

Sygn. akt: KIO 3027/23

WYROK

z dnia 30 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez wykonawcę KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia:

- częściowo zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie, pomimo że wykonawca ten nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1233) przez uznanie za wykazane przez Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie, że informacje zawarte w piśmie z dnia 19 września 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcy KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku wszystkich załączników do protokołu z postępowania, tj. pisma Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie z dnia 19 września 2023 r.,

i nakazuje zamawiającemu – Miastu Olsztyn – Zarządowi Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – w zakresie części II zamówienia (Rejon 2) – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ujawnienie pisma wykonawcy Przedsiębiorstwo Utrzymywania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie z dnia 19 września 2023 roku i jego udostępnienie wykonawcy KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie (w wysokości 3/5 kosztów postępowania odwoławczego) i wykonawcę KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (w wysokości 2/5 kosztów postępowania odwoławczego) :

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 552 zł 00 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) uiszczone przez wykonawcę KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby oraz kwoty: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 625,21 zł (słownie: sześćset dwadzieścia pięć złotych dwadzieścia jeden groszy), uiszczone przez zamawiającego – Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – tytułem – odpowiednio – wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,

3.2. zasądza od zamawiającego – Miasta Olsztyn – Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – na rzecz wykonawcy KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku kwotę 9 801 zł 12 gr (słownie: dziewięć tysięcy osiemset jeden złotych dwanaście groszy), stanowiącą różnicę poniesionych przez strony postępowania kosztów postępowania odwoławczego wobec kosztów, którymi zostały obciążone.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Olsztyn – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 października 2023 r. wykonawca KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PUC M. J. (zwanego dalej „PUC” lub „przystępujący”) w części II Zamówienia (Rejon 2),
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PUC, pomimo że podlegał on wykluczeniu, gdyż: wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (w zakresie pojazdów wymaganych w Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a specyfikacji warunków zamówienia – SWZ), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także - z ostrożności - pomimo wypełnienia czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.

względnie:

- 4) zaniechania wezwania wykonawcy PUC, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia podmiotowych środków dowodowych spełniających warunek udziału w postępowaniu Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, gdyż te przedstawione w wykazie usług składanym na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu

względnie:

- 5) zaniechanie wezwania wykonawcy PUC do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., w zakresie podmiotowych środków dowodowych - pojazdów wymienionych w wykazie usług (załącznik nr 11 do SWZ), tj. jaki jest typ pojazdów marki Volkswagen oraz czy są one przystosowane do podłączenia sprzętu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 2 lit. b-d SWZ
- 6) zaniechanie przekazania odwołującemu pisma PUC z dnia 19.09.2023 r., dotyczącego zastosowanego przez wykonawcę selfcleaningu, przy założeniu, że wykonawca ten dołączył je do JEDZ,

względnie:

- 7) zaniechanie odtajnienia pisma PUC z dnia 19.09.2023 r., pomimo że informacje w nim zawarte pozbawione są co do zasady charakteru chronionych tajemnicą przedsiębiorstwa, względnie z tego powodu, że wykonawca PUC nie wykazał podstaw objęcia informacji określonych w piśmie z 19.09.2023 r., ochroną, o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PUC, pomimo że wykonawca nie sprostował ciężącemu na nim obowiązкови udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w szczególności złożył wyjaśnienia nieprzekonujące i niepoparte dowodami,
- 2) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie za wykazane przez PUC, że informacje zawarte w piśmie z dnia 19.09.2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że wprowadził od w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, a z ostrożności także - pomimo wypełnienia czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p.,
- 4) art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunek określony w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, gdyż pojazdy Volkswagen, przedstawione w wykazie usług (pkt 4-6 wykazu w wierszu pierwszym) składanym na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu,

5) art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wszystkich załączników do protokołu z postępowania, tj. pisma PUC z dnia 19.09.2023 r.

Ze względu na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu niezwłocznego udzielenia odpowiedzi na pytania i złożenie do akt KIO dokumentów, o które wnioskował odwołujący pismem z dnia 3.10.2023 r. tj.:

Czy były nałożone kary umowne na wykonawcę PUC M. J., Pawia 9, 11-041 Olsztyn? Jeśli tak, to należy przesłać pisma, z których wynikały przyczyny nałożenia tych kar na Wykonawcę PUC M. J., Pawia 9, 11-041 Olsztyn. Czy Zamawiający kierował pisemne zastrzeżenia do

Wykonawcy PUC M. J., Pawia 9, 11-041 Olsztyn dotyczące sposobu, jakości świadczonej usługi? Jeśli tak, to należy przesłać pisma zamawiającego oraz dokumenty złożone przez wykonawcę PUC M. J., Pawia 9, 11-041 Olsztyn w odpowiedzi na pismo.

3) nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PUC M. J.
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy PUC M. J. z powodu rażąco niskiej ceny oraz wykluczenia wykonawcy PUC M. J. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.
- c) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania z lit. b powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego:
 - 1) wezwania wykonawcy PUC podmiotowych środków dowodowych spełniających warunek udziału w postępowaniu Rozdział VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, gdyż te przedstawione w wykazie usług składanym na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu
 - 2) odtajnienia pisma wykonawcy PUC M. J. z dnia 19.09.2023 r.
 - 4) obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która, sklasyfikowała się na 2 miejscu, po ofercie złożonej przez PUC. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy P.z.p. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę,

odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 12 października 2023 roku zamawiający zmienił zakres zaskarżonych czynności zawartych w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia dzisiejszego w taki sposób, że w miejsce czynności wymienionych w pkt 6 i 7 petitum odwołania, zaskarża:

- 6) odmowę odtajnienia pisma PUC z dnia 19.09.2023 r., wyrażoną przez zamawiającego w piśmie z dnia 12.10.2023 r., pomimo, że informacje zawarte w piśmie PUC z dnia 19.09.2023 r. pozbawione są co do zasady charakteru chronionych tajemnic przedsiębiorstwa, względnie z tego powodu, że wykonawca PUC nie wykazał podstaw objęcia informacji określonych w piśmie z 19.09.2023 r., ochrona o której mowa w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., czym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie za wykazane przez PUC, że informacje zawarte w piśmie z dnia 19.09.2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20 października 2023 roku Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał zamawiającego do: „przesłania do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzi na odwołanie wraz z ustosunkowaniem się do zarzutów, żądań i wniosków dowodowych zawartych w odwołaniu oraz jednoczesnego przekazania odpisu odpowiedzi na odwołanie z załącznikami pełnomocnikowi odwołującego, w terminie do dnia 25 października 2023 roku, godz. 12.00.”

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2023 roku zamawiający wskazał, co następuje:

„W odpowiedzi na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej do ustosunkowania się do wniesionego odwołania w sprawie KIO 3027/23, Zamawiający oświadcza, że po zapoznaniu się z jego treścią nie znajduje podstaw do uwzględnienia wniesionego w sprawie odwołania i kwestionuje w całości zawarte tam ustalenia.

Odwołujący nie wykazał, by działania Zamawiającego były sprzeczne z prawem. Wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu w szczególności wykazał, że prawidłowo dokonał kalkulacji ceny ofertowej a ocena jego wyjaśnień nastąpiła również z uwzględnieniem faktu, że wybrany wykonawca od wielu lat świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia, w tym także na rzecz Zamawiającego. Wybrany wykonawca złożył wymagane w

SWZ dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a dokonane oświadczenie, w zakresie tzw. self cleaning - w kontekście rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie KIO 3090/20 z odwołania wniesionego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana w niniejszym postępowaniu - miało poboczne znaczenie w prowadzonym postępowaniu. Jednocześnie dane tam zawarte spełniały przesłanki do uznania przedłożonych dokumentów, za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy Zamawiający wnosi o oddalenie wniesionego odwołania w całości.

Jednocześnie oświadczam, że niniejsze pismo zostało przesłane Pełnomocnikowi Odwołującego.”

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 26 października 2023 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości wobec braku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie na zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024.

Zamówienie udzielane jest w trybie podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 2 ustawy P.z.p..

Zamawiający w rozdz. VII SWZ przewidział następujące przesłanki wykluczenia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;
- 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów,
- 3) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- 4) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia

W terminie składania ofert, na część II, wpłynęły oferty dwóch wykonawców, z następującymi cenami brutto:

- 1) przystępujący: 643 565,00 zł
- 2) odwołujący: 795 482,21 zł

Dowód: protokół postępowania

Zamawiający poinformował, że przeznaczył na realizację zamówienia 935 000,00 zł brutto.

Dowód: informacja z otwarcia ofert z 4 września 2023 roku

Zamawiający pismem z dnia 09 września 2023 r. wezwał przystępującego do złożenia m.in. JEDZ-a oraz podmiotowych środków dowodowych.

Dowód: pismo z dnia 9 września 2023 roku

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie złożył wymagane dokumenty. Z JEDZ z części C wynikało, że wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub

wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Jednocześnie wykonawca poinformował, że przedsięwziął środki mające na celu samooczyszczenie i poinformował, że szczegóły opisane są w

załączniku do JEDZ – w piśmie z dnia 19 września 2023 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód: JEDZ złożony przez przystępującego

Uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, co następuje:

[1] Na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („Pzp”) zastrzegam informacje zawarte w przekazanej Zarządowi Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie („ZDZiT”) treść niniejszego uzasadnienia oraz informacje zawarte w piśmie Wykonawcy z dnia 19 września 2023 roku złożone w Postępowaniu w całości, w szczególności: wszelkie okoliczności realizacji spornych umów w tym informacje dotyczące postępowań sądowych oraz postępowania odwoławczego toczących się pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym, jak również wskazane rozwiązania organizacyjne wprowadzone w przedsiębiorstwie Wykonawcy opisane w piśmie z 19 września 2023 r. Informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ZNK”) i nie mogą być udostępniane do publicznej wiadomości.

[2] Zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy ZNK, aby informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa: po pierwsze – informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, posiadających wartość gospodarczą. Po drugie – informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie - uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Tym samym, sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć.

[Informacje mają charakter organizacyjny, posiadają wartość gospodarczą]

[3] Na bazie opisanych przez Wykonawcę rozwiązań organizacyjnych i kadrowych wprowadzonych w przedsiębiorstwie w celu jego usprawnienia i utrzymania wysokiej jakości świadczonych usług, Wykonawca prowadzi stałe działania rynkowe. Opisane rozwiązania organizacyjne przedsiębiorstwa, stosowane są zarówno podczas ofertowania, jak i na etapie realizacji zamówienia. Rozwiązania organizacyjne w PUC, Wykonawca wypracował po przeprowadzeniu licznych audytów z dotychczas realizowanych umów na rzecz ZDZiT, organizując szkolenie pracowników oraz wprowadzając Regulamin i powołując Kontrolera jakości, jak również konsultując kwestię kierunków usprawnienia przedsiębiorstwa z zewnętrznymi specjalistami, za które Wykonawca zapłacił wymierną cenę. Informacje te mają charakter organizacyjny, wynikają wysiłku jaki złożył w usprawnienie przedsiębiorstwa, wprowadzenie konkretnych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how.

[4] Z kolei ujawnienie informacji o szczegółach sporów z Zamawiającym, (w tym okoliczności realizacji spornych umów, szczegółowych opisach stanów faktycznych spraw, informacje dotyczące toczących się postępowań sądowych wszczętych w efekcie realizacji spornych umów), może stanowić zagrożenie dla interesów przedsiębiorcy poprzez między innymi osłabienie jego wiarygodności i renomy rzetelnego Wykonawcy na rynku, co w konsekwencji może rzutować na utratę zaufania wśród dotychczasowych kontrahentów lub potencjalnych kontrahentów. Informacje te z łatwością mogą zostać wykorzystane w sposób nieuprawniony przez konkurencję Wykonawcy, przekazane innym podmiotom w formie tzw. „czarnego PR” w celu wykreowania negatywnego wizerunku konkurenta. Ponadto renoma danego Wykonawcy jest istotna przy zatrudnianiu pracowników, którzy nie chcą podejmować współpracy z nierzetelnymi firmami.

[5] Zatem ograniczenie dostępu do przedmiotowych informacji ma na celu przeciwdziałanie nieuczciwej konkurencji.

Informacje te, są niezwykle istotne z punktu widzenia funkcjonowania Wykonawcy i posiadają istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom Wykonawcy, może doprowadzić do ich powielenia lub rozpowszechnienia przez innych oferentów i utraty znacznej ilości przychodów Wykonawcy. Zatem zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny oraz posiadającą dla Wykonawcy znaczną wartość gospodarczą, stanowiąc o jego pozycji na rynku.

[Informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób]

[6] W zakresie ziszczenia się drugiego warunku należy podnieść, iż zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono współpracowników Wykonawcy uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy. Niewątpliwie, informacje te nie są powszechnie dostępne i nie jest możliwe uzyskanie wiedzy na temat kontrahentów Wykonawcy. Wykonawca w ramach prowadzonej działalności stosuje i zachowuje politykę poufności informacji, dbając.in. o zawieranie z współpracownikami odpowiednich klauzul poufności. Tak więc niewątpliwym jest, iż Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą tego szczególnego charakteru, charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji.

[7] Konieczne jest również wskazanie na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2003 roku (sygn. akt IV CKN 211/01) zgodnie z którym „informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań” oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 roku (sygn. akt I CKN 89/01) zgodnie z którym „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozumieć należy m.in. informacje handlowe nie ujawnione do wiadomości publicznej, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności”.

[Uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności]

[8] W zakresie ziszczenia się trzeciego warunku należy zauważyć, iż na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) dana informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega jakiegokolwiek wątpliwości, że Wykonawca

podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności poprzez niniejsze zastrzeżenie. Co więcej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za prawidłowe, bowiem zostało dokonane w momencie składania pisma z 19 września 2023 r., jak również w tym samym czasie uzasadniono dokonanie tego typu czynności. Działaniami podjętymi przez Wykonawcę spełniającymi trzeci ustawowy warunek było również zawarcie umów o poufności z współpracownikami, jak również przedmiotowe zastrzeżenie.

[9] Resumując – informacje objęte zastrzeżeniem posiadają wartość gospodarczą i organizacyjną oraz nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Ponadto nie są one łatwo dostępne dla takich osób, ponieważ Wykonawca podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Przy czym zgodnie z ustawą ZNK ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa naraża na odpowiedzialność odszkodowawczą, jak również sankcje karne.

Dowód: pismo z 19 września 2023 roku

W dniu 18 września 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień pismem następującej treści:

Na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zawiadamiamy, iż cena oferty złożonej w postępowaniu na realizację zadania pn.: „Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024” Część II wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu i wartości zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wobec powyższego, Zamawiający żąda wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w szczególności w zakresie:

1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw,

usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

2) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez

wykonawcę;

3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do

ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o

minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach

dotyczących pomocy publicznej;

5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 21.09.2023 r.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym

terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Dowód: pismo zamawiającego z 18 września 2023 roku

W odpowiedzi na wskazane wyżej pismo przystępujący pismem z dnia 21 września 2023 roku udzielił następującej odpowiedzi:

Działając w imieniu własnym w odniesieniu do wezwania Zarządu Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie wskazuję, że zaofferowana cena 643565,00 złotych brutto oferty obejmuje wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego utrzymania chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie zimowym 2023/2024 zgodnie z wymogami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym Opisie Przedmiotu Zamówienia, Standardach Zimowego Utrzymania Ulic i Wzorze umowy. Cena oferty wynika przede wszystkim z posiadania własnego zaplecza technicznoorganizacyjnego, preferencyjnych cen piasku (1), wykonania zamówienia własnymi siłami (własnym zapleczem osobowym) oraz osobistej realizacji zamówienia (2), sposobu realizacji zamówienia (3), doświadczenia w realizacji zimowego utrzymania na rzecz ZDZiT w poprzednich latach i niskiej marży Wykonawcy (4).

[2] Dodatkowo w cenę oferty zostało również w kalkulowane ryzyko związane z realizacją zamówienia (5% rezerwy finansowej, która może być wykorzystana w przypadku pojawienia się konieczności nagłego zwiększenia zaplecza kadrowego lub innych nieprzewidzianych na etapie składania oferty kosztów).

[3] Oferowana cena wykonania przedmiotu umowy została rzetelnie skalkulowana, jest realna, uwzględnia zysk Wykonawcy oraz w żaden sposób nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych.

[4] W ramach wyjaśnień Wykonawca przedstawi czynniki wpływające na cenę oferty:

- posiadanie własnego zaplecza techniczno-organizacyjnego, preferencyjnych cen piasku [pkt 1]
- wykonanie zamówienia własnymi siłami (własnym zapleczem osobowym) oraz osobistej realizacji zamówienia [pkt 2]
- sposób realizacji zamówienia [pkt 3]
- niska marża Wykonawcy oraz doświadczenie Wykonawcy w realizacji prac związanych z zimowym utrzymaniem miasta [pkt 4]

1. WŁASNE ZAPLECZE TECHNICZNO-ORGANIZACYJNE, PREFERENCYJNE CENY PIASKU

[5] Wykonawca posiada własne zaplecze techniczno-organizacyjne do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami wykonania zamówienia, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów najmu sprzętu, pomieszczeń magazynowych lub bazy logistycznej, w tym kontekście należy podkreślić, że:

[6] [własna baza logistyczna, warsztat serwisowy i magazyn] Po pierwsze - Wykonawca posiada własną bazę logistyczną, jak również warsztat serwisowy oraz powierzchnię magazynową o łącznej pow. 506 m², co pozwala składować materiały uszorstniające zgodnie z wymogami SWZ (wielokrotnie kontrolowane przez Zamawiającego w zw. z realizacją uprzednich zamówień). Lokalizacja przedsiębiorstwa w pobliżu rejonu objętego zamówieniem pozwala na szybki dojazd sprzętu i pracowników na miejsce realizacji zadania oraz optymalizację kosztów związanych z dojazdem.

[7] [własny sprzęt wyposażony w GPS] Po drugie – Wykonawca dysponuje własnym profesjonalnym sprzętem do prawidłowego wykonania umowy oraz w pełni zaopatrzonym zapleczem serwisowym. Do realizacji przedmiotowego zamówienia Wykonawca zamierza przeznaczyć posiadany sprzęt z powodzeniem wykorzystywany w uprzednim sezonie zimowym, w większej liczbie niż wymagany przez Zamawiającego w SWZ m.in:

- ciągnik Solis (1 sztuka)
- ciągnik ISEKI TXG 237 (1 sztuka)
- Stiga Park (2 sztuki)
- Volkswagen 3000kg (1 sztuka)
- Volkswagen 2350kg (1 sztuka)
- Volkswagen 2205kg (1 sztuka)
- pługi lemieszowe przeznaczone do odśnieżania chodników, ciągów pieszych, pieszorowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczone na nośnikach mechanicznych (6 sztuk)
- szczotki przednie obrotowe mechaniczne do zmiatania świeżego śniegu z chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczone na nośnikach mechanicznych (6 sztuk)

- posypywarki mechaniczne zespolone / doczepne do nośnika mechanicznego (6 sztuk)

[8] Dodatkowo z uwagi na wcześniejszą realizację zamówień publicznych dot. zimowego utrzymania na rzecz ZDZIT w Olsztynie, Wykonawca posiada niezbędne środki ochrony osobistej, zaś wszystkie pojazdy posiadają wymagane w SWZ GPS (wielokrotnie kontrolowane przez Zamawiającego w zw. z realizacją uprzednich zamówień). Nowoczesne sprzęty i pojazdy jakimi dysponuje Wykonawca, są efektywne i pozwalają na sprawne wykonanie zlecenia przy ich użyciu (ograniczając prace ręczne do miejsc niezbędnych), które zgodnie ze Standardami Zimowego Utrzymania Ulic winno być zakończone w przeciągu 4 godzin.

Dowód:

- Ewidencja środków trwałych Wykonawcy dedykowanych do realizacji zamówienia [Załącznik nr 1]

[9] [zapasy magazynowe piasku, preferencyjne ceny nabycia] Po trzecie – Wykonawca posiada zgromadzone zapasy materiałowe (piasek) jakie pozostały mu z poprzedniego sezonu zimowego.

Dodatkowo Wykonawca jeszcze przed rozpoczęciem sezonu zimowego 2023/2024 nabył 233 tony piasku do posypywania nawierzchni wymaganego w SWZ po preferencyjnej cenie (15 zł netto za 1 tonę, cena uwzględnia wynegocjowany 15% rabat). Co więcej w przypadku

zwiększonego zapotrzebowania na piasek Wykonawca uzyskał zapewnienie, iż cena ta zostanie utrzymana w sezonie zimowym 2023-2024, otrzymując ofertę dostawcy.

Dowód:

- FV VAT nr 78/2023 z 31 sierpnia 2023 r. [Załącznik nr 2]
- Oferta cenowa [Załącznik nr 3]

[10] Własne zaplecze techniczno–organizacyjne, w tym nowoczesne urządzenia i specjalistyczne pojazdy wyposażone w GPS oraz posiadane zasoby materiałowe (piasek) i wynegocjowane preferencyjne ceny nabycia kruszywa istotnie wpływa na obniżenie kosztów związanych z realizacją usługi, a tym samym pozwala zyskać Wykonawcy przewagę nad konkurencją.

2. WYKONANIE ZAMÓWIENIA WŁASNYMI SIŁAMI (WŁASNYM ZAPLECZEM OSOBOWYM) ORAZ OSOBISTA REALIZACJA ZAMÓWIENIA

[11] [własne zasoby osobowe] Znaczącym czynnikiem cenotwórczym oferty są koszty osobowe.

Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia przy wykorzystaniu własnego personelu, posiadającego wieloletnie doświadczenie przy realizacji usług związanych z zimowym utrzymaniem miasta.

Wykonawca do realizacji zamówienia zamierza wyznaczyć 18 pracowników, w systemie rotacyjnym. Bazując na dotychczasowym doświadczeniu Wykonawcy, do standardowej realizacji zlecenia Zamawiającego obejmującego najczęściej występujące prace zlecane łącznie tj.:

- odśnieżenie i posypanie piaskiem chodnika (1)
- odśnieżenie i posypanie piaskiem przejść dla pieszych (2)
- odśnieżenie i posypanie ciągu pieszo-rowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi (3) należy skierować 8-10 pracowników. Finalna liczba pracowników skierowana do danego zlecenia, dostosowana zostanie do warunków jego realizacji (intensywności oraz wielkości opadów śniegu, który należy odśnieżyć, śliskości nawierzchni, obszaru złodowacenia itp.) i może zostać zwiększona. W cenie oferty został uwzględniony udział dodatkowego Kontrolera jakości świadczonych usług. Ponadto w przypadku bardzo intensywnej

zimy lub innych nieprzewidzianych zdarzeń, Wykonawca posiada rezerwę finansową (5%), która może być wykorzystana w celu zwiększenia zaplecza osobowego.

[12] Wykonawca zatrudnia wszystkich pracowników dedykowanych do realizacji zamówień publicznych w oparciu o umowy o pracę, zgodne z przepisami prawa pracy, w tym przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz wymogami SWZ. Wykonawca stale świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, umowy zawierane przez Wykonawcę z pracownikami (bieżące oraz z poprzednich lat) były wielokrotnie były przez Zamawiającego kontrolowane i są w jego posiadaniu, a każda z kontroli przebiegała bez zarzutów. Świadczą o tym wystawione Wykonawcy referencje z realizacji zamówień zw. z zimowym utrzymaniem z lat 2017-2023.

Dowód:

- referencje Wykonawcy wystawione przez ZDZIT w Olsztynie [Załącznik nr 4]

[13] [osobiste wykonanie usługi z uwagi na jej specyfikę i konieczność szybkiego reagowania na warunki pogodowe] Wykonawca zamierza osobiście uczestniczyć w całej realizacji zamówienia, w szczególności sprawować dyżury, kierować pracami, sprawować nadzór nad jakością świadczonych usług – zgodnie ze sprawdzonym już modelem realizacji zleceń przy poprzednich umowach na zimowe utrzymanie. Decyzja Wykonawcy podyktowana jest specyfiką świadczenia usługi w tym koniecznością szybkiego reagowania na warunki pogodowe. Stąd też Wykonawca w celu zachowania najwyższych standardów realizacji zamówienia zamierza wykonać je osobiście.

[14] [Wykonawca jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca pracowników nie podlega przepisom ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę]. Praca Wykonawcy jako właściciela firmy, nie jest oceniana ani rozliczana w kategoriach roboczo-godzin, nie podlega również ewidencji czasu pracy. Dążąc do utrzymania zatrudnienia oraz rentowności firmy w dłuższej perspektywie niejednokrotnie Wykonawca wykonuje pewne czynności, nawet jeśli nie przynoszą mu one dużego bezpośredniego zysku. Czas pracy Wykonawcy jest bowiem inwestycją w kondycję finansową firmy, co przekłada się również na późniejszą wartość firmy (np. posiadanie wymaganego doświadczenia umożliwiającego udział w niektórych postępowaniach). Osobiste wykonywanie części prac przez Wykonawcę pozwala na obniżenie kosztów pracy, co z kolei stanowi element oszczędności metody wykonywania

zamówienia. Stosownie do treści art. 1 ust. 1b lit. a i b ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę przewidziane treścią ustawy obowiązki w zakresie ustalenia i wypłaty minimalnego wynagrodzenia godzinowego, oprócz pracownika, dotyczą jedynie (a) osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą zarejestrowaną w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub państwem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, niezatrudniającej pracowników lub niezawierającej umów ze zleceniobiorcami albo (b) osoby fizycznej niewykonującej działalności gospodarczej, która przyjmuje zlecenie lub świadczy usługi na podstawie umów zlecenia lub umowy o świadczenie usług, na rzecz przedsiębiorcy albo na rzecz innej jednostki organizacyjnej, w ramach prowadzonej przez te podmioty działalności. Zakres osób prowadzących działalność gospodarczą, do których mają zastosowanie przepisy ustawy dotyczące obowiązku zapewnienia minimalnej stawki godzinowej, został zatem ograniczony podmiotowo wyłącznie do osób fizycznych niezatrudniających pracowników lub zleceniobiorców. Wobec powyższego, Wykonawca jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca pracowników nie podlega przepisom ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

[15] W efekcie posiadanie własnego zaplecza osobowego znacznie obniża koszty realizacji zadania m.in. z uwagi na zastosowanie systemu rotacyjnego pracowników, jak również osobiste wykonywanie usługi przez Wykonawcę, pozwala zyskać PUC przewagę nad konkurencją, zapewniając przy tym zysk przedsiębiorcy oraz godny zarobek pracownikom.

3. SPOSÓB REALIZACJI ZAMÓWIENIA – RÓWNOLEGLE WYKONYWANIE USŁUG W BLISKIM OBSZARZE

[16] Wykonawca świadczy aktualnie również inne usługi na rzecz Zamawiającego:

- umowa nr 2520.35.2021 na oczyszczanie pasa drogowego (w posiadaniu ZDZiT)
- umowa nr 2520.40.2021 na utrzymanie przystanków komunikacji miejskiej (w posiadaniu ZDZiT)

Realizowanie usług w bliskiej odległości pozwala zoptymalizować koszty związane z rotacyjnym systemem zarządzania pracownikami i ich przewozem, wywozem oraz logistyką materiałów i sprzętu. Koszty związane z przejazdem oraz wywozem i dowozem materiałów i sprzętu rozłożą się na zamówienia realizowane w tym samym czasie. Pozwoli to zoptymalizować koszty oraz czas niezbędny na ich wykonanie.

[17] Dzięki tej metodzie optymalizacji zarządzania zasobami ludzkimi i technicznymi Wykonawca jest w stanie poczynić oszczędności, co przekłada się na uzyskanie przewagi nad konkurencją.

4. NISKA MARŻA WYKONAWCY I DOŚWIADCZENIE WYKONAWCY W REALIZACJI PRAC ZWIĄZANYCH Z ZIMOWYM UTRZYMANIEM MIASTA

[18] [niska marża wykonawcy] Wykonawca również przed złożeniem oferty dokonał analizy rynku i przeszedł ceny oferowane przez konkurencję w analogicznych przetargach. Nie ulega wątpliwości, iż realizacja zamówienia na rzecz Zamawiającego jest pożądaną referencją, stąd decyzja Wykonawcy o zastosowaniu niskiej marży w wysokości 10%. Jest to marża, która kształtuje się w dolnych granicach standardowych marż, jakie wykonawcy zakładają podczas kalkulacji oferty.

[19] [doświadczenie wykonawcy w realizacji prac związanych z zimowym utrzymaniem miasta]

Wykonawca w sezonach 2021-2023 realizował tożsame usługi na rzecz ZDZiT w Olsztynie. Przygotowując ofertę, Wykonawca zaktualizował ceny jednostkowe, podwyższając je proporcjonalnie.

Przystępujący w wyjaśnieniach zamieścił tabelę, w której porównał ceny jednostkowe zaoferowane w aktualnym postępowaniu z cenami, według których realizowana była tożsama umowa w latach 2021-2023 i stwierdził, iż wzrosły one o 19% (odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 mb chodnika, odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 m² ciągu pieszorowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi), 11% (odśnieżenie 1 mb chodnika, odśnieżenie 1 m² ciągu pieszorowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi), 73% (posypanie piaskiem 1 mb

chodnika, posypanie piaskiem 1 m² ciągu pieszo-rowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi (posypanie piaskiem 1 mb, chodnika, posypanie piaskiem 1 m² ciągu pieszo-rowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi), 250% (odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 szt. przejścia dla pieszych, odśnieżenie 1 szt. przejścia dla pieszych, posypanie piaskiem 1 szt. przejścia dla pieszych).

Dodatkowo, bazując na doświadczeniu przy realizacji tożsamej umowy, przystępujący wskazał, że obliczył następujący koszt 1 zlecenia (z uwzględnieniem prac zleczanych łącznie):

- odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 mb chodnika, odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 szt. przejścia dla pieszych, odśnieżenie i posypanie piaskiem 1 m², ciągu pieszo-rowerowego

oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi: wartość 1 zlecenia w aktualnej ofercie: 20805,25, wartość 1 zlecenia w latach 2021-2023: 17146,61, różnica w wartości 1 zlecenia: 21%,

- odśnieżenie 1 mb chodnika, odśnieżenie 1 szt. przejścia dla pieszych, odśnieżenie 1 m² ciągu pieszo-rowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi: wartość 1 zlecenia w aktualnej ofercie: 16762,60, wartość 1 zlecenia w latach 2021-2023: 14721,38, różnica w wartości 1 zlecenia: 14%,
- posypanie piaskiem 1 mb chodnika, posypanie piaskiem 1 szt. przejścia dla pieszych, posypanie piaskiem 1 m² ciągu pieszo-rowerowego oraz schodów na terenach poza pasami drogowymi: wartość 1 zlecenia w aktualnej ofercie: 15954,79, wartość 1 zlecenia w latach 2021-2023: 9062,51, różnica w wartości 1 zlecenia: 76%.

W dalszej części wyjaśnień przystępujący wskazał, co następuje:

[22] Wykonawca pragnie również zaznaczyć, iż oferta Wykonawcy PUC jest jedynie o 19% niższa niż oferta kolejnego Wykonawcy - KOMA Białystok S.A., która do tej do pory nie realizowała żadnego zamówienia na zimowe utrzymanie miasta w Olsztynie.

[23] Reasumując: wskazane w niniejszym piśmie warunki i okoliczności realizacji zamówienia (posiadanie własnego zaplecza techniczno-organizacyjnego, preferencyjne ceny piasku (1), wykonanie zamówienia własnymi siłami (własnym zapleczem osobowym) oraz osobistej realizacji zamówienia (2), sposób realizacji zamówienia (3), doświadczenie w realizacji zimowego utrzymania na rzecz ZDZiT w poprzednich latach i niska marża Wykonawcy (4)), jak również przedstawione na ich poparcie dowody, potwierdzają, iż zaoferowana cena uwzględniająca wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ pozwala osiągnąć Wykonawcy godziwy zysk.

[24] Wykonawca traktuje priorytetowo przedmiotowe postępowanie i doloży wszelkich starań, aby zrealizować zamówienie należycie.

Dowód: pismo z 21 września 2023 roku

Zamawiający postawił w Rozdziale VIII SWZ warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W tym zakresie zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że: (...)

2) dysponuje następującym sprzętem:

- a) Pojazdy o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośnik mechaniczny, do którego umieszczany będzie sprzęt, o którym mowa w pkt b, c, d) – 6 szt;
- b) Pługi lemieszowe – przeznaczone do odśnieżania chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczonych na nośnikach mechanicznych – 6 szt;
- c) Szczotki przednia obrotowa mechaniczna – do zamywania świeżego śniegu z chodników, ciągów pieszych, pieszo-rowerowych oraz ścieżek rowerowych umieszczona na nośniku mechanicznym – 6 szt;
- d) Posypywarki mechaniczne – zespolone lub doczepne do nośnika mechanicznego – 6 szt. (nośnik musi spełniać warunek nie przekraczania masy całkowitej wraz z materiałem uszorstniającym 3,3 Mg).

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia

W odpowiedzi na pytanie drugie do SWZ z dnia 29 sierpnia 2023 roku zamawiający stwierdził, że dopuszcza użycie samochodów dostawczych jako nośnika np. pługów odśnieżnych przy zachowaniu warunków opisanych w załączniku minimalne wymagania sprzętowe.

Dowód: pismo z dnia 29 sierpnia 2023 roku

Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego, złożył wykaz sprzętu (załącznik nr 11 do SWZ), z którego wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania pojazdów o masie całkowitej nie przekraczającej 3,3 Mg (nośników mechanicznych, do których umieszczany będzie sprzęt, o którym

mowa powyżej od b-d) wykazał, że dysponuje:

- 1) Ciągnik Solis 1420 kg x 1 szt
- 2) Ciągnik ISEKI TXG 237 1120 kg x 1 szt
- 3) Stiga Park 285 x 2 szt
- 4) Volkswagen 3000 kg x 1 szt
- 5) Volkswagen 2350 kg x 1 szt
- 6) Volkswagen 2205 kg x 1 szt

Dowód: wykaz sprzętu przystępującego

W dniu 2 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie II części (rejon 2) oferty złożonej przez przystępującego.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 października 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie określonym w punkcie 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

W pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za częściowo uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z 224 ust. 5 i 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 6, 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. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego w dniu 21 września 2023 r. nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. posiadanie własnego zaplecza technicznoorganizacyjnego, preferencyjne ceny piasku, wykonanie zamówienia własnymi siłami (własnym zapleczem osobowym) oraz osobista realizacja zamówienia, sposób realizacji zamówienia, doświadczenie w realizacji zimowego utrzymania na rzecz ZDZiT w poprzednich latach i niska marża wykonawcy. Przystępujący jednakże nie wykazał, o ile umożliwiły mu one obniżenie ceny oferty. Podkreślić należy, że wykonawca wezwany do wyjaśnień zobowiązany jest do przedstawienia zarówno okoliczności, które umożliwiły mu obniżenie cenę oferty, jak i wskazać konkretne wartości, o jakie mógł dzięki temu obniżyć cenę w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego, i przedstawić dowody na poparcie ponoszonych przez niego kosztów.

Przystępujący w wyjaśnieniach określił liczbę pracowników, jakich zamierza skierować do realizacji zadania oraz oświadczył, że zatrudnia wszystkich pracowników dedykowanych do realizacji zamówień publicznych w oparciu o umowy o pracę, zgodne z przepisami prawa pracy, w tym przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Przystępujący w żaden sposób nie wykazał jednak wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie. Przystępujący stwierdził co prawda, że stale świadczy usługi na rzecz zamawiającego, a umowy zawierane przez przystępującego z pracownikami były wielokrotnie przez zamawiającego kontrolowane i są w jego posiadaniu, a każda z kontroli przebiegała bez zarzutów, niemniej jednak tego rodzaju wyjaśnienia, bez załączenia dowodów na ich poparcie, nie mogą zostać uznane za wystarczające w sytuacji, gdy czynności zamawiającego podlegają kontroli ze strony innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy winni mieć

dostęp do dokumentów, na podstawie których zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień.

Jedynym dowodem, jaki złożył przystępujący, była oferta na zakup piasku. Koszt piasku jest to zresztą jedyny koszt, jaki wykazał przystępujący. Podkreślenia wymaga, że na przedmiot zamówienia składa się szereg czynności i oraz innych kosztów, mających charakter cenotwórczy, takich jak koszty zatrudnienia pracowników, koszty paliwa do pojazdów, za pomocą których wykonawca realizuje zamówienie itp. Koszt piasku jest jedynie jednym z kosztów ponoszonych przez wykonawcę i złożenie dowodu jedynie w tym zakresie należy uznać za niewystarczające.

Odnosząc się do zawartej w wyjaśnieniach informacji, że przystępujący w sezonach 2021-2023 realizował tożsame usługi na rzecz ZDZiT w Olsztynie i – przygotowując ofertę – zaktualizował ceny jednostkowe, podwyższając je proporcjonalnie, Izba wskazuje, że przystępujący nie wykazał, w jaki sposób ustalił wysokość wskaźnika proporcjonalności przy aktualizacji cen w poszczególnych czynnościach objętych przedmiotem zamówienia.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą na tle uprzednio obowiązującego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., które pozostaje aktualne również na tle aktualnie obowiązującego brzmienia przepisu art. 224 ustawy P.z.p. z 2019 r., m.in. w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)”. Analogicznie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16: „Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tej. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Przystępujący zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Przystępujący powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Złożone przez

przystępującego wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostął obowiązkowi wykazania, że cena została wyznaczona prawidłowo.

Izba, uznając argumentację podniesioną w odwołaniu za słuszną, uznała jednakże, że nakazywanie zamawiającemu, by odrzucił ofertę przystępującego na tym etapie postępowania, byłoby przedwczesne. Wskazać należy, że – co do zasady – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego wykonawcy, niemniej jednak z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Analizując treść wezwania z dnia 18 września 2023 roku Izba doszła do przekonania, że wezwanie to jest zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Treść wezwania ogranicza się do przytoczenia treści przepisu art. 224 ust. 4 ustawy P.z.p. Podkreślić należy, że wezwanie nie może być ogólnikowe. Zamawiający powinien wskazać, elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Takie działanie wynika z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., który wymaga, aby zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że koniecznym jest ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej przez niego ceny, w tym

doprecyzowanie obszarów, które budzą wątpliwości zamawiającego, oraz do przedstawienia dowodów potwierdzających prawidłowe wyliczenie ceny oferty.

Izba uznała za zasadne:

- zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie za wykazane przez Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie, że informacje zawarte w piśmie z dnia 19 września 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

- zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcy KOMA Białystok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku wszystkich załączników do protokołu z postępowania, tj. pisma Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości M. J. z siedzibą w Olsztynie z dnia 19 września 2023 r.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te 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
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, o ile przystępujący wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych przez niego informacji zachodzą dwie pierwsze przesłanki uzasadniających dokonanie takiego zastrzeżenia (tj. informacje mają charakter organizacyjny, posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób), o tyle nie wykazał zaistnienia przesłanki trzeciej, tj. podjęcia działań w celu zachowania ich poufności. Przystępujący w treści pisma wskazał, iż podjął takie działania dokonując zastrzeżenia oraz zawarł umowy o poufności z współpracownikami.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zastrzeżenie dokonywane na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. nie może być zrównywane z działaniami podjętymi na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działania podjęte na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są bowiem działaniami, które dany podmiot obowiązany jest podjąć wcześniej, przed dokonaniem zastrzeżenia na podstawie

art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. Zastrzeżenie dokonywane na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. ma już bowiem charakter jedynie techniczny, mający na celu poinformowanie zamawiającego, że dane informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem podjęto w stosunku do nich działania mające na celu utrzymanie ich poufności.

Jeśli chodzi natomiast o umowy o poufności, jest to czynność, która może zostać uznana za działanie w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji, niemniej jednak przystępujący nie udowodnił, że takie umowy w istocie zawarł. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów, w szczególności kopii zawartych umów, w celu wykazania, że takie działania zostały przez niego rzeczywiście podjęte.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowodzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i ogółstównych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisem art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonego przez przystępującego pisma z dnia 19 września 2023 roku i uznała odwołanie w tym zakresie za zasadne oraz nakazała zamawiającemu ujawnienie przedmiotowego pisma i jego udostępnienie odwołującemu.

Jednocześnie Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

przystępującego podlegającego wykluczeniu ze względu na wypełnienie czynów nierzetelnego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy P.z.p. Odwołujący uzasadniał wskazany zarzut przede wszystkim okolicznością, iż zamawiający nie przekazał mu treści pisma z dnia 19 września 2023 roku, w którym – jak zakładał – przystępujący zawarł informacje dotyczące dokonania przez niego self-cleaningu. Odwołujący podniósł także, że przystępujący nie dokonał skutecznego samooczyszczenia i powinien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 4 SWZ, ale także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 3 SWZ, art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. w związku z rozdziałem VII pkt 2 SWZ.

Izba wskazuje, że zarzut należy uznać za przedwczesny, a – tym samym – podlegający oddaleniu. W związku z tym, że Izba uwzględniła zarzuty odwołania dotyczące nieuprawnionego utajnienia przez zamawiającego treści pisma z dnia 19 września 2023 roku i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ujawnienie przedmiotowego pisma, odwołujący będzie uprawniony do ewentualnego podniesienia zarzutów w tym zakresie po otrzymaniu pisma z dnia 19 września 2023 roku.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUC podlegającego wykluczeniu z tego powodu, że wprowadził od w błąd zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ oraz art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunek określony w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, gdyż pojazdy Volkswagen, przedstawione w wykazie usług (pkt 4-6 wykazu w wierszu pierwszym) składanym na wezwanie zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że przystępujący, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ, wskazał następujące pojazdy: Volkswagen 3000 kg x 1 szt. Volkswagen 2350 kg x 1 szt. Volkswagen 2205 kg x 1 szt. 3. W ocenie odwołującego pojazdy te nie są nośnikami mechanicznymi, do których można podłączyć sprzęt, taki jak pług, szczotkę obrotową mechaniczną lub posypywarkę. Wskazane Volkswageny to busy/vany, które nie służą do odśnieżania. Odwołujący w pierwszej kolejności stwierdził, że wskazując w wykazie sprzętu 3 pojazdy Volkswagen, jako pojazdy, do których da się podłączyć sprzęt taki, jak pług, szczotka obrotowa lub posypywarka, wykonawca dopuścił się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czym wprowadził zamawiającego w błąd przy

przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (za co podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z Rozdział VII pkt 4 SWZ. Odwołujący z ostrożności podniósł zarzut ewentualny w postaci niespełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego sprzętu, o którym mowa w Rozdziale VIII SWZ, a zaniechaniem zamawiającego było zaniechanie wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunki udziału w postępowaniu bądź przynajmniej wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości (na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p.), czy pojazdy Volkswagen wymienione w wykazie sprzętu mają możliwość umieszczenia pługu lemieszowego, szczotki obrotowej oraz posypywarki mechanicznej.

Jako dowody na poparcie powyższych zarzutów odwołujący złożył do akt sprawy zdjęcia samochodów wskazanych przez przystępującego, z których to zdjęć wynika, że samochody te nie są wyposażone w elementy umożliwiające umieszczenie na nich pługu lemieszowego, szczotki obrotowej oraz posypywarki mechanicznej.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący podniósł, że dodatkowe wyposażenie montowane jest na pojazdach w okresie zimowym, natomiast zdjęcia złożone przez odwołującego zostały wykonane w okresie letnim. Przystępujący złożył do akt sprawy oświadczenie serwisu Pitstop Servis s.c., że pojazdy volkswagen zaoferowane przez przystępującego mogą pełnić funkcję nośnika mechanicznego.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów. Okoliczność, że zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania samochodów dostawczych jako nośników mechanicznych wynikała z treści odpowiedzi na pytanie 2 z dnia 29 sierpnia 2023 roku. Odwołujący nie wykazał, że pojazdy należące do przystępującego nie mogą być wyposażone w elementy, dzięki którym będą stanowić nośniki dla urządzeń niezbędnych do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia. Podkreślić należy, że to na odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., ciążył obowiązek wskazania dowodu dla faktu, z którego wywodził on skutki prawne. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że pojazdy wykazane przez przystępującego w wykazie sprzętu nie mogą w okresie zimowym być

dostosowane do wymogów wskazanych w SWZ. Tym samym zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także podniesiony z ostrożności zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy PUC do złożenia wykazu sprzętu spełniającego warunek określony w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ należy uznać za nieuzasadnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: