

WYROK

z dnia 22 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Master Odpady i Energia sp. z o.o., Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Lokalna 11; 43-100 Tychy, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59; 43- 100 Tychy,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., BIO-EKOS sp. z.o.o. sp.k., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza, zgłaszających przystąpienie do

postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 3 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., BIO-EKOS sp. z.o.o. sp.k., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, odtajnienie niezasadnie zastrzeżonych informacji i dokumentów wskazanych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., BIO-EKOS sp. z.o.o. sp.k., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Master Odpady i Energia sp. z o.o., Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja

Terenów Zielonych, ul. Lokalna 11; 43-100 Tychy w części % oraz 2) zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59; 43- 100 Tychy

w części % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Master Odpady i Energia sp. z o.o., Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Lokalna 11; 43-100 Tychy, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59;

43- 100 Tychy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Master Odpady i Energia sp. z o.o., Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Lokalna 11; 43-100 Tychy kwotę 16 650 zł

00 gr (słownie: szesnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt złotych, zero groszy)

stanowiącą % kosztów postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 1717/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w 2022 roku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2022 r., pod nr 2022/S 051-133203.

Dnia 15 czerwca 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 czerwca 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Master Odpady i Energia sp. z o.o., Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum firm w składzie ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. i BIO- EKOS sp. z o.o. sp.k. (dalej: konsorcjum Alba) podczas, gdy oferta ta powinna podlegać odrzućeniu, bowiem konsorcjum Alba złożyło wyjaśnienia w dniu 11.05.2022 roku, które to wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum Alba, pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 18 ust. 1 -3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej: „uznk”; polegające na zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień konsorcjum Alba w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 11 i 17 maja 2022 roku, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo tego, że konsorcjum Alba nie dochowało przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa
4. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum Alba, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum Alba,

2) odrzucenia oferty konsorcjum Alba z powodu niezgodności oferty konsorcjum Alba z warunkami zamówienia, z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny,

3) odtajnienia niezasadnie zastrzeżonych informacji i dokumentów wskazanych w wyjaśnieniach konsorcjum Alba jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Jeśli bowiem utrzyma się w mocy wybór zamawiającego to odwołujący straci szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, mimo tego, iż oferta konsorcjum Alba winna być odrzucona.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Odrzucenie oferty konsorcjum Alba.

Zamawiający w rozdziale VIII w punkcie 1) d) SWZ wskazał, iż wymaga przez wykonawcę dysponowania zmiataarkami ulicznymi z funkcją zraszania o wydajności 15 000 m²/godz. w ilości co najmniej 2 sztuk. Ponadto w Opisie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 do SWZ w punkcie 3.5 wyraźnie wskazał, iż wymaga takiego sprzętu to jest zmiatarek o wydajności 15 000 m²/godzinę.

W tym miejscu należy podkreślić, iż warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiających po to, aby wybrać wykonawcę do realizacji zamówienia, który zapewni rękojmię prawidłowej i należytej realizacji zamówienia. Warunki zamówienia nie są stawiane po to, by wykonawca wykazał ją kolokwialnie rzecz ujmując „na papierze”, a następnie realizował zamówienie nie zważając na wymagania stawiane przez zamawiającego. Przenosząc powyższe na stan faktyczny - zamawiając ewidentnie żądał, aby wykonawca zrealizował zamówienie co najmniej dwoma zmiataarkami o wydajności 15 000 m²/godz. Tymczasem konsorcjum Alba w swoich wyjaśnieniach z dnia 11.05.2022 roku wskazało, że wykona zamówienie zmiataarką o szerokości zmiatania 1,6 m i prędkości zmiatania 6,8 km/h (załącznik nr 2 do wyjaśnień). Z uwagi na to, że zamawiający wskazał, iż oczekuje zmiatarki z wydajnością 15 000 m²/h - przyjęte przez konsorcjum Alba założenia (6,8 km/h) należy przeliczyć na wydajność m²/h. Konsorcjum Alba wskazało, że zmiatarka ma szerokość 1,6 m co z założeniem 6,8 km/h daje wynik 10 880 m²/h.

Z powyższego ewidentnie zatem wynika, iż konsorcjum Alba zamierza zrealizować zamówienie zmiataarką o wydajności 10 880 m², mimo tego, że zamawiający do realizacji zamówienia wymagał zmiatarki o minimalnej wydajności 15 000 m². Ponadto konsorcjum Alba w swoich wyjaśnieniach z dnia 17.05.2022 roku podtrzymało swoje wyjaśnienie, że będzie realizowało zamówienie przy pomocy zmiatarki, której maksymalna wydajność wynosi 14 250 m²/h. Mało tego wyjaśniając swoją kalkulację w zakresie rażąco niskiej ceny

- konsorcjum Alba potwierdziło dysponowanie dwoma zmiataarkami, ale jedna z nich ewidentnie nie spełnia wymagań zamawiającego. Konsorcjum Alba wskazało, iż mechanicznego zmiatania parkingów i chodników dokona właśnie z wykorzystaniem tego sprzętu. Tym samym ewidentnie złożyło oświadczenie woli, iż zamierza realizować zamówienie niezgodnie z wymogami zamawiającego wskazanymi w dokumentach zamówienia. Takie niezgodne

z wymogami zamawiającego, niezgodne z treścią SWZ oświadczenie o wykorzystaniu danego sprzętu posłużyło do kalkulacji cenowej.

Zamawiający zauważył to oświadczenie konsorcjum Alba, iż będzie realizowało zamówienie niezgodnie z wymogami zamawiającego, jednakże z niewiadomych powodów wezwał konsorcjum Alba do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych pismem z dnia 02.06.2022 roku. Takie działanie zamawiającego jest nie tylko niezasadne, ale sprzeczne z przepisami prawa i narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Nie można zostać obojętnym wobec oświadczenia wykonawcy, iż zamierza realizować zamówienie niezgodnie z wymogami SWZ. Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, bowiem treść oferty konsorcjum Alba jest niezgodna z warunkami zamówienia, co wykonawca ewidentnie oświadczył w wyjaśnieniach z dnia 17.05.2022 roku. Oświadczył, iż będzie realizował - mechaniczne zmiatanie parkingów i chodników innym sprzętem niż wymagał tego zamawiający. Mało tego, kalkulując swoją ofertę cenową oparł się na sprzęcie, który według zamawiającego nie nadawał się do realizacji niniejszego zamówienia, gdyż zamawiający

postawił wymóg wydajności co najmniej na poziomie 15 000 m²/h. Nierówne traktowanie wykonawców przez zamawiającego przejawia się w tym, że po pierwsze nie traktuje wszystkich wykonawców w sposób równy. Można wyobrazić sobie sytuację, że inny wykonawca chciał złożyć w tym postępowaniu ofertę i nie mógłby z uwagi na postawienie warunku, co do wydajności zamiatarki, a teraz zamawiający beztrudno akceptuje oświadczenie wykonawcy, że zamierza wykonać zamówienie niezgodnie z SWZ - to jest to ewidentnie naruszenie uczciwej konkurencji. Ponadto zastosowanie zamiatarki o innej wydajności może mieć wpływ na kalkulację ceny ofertowej, co jest także nieuczciwe w stosunku do innych wykonawców, którzy musieli skalkulować cenę w oparciu o wymagania zamawiającego. Nade wszystko jednak nie można sankcjonować sytuacji, gdzie wykonawca składa ewidentnie oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia inaczej niż chciał zamawiający. Oświadczenie wykonawcy, iż wykona zamówienie niezgodnie z warunkami zamówienia powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

W niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował określoną w art. 139 ustawy Pzp procedurę odwróconą, a zatem najpierw ocenił i badał oferty, następnie wzywał wykonawcę najwyższej ocenionej do przedłożenia dokumentów podmiotowych w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże zamawiający nie powinien wezwaniem do złożenia dokumentów podmiotowych próbować „maskować” nieprawidłowości wykonawcy w przedmiocie błędów ofertowych. Przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona,

w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Kolejność wynikająca z tego przepisu wskazuje na dokonanie najpierw badania i oceny ofert. Badania i oceny ofert dokonuje się poprzez przyzmat przedmiotu zamówienia.

Tymczasem zamawiający zamiast dokonać tej oceny ofert próbował ratować ofertę konsorcjum Alba, bowiem wezwał do złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych. W wezwaniu tym zamawiający niejako próbował podpowiedzieć wykonawcy, że w nowym dokumencie ma wskazać modele zamiatarek wraz ze wskazaniem ich wydajności. Zamawiający zupełnie pominął to, że wykonawca przecież oświadczył w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że zamierza wykonać zamówienie zamiatarką z inną wydajnością. Takie wezwanie nie może znaleźć oparcia w przepisach prawa. Po pierwsze dlatego, że przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert. Poprawna ocena złożonej przez konsorcjum Alba oferty zaś powinna prowadzić do odrzucenia tej oferty. Procedura odwrócona nie daje możliwości naprawy błędów ofertowych, szczególnie w sytuacji tak jednoznacznego oświadczenia woli o niezgodności oferty z warunkami zamówienia poprzez złożenie wykazu, z którego wynika spełnienie warunku. Nawet jednak złożenie wykazu narzędzi, który to wykaz spełnia warunki udziału w postępowaniu nie sanuje wcześniejszego oświadczenia woli wykonawcy o zrealizowaniu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z SWZ.

Reasumując podkreślić należy, iż oferta konsorcjum Alba winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

2. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i rażąco niska cena.

Niezależnie od zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty konsorcjum Alba z powodu niezgodności z warunkami zamówienia należy wskazać, że oferta winna być odrzucona również z powodu rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum Alba.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do wyjaśnień konsorcjum Alba z dnia 11 maja 2022 roku, w których konsorcjum Alba wskazuje, iż jego zdaniem brak jest ustawowych przesłanek dotyczących wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem cena całkowita oferty jest niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 22,5 %, a od wartości szacunkowej zamówienia o 12,8%. W ten sposób konsorcjum Alba niejako deprecjonuje fakt wezwania go do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Opieranie się na wartości globalnej oferty w niniejszym postępowaniu ma jednak mniejsze znaczenie. Wskazać bowiem należy, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, a nie ryczałtowym oraz że zamawiający przypisał cenom jednostkowym istotne znaczenie. Należy zwrócić uwagę na § 2 projektowanych postanowień umownych - Wynagrodzenie. Zgodnie z § 2 ust.1 - Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie kosztorysowe z zastosowaniem zryczałtowanych cen jednostkowych do kwoty ogółem. W myśl tych postanowień umownych cena jednostkowa jest ceną zryczałtowaną i odpowiada zakresowi prac przedstawionemu w opisie przedmiotu zamówienia. Jak wynika z powyższego cenie jednostkowej w tym postępowaniu przypisano

istotne znaczenie. Świadczą o tym także kolejne ustępy § 2 projektowanych postanowień umownych.

Jak zatem z powyższego wynika nie można deprecjonować cen jednostkowych w niniejszym postępowaniu, gdyż mają one w tym postępowaniu istotne znaczenie. Natomiast w swoim wezwaniu z dnia 6 maja 2022 roku, zamawiający wskazał, iż pozycje 1,2, 4,5 mają znaczący udział w realizacji zamówienia. Odnosząc się tylko i wyłącznie do pozycji jednostkowych z kosztorysu ofertowego sporządzonego przez zamawiającego i do cen jednostkowych konsorcjum Alba należy wskazać na następujące:

- pozycja nr 1 i 2 - ($1,60 : 2,50 = 0,64$) z czego wynika, iż ceny jednostkowe pozycji nr 1 i 2 są niższe od szacunkowej wartości tych pozycji sporządzonej przez zamawiającego o 36%,
- pozycja nr 4 i 5 - ($1,05 : 2,50 = 0,42$) z czego wynika, iż ceny jednostkowe pozycji nr 4 i 5 są niższe od szacunkowej wartości tych pozycji sporządzonej przez zamawiającego o 58%.

Wobec powyższego trzeba wskazać, iż w przypadku rozliczenia kosztorysowego - każda z pozycji kosztorysu musi zostać wyliczona odrębnie i każda pozycja odrębnie musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji oraz przewidywać zysk. W innym przypadku, wykonawca realizując daną pozycję kosztorysową będzie wykazywał stratę na realizacji tej pozycji. Na potwierdzenie niniejszego stanowiska należy wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.07.2022 roku o sygn. akt KIO 1279/20. Ponadto pogląd ten został potwierdzony w wyroku z dnia 3.03.2020 r., sygn. akt KIO 2974/20.

Reasumując powyższe należy wskazać, że cena jednostkowa w niniejszym postępowaniu miała istotne znaczenie i poprzez pryzmat tej okoliczności należy ocenić złożone przez konsorcjum Alba wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy wskazać na treść wezwania do wyjaśnień wystosowanego do konsorcjum Alba przez zamawiającego w dniu 6.05.2022 roku. Zamawiający wezwał wykonawcę na mocy art. 224 ust. 1 do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia części składowych zaoferowanej ceny oferty. Następnie wskazał na części składowe, które budzą jego zdaniem wątpliwości i wezwał ponownie do udzielenia wyjaśnień i do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanych istotnych części składowych co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. W tym miejscu należy wskazać na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp został w zasadzie zacytowany poprzez odniesienie się do wyjaśnień w zakresie pkt 4 i 6 ustępu trzeciego ustawy Pzp.

Konsorcjum Alba zostało zobligowane, co do zasady do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a w szczególności także co do odniesienia się do przepisów dotyczących kosztów pracy, zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Kategorycznie w tym miejscu trzeba stwierdzić, iż konsorcjum Alba nie podołało odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo tego, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Analizując bowiem odpowiedź konsorcjum Alba z dnia 11 maja 2022 roku należy wskazać, iż na pierwszej stronie odpowiedzi nie ma żadnego konkretnego wyjaśnienia. Wykonawca polemizuje z wezwaniem

i wskazuje na wartości procentowe - średnią arytmetyczną ofert i szacunkową wartość zamówienia. Następnie w pierwszym akapicie drugiej strony wskazuje na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, ale w sposób bardzo ogólny nie podając nawet żadnych orzeczeń. Kolejno jako argument podaje, że BIO- EKOS jak i członkowie konsorcjum konkurencyjnego realizowali analogiczne usługi dla zamawiającego w roku 2021 i wycenili je na kwotę jednostkową 1 zł netto.

Polemizując z tą argumentacją trzeba wskazać, że wiedzą powszechnie znaną jest fakt, iż w stosunku do 2021 roku - rok 2022 przyniósł znaczny wzrost cen. Trzeba zwrócić uwagę chociażby na ceny paliwa w 2021 roku, a w 2022 roku. Różnica jest diametralna. Zatem realizacja usługi w 2021 roku po niższej cenie nie jest żadnym argumentem na korzyść konsorcjum Alba i tym bardziej nie uzasadnia ceny jednostkowej w 2022 roku, który przyniósł znaczący wzrost cen, w szczególności po 24.02. 2022 roku. Kolejny argument, jaki podniosło konsorcjum Alba to dysponowanie bazą magazynowo- transportową na terenie miasta Tychy, dysponowanie własnymi instalacjami do przetwarzania odpadów oraz doświadczenie BIO- EKOS zdobyte w ramach świadczenia usług letniego utrzymania czystości dla zamawiającego w poprzednich latach oraz wieloletnie doświadczenie w podobnych zamówieniach. Ponadto wskazano, że obydwaj członkowie dysponują wykwalifikowanym personelem z wieloletnim doświadczeniem w nadzorze oraz wdrożyli systemy zarządzania jakością i środowiskiem, co zostało potwierdzone certyfikatami ISO 14001 oraz EMAS.

W tym miejscu trzeba wskazać *expressis verbis*, iż konsorcjum Alba nie dysponuje żadnym wyjątkowo korzystnym warunkiem realizacji tej usługi, która dałaby mu przewagę konkurencyjną i pozwoliła na zaoferowanie takiej ceny.

Dokładnie takie same czynniki realizacji zamówienia są dostępne odwołującemu.

- odwołujący TAKŻE dysponuje bazą magazynowo- sprzętową na terenie miasta Tychy,
- odwołujący TAKŻE dysponuje własnymi instalacjami do przetwarzania odpadów,

Natomiast co bardzo istotne konsorcjum Alba nie dysponuje taką instalacją na terenie

Miasta Tychy, a jak wynika z powszechnie dostępnych informacji jeden z członków konsorcjum dysponuje takową, jednak położoną w sporej odległości tj. w Chorzowie (około 30 km)

i Dąbrowie Górniczej (około 40 km).

Konsorcjum Alba wskazuje, że ma instalacje do przetwarzania odpadów jako przewagę konkurencyjną, podczas, gdy w ogóle nie wskazuje, że nie jest ona w Tychach. Natomiast odwołujący taką instalację w Tychach posiada. Z powyższego wynika zatem, iż nie jest to przewaga konkurencyjna, a raczej kwestia odległości tej instalacji powinna znaleźć się wyjaśnieniach, gdzie konsorcjum Alba powinno pokazać uwzględnienie kosztów transportu. Tymczasem wyjaśnienia konsorcjum Alba nie wskazują na dodatkowe koszty transportu, a wręcz konsorcjum Alba pomija, że posiada instalację poza miastem Tychy.

- odwołujący TAKŻE dysponuje doświadczeniem zdobytym w ramach świadczenia usług letniego utrzymania czystości dla zamawiającego, co było łaskawe wskazać samo konsorcjum Alba,

- odwołujący TAKŻE posiada wieloletnie doświadczenie w podobnych zamówieniach,
- odwołujący TAKŻE posiada wykwalifikowany personel i wieloletnie doświadczenie w nadzorze,

- odwołujący TAKŻE posiada systemy zarządzania jakością i środowiskiem, takie jak ISO 9001 14001 i EMAS, co zresztą było kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego wszystkie argumenty, które mają być jak to określiło konsorcjum Alba korzystne z punktu widzenia kosztów realizacji usługi przysługują także i odwołującemu. Dlatego też konsorcjum Alba nie ma żadnej przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu, która mogłaby uzasadniać zaoferowanie tak niskich cen jednostkowych. Nadto z uwagi na instalację odpadów poza miastem Tychy to raczej odwołujący ma przewagę konkurencyjną nad konsorcjum Alba.

W tym miejscu należy przypomnieć, że zamawiający wezwał konsorcjum Alba także co do wypowiedzenia się w zakresie przepisów dotyczących kosztów pracy, zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2022 roku nie ma o tym nawet słowa. Być może jest w jakiś sposób wskazane w pkt 5) załącznika nr 1 i 2, bowiem dotyczy on kosztów pracy. Jednak w dalszym ciągu dotyczy to tylko kosztów pracy,

a brak jakiegokolwiek informacji, co do wypowiedzenia się w zakresie zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Oceniając zatem wyjaśnienia konsorcjum Alba należy wskazać, iż są one lakoniczne, nie zawierają żadnych dowodów, nie odpowiadają na wezwanie zamawiającego z dnia 6.05.2022 roku, a nade wszystko nie zawierają żadnej informacji w przedmiocie czynnika, który pozwalałby na jakąkolwiek przewagę konkurencyjną konsorcjum Alba, która usprawiedliwiałaby możliwość zaoferowania tak niskich cen ofertowych. Jeśli nawet uznać za dowody kalkulacje, to zawierają one błędy i nie potwierdzają, tym bardziej że przedstawione ceny są cenami realnymi, a wskazują, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Niezależnie jednak nawet od powyższego należy wskazać, iż wyjaśnienia i wyliczenia konsorcjum Alba zawierają błędy i nie są ze sobą spójne i wręcz potwierdzają, że nie jest możliwe zaoferowanie takich cen jednostkowych:

Wyjaśnienia w zakresie mechanicznego zmiatania.

W wyjaśnieniach z dnia 11.05.2022 roku założono, że szerokość zmiatania to 1,6 m, a prędkość zmiatania 6,8 km/h (załącznik nr 2 do wyjaśnień). Z uwagi na to, że zamawiający wskazał, iż oczekuje zmiatarki z wydajnością 15 000 m²/h - przyjęte przez

konsorcjum Alba założenia (6,8 km/h) należy przeliczyć na wydajność m²/h. Konsorcjum Alba wskazało,

że zamiatarka ma szerokość 1,6 m co z założeniem 6,8 km/h daje wynik 10 880 m²/h. Z danych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia - wskazanych także przez konsorcjum Alba wynika, iż ilość m² do zamiatania w skali miesiąca w pozycjach 4 i 5 wynosi 429 637 m². Dzieliąc ilość m² do zamiecenia w skali miesiąca przez wydajność zamiatarki konsorcjum Alba na podstawie podanych przez niego danych wychodzi, iż 429 637 m²/10 880 m²/h = wychodzi 39,4886 h. Dzieliąc tą wartość na zmiany wychodzi 15,79 zmiany - przy czym jest to praca samej zamiatarki. Jest to liczba godzin pracy samej zamiatarki w miesiącu (sic!).

Natomiast biorąc pod uwagę wyjaśnienia konsorcjum Alba, iż czynności obsługowe zajmują 30 minut na jedną zmianę to należy do tych godzin dodać jeszcze wartość 7,895 h.

Zatem przy założeniach, jakie konsorcjum Alba przedstawiło w swojej ofercie należy wskazać, iż liczba godzin zamiatarki (39,48 h) + czynności obsługowe (7,895 h) to liczba godzin w miesiącu wynosi 47,375 h, a nie jak wskazało konsorcjum Alba 31,25 h. Wartość godzin pracy samej zamiatarki można także na podstawie oczywiście założeń przyjętych przez konsorcjum Alba uzyskać poprzez następujące wyliczenia:

- wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 13.05.2022 r., wskazuje, że będzie zamiatać zamiatarką PRONAR AGATA ZM-1600, gdzie wydajność zależna jest od prędkości zamiatania (6 km-9 500 m²). Prędkość zamiatania podana w wyjaśnieniu z 11.05.2022 to 6,8 km, czyli na zmianę można pozamiatać tylko 10 766,7 m². Biorąc pod uwagę ilość m² do zamiatania

w skali 1 miesiąca czyli 429 637 m² (ilość do zamiatania w m-cu) : 10 766,7 m² (na zmianę) wychodzi 39 h, a nie jak podaje Konsorcjum 31,25 h. Nie ma zatem fizycznej możliwości, by przy założeniach konsorcjum Alba podanych do wyjaśnień (6,8 km/h i 1,6 m szerokości) uzyskać wartość 31,25 h. Jest to wartość niewystarczająca do realizacji tego zlecenia.

Ponadto podkreślić należy, iż błąd w wycenie godzinowej, a co za tym idzie w wycenie cenowej w ofercie konsorcjum Alba można wykazać także w następujący sposób:

A mianowicie biorąc pod uwagę ilość m² do zamiatania w skali 1 miesiąca, czyli 429 637 m² i podzielić przez wydajność zamiatarki 15 000 m² (jest to wydajność minimalna, bo zamawiający wskazał w warunkach zamówienia, iż wymaga wydajności co najmniej 15 000 m²/h) otrzymujemy 28,6 h.

+ pół godziny czynności obsługowych na zmianę i ilość zmian (- 11,44 x 0,5 to wynosi 5,7 h (11,44 x 0,5).

Zatem biorąc nawet pod uwagę wydajność zamiatarki 15 000 m² - i ilość 429 637 m² otrzymujemy czas 34,30 h, a nie jak wskazało konsorcjum Alba 31,25 h.

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia należy wskazać, że nie sposób zaakceptować wyjaśnień wykonawcy, gdyż ewidentnie z nich wynika, iż konsorcjum Alba nie doszacowało wartości dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia. Skoro zatem konsorcjum Alba nie doszacowało godzin dotyczących pracy zamiatarki, to tym bardziej przełożyło się to także na niedoszacowanie ceny jednostkowej, a co za tym idzie na cenę całej oferty i w konsekwencji zaferowanie oferty z ceną rażąco niską.

Koszty pracy sprzętu.

Odwołujący nie zna oczywiście cen konsorcjum Alba, gdyż zostały zastrzeżone niezasadnie jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednakże wskazuje na koszty pracy sprzętu według własnego doświadczenia: koszty paliwa 6,40-6,80 zł/litr - netto ciągnik, który ciągnie zamiatarkę to Bielarus. Najmniejszy taki ciągnik zużywa średnio: Moc 26,5 KW x 0,267 g/kWh (jednostkowe zużycie paliwa) = 7,08 : 0,84 (gęstość paliwa = 8,42 l/h bez obciążenia). Czyli średnio: cena paliwa 6,60 zł/l x 7 l/h = 46,20 zł- zamiatarka. Doliczyć należy amortyzację, utrzymanie i koszty pozostałe, gdzie sam zakup szczołek do zamiatarek to 560,00 zł brutto za sztukę + 40,00 zł za wysyłkę. Są to ceny obowiązujące w kwietniu 2022 roku.

Podobnie odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem koszty pracy wynoszą w pkt 5) - 51 zł, a stawki z pkt 4) i 5), które należy przełożyć na miesięczne koszty logistyki zdaniem odwołującego wyglądają następująco:

Miesięczny koszt logistyki:

Zamiatarka: $39 \text{ h} \times 46,20 = 1\ 801,80$

Kierowca $39 \text{ h} \times 51 = 1\ 989,00$

Co całościowo wynosi 3 790,80 zł

Z uwagi na to, że odwołujący nie zna wyceny konsorcjum Alba w tym zakresie wskazuje ceny na podstawie własnego doświadczenia.

Koszty wody.

Ponadto wskazujemy, iż w załączniku nr 2 do wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku konsorcjum Alba wskazało, iż ilość wody na kurs to 0,08 m³ czyli 80 litrów. W tym miejscu wskazujemy, iż zamiatarka Pronar ma zbiornik 200 litrów.

Wobec powyższego po wodę należy pojechać 21 razy, bowiem 10,11 (koszt wody na miesiąc) : 0,48 (koszt wody na kurs) wskazuje, iż będzie 21 kursów. Za każdym kursem wlewając tylko 80 litrów, co generuje bardzo duże koszty paliwa.

Z załącznika wspomnianego powyżej z pkt. 3 wynika, że kursów powinno być 21, natomiast w pkt. 2 tegoż załącznika w założeniach określają, że zmian w m-cu powinno być 12,5.

Powyższe znów potwierdza, iż konsorcjum Alba nie doszacowało ceny ofertowej.

Koszty odpadów i koszty z zakresu punktu 1 i 2 kosztorysu.

Odwołujący wskazuje, iż w jego opinii cena podana przez konsorcjum Alba za wykonanie mechanicznej usługi zmiatania w pozycjach 1 i 2 kosztorysu ofertowego nie zawiera w sobie opłaty za zagospodarowanie odpadów, która znacząco wpływa na wartość tej usługi w tym na cenę jednostkową. Sama kwota za zagospodarowanie odpadów w skali miesięcznej to koszt 35 990,00 zł (netto) i jest wyższa niż cena za wykonanie tej usługi (z uwzględnienie logistyki, zużycia wody i zagospodarowania odpadów) podanej w wyjaśnieniu przez konsorcjum Alba (tj. 23 073,86 zł). Same koszty odpadów stanowią istotny czynnik wpływający na cenę jednostkową w pozycji 1 i 2 kosztorysu ofertowego to znaczy:

Odwołujący wskazuje, że średnia ilość generowanych odpadów z zmiatania to ok. 61 Mg (ton) na miesiąc, na tą okoliczność odwołujący przedstawia dowód dotyczący zestawienia ważeń z zamiatarki za ten sam okres za zeszły rok, w którym usługa była świadczona przez Master Odpady i Energia sp. z o.o., a opłata za zagospodarowanie odpadu o kodzie 20 03 03 zgodnie z cennikiem dostępnym na stronie internetowej, to stawka 590,00 zł za 1 Mg (tonę). Tak więc przy próbie obliczenia na podstawie kosztów zagospodarowania odpadów ceny jednostkowej za wykonanie usługi zmiatania w przeliczeniu na 17 053,02 jednostek obmiarowych (100 m²) wynikających z kosztorysu ofertowego daje stawkę - cenę jednostkową za zagospodarowanie odpadów w wysokości 2,11 zł na 100 m² zmiatanej powierzchni, która sama jest już wyższa niż ta podana przez konsorcjum Alba w ofercie tj. 1,60 zł i to bez uwzględnienia pozostałych kosztów tj. płaca, paliwo, woda serwis oraz koszty pozostałe. Cena podana przez konsorcjum Alba w pkt 1 i 2 kosztorysu ofertowego wynosi na obie te pozycje 1,60 zł netto. W pozycji mechaniczne oczyszczanie dróg należy uwzględnić koszty odpadów. Jak zatem wskazał odwołujący powyżej sam koszt odpadów przy założeniu 61 Mg (tona) na miesiąc to koszt 2,11 zł netto - cena jednostkowa. Przyjęta przez konsorcjum Alba cena - 1,60 zł nie zawiera nawet w sobie rynkowej ceny zagospodarowania odpadów, a co dopiero inne koszty, które muszą być uwzględnione w tej pozycji.

Koszty odpadów i koszty z zakresu punktu 4,5,6 kosztorysu Koszty odpadów należy także uwzględnić w pozycjach 4,5,6 kosztorysu. Należy również wskazać, że same koszty odpadów są wyższe niż ceny jednostkowe wskazane w ofercie. Limit na odpady jaki jest ustalony

w umowie pomiędzy BIO-EKOS a Master to 5 Mg/m-c. Z zmiatania chodników wychodzi około 4,20 Mg tony/m-c x 590,00 zł netto = co daje kwotę miesięczną za same tylko odpady w postaci 2 478,00 złotych. Ta dość prosta analiza pokazuje w sposób niebudzący wątpliwości, że cena podana przez konsorcjum Alba jest po prostu ceną nierealną i rażąco niską. Wskazujemy także, że w niniejszym postępowaniu nie ma możliwości przeniesienia kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi, bowiem zamawiający wyraźnie wskazał, iż cena jednostkowa ma być zryczałtowaną ceną i zawierać w sobie wszystkie koszty dotyczące danej pozycji.

Opróżnianie koszy ulicznych.

Zgodnie z pkt. 8 kosztorysu ofertowego - Opróżnianie koszy ulicznych wraz z kosztami

wywozu i składowania - 6 razy w tygodniu - wykonawca ma do opróżnienia 626 sztuk koszy przez 6 dni w tygodniu oraz z pkt. 12 wykonawca ma do opróżnienia 156 szt. koszy na przystankach też 6 razy w tygodniu. Oprócz tego są jeszcze kosze, które opróżniane są 2 razy (91 szt. - pozycja nr 13 kosztorysu) lub 1 raz w tygodniu (156 szt. - pozycja 12 kosztorysu).

Za wykonanie usługi w tej pozycji wykonawca przyjął stawkę 2,40 zł netto. Tymczasem znów cena ta jest rażąco niska, gdyż za cenę 2,40 zł netto nie da się po prostu wykonać tej usługi. Należy wskazać, że opróżnianie koszy za styczeń, który jest miesiącem zimowym generowało około 20 ton miesięcznie. Co przyjmując 590 zł netto za tonę daje kwotę 11 800 zł. W załączeniu przesyłamy także orientacyjną ilość ton dotyczącą opróżniania koszy. Biorąc pod uwagę samą ilość odpadów, którą należy opróżnić - nie jest możliwe zrealizowanie tej pozycji za cenę 2,40 złotych. Jest to cena rażąco niska. W załączeniu składamy także symulację kalkulacji dotyczącą opróżniania koszy, z której wynika, iż nie jest możliwe zrealizowanie tej pozycji za kwotę zaoferowaną przez konsorcjum Alba. Nadmieniamy również, że limit ton odpadów dla BIO-EKOS w Masterze to 5 t/m-c. Pozostały odpad będzie musiał być utylizowany w innych miejscach a to z kolei wiąże się z dodatkowymi kosztami (koszt transportu). Nadmienić również należy, że Firma BIO-EKOS w tej samej instytucji czyli MZUM na zaproszenie składała ofertę na opróżnianie koszy gdzie cena za opróżnienie kosza to 3,84 zł.

Zakup kosza, poz. 15 kosztorysu ofertowego. Należy wskazać, że cena kosza betonowego przyjęta przez konsorcjum Alba wynosi 190 zł netto. W opinii odwołującego nie jest możliwe zaoferowanie takiej ceny, bo obecnie funkcjonujące ceny na rynku za zaoferowanie takiego kosza wynoszą 579 zł (dowód: wydruk z allegro). Nie jest możliwe przy takich cenach rynkowych zaoferowanie ceny za kosz na poziomie 190 zł netto, a zatem odwołujący wskazuje, iż konsorcjum Alba zaoferowało także i w tej pozycji cenę rażąco niską.

Reasumując powyższe trzeba wskazać, że bezzasadne było zatem wezwanie wykonawcy do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, skoro pierwsze wyjaśnienia wskazywały na niezgodność z warunkami zamówienia oraz na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Ponadto wskazują, iż zgodnie z art. 226 ust. 6 Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ustawodawca w treści przytoczonego przepisu wskazał, że przesłanką do odrzucenia oferty, jako oferty z ceną rażąco niską jest brak złożenia wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień, wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Oznacza to, że w przypadku, gdy wyjaśnienia są lakoniczne nie mogą stanowić podstawy do uznania, że wykonawca zaoferował cenę realną za realizację zamówienia. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę muszą jednoznacznie potwierdzać, że wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. W przedmiotowej sprawie konsorcjum Alba nie potwierdziło, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować zamówienie i wygenerować zysk. Mało tego, jego wyjaśnienia jak wskazano powyżej zawierają błędy w wyliczeniach

i wprost wskazują na niedoszacowanie oferty. Ponadto jak wskazano powyżej wyjaśnienia są lakoniczne i nie ma w nich żadnych argumentów wskazujących na przewagę rynkową wykonawcy. Konsorcjum Alba nie przedstawiło w tym zakresie również właściwych dowodów.

Podkreślenia wymaga, że konsekwencje złożenia niewystarczających wyjaśnień są zupełnie inne na gruncie art. 226 ust. 6 Pzp, niż w analogicznym przepisie obowiązującym w poprzedniej ustawie Pzp. W nieobowiązującej już ustawie z art. 90 ust. 3 Pzp wynikało bowiem, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wyjaśnienia potwierdzą zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Na podstawie art. 226 ust. 6 Pzp odrzuceniu będzie podlegać oferta, jeżeli wyjaśnienia nie uzasadnią zaoferowanej ceny. Mając to na uwadze, wskazać należy, że w chwili wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ciężar udowodnienia realności ceny spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 226 ust. 6 Pzp jeżeli wykonawca nie sprostą w wyjaśnieniach

ciężarowi dowodu i nie wykaże realności ceny, oferta ta winna być odrzucona z postępowania. Podkreślenia wymaga, że na gruncie tego przepisu to nie na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania realności ceny. Tym samym, w przypadku złożenia niewystarczających wyjaśnień, oferta ta podlega odrzuceniu już z samego faktu złożenia takich wyjaśnień. Brak jest przy tym możliwości naprawienia czynności złożenia wyjaśnień, które są niewystarczające. Sankcja

w postaci odrzucenia oferty aktualizuje się w momencie złożenia wyjaśnień

nieuzasadniających zaoferowanej ceny. Powyższe twierdzenie jest zgodne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: wyrok z dnia 5 stycznia 2021 roku o sygnaturze: KIO 3670/21, podobnie wyrok o sygn. akt KIO 3680/21, KIO 3681/21.

Konkludując należy stwierdzić, iż oferta konsorcjum Alba winna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że już w pierwszych wyjaśnieniach konsorcjum Alba złożyło wyjaśnienia lakoniczne, bez żadnych dowodów, a także wyjaśnienia, które potwierdzają niedoszacowanie cen jednostkowych, co przedkłada się na zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

3. Niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazujemy, że konsorcjum Alba dokonało niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Konsorcjum Alba zastrzegło część wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku z załącznika nr 1 i nr 2 oraz część wyjaśnień z dnia 17 maja 2022 roku z załącznika nr 1. Zastrzeżenia z załączników nr 1 i 2 dotyczą kosztów pracy personelu, stawek kalkulacyjnych, kosztów odpadu, czy też zestawienia kosztów pracy sprzętu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że informacje zawarte w złożonych dokumentach (załącznikach 1 i 2 do obu wyjaśnień) nie stanowią wartości gospodarczej, która 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, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej także „uznk”) za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać informację, która spełnia łącznie następujące przesłanki:

1. informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub informacje posiadają wartość gospodarczą,

2. 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,

3. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie odwołującego złożone przez konsorcjum Alba dokumenty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (wyjaśnienia w sprawie RNC wraz z załącznikami) nie spełniają żadnej z wyżej wymienionych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze konsorcjum Alba nie przedstawiło w wyjaśnieniach żadnych informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych przedsiębiorstwa. Koszty pracy personelu w żaden sposób nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile jeszcze w określonych sytuacjach można przyjąć, że dane pracowników mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, bo np. są to pracownicy kluczowi i mogą zostać „dokupieni”, to samo zestawienie kosztów pracy, czyli wynagrodzenie kierowcy nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie kwestia stawek kalkulacyjnych związanych z zagospodarowaniem odpadów dotyczących chociażby takich jak ilość zmiotek na kurs czy ilość kursów w miesiącu. Odwołujący mając świadomość ceny dotyczących zagospodarowania odpadów i znając przedmiot zamówienia łatwo może sporządzić symulację takich kosztów wskazując znów niedoszacowanie oferty także i w tym zakresie. Ponadto są to tylko dane dotyczące tego konkretnego przedmiotu zamówienia, co potwierdza również konsorcjum Alba, bo wskazało chociażby w punkcie 4) załącznika nr 1 i 2 do wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku, iż dotyczą one przeciętnego spalania zmiatarki przewidzianej do realizacji usług. Ponadto w punkcie 6) wyjaśnień konsorcjum Alba wskazało, iż stawki w punkcie 6) wynikają z punktu 4) i 5), czyli z wyceny przewidzianej do tej konkretnej usługi. Podobnie konsorcjum Alba wskazało w załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 17 maja 2022 roku. A zatem jak wskazuje samo konsorcjum Alba to są koszty dotyczące tylko tego konkretnego postępowania i nie mają przełożenia na wartość globalną przedsiębiorstwa. Tym samym nie można ich uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie stanowią one wartości gospodarczej, bo wykonawca nie przedstawił żadnej informacji, która mogłaby zostać wykorzystana przez inne podmioty na rynku i dzięki którym ich pozycja na rynku uległaby zmianie. Wskazać również należy, że samo przedstawienie kalkulacji nie oznacza, że informacje te mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Kalkulację można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w przypadku, gdy ma ona unikalny charakter. Natomiast w żadnych swoich wyjaśnieniach wykonawca nawet nie wskazał, że jego kalkulacja ma unikatowy charakter (sic!). Na potwierdzenie powyższego stanowiska wskazują na wyrok KIO z dnia 25.10.2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2600/21.

Przenosząc przywołany powyżej wyrok na analizowany stan faktyczny, należy wskazać,

że konsorcjum Alba również nie poświęciło w swoich wyjaśnieniach, ani słowa celem wyjaśnienia unikalności metody wyceny i dlaczego zasługuje ona na ochronę. Można natomiast odnieść wrażenie, że dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w załącznikach nr 1 i 2 do wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku i załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 17 maja 2022 roku, a także w innych załącznikach zostały zastrzeżone wyłącznie po to, aby odwołujący nie mógł kwestionować wyliczeń, aby nie znalazł w nich błędów, czy też nieprawidłowości, które będą wskazywały jednak na cenę rażąco niską. Zastrzeżenie tych dokumentów jest raczej pewną strategią konsorcjum Alba niż dbałością o zachowanie poufności danych. Ponadto co zostało już poruszone wszelkie wyliczenia i wyjaśnienia przedstawione przez konsorcjum Alba odnoszą się do kalkulacji sporządzonej na potrzeby tego konkretnego postępowania. Oznacza to, że informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczą już złożonej oferty i postępowania, w którym złożono te oferty. Tym samym informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mają wartości gospodarczej w przyszłych postępowaniach i nie mają wpływu na konkurencję na rynku. Oznacza to, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach nie spełniają pierwszej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w tym miejscu trzeba wskazać, że aby doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki te powinny być spełnione łącznie. Ponadto przedstawione informacje nie stanowią tajemnicy dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji i są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił szczególnego sposobu kalkulacji, know-how dotyczącego organizacji działalności, polityki cenowej, która byłaby na tyle wyjątkowa, że osoby działające na rynku nie posiadałyby tej wiedzy. Nadto w odniesieniu do zagospodarowania odpadów konsorcjum Alba przedstawiło nawet umowę z Master - Odpady i Energia sp. z o.o., której to przedmiotem zagospodarowanie odpadów. W tym miejscu wskazać należy, że Master - Odpady i Energia sp. z o.o. jest członkiem konsorcjum odwołującego, więc absolutnie ma pełną świadomość swojej umowy, a także cen, które obowiązują na rynku zagospodarowania odpadów. Stąd, nie znajduje uzasadnienia zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa umowy, co do której konkurent ma jej pełną świadomość, bo jest podmiotem, będącym drugą stroną stosunku prawnego. Podobnie jak nie znajduje uzasadnienia zastrzeżenie cen przedstawionych w fakturach za przyjęcie odpadów, gdyż Master - Odpady i Energia sp. z o.o. ma pełną świadomość cen na tym rynku. Ceny te jako całość, czy też zbiór elementów są powszechnie znane Master - Odpady i Energia sp. z o.o. i jej pracownikom, jako osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji. Podobnie cena szczotki walcowej do zamiatarki Agata jest powszechnie dostępna. Konsorcjum Alba nie przedstawiło jednak żadnej umowy z firmą Agroma Świerkianiec dotyczącej specjalnych upustów itd., a przedstawiło tylko fakturę. Tymczasem nabycie szczotki/szczotek w lutym 2021 r., po cenach wskazanych na fakturze mogło chociażby być wynikiem jakiejś promocji i absolutnie nie przesądza, że konsorcjum Alba może kupować szczotki po takich cenach. Gdyby konsorcjum Alba chciało udowodnić rabat na szczotki, czy inne akcesoria zużywalne powinno pokazać umowę gwarantującą taki rabat. Natomiast faktura pokazuje tylko fakt jednorazowego kupienia akcesoriów zużywalnych i to dodatkowo w lutym 2021 roku. Obecnie mamy czerwiec 2022 roku, a zatem te szczotki mogą być już

dawno zużyte, a konsorcjum Alba nie wykazało, że ma je na stanie i są dedykowane do realizacji tego zamówienia. Ponadto wiedzą powszechnie dostępną jest fakt wzrostu cen w 2022 roku,

a zatem konsorcjum Alba powinno wykazać ceny na 2022 rok. Kalkulacje cenową z cenami z 2021 roku, a nie 2022 roku. Powyższe powinno być także wzięte pod uwagę przy kalkulacji cenowej i rażąco niskiej cenie. Mając na uwadze trzecią przesłankę, która warunkuje skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - także i ona nie została wykazana. Zgodnie bowiem z tą przesłanką możliwe do zastrzeżenia są tylko te informacje, co do których zostały podjęte działania zmierzające do nieujawnienia ich pozostałym podmiotom. Natomiast konsorcjum Alba nie przedstawiło, aby podjęło jakiegokolwiek działania zmierzające do nieujawniania tych wiadomości. Samo twierdzenie konsorcjum Alba o wystąpieniu przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jest niewystarczające do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przepis art. 18 ust. 3 Pzp wskazuje, że wykonawca w momencie składania dokumentów musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że w przypadku braku wykazania zasadności zastrzeżenia, zamawiający ma obowiązek uznania, że złożone informacje mają charakter jawny. Ustawodawca w tym przepisie użył słowa „wykazać”, co oznacza, iż wykonawca ma obowiązek wykazania - udowodnienia, a zamawiający nie może opierać się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy. Wykazanie polega na udowodnieniu, że wykonawca podjął należyte starania w celu zabezpieczenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien zatem przedstawić na te okoliczności dowody, w tym np. zobowiązanie do zachowania poufności, politykę zachowania poufności w organizacji, wewnętrzne procedury, umowy o zachowaniu poufności z pracownikami itd. Oczywiście to jakie wykonawca ma przedstawić dowody na zabezpieczenie tajemnicy przedsiębiorstwa wynika z określonego stanu faktycznego. Niemniej jednak z ustawy wynika absolutny obowiązek wykazania, że wykonawca podejmuje

wszelkie działania w celu zachowania tych danych w poufności. Powyższe zostało wielokrotnie potwierdzone przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: wyrok z dnia 7.11.2018 r., sygn. akt KIO 2222/18.

Oświadczenie konsorcjum Alba o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa składanych informacji nie wypełnia obowiązku wykazania, że dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Alba wskazało tylko, że dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie wykazało i nie przedstawiło żadnego dowodu pokazującego, jak zabezpiecza swoje dane poufne i wykazuje należytą staranność w celu ich zabezpieczenia.

W odniesieniu do wynagrodzeń kierowców, czy też operatorów sprzętu konsorcjum Alba winno pokazać chociażby umowę o pracę z postanowieniem o zachowaniu poufności. W odniesieniu do faktur podobnie, bowiem faktury w firmie przechodzą „długą drogę”. Są

wpisywane w rejestry, rozliczane przez księgowo, akceptowane przez określone osoby w firmie, stąd winno być wykazane jak konsorcjum Alba dba o poufność tych danych. Niezależnie od powyższych argumentów trzeba wskazać także, że żaden dokument załączony przez konsorcjum Alba nie zawiera w swej treści wskazania, że są to dane poufne, a zatem druga strona np. Agroma Świerkianiec nawet nie wie, że są to dane poufne, co oznacza,

że może nimi swobodnie rozporządzać. Ponadto wskazuję, że konsorcjum Alba nie przedstawiło nawet zobowiązania do zachowania poufności podmiotu z nim skorelowanego, a mianowicie Przedsiębiorstwa Techniki Sanitarnej ALBA spółka z o.o.

Powyższe, ewidentnie wskazuje, że konsorcjum Alba nieskutecznie zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazało bowiem żadnej z przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie, podczas, gdy do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać łączne spełnienie trzech przesłanek.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący do postępowania wykonawca konsorcjum Alba złożył pismo procesowe (18 lipca 2022 roku), w którym wskazał, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 4).

Zarzut odwołującego pozbawiony jest podstaw, ponieważ:

1) zgodnie z dokumentami postępowania zamawiający w przypadku zamiatarek chodnikowych (a takimi zamiatarkami są PRONAR Agata ZM-1600 oraz Agata ZM-2000) nie sformułował jakichkolwiek wymogów dotyczących wydajności zamiatarek, a jedynie wymogi dotyczące ciężaru własnego urządzeń;

2) zgodnie z dokumentami postępowania, w przypadku świadczenia usług sprzątnięcia przy pomocy zamiatarek ulicznych (a nie chodnikowych) zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wymogów co do wydajności, z którą zamiatarki mają sprzątać chodniki i ulice; zamawiający jedynie określił jaką wydajność mają osiągać zamiatarki uliczne (co nie jest tożsame z tym, z jaką prędkością lub wydajnością zamiatarki mają sprzątać ulice);

3) zamiatarki chodnikowe zaoferowane przez przystępującego posiadają wyżej wymienione parametry (zarówno, jeśli chodzi o ciężar własny jak i wydajność).

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu (rozdz. VIII lit. d SWZ), wedle którego ofertę mógł złożyć wykonawca, który dysponuje m. in. co najmniej:

1) dwiema zamiatarkami ulicznymi z funkcją zraszania o wydajności 15 000 m²/h. Przystępujący zadeklarował w wykazie usług w tym zakresie dwa urządzenia należące do lidera konsorcjum: Schmidt SK 600 Dual HX na podwoziu Mercedes Benz oraz Bucher

Optifan 7 na podwoziu Mercedes Benz. Odwołujący mylnie odnosi ten wymóg do zamiatarek PRONAR Agata ZM-1600 oraz PRONAR Agata ZM-2000 znajdującymi się w wykazie narzędzi przystępującego, które są zamiatarkami chodnikowymi, a nie zamiatarkami ulicznymi;

2) dwiema zamiatarkami chodnikowymi z funkcją zraszania o ciężarze własnym zamiatarki do 2,5 t. Przystępujący zadeklarował w wykazie usług w tym zakresie dwa

urządzenia należące do uczestnika konsorcjum: PRONAR Agata ZM-1600 oraz PRONAR Agata ZM-2000. Odwołujący mylnie zakłada, że zamiatarki marki PRONAR są zamiatarkami powołanymi w wykazie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do zamiatarek ulicznych, podczas gdy tak nie jest - zamiatarki marki PRONAR mają na celu wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do parametrów stawianych zamiatarkom chodnikowym, czyli w celu wykazania, że każda

z nich posiada ciężar własny co najmniej 2,5 t (dowód: wykaz narzędzi z dnia 2 czerwca 2022 r.).

Okoliczność, że odwołujący błędnie utożsamia parametry zamiatarek chodnikowych z parametrami zamiatarek ulicznych w zasadzie podważa całą argumentację powołaną na potrzeby uzasadnienia zarzutu nr 4 odwołania, tj. rzekomej niezgodności oferty przystępującego z dokumentacją postępowania. Zdaniem przystępującego, odwołujący błędnie utożsamia warunek udziału w postępowaniu ze sposobem, w jaki zamówienie ma być realizowane przez wykonawcę. Czym innym są bowiem warunki udziału w postępowaniu, których celem jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie tych wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia, a czym innym są warunki realizacji zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu to tzw. warunki uczestnictwa w postępowaniu o charakterze podmiotowym (dotyczące podmiotu postępowania, czyli wykonawcy), podczas gdy warunki realizacji zamówienia to warunki przedmiotowe (dotyczące przedmiotu postępowania, czyli nabywanej przez określonego zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlanej). Powyższy problem został dokładnie wyjaśniony w komentarzu opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych.

Analiza załącznika nr 2 do OPZ pozwala stwierdzić, że zamawiający nie stawia jakichkolwiek wymagań co do wydajności mechanicznego zamiatania chodników (dowód: załącznik nr 2 do SWZ - OPZ).

Przytoczone powyżej fragmenty OPZ-u jednoznacznie potwierdzają, że zamawiający nie wymaga od wykonawców zamiatania z prędkością zapewniającą wydajność na poziomie 15 000 m²/h, a jedynie oczekuje, że wykonawca posłuży się zamiatarką, która taką wydajność jest w stanie osiągnąć. Sposób realizacji zamówienia i wydajność zamiatarek podczas sprzątania jest kwestią leżącą w gestii wykonawcy, przy założeniu, że wykonawca korzysta

z zamiatarki, która jest w stanie osiągnąć wydajność rzędu 15 000 m²/h. Powyższe argumenty - wobec faktu, że zamawiający wymaga określonej wydajności wyłącznie przy zamiatarkach ulicznych, a nie chodnikowych - mają jednak znaczenie drugorzędne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji należy stwierdzić, że zarzut odwołującego nie jest trafny. Nie można bowiem mówić o niezgodności z warunkami zamówienia, jeżeli zamawiający w ogóle nie formułuje wymogów, z którymi oferta przystępującego miałyby być niezgodna. Odwołujący nie zdołał wskazać żadnych konkretnych, skwantyfikowanych i ustalonych jednoznacznie postanowień SWZ, z których wynikałoby, że wykonawca miałby zamiatać chodniki ze stałą wydajnością na poziomie 15 000 m²/h - a to z uwagi na fakt, że takie postanowienia nie istnieją. Tym samym oferta przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Ponadto, interpretacja warunków zamówienia narzucona przez odwołującego prowadzi do absurdalnych wniosków. Odwołujący twierdzi, że zamiatarki powinny pracować ze stałą wydajnością 15 000 m²/h. Utrzymanie podobnej wydajności nie jest możliwe niezależnie od sprzętu, jakim dysponuje wykonawca - z powodów przedstawionych poniżej.

Zamiatarka chodnikowa to urządzenie składające się ze szczotki w kształcie walca oraz ewentualnie innych dodatkowych instalacji, jak np. szczotek bocznych. Zamiatarka jest podłączona do ciągnika rolniczego, który ciągnie za sobą i uruchamia zamiatarkę. W ten sposób walcowata szczotka zamiatarki sprząta ulice lub chodniki. W uproszczeniu można powiedzieć, że wydajność zamiatarki jest uzależniona od dwóch parametrów, tj. prędkości z jaką porusza się ciągnik ciągnący zamiatarkę oraz szerokości szczotki zamiatarki. Dla przykładu, zamiatarka o szerokości szczotki 200 cm, połączona z ciągnikiem poruszającym się z prędkością ok. 6 km/h, jest w stanie pozamiatąć obszar o powierzchni ok. 11 875 m²/h. Należy jednakże mieć na uwadze, że żaden ciągnik nie jest w stanie poruszać się ze stałą prędkością (niezależnie od tego, jaka to prędkość) oraz że zamiatane będą chodniki - to sprawia, że kierowca ciągnika z zamiatarką musi czasami zwolnić lub całkowicie się zatrzymać (np. aby ustąpić pierwszeństwa pieszym, pokonać niestandardowe przeszkody itp.). Tym samym, gdyby zamawiający wymagał od wykonawców stałej wydajności zamiatania na poziomie 15 000 m²/h, to tego rodzaju wymóg byłby fikcyjny, ponieważ żaden z wykonawców nie byłby w stanie go dotrzymać. W celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości,

przystępujący oświadcza, że zadeklarowane przez niego zamiatarki - PRONAR Agata ZM-1600 oraz PRONAR Agata ZM-2000 spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj. oferują wydajność zmiatania na poziomie 15 000 m²/h. Zamiatarka PRONAR Agata ZM-1600 (której wydajność jest kwestionowana przez odwołującego) jest wyposażona w szczotkę o szerokości 160 cm oraz - co pomija odwołujący - dodatkową szczotkę boczną o szerokości ok. 50 cm. W efekcie szerokość sprzątania wynosi łącznie ok. 210 cm, co przy prędkości 6,8 km/h daje wydajność na poziomie ok. 14 280 m²/h. Wyliczenia przystępującego potwierdzone są przez oświadczenie producenta zamiatarek, firmy PRONAR. Niemniej jednak, niniejsza okoliczność, wobec braku zarzutu co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego oraz wobec faktu, że odwołujący błędnie utożsamia parametry zamiatarki ulicznej z zamiatarką chodnikową ma drugorzędne znaczenie (dowód: oświadczenie producenta zamiatarek PRONAR z dnia 7 lipca 2022 r.).

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzut nr 1 i 2).

Odwołujący stoi na stanowisku, że przystępujący nie zdołał wykazać, że jego oferta nie jest obciążona rażąco niską ceną. Odwołujący twierdzi, że wyjaśnienia Przystępującego nie odpowiadają na wezwanie zamawiającego z dnia 6 maja 2022 r. i nie zawierają informacji w przedmiocie czynnika, który pozwalałby na „jakąkolwiek przewagę konkurencyjną Konsorcjum, która usprawiedliwiałaby możliwość zaoferowania tak niskich cen ofertowych”.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że stopień szczegółowości wyjaśnień zaoferowanej ceny uzależniony jest od stopnia szczegółowości wezwania wystosowanego przez zamawiającego i informacji, które zamawiający chce uzyskać w celu ustalenia, czy ma do czynienia z ceną rażąco niską. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że wykonawca jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi wyczerpującej, ale także odpowiadającej zakresowi wezwania (w myśl zasady „jakie wezwanie, taka odpowiedź”).

W związku z powyższym, dokonując oceny wyjaśnień przystępującego z 11 maja 2022 r., w pierwszej kolejności należy odnieść się do treści pisma zamawiającego z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający wymagał od przystępującego złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego o numerach 1, 2, 4 i 5 (mechaniczne zmiatanie dróg, chodników i ścieżek rowerowych oraz parkingów). Ponadto zamawiający - zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp - wymagał, aby wyjaśnienia dotyczyły co najmniej zgodności z przepisami kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający nie oczekiwał wskazania jakichkolwiek innych okoliczności uzasadniających cenę, a zawartych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, takich jak np. wyjątkowo korzystne warunki świadczenia usług, rozwiązania techniczne, oryginalność usług itd.

Przystępujący udzielił informacji w szerszym zakresie niż wymagał zamawiający, ponieważ:

1) wskazał na okoliczności dowodzące, że zaoferował on cenę rynkową (uczestnik konsorcjum - BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. wykonywał wcześniej usługi zmiatania po stawce zbliżonej do stawki w ofercie przystępującego);

2) wskazał na okoliczności pozwalające na zaoferowanie korzystniejszej - z punktu widzenia zamawiającego - ceny (dysponowanie bazą transportową na terenie Tychów, posiadanie własnej instalacji do przetwarzania odpadów, dysponowanie doświadczonym personelem, wdrożenie systemów zarządzania jakością oraz środowiskiem).

Zamawiający nie żądał w wezwaniu żadnej z powyższych informacji. Zaprezentowane przez przystępującego informacje stanowiły w stosunku do wezwania zamawiającego wartość dodaną - przystępujący nie musiał ich przedstawiać, aby można było uznać, że wyjaśnienia

z dnia 11 maja 2022 r. stanowią kompletną i wyczerpującą odpowiedź na wezwanie zamawiającego, a zamawiający nie miałby w takiej sytuacji podstaw do tego, aby odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Przystępujący udzielił informacji, o które zamawiający zwrócił się wprost do przystępującego, tzn. przedstawił szczegółowe kalkulacje (wraz z wyjaśnieniem poszczególnych założeń) odnoszące się do pozycji kosztorysu ofertowego o numerach 1, 2, 4 oraz 5. Przystępujący w pełni podtrzymuje informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2022 r., jak również w wyjaśnieniach z dnia 17 maja 2022 r. Jeśli chodzi o twierdzenie odwołującego, jakoby przystępujący nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów, to fakt ten nie może wywołać skutków oczekiwanych przez odwołującego. Po pierwsze, nie wszystkie twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny muszą być poparte dowodami. W ocenie przystępującego, elementy pozycji kosztorysu ofertowego, o

które dopytywał zamawiający w wezwaniu z dnia 6 maja 2022 r., zostały wyjaśnione za pomocą kalkulacji w sposób rzetelny, kompletny oraz usuwający wszelkie wątpliwości. Nie ma potrzeby przedkładania dalej idących dowodów - po pierwsze dlatego, że dotyczą one przede wszystkim kosztów pracy pracowników przystępującego (a nie np. kosztów pracy podwykonawców) oraz kosztów pracy sprzętu skierowanego do realizacji zamówienia, tj. kosztów, które przystępujący doskonale zna i jest w stanie je precyzyjnie oszacować (przystępujący realizował niniejsze zamówienie w ubiegłych latach). Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że konieczność przedstawienia dowodów wraz z wyjaśnieniami zaofiarowanej ceny pojawia się przede wszystkim tam, gdzie „znaczną część jest

pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców)”. W wypadku zamówienia będącego kanwą niniejszego postępowania odwoławczego tak nie jest - przystępujący wykona zadanie własnymi siłami, przy pomocy własnej kadry osobowej oraz bazy sprzętowej, bez konieczności nabywania przedmiotu zamówienia od podmiotów zewnętrznych. Po drugie, nie bez znaczenia pozostaje to, kto jest autorem wezwania do wyjaśnienia ceny oraz kto jest adresatem wyjaśnień stanowiących odpowiedź na tego typu wezwanie. Zamawiającego - Miejski Zarząd Ulic i Mostów - można uznać za profesjonalistę

w zakresie udzielanego zamówienia. Zgodnie ze statutem zamawiającego, MZUiM jest jednostką budżetową, której zadaniem jest sprawowanie zarządu nad drogami w imieniu Prezydenta Miasta Tychy. Do zadań MZUiM należy w szczególności opracowanie projektów planów utrzymania dróg oraz drogowych obiektów inżynierskich, utrzymanie nawierzchni dróg, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów. Mamy zatem do czynienia z podmiotem, który udziela zamówienia wynikającego

z jego działalności statutowej. Nie jest to zamówienie, które tylko pobocznie jest związane z działalnością zamawiającego - przeciwnie, zamawiający udziela zamówienia, które stanowi jednocześnie przypisane mu zadanie publiczne. Przystępujący wywodzi z tej okoliczności,

że zamawiający jest podmiotem, który posiada wiedzę i doświadczenie na równi z wykonawcami działającymi na rynku usług utrzymania czystości. W dalszej kolejności, przystępujący wywodzi stąd, że podmiot o tak sformułowanych kompetencjach i doświadczeniu jest w stanie, na podstawie przedłożonej mu kalkulacji ocenić, czy ma do czynienia z ofertą obciążoną ceną rażąco niską, czy też z ofertą zawierającą cenę rynkową. Inaczej bowiem powinny być sformułowane wyjaśnienia RNC w stosunku do zamawiającego, który nabywa usługi utrzymania czystości bez związku z własną działalnością statutową, a inaczej w stosunku do zamawiającego, który nabywa te usługi w ramach realizacji zadań publicznych.

Niezależnie od powyższego, zamawiający skorzystał z możliwości, tj. zwrócił się o przedłożenie dowodów na okoliczność twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Zamawiający w dniu 13 maja 2022 r. wezwał przystępującego do przedstawienia m. in. kosztów części ulegających zużyciu (szczotek), a przystępujący w dniu 17 maja 2022 r. takich informacji udzielił. Przystępujący na marginesie zaznacza, że czynność ponownego wezwania do wyjaśnienia ceny ofertowej nie była przedmiotem zarzutu ze strony odwołującego, w związku z czym nie może ona być aktualnie skutecznie zakwestionowana.

Następnie przystępujący odniósł się do poszczególnych twierdzeń odwołującego kwestionujących rzetelność kalkulacji przygotowanych przez przystępującego. Z uwagi na fakt, iż informacje te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie postępowania, przystępujący również zastrzegł powyższe dane jako tajemnicę przedsiębiorstwa na etapie postępowania odwoławczego, powołując się na uzasadnienie zaprezentowane w piśmie z dnia 11 maja 2022 r. oraz 17 maja 2022 r.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3).

Przystępujący neguje twierdzenia odwołującego. Przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując poszczególne przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności - wbrew temu, co twierdzi odwołujący - przystępujący zaznaczył, że zastrzegane informacje mają charakter organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą. Organizacyjny charakter kalkulacji cenowej - a co za tym idzie, wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji - przejawia się w metodyce budowania ceny ofertowej przyjętej przez przystępującego. Ujawnienie tych informacji doprowadzi do sytuacji, w której inni uczestnicy rynku poznają metodykę przygotowania kalkulacji ceny ofertowej, a to z kolei oznaczać będzie, że ci uczestnicy uzyskają nad przystępującym nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną. Niewątpliwie kalkulacja może stanowić tajemnicę

przedsiębiorstwa - jak wskazała Izba w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r.: „Zarówno sposób kalkulacji ceny, jak i poszczególne czynniki cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa”. Jednocześnie przystępujący nie może wykazać wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji w inny sposób niż oświadczając, że dana informacja taką wartość posiada. W dalszej kolejności przystępujący oświadczył także, że informacja nie jest podana do publicznej wiadomości w jakiegokolwiek formie i pod jakimkolwiek tytułem, informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są one łatwo dostępne dla takich osób. W ocenie przystępującego, takie oświadczenie jest w całości wystarczające dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest bowiem oczywistym, że tego typu informacje są ujawniane wyłącznie osobom przygotowującym oferty na potrzeby zamówień publicznych, a przystępujący czyni wysiłki, aby nie były one rozpowszechniane w niekontrolowany sposób. Przystępujący - w przeciwieństwie do twierdzeń odwołującego - nie był zobowiązany od przedkładania dokumentów wykazujących powyższe okoliczności. Zdaniem przystępującego, oświadczenie przystępującego co do poufności zastrzeżonych danych i podejmowaniu istotnych wysiłków organizacyjnych

i prawnych zmierzających do utrzymania poufności, jest wystarczające do „wykazania” skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, zarzut odwołującego jest bezpodstawny, a odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 3 odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych. Kosztorys ofertowy przystępującego w zakresie usług opisanych w pozycjach 1 (mechaniczne czyszczenie dróg - 2 razy w miesiącu), 2 (mechaniczne czyszczenie dróg - 4 razy w miesiącu), 4 (mechaniczne zmiatanie chodników i ścieżek rowerowych) i 5 (mechaniczne zmiatanie parkingów) wzbudził wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania. W związku z powyższym, zamawiający, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 6 maja 2022 r., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie istotnych części składowych ceny (dowód: pismo zamawiającego z dnia 6 maja 2022 r.).

W dniu 11 maja 2022 r. przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące części zaoferowanej ceny i dołączył do nich szczegółowe kalkulacje (dowód: wyjaśnienia przystępującego z dnia 11 maja 2022 r. wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa)).

Zamawiający powziął dalej idące wątpliwości dotyczące ceny oferty przystępującego, dlatego w dniu 13 maja 2022 r. wezwał przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących szczegółowych kalkulacji przedstawionych przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 maja 2022 r. Wątpliwości dotyczyły trzech kwestii, tj.:

- 1) jednostki obmiarowej zastosowanej przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny;
- 2) sprzętu uwzględnionego przy kalkulacji ceny oraz wydajności pracy zamiatarek;
- 3) ewentualnych nieprawidłowości w założeniach dotyczących kalkulacji usług mechanicznego zamywania chodników i ścieżek rowerowych oraz mechanicznego zamywania parkingów.

(dowód: pismo zamawiającego z dnia 13 maja 2022 r.).

W dniu 17 maja 2022 r. przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (dowód: wyjaśnienia przystępującego z dnia 17 maja 2022 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)).

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 7 pkt 29) poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunkiem zamówienia jest zatem wskazanie wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w punkcie 3.5. Warunkiem zamówienia jest dysponowania określonym sprzętem (zamiatarką) i realizacja tego zamówienia za pomocą tego sprzętu.

Przystępujący wskazał, w zakresie poz. 4 i 5 kalkulacji, że zamiatarka ma szerokość 1,6 m co z założeniem 6,8 km/h daje wynik 10 880 m²/h. Z danych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia - wskazanych także przez przystępującego wynika, iż ilość m² do zamywania

w skali miesiąca w pozycjach 4 i 5 wynosi 429 637 m². Dzieląc ilość m² do zamywania w skali miesiąca przez wydajność zamiatarki, na podstawie danych podanych przez przystępującego wychodzi, iż 429 637 m²/10 880 m²/h = 39,4886 h. Dzieląc tę wartość na zmiany wychodzi 15,79 zmiany - przy czym jest to praca samej zamiatarki. Jest to liczba godzin pracy samej zamiatarki w miesiącu. Natomiast biorąc pod uwagę wyjaśnienia przystępującego,

iż czynności obsługowe zajmują 30 minut na jedną zmianę to należy do tych godzin dodać jeszcze wartość 7,895 h. Zatem przy założeniach, jakie przystępujący przedstawił w swojej ofercie należy wskazać, iż liczba godzin zamiatarki (39,48 h) + czynności obsługowe (7,895 h) to liczba godzin w miesiącu wynosi 47,375 h, a nie jak wskazał przystępujący 31,25 h. Wartość godzin pracy samej zamiatarki można także, na podstawie założeń przyjętych przez przystępującego, uzyskać poprzez następujące wyliczenia:

- przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 13 maja 2022 r., wskazuje, że będzie zamywać zamiatarką PRONAR AGATA ZM-1600, gdzie wydajność zależna jest od prędkości zamywania (6 km-9 500 m²). Prędkość zamywania podana w wyjaśnieniu z 11 maja 2022 r., to 6,8 km, czyli na zmianę można pozamywać tylko 10 766,7 m². Biorąc pod uwagę ilość m² do zamywania w skali 1 miesiąca, czyli 429 637 m² (ilość do zamywania w m-cu): 10 766,7 m² (na zmianę) wychodzi 39 h, a nie jak podaje przystępujący 31,25 h. Nie ma zatem fizycznej możliwości, by przy założeniach przystępującego podanych do wyjaśnień (6,8 km/h i 1,6 m szerokości) uzyskać wartość 31,25 h. Jest to wartość niewystarczająca do realizacji tego zlecenia.

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych

Izba wskazuje, że co do zasady wezwanie zamawiającego w trybie ww. przepisu ma charakter jednokrotny. Jednakże w przypadku, w którym treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień wskazuje na nowe okoliczności, wcześniej nieznanne zamawiającemu, zamawiający ma prawo do kolejnego wezwania w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości zaistniałych

w związku z prowadzoną procedurą wyjaśnień. Jednakże procedura ta (powtórnego wezwania) - doznaje pewnego ograniczenia polegającego na zastrzeżeniu, że nie jest

dopuszczalne, aby wykonawca składający kolejne wyjaśnienia uzupełniał argumentację, zmieniał jej rozumienie, czy wręcz powoływał się na nowe okoliczności, względem pierwszych wyjaśnień składanych zamawiającemu.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż przystępujący wyjaśnieniami z dnia 17 maja 2022 r., dokonał zmiany wcześniej złożonych wyjaśnień (z 11 maja 2022 r.) i przyjętych do kalkulacji założeń, gdyż podał inne założenia dotyczące ceny oferty (jej istotnych części składowych), co stanowi niedopuszczalne uzupełnienie (zmianę) pierwotnie złożonych wyjaśnień. W konsekwencji, porównując te wyjaśnienia przyjmując można, że są one ze sobą sprzeczne i de facto nie jest pewnym, w jaki sposób przystępujący dokonał kalkulacji swojej oferty. Natomiast procedura wyjaśniania ceny w kontekście jej rażąco niskiego charakteru ma za zadanie jednoznaczne wyjaśnienie zamawiającemu prawidłowego jej skalkulowania i realności. Przystępujący nie sprostował temu obowiązkowi. Przystępujący swoimi wyjaśnieniami, pismem procesowym oraz stanowiskiem prezentowanym na rozprawie, za każdym razem rozbudowywał argumentację, powołując się za każdym razem na nowe elementy wyceny, wcześniej nie powoływane, w zależności od stanowiska strony przeciwnej. Tymczasem już na etapie składania wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku, przystępujący powinien przedstawić kompleksową argumentację, obejmującą wszystkie aspekty kalkulacji ceny oferty. Składanie takich wyjaśnień na późniejszym etapie uznać należy za spóźnione, w konsekwencji zamawiający powinien stwierdzić, że przystępujący nie wypełnił dyspozycji ww. przepisu, a co za tym idzie oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konsekwentnie zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba za niezasadne uznała stanowisko odwołującego, który w swojej argumentacji dotyczącej wydajności zamiatarek zamiennie powołuje parametry i wydajności, które dotyczą odpowiednio wydajności zamiatarek ulicznych oraz wydajności zamiatarek chodnikowych, z czego wywodził błędne wnioski. W powyższym zakresie należy w całości podzielić stanowisko przystępującego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2022 roku nie odniósł się kompleksowo do wezwania zamawiającego. Zamawiający w wezwaniu z dnia 6 maja 2022 r. wezwał bowiem przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty z uwzględnieniem istotnych części składowych, które miały znaczący wpływ na cenę ofertową (jako całości wynagrodzenia za świadczoną usługę). Tym samym przystępujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego powinien wyjaśnić cenę ofertową ze szczególnym uwzględnieniem pozycji 1, 2, 4 i 5 kosztorysu, które to pozycje budziły wątpliwości zamawiającego i przekraczały o ok. 37% zarówno wartość szacunkową zamówienia, jak

i średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach w sposób bardzo ogólny wskazał na czynniki, jakie jego zdaniem mają wpływ na zaoferowaną przez siebie cenę oraz przedstawił kalkulacje, w których dokonał wyliczenia odpowiednio dla poz. 1 i 2 oraz 4 i 5 kosztorysu.

O ile samo przedstawienie kalkulacji należy ocenić jako czynność prawidłową, to już samo uzasadnienie przyjętych w niej stawek należy ocenić negatywnie. Wskazać bowiem należy, iż instytucja RNC jest ustanowiona w celu zbadania przez zamawiającego czy ceny, które przyjął wykonawca do realizacji zamówienia nie są rażąco niskie, dumpingowe i czy pozwalają na prawidłową realizację zamówienia. W tym celu wykonawca, na wezwania zamawiającego, ma obowiązek wykazać, że ceny, które podał (np. w kalkulacji), po pierwsze dają się realnie wytłumaczyć oraz jakie czynniki inne niż powszechnie dostępne, znane i możliwe do zastosowania tylko wykonawcy, pozwalały na zaoferowanie przedstawionej ceny. Przystępujący nie wykazał natomiast jakie charakterystyczne i dedykowane tylko jemu czynniki miały wpływ i w jakim zakresie, na zaoferowane ceny. Sama kalkulacja przedstawia bowiem tylko założenia, jakie przyjął przystępujący - brak jest w niej najbardziej istotnego elementu związanego z wyjątkowością warunków świadczenia usługi jaka dostępna jest tylko przystępującemu. Dlatego też już tylko ten aspekt nie pozwala na przyjęcie, że wyjaśnienia wykonawcy były prawidłowe.

W zakresie wydajności zamiatarki i związanymi z tym wszystkimi elementami, tj. liczba godzin pracy, liczba zmian, prędkość pracy urzędnika, szerokość pracy, w zakresie pozycji

4 i 5 (zamiatanie chodników i parkingów) Izba w całości podziela stanowisko odwołującego, wraz z wycenieniami jakich dokonał odwołujący. Zamawiający opierając się o treść złożonych wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 roku nie miał żadnych podstaw prawnych oraz faktycznych, aby móc uznać te wyjaśnienia za prawidłowe. Przystępujący podał bowiem szerokość pracy urządzenia oraz jego prędkość, co nijak się miało do wskazanej przez siebie wydajności pracy. Okoliczność, iż przystępujący na kolejne wezwanie zamawiającego, wyjaśnieniami z dnia 17 maja 2022 roku, podał jakimi urządzeniami będzie wykonywał tę usługę uzależniając wydajność od prędkości pracy urządzenia pozostaje bez wpływu na ocenę, gdyż w pierwszych wyjaśnieniach przystępujący podał jaką prędkość uwzględnił do wycenien, w związku z czym tylko te dane są możliwe do przyjęcia. Następcze próby przystępującego zmiany tego oświadczenia przez wskazywanie, że do urządzenia mogą być dołożone szczotki boczne stanowią nieuprawnioną zmianę założeń przyjętych do wycenien przedstawionych zamawiającemu w dniu 11 maja 2022 roku, gdyż w wyjaśnieniach tych przystępujący nie odwoływał się do takiej możliwości. Dodatkowo podnieść należy, iż w ocenie Izby, szczotki boczne to jedynie akcesorium do zamiatarek ułatwiające dokładniejsze zmiatanie, jednak nie są to zamiatarki, a co za tym idzie nie można ich doliczać do podstawowej szerokości zmiatania.

Odnosząc się do cen paliwa czy wysokości kosztów pracy personelu to ceny jednostkowe przedstawione przez przystępującego wydają się realne, jednakże w kontekście niedoszacowania wartości oferty o odpowiednią liczbę godzin pracy sprzętu i obsługi, powoduje, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej.

Koszty wody, wycienienia odwołującego oparte o założenia przystępującego z kalkulacji są prawidłowe, skoro bowiem przystępujący przyjął mniejszą pojemność zbiornika na wodę to powinien przyjąć większą liczbę „kursów” w celu jej uzupełnienia - niedoszacowanie ceny ofertowej.

Koszty odpadów w zakresie poz. 1 i 2 kosztorysu.

Przystępujący w wyjaśnieniach z 11 maja 2022 roku podał cenę za 1 tonę zagospodarowania odpadów oraz podał ilość odpadów w stosunku miesięcznym. Do wyjaśnień tych żadnych dowodów nie przedstawił. Dopiero w ramach drugich wyjaśnień z dnia 17 maja 2022 roku, przedstawił dowody w postaci kopii faktur oraz umowy z firmą posiadającą stosowną do tych celów instalacją. O ile czynność uzupełnienia wyjaśnień należy w tym przypadku ocenić negatywnie o tyle same wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają prawidłowości przyjętych do kalkulacji założeń. Faktury nie dotyczą bowiem okresu letniego, a skoro przystępujący wskazuje, że ma bogate doświadczenie w świadczeniu tego typu usług (od 2009 roku), to miał możliwość przedłożenia faktur/rachunków za okresy właściwe dla tego zamówienia. W odniesieniu się do cen za 1 tonę widniejących na fakturach to stwierdzić należy, że nie korelują one z ceną podaną w kalkulacji załączonej do wyjaśnień, co oznacza, że wyjaśnienia te są nierzetelne, nie wiadomo w oparciu o jakie dane zostały sporządzone. Zdaniem Izby, w zakresie ilości odpadów jakie należało przyjąć do wyceny to ilość podana w dowodzie zgłoszonym przez odwołującego, który to dowód odnosi się do okresu letniego, za zeszły rok, czyli odpowiada zakresowi zamówienia, uznać należało za rozstrzygający w sprawie.

W zakresie elementów odwołania odnoszących się do opróżniania koszy ulicznych oraz zakup koszy, Izba przyjęła, iż dowody powoływane w tym zakresie przez odwołującego potwierdzają jedynie wysokość cen, jakie obowiązują na portalach aukcyjnych oraz wycenę własną, jaką przyjął w tym zakresie odwołujący, tym samym nie potwierdzają nierealności ceny zaproponowanej przez przystępującego.

Odnoszą się do wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Izba w całości podziela stanowisko odwołującego, uznając ją za własną. Jak zasadnie wskazał odwołujący informacje zawarte w złożonych dokumentach (załącznikach 1

i 2 do obu wyjaśnień) nie stanowią wartości gospodarczej, która jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykłym zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie przedstawił

w wyjaśnieniach żadnych informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych przedsiębiorstwa. Koszty pracy personelu w żaden sposób nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile jeszcze w określonych sytuacjach można przyjąć, że dane pracowników mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, bo np. są to pracownicy kluczowi i mogą zostać „podkupieni”, to samo zestawienie kosztów pracy, czyli wynagrodzenie kierowcy nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie

kwestia stawek kalkulacyjnych związanych z zagospodarowaniem odpadów dotyczących chociażby takich jak ilość zmiotek na kurs czy ilość kursów w miesiącu. Ponadto są to dane dotyczące tego konkretnego przedmiotu zamówienia, czyli nie mogą być wykorzystane do realizacji innego zamówienia, tym samym nie można ich uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie stanowią one wartości gospodarczej, bo wykonawca nie przedstawił żadnej informacji, która mogłaby zostać wykorzystana przez inne podmioty na rynku i dzięki którym ich pozycja na rynku uległaby zmianie. Wskazać również należy, że samo przedstawienie kalkulacji nie oznacza, że informacje te mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Kalkulację można zastrzec jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie w przypadku, gdy ma ona unikalny charakter. Natomiast w żadnych swoich wyjaśnieniach wykonawca nawet nie wskazał, że jego kalkulacja ma unikatowy charakter.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: