części dokumentów są ściśle związane z pojedynczymi danymi z tego zamówienia co jest oczywiste, ponieważ łącznie te dokumenty stanowią wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w konkretnym zamówieniu i pismo z dnia 26 września 2022 r. musi odnosić się do przedmiotu owego zamówienia, a nie być abstrakcyjne. Taki sposób formowania wyjaśnienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest odstępstwem od zwyczaju, przeciwnie jest właściwie regułą. Trudno bowiem założyć, idąc tokiem rozumowania KIO, czy w realiach konkretnego zamówienia uznać skuteczność wyjaśnień, gdy w ogóle nie ma w nich merytorycznie odniesienia do konkretnych informacji (materiałowych, ilościowych) z przedmiotem zamówienia. Jednakowoż w stanie faktycznym tej sprawy samo wyjaśnienie, co do rażąco niskiej ceny tj. pismo z dnia 26 września 2022 r. zawiera prawidłowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazując wartość gospodarczą informacji specyficznych i szczególnych z punktu widzenia ochrony konkurencyjności (...) na rynku, na którym działa ale też i w ogólności, co do tego rynku.

Co ważne na tym tle, straty (...) będą wynikać z przegranych kolejnych postępowań, w których (...) nie będzie miało przewagi konkurencyjnej, w następstwie ewentualnego udostępnienia zastrzeżonych jako poufne informacji. Wniosek ten jest logiczny i oczywisty, jeśli przeanalizuje się całą treść zastrzeżenia, a nie jedynie teoretycznie rozważy uzasadnienia orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa w innych sprawach, jak to w istocie miało miejsce w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Izby.

KIO z pewnością naruszyła zasadę swobodnej oceny dowodów i zaniechała wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, poprzez uznanie, że wykonawca (skarżący) poprzestał na deklaracjach „wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji”, co zdaniem KIO nie stanowi „wykazania” tej wartości. W obliczu treści ww. wyjaśnień i załączników należy przeciwnie uznać, że wszystkie informacje wskazywane w uzasadnieniu jako mające dla (...) wartość gospodarczą zostały ujęte w złożonych wyjaśnieniach ceny i załącznikach.

Stanowisko Izby, że zastrzeżone informacje opisane przez wykonawcę, jako „informacje o polityce finansowej”, „informacje o potencjale technicznym”, „warunkach zawartych umów z partnerami handlowymi”, „warunkach współpracy z partnerami handlowymi” oraz „informacje o działaniach organów spółki o charakterze wewnętrznym” są jedynie deklarowane nie polega na prawdzie. Uważna lektura wyjaśnień oraz załączników znajdujących się w elektronicznej wersji na płycie CD, pozwala na odmienne stanowisko co oznacza, że dokonane przez KIO ustalenia nie mają swego odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym tj. treści wyjaśnień i dołączonych dowodów. I tak: Jeżeli chodzi o „informacje o polityce finansowej”, to wyjaśnienia ceny wraz załącznikami zawierają informacje z pewnością „opisujące politykę finansową spółki w sposób wykraczający poza to zamówienie” ale też dotyczące wprost tego zamówienia a dostęp do informacji zastrzeżonych może prowadzić do pozyskania takiej wiedzy o (...), dzięki której możliwe będzie poznanie prowadzonej przez (...) polityki finansowej, czyli poznanie celów, które mają zostać osiągnięte w ramach realizacji gospodarki finansowej (...). Jeżeli chodzi o „informacje o potencjale technicznym”, to wiedza o potencjale technicznym (...) (inna niż ujawnione informacje o instalacjach oraz pojazdach) wynika także z kalkulacji cenowej stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma, co umknęło Izbie. Także przeciwnie niż wskazała

Izba, „warunki zawartych umów z partnerami handlowymi zostały wykazane, ponieważ są ujęte w treści wyjaśnień, krótko i rzeczowo oraz w załącznikach nr 1 i 6. Co więcej, brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych w obliczu ich treści do formułowania tezy, że nie mają one charakteru wiążącego. Trudno też przyjąć, aby w normalnych realiach rynku obrotu gospodarczego, racjonalnie zakładających ryzyka i dynamikę kryteriów zmian, jako jedyne właściwe byłyby wyłącznie sztywne zasady wynikające tylko z przedstawionych wiążących umów, a nie przykładowo z deklaracji, porozumień, przyrzeczeń, ugód czy innych podobnych. Przeciwnie, wbrew stanowisku Izby żaden przepis obowiązującego prawa, w ocenianym zakresie nie nakazuje udowodnienia ww. warunków akurat treścią wiążących umów zawartych z partnerami. Warunki współpracy z partnerami biznesowymi - informacja o zawartych porozumieniach ujęta jest w Załączniku nr 1 i 6 i opisana też w części w uzasadnieniu pisma z dnia 26 września 202 r. Reasumując, zasady współpracy zostały zatem ustalone w sposób wiążący na potrzeby wykazania zastrzeżenia informacji na tym etapie.

Z kolei już, jako rażąco wadliwą ocenę dowodów należy wskazać ocenę przez KIO dokumentów, które skarżący powołał na potwierdzenie spełnienia wymogu z art. 11 ust. 2 UZNK tj., że podjął przy zachowaniu należytej staranności działań w celu utrzymania informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w poufności.

W świetle dowodów w sprawie, w żadnym razie nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Izby, że przystępujący nie wykazał, że zachowuje zastrzeżoną informację w poufności. Argumenty przywołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie odnoszą się do całości dowodów, które co do zasady przecież Izba powinna przeanalizować. Sąd zdecydowanie nie zgadzasz się z interpretacją Izby postanowienia zawartego w § 7 ust. 1 pkt 4 Zarządzenia określającego zasady bezpieczeństwa informacji prawnie chronionych (...). Interpretacja taka jest wprost sprzeczna z zasadami stosowanym w takiej sytuacji, w tym też do interpretacji oświadczeń woli, umów, aktów prawnych.

Otóż, pierwsza część wymienionego postanowienia, już tylko z uwagi na znaki interpunkcyjne oczywiście, że dotyczy wszystkich dokumentów związanych z udziałem (...) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. (...) bowiem może brać udział w takich postępowaniach, jak np. niniejsze. Natomiast dalsza część tego postanowienia tj. po słowie „lub”, która to treść stała się podstawą do całej argumentacji Izby, dotyczy wyłącznie postępowań prowadzonych przez (...), które bezsporne bywa takim właśnie podmiotem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Innych istotnych argumentów uznających rację odwołującego Izba nie przedstawiła. Co więcej, wskazany przez Izbę, poza zarzutami odwołania, brak załącznika opisanego w owym Zarządzeniu nie ma znaczenia dla istoty i nie był kwestionowany przez odwołującego. Należy podkreślić, że treść Zarządzenia już tylko literalnie wyraźnie wskazuje, że ochronie do czasu upublicznienia ofert lub (...) podlega wyłącznie dokumentacja związana z „prowadzonym postępowaniem”, a zatem dokumentacja wewnętrzna, nie udostępniona wykonawcom do czasu upublicznienia ofert lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wytworzona przez (...) w prowadzonym przez siebie (czyli, jako zamawiający) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. innych niż sprawa niniejsza. Bezpodstawne zatem jest zasadnicze stwierdzenie Izby odnośnie do ograniczenia dokumentacji do czasu upublicznienia ofert lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zdecydowanie nie ma oparcia już tylko w literalnym brzmieniu Zarządzenia. Również stwierdzić należy, że Izba pominęła przy ocenie materiału dowodowego złożony przez (...) dowód z umowy o pracę, która została przedstawiona na okoliczność wykazania, że (...) podejmuje działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji. Z owej umowy wynika przecież, że pracownicy są uprzedzeni o tym, że naruszenia obowiązków dotyczących zachowania w poufności informacji o przedsiębiorstwie, w tym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych.

Sąd Okręgowy, analizując czynności zamawiającego nie stwierdził, aby popełnił błąd faktyczny tj. co do oceny dokumentów w zakresie faktów czy błąd prawny tj. co do zastosowania regulacji z UZNK lub ustawy PZP w aspekcie informacji wskazanych przez (...), jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mając na uwadze niesporną ocenę zastrzeżenia i dokonane przez zamawiającego ujawnienie części informacji, to zamawiający podejmował w toku postępowania działania, które miały z jednej strony zapewnić odwołującemu dostęp do informacji nie mających - w jego ocenie - charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, a z drugiej strony, zapewnić aby informacje mogące stanowić szczególnie wysoką wartość gospodarczą dla (...), zachowały ich poufny charakter. Analizując treść tych informacji, to zdaniem

Sądu Okręgowego zamawiający uwzględniał i ważył prawo odwołującego do informacji wynikające z zasady jawności (art 18 ust. 1 ustawy PZP) i prawo (...) do zachowania poufnego charakteru przekazywanych informacji, uwzględniając w tym zakresie uzasadnienie (...) zawarte w piśmie z dnia 26 września 2022 r. i przepisy ustawy PZP oraz UZNK.

Decyzja zamawiającego z pewnością nie miała zatem charakteru automatycznego, polegającego na formalnym uwzględnieniu wniosku (...) o zachowanie poufnego charakteru przekazywanych informacji, a nadto wpisała się w następcze orzecznictwo TSUE, w konsekwencji pozostaje też w zgodzie z tezami wyroku TSUE z 17 listopada 2022 r., C-54/21. Sąd Okręgowy odnie się do wskazanego orzeczenia w związku z jego powagą i zakresem merytorycznym ale też dlatego, że gro argumentacji KIO jego dotyczy, mimo że zapadło przecież już po ocenianych czynnościach faktycznych.

TSUE w wymienionym judykacie wskazał, że w aspekcie art. 21 ust. 1 aktualnej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, państwa członkowskie korzystając z uprawnień z niego wynikających, muszą powstrzymać się od wprowadzenia zasad, które nie zapewniają pełnego poszanowania celu tego przepisu i unikają wyważenia prawnych i faktycznych interesów wszystkich uczestników postępowania, jak sąd rozumie, tak aby zachować jak najlepszą równowagę między prawem i koniecznością poufności a realizacją uzasadnionych interesów wykonawców. Z pewnością orzeczenie to nie pozwala na taką formalną i powierzchowną analizę, jak to miało miejsce przy wydawaniu zaskarżonego wyroku przez KIO.

Zasada jawności postępowania wynikająca z treści przepisu art. 18 ust. 1 ustawy PZP jest jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych. Zasada ta nie ma charakteru bezwzględnie. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy PZP przewiduje możliwość i warunki zastrzegania tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazywanych przez wykonawcę w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 jednak zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 PZP (tj. udostępnianych niezwłocznie po otwarciu ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania). Wskazana regulacja przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP odpowiada regulacji unijnej (ww. art. 21 dyrektywy 2014/24/UE), w świetle której, o ile nie przewidziano inaczej w dyrektywach lub w przepisach krajowych (w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji), a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w przepisach dyrektyw, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym m.in. tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa – zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK – 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.

Zatem z legalnej definicji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że podstawą faktyczną uznania danych informacji za podlegające ochronie jest ich charakter, okoliczność, że nie są one powszechnie znane albo łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru. Dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ZNKU muszą być spełnione łącznie. Wykonawca zatem, aby uzyskać efekt w postaci skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zobowiązany do tego, aby zastrzec, które informacje podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa i do tego, aby wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ZNKU.

W ocenie Sądu Okręgowego, jak już wskazano wyżej, wykonawca (...) zastosował się do wymogów wskazanych przepisów prawa materialnego. Trafnie podniesiono w zarzutach skargi, że w świetle wadliwie ocenionych przez KIO dowodów, wykonawca (...) wykonał nałożony przepisem art. 18 ust. 3 ustawy PZP obowiązek „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co ważne, przepis ów nie wymaga złożenia dowodów (por. przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP). Oczywiście, ustawowy obowiązek wykazania nie może być uznany za zrealizowany, jeżeli wykonawca ograniczył się jedynie do sformułowania opisowego wyjaśnienia powodów, dla których objął określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa, poprzez przytoczenie ustawowych regulacji tajemnicy przedsiębiorstwa czy poprzez zapewnienie (deklarację) wykonawcy, że oznaczone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawowych regulacji. Istotne jest wykazanie odpowiednią treścią wyjaśnień oraz powiązanych z tymi wyjaśnieniami dowodami, że wskazane informacje z uwagi na ich charakter mają obiektywną wartość gospodarczą, nie tylko dla przedmiotowego postępowania ale też na rynku, w innych postępowaniach. Nadto, wykonawca winien wykazać, że dołożył w ramach funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa należytej staranności w celu utrzymania określonych informacji w poufności.

Na tle stanu faktycznego tej sprawy, nie ma wątpliwości, że trafny był zarzut skargi naruszenia prawa materialnego polegającego na przyjęciu przez (...)zawężającego” rozumienia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP do sytuacji, w której obowiązkiem (...) było w istocie udowodnienie, a nie jak stanowi ten przepis „wykazanie”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Rację ma skarżący, że uzasadnienie zastrzeżenia przekazywanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa może opierać się na oświadczeniu wykonawcy, które zawiera przekonującą argumentację, zaś złożenie dowodów należy ocenić pozytywnie, jako działanie mające na celu uwiarygodnienie informacji zawartych w złożonym oświadczeniu. Przedstawienie przez (...) dowodów potwierdzających argumentację (...) o zasadności dokonywanego zastrzeżenia, tj. dowodów z Zarządzenia jak i zanonimizowanej umowy o pracę (Załączniki nr 2 i 3), świadczy o zachowaniu przez (...) szczególnej staranności, wyższej niż wymagana art. 18 ust. 3 ustawy PZP, która miała na celu wykazanie, że zastrzeżone przez (...) informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...).

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE „O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.” Natomiast, jak wynika z wyroku TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, pkt 58: „Niemniej, pod rygorem naruszenia skuteczności prawa Unii, państwa członkowskie, korzystając z uprawnień dyskrecjonalnych przyznanych im przez art. 21 ust. 1 dyrektywy, muszą powstrzymać się od wprowadzania zasad, które nie zapewniają pełnego poszanowania celu tego przepisu, przypomnianego w pkt 49 niniejszego wyroku, które utrudniają dokonanie wyważenia, o którym mowa w pkt 50 niniejszego wyroku, lub które zniekształcają reguły podawania do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz reguły informowania kandydatów i oferentów, określone w art. 50 i 55 wspomnianej dyrektywy. Na tym tle, co istotne w tej sprawie dyrektywa zabrania stosowania takiej wykładni przepisów o ochronie informacji poufnych (jak tajemnica przedsiębiorstwa), w kierunku ułatwiającym wykorzystanie owych informacji w celu zakłócenia konkurencji w bieżącym przetargu czy w późniejszych przetargach. Stawianie nadmiernych wymagań formalnych, jak to miało miejsce przy wydaniu zaskarżonego wyroku, dodatkowo bez wsparcia w odpowiednich dowodach, przy jednoczesnym braku uzasadnienia do wywodzenia dalszych formalnych wymogów w treści obowiązujących regulacji, skutkowało naruszeniem przepisu art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK oraz stanowiło zagrożenie zakłócenia konkurencji w przetargu będącym właśnie w toku, jak też w późniejszych przetargach.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut ewentualny, to po analizie wyjaśnień (...), sąd doszedł do przekonania, że (...) wykazał w sposób wystarczający w kierunku pozwalającym na ocenę, że wyjaśnienia i konkretne dowody potwierdzają, że skalkulowana cena ma swoje uzasadnienie. Wyjaśnienia dotyczą takich elementów, które mogły mieć istotny wpływ

na kalkulację ceny i w oznaczonej części gdzie ten element ceny jest wyjątkowo niski, a w ocenie odwołującego nie da się zrealizować zamówienia za 14 groszy co do transportu, są przekonujące. Skarżący nie założył braku konieczności transportu do instalacji zewnętrznych w odległości powyżej 40 km, skarżący swoją stawkę oparł na innych czynnikach niż wskazane w odwołaniu i stanowiskach odwołującego w postępowaniu skargowym.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał zatem, że skarżący skutecznie podważył wyrok KIO w części uwzględniającej odwołanie tj. w zakresie rozstrzygnięcia w pkt 2. Mając powyższe na uwadze, w sprawie ze skargi (...) (pkt A.), Sąd Okręgowy na podstawie przepisu art. 588 ust. 2 ustawy PZP w pkt A. ppkt I. wyroku zmienił zaskarżony wyrok w pkt 2 w taki sposób, że oddalił odwołanie (pkt A. ppkt I. lit. a) wyroku).

W przypadku uwzględnienia skargi sąd zamówień publicznych rozpoznający skargę, zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem, co do istoty sprawy stosując przepisy dotyczące orzeczeń izby. W tym wypadku zostało wydane rozstrzygnięcie merytoryczne, zmieniające w oparciu przepis art. 553 ustawy PZP, a konsekwencją merytorycznej zmiany zaskarżonego wyroku Izby i w związku z całą jego treścią, a także zakresem zaskarżenia skargi, musiała być zmiana rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 557 ustawy PZP, zgodnie z jego ostatecznym wynikiem, gdzie odwołujący przegrał to postępowanie w całości. Innymi słowy, konsekwencją zmiany merytorycznej wyroku KIO musiała być zmiana orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego, które w całości obciążają odwołującego. Mając to na uwadze, w sprawie ze skargi (...) (pkt A.), Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 557 ustawy PZP w pkt A. ppkt I. wyroku zmienił zaskarżony wyrok także w pkt 4 oraz ppkt 4.2 w taki sposób, że kosztami postępowania odwoławczego w całości obciążył odwołującego konsorcjum: (...) sp. z o.o. w Warszawie i (...) sp. z o.o. w W. w całości oraz zasądził od odwołującego konsorcjum: (...) sp. z o.o. w Warszawie i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Sąd zasądził od odwołującego, którego uznał za przegrywającego w całości postępowanie odwoławcze (nie uwzględniono żadnego z 5 zarzutów, a także zarzutu ewentualnego) na rzecz zamawiającego koszty jakie ten poniósł przed KIO. Koszty zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, to 3.600 zł stanowiące wynagrodzenie zawodowego pełnomocnika zamawiającego w tym postępowaniu zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (pkt A. ppkt I. lit b) oraz pkt A. ppkt I. lit. c) wyroku).

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP zgodnie z jego wynikiem, jak w pkt A. ppkt II. oraz ppkt III. wyroku. Wobec tego, że oprócz skarżącego stroną tego postępowania jest zamawiający, który co do zakresu utrzymał się ze swoimi racjami, to uwzględniono jego żądanie zasądzenia kosztów postępowania skargowego, jako strony wygrywającej to postępowanie. Koszty zamawiającego w postępowaniu skargowym, to koszt wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, która wynika z § 14 ust. 2a pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym od dnia 6 stycznia 2023 r. Mając to na uwadze w ppkt II wyroku zasądzone od konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł tytułem kosztów postępowania skargowego. W ppkt III wyroku orzeczono o kosztach postępowania skargowego na korzyść strony skarżącej (...), które wygrało postępowanie skargowe w tej sprawie w całości, ponieważ skarga została uwzględniona w całości. Koszty postępowania skargowego poniesione, które zostały wykazane przez skarżącego, to uiszczona opłata od skargi w kwocie 45.000 zł. W postępowaniu tym nie wykazano kosztów uiszczonej opłaty od pełnomocnictwa dla występującego w sprawie pełnomocnika pracownika – brak dowodów takich opłat ani też nie wykazano i nie żądano innych kosztów dla takiego pełnomocnika. Także w tej sprawie nie występował profesjonalny pełnomocnik skarżącego (skarga i brak dalszych pism z pełnomocnictwem do tej sprawy w aktach sprawy). Tym samym w ocenie sądu nie zostały przez skarżącego poniesione inne niż wymienione koszty postępowania skargowego w tej sprawie, co skutkowało orzeczeniem o kosztach jak wyżej.

W sprawie, której nadano sygn. akt XXIII Zs 26/23 skarga konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W. i (...) sp. z o.o. w W. (odwołującego) okazała się niezasadna w całości, co skutkowało koniecznością jej oddalenia.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną Izby zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, co do oddalenia zarzutów odwołującego objętych pkt. 3 zaskarżonego wyroku.

Niezasadne były zarzuty naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP a dotyczące oceny przez Izbę zarzutu odwołania dotyczącego oferty (...), jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Bezpodstawne i abstrakcyjne wobec dowodów jest uzasadnienie skarżącego, co do wskazanego zarzutu, jakoby wykazane zostało przez konsorcjum/ odwołującego, że złożenie oferty przez (...) stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odnosząc się do dokumentów postępowania stanowiących dowody w sprawie (płyta CD) Sąd Okręgowy potwierdza, że w wyjaśnieniach na wezwanie zamawiającego z dnia 13 września 2022 r. (...) wskazał, jako zasadniczą inną niż opisana w odwołaniu okoliczność pozwalającą mu na obniżenie kosztów transportu odpadów. Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej części okazały się prawidłowe, co nie budzi wątpliwości i w konsekwencji oznacza, że przystępujący skalkulował cenę na poziomie 14 gr w sposób nie naruszający reguł uczciwej konkurencji.

Działania (...) w powyższym aspekcie też nie miały związku z jego, jak podnosi skarżący szczególną pozycją zamawiającego ani też związaną z wiedzą na temat kierowania odpadów do określonych instalacji zagospodarowania odpadów a jedynie sprowadzały się do działań stricte biznesowych na rynku, na którym działa. Obiektywnie, w związku z wiążącymi pisemnymi relacjami biznesowymi wiedza, jaką wykorzystał nie może być uznana, jako niedostępna innym potencjalnym wykonawcom. Nie zaszły zatem okoliczności, które pozwoliłyby odrzucić ofertę, jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów zgodnie z art. 226 ust. 1 punkt 4 ustawy PZP.

Chybione były zarzuty skargi naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 4 z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że oferta (...) nie jest nieważna. Słusznie uznała Izba, że odwołujący oparł zarzuty dotyczące nieważności oferty przystępującego na podstawie odrębnych przepisów i w związku z tym podlegającą odrzuceniu na tych samych okolicznościach faktycznych, które w jego ocenie miały uzasadniać przyjęcie, że przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Godzi się też wskazać, że odwołujący nie zmienił swojego stanowiska w tej kwestii także wnosząc skargę, bowiem okoliczności w dalszym ciągu są tożsame. Jak wynika ze skargi, to w dalszym ciągu okoliczności te zdaniem odwołującego/skarżącego polegały na wykorzystaniu przez (...) jego szczególnej pozycji i związanej z tym wiedzy na temat kierowania odpadów do określonych instalacji zagospodarowania odpadów, co miałyby stanowić naruszenie tak dobrych obyczajów jak i zasad współżycia społecznego określanych w ogólnym aspekcie w skardze.

W świetle dowodów w postaci dokumentów postępowania, należy wskazać, że okoliczności te, jako podstawa obniżenia przez (...) stawki za 1 km transportu nie miały miejsca. Innymi słowy nie potwierdziły się w stanie faktycznym sprawy zbudowanym w oparciu o wskazane wyjaśnienia, oraz kolejne pisma, w tym wyjaśnienia (...) z dnia 26 września 2022 r. To z kolei w sposób tożsamy, jak w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji i błędnej oceny dokonanej przez KIO przesądza o braku zasadności także zarzutów dotyczących nieważności oferty (...) na podstawie odrębnych przepisów, a w konsekwencji też zarzutów dotyczących błędnej oceny dokonanej przez KIO. Skarżący ponadto, nie sformułował żadnych nowych okoliczności wykazujących jego zdaniem błędy w ocenie jakichkolwiek dowodów, brak bowiem konkretnych uchybień w zakresie podnoszonych zarzutów. Innymi słowy zarzut pierwszy i drugi stanowią jedynie bezpodstawne powielenie argumentów ogólnych z odwołania, abstrahując od konkretnych dowodów i dokonanej oceny przez KIO.

Nie można podzielić zarzutów naruszenia przepisów art. 542 ust. 1 PZP w zw. z art. 534 ust. 1 PZP oraz przepisu art. 552 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ Izba dokonała wszechstronnej i rzetelnej oceny dowodów przy ocenie zarzutów odwołującego skierowanych do oferty (...) w zakresie podnoszonych okoliczności jej złożenia w warunkach nieuczciwej konkurencji i jej nieważności. Skarżący w ogóle nie wykazał się odpowiednią aktywnością procesową w aspekcie formułowania zarzutów apelacyjnych (odpowiednio stosowanych w postępowaniu skargowym), ponieważ zaprezentował jedynie powierzchowną polemikę z oceną dokonaną przez KIO. W istocie zarzuty skarżącego w dalszym ciągu są oparte na jego własnych przypuszczeniach, co do sposobu wyceny przez (...) stawki za 1 km transportu

odpadów komunalnych dla odległość powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji przeładunkowych. Założenia te jednak są nieprawidłowe, ponieważ (...) swoją stawkę oparło na innych czynnikach niż wskazane w odwołaniu oraz kolejnych pismach procesowych skarżącego w postępowaniu odwoławczym a teraz aktualnie w skardze. Należy potwierdzić prawidłowość stanowiska KIO z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że w swoich wyjaśnieniach (...) wskazało, jako zasadniczą zupełnie inną niż opisana w odwołaniu i skardze okoliczność pozwalającą (...) obniżyć koszt transportu odpadów. To zdaniem Sądu Okręgowego w świetle tych wyjaśnień koreluje z możliwością zastosowania przez (...) objętej ofertą stawki za 1 km transportu odpadów komunalnych i faktycznie jest racjonalną okolicznością pozwalającą na obniżenie kosztów transportu odpadów.

Godzi się też wskazać, co skarżący z uwagi na powielanie treści odwołania pomija, abstrahując od uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że (...) uzasadniało poziom zaoferowania ceny objętej tym zamówieniem. Nie zostało podważone przez skarżącego, że cena ta jest niższa od ceny za odbiór za jaką aktualnie świadczy swoje usługi sam skarżący. Wbrew ogólnym twierdzeniom nie zostało wykazane przez skarżącego, że przystępujący ma realny wpływ na decyzję o miejscu zagospodarowania odpadów w W., pomijając nawet brak aktywności procesowej skarżącego, to już tylko z tego powodu, że system gospodarowania odpadami komunalnymi pochodzącymi z terenu (...) W. realizowany jest przez zamawiającego aktualnego też w tym postępowaniu, którym nie jest (...). Warto również dodać, że brak jest jakichkolwiek dowodowych podstaw do stanowiska, że pozycja (...) w tym zamówieniu jest uprzywilejowana. Otóż, decyzje kto uczestniczy w postępowaniu w trybie zamówienia publicznego odnośnie odbioru i zagospodarowania odpadów a także czy potencjalne podmioty złożą ofertę konkurencyjną nie są przecież podejmowane przez (...) i bez wątpienia na takie decyzje ma wpływ szeroki wachlarz przeróżnych okoliczności, w przekonaniu sądu w składzie orzekającym w tej sprawie, niebędących w możliwościach decyzyjnych (...). W każdym razie skarżący tego rodzaju możliwości po stronie (...) nie wykazał o jedynie zarzucać ogólnie ich istnienie, co w istocie przy braku dowodów i ich jasnego powołania, ma charakter niedopuszczalnego wprowadzenia w błąd, co do zasad panujących na tym rynku odbierania i gospodarowania odpadami komunalnymi.

Należy podkreślić, że wbrew temu co konsekwentnie pomija skarżący kalkulacja stawki za transport przez (...) wynikała z przysługujących temu wykonawcy szczególnie sprzyjających okoliczności wskazanych w treści jego wyjaśnień, co istotne okoliczności zupełnie innych niż podnosił skarżący. Ocena dokonana przez KIO w tym zakresie jest trafna w związku z ocenianymi przez Sąd Okręgowy dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Sądu Okręgowego z punktu widzenia biznesowego nie da się jej podważyć w aspekcie ogólnych zasad polityki gospodarczej racjonalnego przedsiębiorcy. Korzystne indywidualne uwarunkowania przysługujące (...) zostały wykazane. Natomiast korzystanie z indywidualnych uwarunkowań przysługujących danemu podmiotowi nie stanowi z pewnością czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ akurat wyjątkowo korzystne warunki świadczenia usług stanowią jeden z przypadków uzasadniających obniżenie ceny (art. 224 ust. 3 ustawy PZP). O okolicznościach tych w żadnym razie nie decydowała jakakolwiek pozycja (...), jako podmiotu zagospodarowującego odpady.

W związku z tym, że skarga ponownie powtarza argumenty podnoszone w odwołaniu należy również wskazać, iż prawidłowość kryterium oceny ofert i rozkładu wag została już zweryfikowana nie tylko przez KIO ale także przez sąd zamówień publicznych, który wyrokiem z dnia 14 października 2022, sygn. akt XXIII Zs 105/22 oddalił skargę (...) sp. z o.o. w W. (uczestnika konsorcjum skarżącego) kwestionującą to kryterium a właściwie wagę tego kryterium. W konsekwencji zarówno kryterium jak i podział wag ma charakter wiążący. Skarżący zatem nie może ponownie oczekiwać, że zamawiający dokonywał będzie badania i oceny ofert w inny sposób niż wynika to treść treści tego kryterium, ponieważ byłoby to naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej bezpodstawne jest także oczekiwanie skarżącego i wprowadzające w błąd sąd, w sytuacji prawomocności wyżej wymienionego rozstrzygnięcia i zakresu orzekania przez sąd w tamtej sprawie, które to orzeczenie z uzasadnieniem z uwagi na jego publiczny dostęp zostało zweryfikowane z urzędu przez sąd orzekający w tej sprawie, aby KIO w postępowaniu odwoławczym, a aktualnie sąd zamówień publicznych, oceniała te same okoliczności, które były przedmiotem analizy przez sąd zamówień publicznych i to na etapie po możliwej weryfikacji poprawności tego kryterium.

Reasumując, ponowne powoływanie przez skarżącego w zarzutach argumentu dotyczącego różnic kosztów świadczenia usługi pomiędzy ofertą (...) a skarżącego jest zarzutem bezprzedmiotowy, a ponadto stanowi element kwestionowania kryterium oceny ofert, co na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne, nawet niezależnie od tego, że aktualnie skarżący wskazuje, że chodzi mu o wykorzystanie tego kryterium w toku aukcji elektronicznej. Zarzuty skarżącego należy w powyższym zakresie ocenić jako chybione.

Sąd mając na względzie dowody z dokumentów postępowania uznał, że bezzasadne były zarzuty skargi dotyczące dokonanej przez KIO oceny czynności zamawiającego odrzucenia oferty skarżącego. Dokumenty dotyczące podstaw faktycznych odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny zostały ocenione przez Izbę prawidłowo.

Sąd oceniając łącznie te zarzuty naruszenia przepisów art. 542 ust. 1 PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP wskazuje, że Izba nie naruszyła reguł oceny dowodów odnoszących się do tej istotnej ich części, która po wszechstronnej analizie powinna skutkować tym, że prawidłowa była dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień skarżącego w zakresie rażąco niskiej ceny w piśmie z 18 listopada 2022 r. i dowodów dołączonych. W konsekwencji prawidłowa pod względem faktycznym i prawnym była ocena, że oferta skarżącego podlegała odrzuceniu, co oznacza brak podstaw do zasadności zarzutu naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP w zw. art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 253 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W zakresie tej regulacji zawiera się podstawa prawna do decyzji zamawiającego, podjętej po ocenie oferty, odnośnie do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu, co dotyczy elementów kosztorysu/wyceny kreujących cenę lub koszt. W okolicznościach tej sprawy niewątpliwie zakres oceny zamawiającego mógł obejmować i obejmował wycenę stawki za transport odpadów, w tym poszczególne elementy kalkulacyjne.

Odnośnie do zarzucanej wadliwej oceny dowodów powołanych w skardze tj. w istocie dwóch wyjaśnień skarżącego i wezwania zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r., to przede wszystkim trzeba podnieść, że pismo zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. nie znalazło właściwej reakcji u skarżącego, który w dalszym ciągu polemizuje z dokonaną oceną abstrahując od własnych zaniechań dowodowych, szczególnie w aspekcie terminów wiążących w postępowaniu odwoławczym i skargowym ale też w obliczu treści własnych wyjaśnień. Sąd Okręgowy oceniając sporne kwestie w obszarze ceny rażąco niskiej, które Izba uznała za dyskwalifikujące ofertę skarżącego uznał, że skarga jest polemiczna i nie obala w żadnym razie podstaw faktycznych zaskarżonego wyroku.

Konkretnie, co do oceny wyjaśnień ceny złożonych przez skarżącego, to decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżącego zapadła na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, gdzie zamawiający zakwestionował cztery elementy określone w wyjaśnieniach ceny (stawki za transport), a to: koszty paliwa przyjęte do kalkulacji, tonaż odpadów, poziom spalania pojazdu i wynagrodzenie kierowcy.

Otóż, co do kosztów paliwa, to skarżący polemizuje z oceną Izby nie przedstawiając przekonujących argumentów, które tę ocenę obalają, szczególnie z potwierdzeniem w dowodach, które złożył na wezwanie do wyjaśnień, a które miałyby potwierdzać inną ocenę niż dokonana przez KIO. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący takich dowodów w ogóle nie przedstawił. Co więcej, wyjaśnienia skarżącego z dnia 26 września 2022 r. i z dnia 18 listopada 2022 r., które miałyby być wadliwie ocenione, wprost zaprzeczają treści uzasadnianie skargi, ponieważ powołują się na „możliwość uzyskiwania korzystnych warunków współpracy z dostawcami, usługodawcami np. korzystne rabaty na zakup paliwa (faktury paliwowe w załączeniu), korzystne warunki finansowe w ramach współpracy przy wykonywaniu usług transportu”. Zamawiający zakwestionował cenę paliwa 6.13 zł netto/litr ON wskazując, że została skalkulowana przez skarżącego na zaniżonym poziomie, nie uwzględniającym ryzyk związanych z aktualną sytuacją społeczno gospodarczą będącą konsekwencją agresji Rosji na Ukrainę, co nie oznacza, że chodzi tylko o okres, który był brany pod uwagę do wyliczenia średniej ceny paliwa. Treść wątpliwości zamawiającego (nawet pogrubioną trzcionką) nie budzi wątpliwości, że chodzi mu o wyjaśnienie tak niskiej średniej ceny paliwa na poziomie 6,13 zł za litr, w sytuacji gdy według niespornego opisu w wezwaniu z dnia 10 listopada 2022 r. racje społeczno gospodarcze po 24 lutego 2022

r. nie pozwalają na przyjęcie takiej stawki. To oznacza, że zapewnienia skarżącego z 26 września 2022 r. przy braku dowodów nie były wiarygodne, co znajduje potwierdzenie w samej skardze, gdzie w dalszym ciągu brak jest doniesienia do konkretnych dowodów, a skarżący cytuje treść ww. wyjaśnień o możliwościach korzystnych warunków współpracy np. korzystnych rabatach, nie dowodząc ich posiadania. Tymczasem, bez wątplenia w świetle wyliczeń zamawiającego skalkulowana średnia cena 6,13 zł za litr ON została zaniżona, poprzez wyliczenie średniej arytmetycznej z korzystnego dla skarżącego okresu, a także ceną, która jest jedynie średnią w czerwcu 2022 r. (w powołanej tabeli). Nadto, skarżący nie przedstawił żadnych dowodów, aby posiadał rabaty, które potwierdzałyby dostęp do paliwa po tak zaniżonej cenie. Dość wskazać, że 1 faktura nie jest wiarygodnym dowodem na to, że taka była średnią ceną paliwa w oznaczonym czasie. Izba słusznie zatem oceniła, że była prawidłowa dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego/skarżącego ceny za paliwo, przyjętej w kalkulacji, ponieważ odwołujący/skarżący nie wykazał realności przyjętej wartości a co za tym idzie stawki 20 gr z 1 km transportu.

Odnośnie do tonażu odpadów, to uzasadnienie skargi i wyjaśnienia odwołującego/skarżącego w istocie bazują tylko na tym, że skarżący zaprzecza tezie, iż nie jest możliwe osiągnięcie tonażu 24,9 Mg w przypadku transportu odpadów przy użyciu ciągników samochodowych z naczepami. Sąd Okręgowy, podobnie jak skarżący jest też przekonany, że to jest możliwe, jeśli takie ogólne twierdzenie może mieć jakąś merytoryczną wagę, co jest oczywiście wątpliwe, gdy chodzi o wykazanie zasady a nie potencjalnej, pojedynczej możliwości. Jednocześnie jednak skarżący nie zajął stanowiska, co do tonażu pojazdu hakowego z przyczepą. Co więcej, podważył ciąg logiczny rozumowania Izby, gdy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyznała możliwy ww. tonaż niezależnie od środka transportu. Jest to zarzut faktycznie wyrwany z kontekstu i spójnego wyводу Izby, co do całości. Wyjaśnienia skarżącego z dnia 18 listopada 2022 r. były niespójne i przez to niewiarygodne, ponieważ incydentalnie możliwy tonaż nie jest zasadą i słusznie KIO uznała, że skoro skarżący zakłada tonaż 24,9 Mg dzięki wykonywaniu transportu samochodami ciężarowymi z naczepą, to takie pojazdy powinien przyjąć w kalkulacji i udowodnić, że dysponuje oznaczonymi pojazdami czyli przedstawić dla nich inne dowody np. dowody rejestracyjne. Tymczasem złożone przez skarżącego kalkulacja oraz dowody rejestracyjne, dotyczą pojazdów hakowych z przyczepą, a ewentualnie możliwy tonaż przyjęty dla pojazdów ciężarowych z naczepą, których użycie skarżący rzekomo zakłada, nie popiera żadnym dowodem. Słusznie KIO uznała, że stwierdzenie to jest tym bardziej niewiarygodne, że do tej pory skarżący usługę realizował pojazdami ciężarowymi z naczepą tylko za pośrednictwem podwykonawców, z których usług obecnie nie zamierza korzystać i nie złożył jakichkolwiek dowodów na to, że może sam realizować usługę takimi pojazdami.

W tym miejscu należy dodać, że kalkulacja oparta była na własnych pojazdach hakowych z przyczepą zamortyzowanych, co skutkowało przyjęciem niskich kosztów eksploatacyjnych [np. zerowej amortyzacji]. Udział podwykonawców ani ich pojazdy nie były zakładane. Wyliczenia zatem, także w aspekcie danych historycznych i dowodów z kwitów wagowych były nakierowane wyłącznie na to, aby wykazać zasadność założenia 24,9 Mg, a w konsekwencji prawidłowość stawki 20 gr. W tym wypadku nieskutecznie także, co do terminu, ponieważ dowody potwierdzające prawdziwość wyjaśnień należało złożyć w czasie wskazanym do wyjaśnienia (...).

Co do spalania, to także skarżący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów na to, że realne jest założenie średniej stawki na poziomie 23,30 l/100 km. W istocie w aspekcie dowodów z fotografii kokpitu - licznika (bez jakichkolwiek danych tego pojazdu, jego ładunku), to można założyć każdy poziom spalania. Nawet oszczędny styl jazdy kierowców, choćby z dołączonego filmu – 19 l/100 km nie potwierdza założenia średniej stawki 23,30 l/100, ponieważ po pierwsze nie wiadomo jakiego konkretnie pojazdu, tonażu, trasy dotyczy, a po drugie abstrahuje od wszystkich okoliczności aplikowanego zamówienia, w tym konkretnej floty pojazdów, z których skarżący zamierza korzystać przy jego realizacji. Informacje w tym zakresie są cały czas trwania postępowań odwoławczego i skargowego pomijane przez skarżącego/odwołującego. Skarga także w tym zakresie w ogóle nie obala ustaleń i oceny KIO.

Co do wynagrodzenia pracowników, to Izba prawidłowo oparła się tylko na tych dowodach, jakie skarżący przedstawił do wyjaśnień. Dalsze uzupełniające dowody byłyby sprzeczne z regulacjami PZP i wbrew zasadzie równości w tym postępowaniu. Nie ma prawnych podstaw do tego, aby akurat skarżącego traktować preferencyjnie, jeśli chodzi o kolejne wykazywanie realności zaproponowanej ceny i jej istotnych składników.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to Izba prawidłowo uznała, że nie zachodzą podstawy do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, przed jej odrzuceniem. O takim stanowisku Izby przesądziła nie ilość dotychczasowych wezwań (Izba uznała, że było jedno wezwanie), ale treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w dniu 18 listopada 2022 r. i Sąd Okręgowy to stanowisko w całości podziela uznając, że chybione były zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP w zw. art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 253 ustawy PZP.

Zamawiający może ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy PZP, przy czym musi uwzględnić treść art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. W sprawie nie było takich sytuacji a skarżący nie zdołał ich wykazać. Wezwanie zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. było jasne i jednoznaczne, opatrzone szczegółowym przedstawieniem, z czego wynikają wątpliwości zamawiającego, natomiast wyjaśnienia odwołującego nie potwierdziły realności ceny jego oferty. Wyjaśnienia i dowody skarżącego były łącznie takie, że podlegały ocenie, ponieważ nie zaistniał brak jakichś informacji czy niejednoznaczność. Faktycznie zaś wyjaśnienia i dowody były w powołanych kwestiach takie, że kalkulacja odwołującego musiała być oceniona, jako niewiarygodna i nie gwarantująca należytej realizacji zamówienia. Jeśli chodzi o cenę paliwa, to trudno wygenerować wątpliwości czy niejasności, gdy skarżący powołał się na „korzystne warunki współpracy z dostawcami, usługodawcami – np. korzystne rabaty na zakup paliwa” a przedstawił tylko dowód w postaci 1 faktury, która w istocie ogóle nie dowodzi prawidłowości i prawdziwości przyjętej do kalkulacji stawki, a jest jedynie dowodem na jednostkowy zakup paliwa w owej cenie. Na marginesie należy dodać, że w skardze w tej kwestii skarżący z kolei powołał się na fakt notoryjny, że przedsiębiorcy o dużej skali działalności, zwłaszcza międzynarodowe koncerny korzystają z rabatów na zakup paliwa. Nie jest to stanowisko przekonujące, gdy w dalszym ciągu nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie prawidłowości przyjętej stawki. W przypadku tonażu, to został wyliczony w oparciu o maksymalne wartości stanowiące mniejszość wśród realizowanych transportów, co świadczy o wadliwych podstawach kalkulacji, a nie daje żadnych wątpliwości w aspekcie kolejnego wezwania do wyjaśnienia. Sama deklaracja w skardze o zamiarze maksymalizacji zysku nie jest wystarczająca. Jeżeli chodzi o spalanie, to żaden z dowodów złożonych przez skarżącego nie potwierdza przyjętej wartości 23,3 l/100 km przy uwzględnieniu konkretnych warunków, w których będzie realizowane zamówienie. W przypadku wynagrodzenia kierowców skarżący nie odpowiedział na pytanie dotyczące sposobu zabezpieczenia ryzyka presji wzrostu wynagrodzeń spowodowanej inflacją.

Sąd podziela stanowisko Izby, że w tych okolicznościach zamawiający nie był upoważniony do ponownego wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej stawki, z resztą w okolicznościach faktycznych tej sprawy byłoby to jasne naruszenie reguł postępowania, ponieważ zachodziły podstawy do odrzucenia oferty (po wezwaniu i złożeniu wyjaśnień (...)) zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP w zw. art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Ciężar udowodnienia zaoferowanej stawki poprzez złożenie wyczerpujących i wiarygodnych wyjaśnień spoczywał na skarżącym. Skarżący na ich sporządzenie miał bardzo dużo czasu i powinien to uczynić rzetelnie, zakładając doświadczenie i wszechstronną znajomość reguł takiego postępowania, co wynika też z treści dokumentów zamówienia, które sąd oceniał, że skarżący doskonale orientuje się jako profesjonalista na tym rynku, którego dotyczy zamówienie w opisywanych kwestiach. Tym samym bezzasadne okazały się też zarzuty naruszenia prawa procesowego, przy ocenie dowodów - art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP.

Reasumując, sąd zamówień publicznych uznał, że w ramach swojej kognicji w tej sprawie zarzuty skargi, które dość ogólnie odnosiły się do procesowych regulacji nie pozwalają na jej uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy oddalił skargę wykonawcy/odwołującego w całości, jak orzeczono w tej sprawie (pkt B) w pkt B. ppkt I. wyroku. Orzeczenie o oddaleniu skargi, jako bezzasadnej zapadło na podstawie artykułu 588 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono w oparciu o art. 589 ust. 1 ustawy PZP stosownie do jego wyniku, a zasądzeniu od skarżącego podlegały koszty poniesione przez przeciwników skargi, którym byli z urzędu zamawiający i (...) dlatego, że w skardze także sformułowano zarzuty dotyczące jego praw. Koszty zamawiającego w postępowaniu skargowym, to koszt wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika ustanowionego w postępowaniu skargowym w tej sprawie w wysokości 3.600 zł, która wynika z § 14 ust. 2a pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym od dnia 6 stycznia 2023 r. Mając to na uwadze w pkt B. ppkt II wyroku zasądzone od skarżącego konsorcjum (...) sp. z o.o. w Warszawie i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz zamawiającego (...) W. 3.600 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

Koszty przeciwnika skargi wykonawcy (...) w postępowaniu skargowym, to koszt wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika ustanowionego w postępowaniu skargowym w tej sprawie w wysokości 3.600 zł, która wynika z § 14 ust. 2a pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym od dnia 6 stycznia 2023 r. Mając to na uwadze w pkt B. ppkt III wyroku zasądzone od skarżącego konsorcjum (...) sp. z o.o. w Warszawie i (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w W. 3.600 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Anna Gałas