

Sygn. akt: KIO 3960/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę: **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W., ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Natezja sp. z o.o. sp. k., ul. Raciborska 25G, 44-153 Trachy**,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu w części dotyczącej Rejonu 12: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie w całości wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykonawcę Natezja sp. z o.o. sp. k., odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3960/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31 44-121 Gliwice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2024/2025”, numer referencyjny: ZDM-ZPU.26.16.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.08.2024 r., nr 155/2024 479975-2024.

W dniu 28.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy: Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Natezja sp. z o.o. sp. k. wraz z załącznikami, mimo iż utajnienie dokonane przez wykonawcę jest niezgodne z przepisami prawa, bowiem wykonawca nie wykazał, nie udowodnił, iż zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa,

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia Natezja sp. z o.o. sp. k. w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte i pełne wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego wykonawcę nie jest możliwe, a złożone wyjaśnienia są lakoniczne, niespójne i nie wykazują, że za cenę ofertową możliwe jest pokrycie wszystkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Natezja sp. z o.o. sp. k., mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem w toku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał na niezgodny z OPZ sposób realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie warunków

stosowania środków chemicznych, wywozu śniegu, zatrudnienia na umowę o pracę minimum 40 pracowników, wyjaśnienia pozycji „koszt dobowy stałej gotowości”,

4)art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, bowiem okoliczności opisane w ramach zarzutu nr 3 wskazują na wadliwe ustalenie przedmiotu umowy a tym samym jego obliczenie, co skutkuje istnieniem błędu w obliczeniu ceny.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„I. Tajemnica przedsiębiorstwa (zarzut nr 1)

pierwszej kolejności należy wskazać, że Wykonawca Natezja sp. z o.o. sp. k. (Raciborska 25g, 44-153 Trachy) złożył w niniejszym postępowaniu, w dniu 27 września 2024 roku, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te w znacznym stopniu zostały przez Wykonawcę Natezja utajnione z powołaniem na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi jednak nieskuteczność takiego zastrzeżenia, bowiem uzasadnienie tajemnicy złożone wraz z wyjaśnieniami jest uzasadnieniem lakonicznymi, niewykazującym zasadności dokonanego utajnienia. Złożone uzasadnienie nie wykazuje w jaki sposób utajnione informacje realnie stanowią dla Wykonawcy jakąkolwiek wymierną wartość. Tak sporządzone uzasadnienie opiera się w zasadzie tylko na przywołaniu przesłanek ustawowych czy orzecznictwa, bez podania jakichkolwiek konkretnych dowodów, że odtajnienie zastrzeżonych informacji może prowadzić do jakiegokolwiek uszczerbku dla Wykonawcy Natezja. (...)

Odwołujący podkreśla również, że poza częścią wyjaśnień z dnia 27 września 2024 roku wraz z załącznikami, utajniona pozostaje również część wezwania Zamawiającego z dnia 1 października 2024 roku oraz fragmenty odpowiedzi na to wezwanie z dnia 3 października 2024 roku. W zakresie informacji wskazanych w tych dwóch dokumentach wskazać należy, że Zamawiający dokonał ich samodzielnego utajnienia – Wykonawca nie złożył bowiem oświadczenia o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu z dnia 3 października 2024 roku. Zamawiający nie ma prawa samodzielnego dokonywać takiego utajnienia.

w tym zakresie Odwołujący wnosi zatem o odtajnienie całości niżej wymienionych dokumentów:

- wyjaśnień z dnia 27 września 2024 roku oraz załączników do tych wyjaśnień,
- treści wezwania z dnia 1 października 2024 roku,
- odpowiedzi na to wezwanie z dnia 3 października 2024 roku

raz przekazanie tych dokumentów Odwołującemu. (...)

II. Rażąco niska cena (zarzut nr 2)

(...) w przypadku nakazania Zamawiającemu odtajnienia dokumentów złożonych przez Wykonawcę Natezja nie powinien podlegać rozpoznaniu zarzut rażąco niskiej ceny, bowiem dopiero po odtajnieniu treści złożonych wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny Odwołujący będzie miał pełną wiedzę co do ewentualnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Jednakże, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zmierzającego do odtajnienia informacji, Odwołujący już w tym momencie stawia zarzut rażąco niskiej ceny w przypadku, gdyby Izba nie rozpoznała bądź nie uwzględniła zarzutu nr 1. (...)

w tym zakresie w zarzucie nr 3 Odwołujący szczegółowo wskaże na niezgodność oferty Wykonawcy Natezja z wymogami postawionymi przez Zamawiającego. Aby nie powtarzać argumentacji wskazuję, że ma ona zastosowanie również do niniejszego zarzutu. W szczególności dotyczy to kosztów ponoszonych na środki chemiczne, których ilość została zaniżona w odniesieniu do rzeczywistych potrzeb wynikających z opisu OPZ. Dotyczy to pozycji z formularza cenowego nr 1 „doba akcji zima”, a także pozycji nr 2 „1/2 doby akcji zima”. Obie te pozycje zawierają zaniżoną wartość materiału wymaganego do zapobiegania gołoledzi, oblodzeniom w temperaturach poniżej -10°C oraz nie zawierają wyliczenia środków chemicznych do podjęcia likwidacji gołoledzi, oblodzenia, śliskości pośniegowej, pozostałości świeżego opadu. Wyliczenie różnic brakującego materiału zawiera tabela. Wskazana różnica wynika z ilości materiału. Użyta do wyliczenia wartości braków cena ma charakter obrazowy, rynkowy i jest oparta na ofercie, która przedstawił Wykonawca, której cena jest kwestionowana. Wartość nieujętego materiału wynosi 109 113,94 zł (według oferty Natezja sp. z o.o. sp.k. i cen rynkowych). (...)

za brakiem wyliczenia i doliczenia do wynagrodzenia kosztu niezbędnych środków chemicznych należy wskazać, że ujawnione zaniżenie prowadzi również do niewliczenia do ceny ofertowej kosztów związanych z zastosowaniem tych środków chemicznych, tj. praca pojazdów, które rozsypują te środki chemiczne na nawierzchnię w terenie, załadunek tych środków chemicznych, koszty magazynowania tych środków chemicznych, koszty zakupu środków chemicznych itd.

Powyższe prowadzi do istotnego zaniżenia wyceny pozycji związanych z dobowym utrzymaniem w okresie zimowym, a w konsekwencji ma istotny wpływ na całą wartość oferty, bowiem w niniejszym postępowaniu Zamawiający rozlicza się z Wykonawcą po cenach jednostkowych w zależności od zleconych czynności. Z uwagi na to, każda z pozycji i cen jednostkowych jest istotną częścią składową oferty, bowiem to cena jednostkowa będzie podstawą do wyceny zleconych prac.

Dalej wskazać należy, że zaniżono również wartość związaną z kosztami ponoszonymi na zebranie śniegu i jego wywóz oraz utylizację. Z ujawnionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca Natezja nie zakłada bieżącego wywozu śniegu z całego rejonu, a jedynie z Rynku, którego powierzchnia to jedynie 5,71% przedmiotu zamówienia. Realnie zatem prace te zaniżono w wycenie o 95%. (...)

nienie rażąco niskiej ceny odnosi się również do kosztów związanych z zatrudnieniem wymaganej liczby pracowników. Zamawiający postawił w OPZ wymaganie, aby celem realizacji zamówienia zapewnić zatrudnienie minimum 40 pracownikom - Wykonawca Natezja takich warunków zatrudnienia nie gwarantuje. W treści składanych wyjaśnień wprost deklaruje wykonanie części przedmiotu zamówienia w oparciu o umowy zlecenia. Powoduje to, że obniżenie kosztów istotnych dla obliczenia wysokości wynagrodzenia o różnicę, która wynika z kosztów jakie ponosi pracodawca w stosunku do zatrudnianych pracowników, a kosztów jakie ponosi przedsiębiorca na osoby zatrudniane w ramach umowy zlecenia. Poza kosztami wynikającymi wprost z różnicy w wynagrodzeniach należy wziąć pod uwagę koszty które wynikają z organizacji pracy, a co za tym idzie koszty zapewniające zgodność z prawem pracy i zabezpieczeniem społecznym.

Wykonawca Natezja sp. z o.o. sp. k. w swoich wyjaśnieniach ujawnił, że skalkulował jedynie część kosztów związanych ze stałą gotowością. Natezja założył, że podpisanie umowy nastąpi w dniu 14 października 2024 roku, a nie w dniu 1 października 2024 roku. Powoduje to zaniżenie rzeczywistych kosztów o 2 tygodnie. Wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27 października 2024 roku w tym zakresie są niezgodne nie tylko z przedmiotem zamówienia, ale także z treścią oferty.

Podsumowując kalkulacja Wykonawcy Natezja jest niewiarygodna w zakresie planowanych kosztów, dochodów i zysku, który zamierza uzyskać. Wykonawca Natezja oparł wyjaśnienia na własnych ustaleniach, a nie na wymaganiach Zamawiającego. (...) W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Natezja są w istocie lakoniczne, nie zawierają wykazania pełnego zakresu kosztów koniecznych do realizacji zamówienia, a także nie są w żaden sposób udowodnione.

III. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia (zarzut nr 3)

Odwołujący podnosi, że oferta Wykonawcy Natezja podlega także odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, bowiem w toku oceny złożonej oferty tj. z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że Wykonawca ten oferuje świadczenie usług w sposób sprzeczny z wymogami dokumentacji zamówienia. (...)

1. w zakresie warunków stosowania środków chemicznych

Podanie oferty Wykonawcy Natezja sp. z o.o. sp. k. i złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykazuje oczywistą i wliczalną niezgodność z warunkami, które zostały określone w OPZ w zakresie rodzaju i warunków stosowania środków chemicznych. Niezgodność dotyczy dwóch pozycji – „Doba akcji zima” i „1/2 doby akcji zima” w zakresie warunków stosowania środków chemicznych. (...) Reasumując oferta Wykonawcy Natezja nie przewiduje w ogóle wykonania likwidacji skutków opadów lub gołoledzi inaczej mówiąc „metody likwidacyjnej”, a zaproponowany przez niego zabieg zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi jest możliwy do wykonania jedynie do temperatury do -10°C, bowiem gdy temperatury będą niższe to założona przez Wykonawcę gramatura posypu w dawce 15g/m² jest niewystarczająca i okaże się nieskuteczna, ponieważ prawidłowa dawka jest wyższa i dochodzi nawet do 30g/m². Narzucona metoda wykonania usługi wymaga co najmniej dwukrotnego posypu – pierwszy raz zapobiegawczo (profilaktycznie, prewencyjnie), drugi raz w celu usunięcia (likwidacji) skutków opadów, gołoledzi, oblodzenia. Wykonawca założył jednokrotny posyp zapobiegawczy, co oznacza, że założona przez niego usługa jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. (...)

2. w zakresie wywozu śniegu

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 października 2024 roku udzielił odpowiedzi, gdzie odniósł się wyłącznie do wywozu śniegu w zakresie płyty Rynku - pominął zaś ten obowiązek do pozostałego zakresu zamówienia. Płyta Rynku, którą uwzględnił w zakresie swoich prac Wykonawca Natezja sp. z o.o. sp. k. ma powierzchnię 4 282 m². Oznacza to, że do wywozu śniegu uwzględnił on jedynie 5,71% powierzchni zamówienia. Cała powierzchnia, z której należy wywieźć śnieg to obszar 75.000 m².

W tym samym sposobie w jaki zamierza usunąć śnieg jest niezgodny z treścią rozporządzenia w szczególności §3 ust. 2 (a zatem wymogami swz które się do niego odwołują). W wyjaśnieniach Natezja wskazuje, że znaczną ilość śniegu roztopią środki chemiczne do usuwania śliskości, co stoi w rażącej sprzeczności z cytowanym powyżej zakazem wynikającym z rozporządzenia. Działania polegające na roztopianiu śniegu solą są zakazane prawem. Wykonawca zaś w swoich wyjaśnieniach – uzupełnienie z dnia 03.10.2024 r. – wskazał środki do usuwania śliskości, które roztopią śnieg. Tym samym istnienie niewątpliwa sprzeczność oferty z wymogami zamówienia, co winno skutkować zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

3. w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę minimum 40 pracowników

Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wyjaśnił, że zamierza zatrudnić część pracowników na umowę o pracę, a

część osób w oparciu o umowy cywilnoprawne typu umowy zlecenia. W ocenie Odwołującego jest to oczywista niezgodność pomiędzy warunkiem opisanym w OPZ. Pomimo informacji o konieczności zatrudnienia na umowę o pracę 40 pracowników Natezja zamierza zrealizować ten obowiązek jedynie w części. (...) Argument, że warunek zatrudnienia to zalecenia ogólne (z czym nie zgadza się Odwołujący) nie powoduje możliwości zmiany postawionego przez Zamawiającego wymogu zatrudnienia 40 pracowników w oparciu o umowę o pracę. (...)

4. w zakresie wyjaśnienia pozycji „koszt dobowy stałej gotowości”

(...) Wykonawca Natezja przedkładając ofertę w poz. 3 formularza dokonał przeliczenia 212 dób kosztów stałej gotowości. Następnie jednak, w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca Natezja udzielił wyjaśnień, gdzie w zakresie „kosztów stałej gotowości” wyjaśnił on, że - „Prognozujemy podpisanie umowy na 14.10.2024r. Ilość dób w okresie od 14.10.2024r do 30.04.2025r. wynosi 198 dni”. Deklaracja taka wprost oznacza, że kalkulowane przez niego koszty nie są zgodne z tymi których skalkulowania żądał Zamawiający. Przedsiębiorca Natezja sp. z o.o. sp. k. nie skalkulował bowiem co najmniej 2 tygodni dyżurowania. Ustalony przez niego przedmiot zamówienia, a w zasadzie sposób jego wykonania jest niezgodny z założeniami Zamawiającego, co powoduje, że oferta ta winna zostać odrzucona. (...)

IV. Błąd w obliczeniu ceny (zarzut nr 4)

(...) Wskazane w zarzucie nr 3 niezgodności treści oferty z przedmiotem zamówienia skutkują również błędnym ustaleniem stanu faktycznego przy obliczaniu ceny. (...) Przedłożona kalkulacja w zakresie rażąco niskiej ceny błędnie uwzględniła cechy przedmiotu zamówienia, wymaganych materiałów, zakresu i warunków realizacji, co stanowi o jej wadliwości również w kontekście błędu w obliczeniu cenie.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w części nr 12:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności odtajnienie całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Natezja sp. z o.o. sp. k. wraz z załącznikami i ujawnienie tych dokumentów Odwołującemu, a także nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy Natezja sp. z o.o. sp. k. z postępowania.

Pismem z dnia 31.10.2024 r. wykonawca Natezja sp. z o.o. sp. k., Raciborska 25G, 44-153 Trachy (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 12.11.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 13.11.2024 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg o łącznej długości ok. 441 km i powierzchni 3 505 053,25 m² oraz dróg wewnętrznych o długości ok. 51 km i powierzchni 224 543,54 m² na terenie Miasta Gliwice. Przedmiot zamówienia został podzielony na 12 zadań. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 12 - Rejon 12 strefa SPP oraz pasy drogowe starówki.

Pismem z dnia 24.09.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający wskazał, że cena tej oferty w zadaniu nr 12 oferty jest niższa o 46% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług i o 32% od średniej arytmetycznej cen ofert oraz wskazał jako wymagające wyjaśnień kwestie wymienione w art. 224 ust. 3 pkt 2 - 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.09.2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, z których zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: część kalkulacji oraz załączniki nr 1 – 6.

Pismem z dnia 01.10.2024 r. Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie konkretnych danych przyjętych w kalkulacji z dnia 27.09.2024 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi w dniu 03.10.2024 r.

Pismem z dnia 08.10.2024 r. Zamawiający poinformował o odtajnieniu załącznika nr 6 do wyjaśnień z dnia 27.09.2024 r. w postaci pierwszej strony umowy zawartej przez Przystępującego z Przedsiębiorstwem Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o.

Pismem z dnia 18.10.2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 12 oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie

Odwolującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, jakoby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący stawiając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jednocześnie nie zakwestionował wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co Przystępujący powiązał z brakiem interesu we wniesieniu odwołania i z wniesieniem go przez podmiot nieuprawniony.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że brak wskazania przez Odwołującego w petitum odwołania art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza o braku kwestionowaniu przez niego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z powyższego wynika, że nie tylko wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy tworzy zarzut. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł zarzuty braku odrzucenia oferty Przystępującego, co samo w sobie oznacza również zakwestionowanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Ponadto zakwestionowanie wyboru tej oferty wynika z uzasadnienia odwołania i żądania przedstawionego w odwołaniu. Tym samym brak wskazania w petitum odwołania na art. 239 ust. 1 ustawy Pzp i wybór najkorzystniejszej oferty nie powoduje, że zarzut w tym zakresie nie został postawiony, bo okoliczności faktyczne zostały wskazane w uzasadnieniu odwołania, z żądania jasno wynika, że Odwołujący oczekuje unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a Izba może samodzielnie dokonać subsumpcji.

Po drugie, interes we wniesieniu odwołania został uregulowany w art. 505 ustawy Pzp stanowiącym przesłankę materialnoprawną, której niespełnienie jest podstawą oddalenia odwołania, nie zaś jego odrzucenia. W określonych stanach faktycznych wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony może pokrywać się z brakiem interesu tego podmiotu we wniesieniu odwołania, niemniej jednak co do zasady są to odrębne przesłanki podlegające badaniu w postępowaniu odwoławczym i wywołujące różne skutki prawne.

Po trzecie, nawet gdyby Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie), to trudno wskazać, w jaki sposób miałyby to świadczyć o tym, że jest podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania. Taki brak w odwołaniu mógłby ewentualnie skutkować stwierdzeniem braku interesu we wniesieniu odwołania, ale po raz kolejny należy podnieść, że brak ten nie wystąpił w niniejszej sprawie, a poza tym Odwołujący wykazał swój interes w uzyskaniu dostępu do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego i w odrzuceniu jego oferty, gdyż zwiększają się wówczas jego szanse na uzyskanie zamówienia.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, jak też nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania i nie może ponieść szkody w wyniku zaniechań Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w

postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale w istocie stanowi obowiązek „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podda, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Powyższe potwierdza orzecznictwo zarówno sądów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wydane w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowujące aktualność w świetle obecnie obowiązujących przepisów takie orzeczenia jak:

- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 w którym stwierdzono: „Sąd dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął jako punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 sPzp, który stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego zdaniem Sądu wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nie odtajnienie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miały być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp. Sąd podziela stanowisko KIO, że z art. 8 ust. 3 sPzp wynika nałożenie na wykonawcę obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.02.2018 r. o sygn. akt KIO 200/18, w którym stwierdzono: „Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Izba, nie może z urzędu doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2018 r. o sygn. akt KIO 2325/18, który został wydany w sprawie postępowania prowadzonego przez tego samego zamawiającego, tj. Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach i w którym stwierdzono: „Izba stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli jedynie wyjaśnienie przyczyn

objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie, czy co najmniej uprawdopodobnienie, ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...) Podkreślić przy tym należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Za niewystarczające należy uznać zatem stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać wykonawcy na zaoszczędzenie określonych kosztów. Okoliczności te powinny być jednak Zamawiającemu wykazane”.

Z przytoczonych orzeczeń wynika zatem, że deklaracje czy oświadczenia wykonawcy o zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są wystarczające do tego, by informacji tych nie ujawniać. Wręcz przeciwnie, ograniczenie się wykonawcy do złożenia w uzasadnieniu zastrzeżenia takich oświadczeń, bez rzeczywistego „wykazania” wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, obliguje zamawiającego do ujawnienia tych informacji. Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że ocena zamawiającego w tym zakresie musi się opierać wyłącznie na uzasadnieniu przedstawionym przez wykonawcę, a nie na własnym przekonaniu zamawiającego, czy dane informacje powinny podlegać ochronie, czy nie. To wykonawca ma bowiem wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie zamawiający czy jakikolwiek inny podmiot (np. Izba) ma w zastępstwie za wykonawcę poszukiwać powodów zasadności zastrzeżenia tajemnicy. W dodatku każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być świadomy tego, że zasadą jest, iż postępowanie to jest jawne (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp).

Przechodząc zatem do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie przede wszystkim należy wskazać, że Przystępujący nie wykazał w nim, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał, że ich ujawnienie „prowadziłoby do przewidywalności cen oferowanych w innych zamówienia, ponieważ część z nich ma charakter uniwersalny”, inni wykonawcy mogliby wykorzystać te informacje w swoich ofertach, przy czym Przystępujący powołał się w tym zakresie na marże, budowanie strategii organizacji i porozumienia z dostawcami, dodał że wartość ekonomiczna zastrzeżonych informacji pozwoli mu na zaoszczędzenie wydatków, których inni wykonawcy nie biorą pod uwagę, za to będą oni mogli „odczytać strategię i sposób wykonywania zamówienia przyjętego w kalkulacji”, zatem ujawnienie zastrzeżonych informacji narazi go na niemożność uzyskania innego zamówienia i związaną z tym utratę potencjalnych zysków. Odnosząc się do tak sformułowanego uzasadnienia tajemnicy należy przede wszystkim zauważyć, że Przystępujący ograniczył się w nim do złożenia ogólnikowych, standardowych oświadczeń, które pojawiają się w większości uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa, bez względu na to, jakiego zamówienia z jakiej branży dotyczą. Trudno zatem uznać, że Przystępujący wykazał wartość gospodarczą informacji zastrzeżonych w tym konkretnym postępowaniu. Oczywistym jest, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny spowoduje, że inni wykonawcy poznają sposób kalkulowania ceny przez wykonawcę udzielającego tych wyjaśnień, w tym zaplanowany sposób wykonania przez niego zamówienia i ewentualne podmioty z nim współpracujące. Nie oznacza to jednak, że automatycznie wyjaśnienia te mogą być uznane za posiadające wartość gospodarczą i zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby tak było, to każdy przypadek złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz kalkulacją tej ceny trzeba byłoby niejako „z góry” uznawać za tajemnicę przedsiębiorstwa (zwłaszcza że zwykle nie są one też rozpowszechniane). Tymczasem ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga, także w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, „wykazania” przesłanek decydujących o tym, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym „wykazania” ich wartości gospodarczej. Oznacza to, że sama możliwość poznania przez innych wykonawców sposobu wykonania i skalkulowania ceny danego wykonawcy nie przesądza o tym, że informacje w tym zakresie mają wartość gospodarczą. Izbie nie jest zresztą znany przypadek wykonawcy, który z powodu ujawnienia jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny „wypadł” z rynku i przestał uzyskiwać kolejne zamówienia publiczne. Dodatkowo Izba w niniejszej sprawie nie odnalazła wśród zastrzeżonych informacji żadnych danych o uzyskiwanych przez Przystępującego upustach, o których pisał na str. 1 uzasadnienia i na które powoływał się na rozprawie. Przystępujący nie wykazał też w uzasadnieniu, które informacje (bez podawania kwot czy liczb) i w jaki sposób mogłyby pozwolić innym wykonawcom na rozpoznanie jego strategii w innych postępowaniach i być przez nich wykorzystane i jaki czynnik opisany w wyjaśnieniach (bez podania zastrzeżonych szczegółów) stanowi jego unikatowe know-how odróżniające sposób wykonywania przez niego zamówienia od sposobu wykonywania takich zamówień przez innych wykonawców na lokalnym rynku („ściśle określonym obszarze”), do którego odnosi się w uzasadnieniu. Izba zgadza się także z argumentacją Odwołującego, który wskazał, że „każdy z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z Wykonawców dąży do

obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalny aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni Wykonawcy zaczęli obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. (...) Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu, a założenia kalkulacji ceny w postępowaniach są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność w obszarze objętym przedmiotem zamówienia". Podsumowując, Izba stwierdziła, że Przystępujący opierając swoje uzasadnienie na wyżej wskazanych ogólnikowych argumentach nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą i że w związku z tym zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jedynie na marginesie należy dodać, że w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał także ani treścią uzasadnienia ani dołączonymi do niego dowodami, że podjął działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Z uwagi jednak na art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba jest związana zarzutami odwołania, Izba nie odnosi się szczegółowo do tej kwestii, skoro Odwołujący również nie przytaczał w tym zakresie konkretnej argumentacji w odwołaniu.

Odnosząc się natomiast do orzecznictwa przywoływanego przez Przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy należy wskazać, że powoływanie się obecnie na orzeczenia dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 19.10.2014 r. nie jest zasadne, ponieważ przed ww. datą obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania” został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych wcześniej nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego (pomijając to, że może co najwyżej wspierać argumentację, ale nie stanowi „wykazania” przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk).

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie dotyczącym art. 18 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie przez Przystępującego wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i nakazała Zamawiającemu odstąpienie w całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia i błędów w obliczeniu ceny, należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że w pkt 2 lit. f) opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. nr 8 do SWZ (dalej: „OPZ”) Zamawiający narzucił we wszystkich Rejonach stosowanie przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. Nr 230, poz. 1960). Jednocześnie Zamawiający w zakresie wykonywania „doby Akcji Zima” i „1/2 doby Akcji Zima” wskazał:

- 1) w pkt 2 lit. m) OPZ: „Wykonawca w ofercie zadeklaruje w jakim czasie rozpocznie prace (jednostka odśnieżająca wykona pierwsze czynności) przy dobie Akcji Zima, przejeździe jednorazowym w poszczególnych rejonach, każdorazowo w miejscach zgodnie z zamieszczonym poniżej wykazem”.
- 2) w pkt 4 OPZ pod wymienieniem Rejonów 8-14: „Wykonawcy rejonów od 8 do 14 do likwidacji śliskości zimowej używać będą mieszaniny chlorku magnezu i chlorku sodu”.

3) w pkt 4 lit. c) i d) OPZ:

c) W odniesieniu do rejonu 12 - Strefy Płatnego Parkowania Wykonawca wykonując prace polegające na odśnieżaniu, zabezpieczeniu przed śliskością pasów drogowych Starówki i Rynku, miejsc parkingowych zlokalizowanych na jezdni, chodnikach i zatokach postojowych obejmie zakresem odśnieżania również powierzchnie w obrębie miejsca parkingowego umożliwiając dostęp do niego z każdej strony. Tam gdzie miejsce parkingowe zlokalizowane jest na chodniku utrzymaniu podlega jego cała nawierzchnia chodnika. Strefa Płatnego Parkowania oznaczona litera A, każde miejsce parkingowe musi być oczyszczone ze śniegu i lodu do nawierzchni właściwej na całej szerokości oraz zabezpieczone przed śliskością do 3 godzin po ustaniu opadów a zebrany śnieg wywozi na bieżąco. Strefa Płatnego Parkowania oznaczona litera B, każde miejsce parkingowe musi być oczyszczone ze śniegu i lodu do nawierzchni właściwej na całej szerokości oraz zabezpieczone przed śliskością do 5 godzin po ustaniu opadów a zebrany śnieg wywozi na bieżąco. Wykonawca zwróci szczególną uwagę w trakcie wykonywania prac na urządzenia identyfikujące ilość pojazdów zaparkowanych w strefie, każdy czujnik winien być prawidłowo oczyszczony z śniegu lodu itp. Lokalizacja miejsc parkingowych uwidoczniła jest na załączniku mapowym.

d) Płyta Rynku powinna być odśnieżona i zabezpieczona przed śliskością w pierwszej kolejności przy użyciu

pojazdów do 3,5 tony DMC oraz pracowników ręcznych. Wywóz śniegu z płyty rynku musi nastąpić max. 12 godzin od przekazania takiej dyspozycji przez Zamawiającego.

Z przytoczonych postanowień OPZ wynika, że wprowadzając w pkt 4 lit. c) i d) Zamawiający przewidział w Rejonie 12 jedynie odśnieżanie i zabezpieczanie przed śliskością w ciągu wskazanej ilości godzin po ustaniu opadów, jednak w pkt 2 lit. m) wskazał, że przy dobie „Akcji Zima” pierwsze czynności wykonawcy mają polegać na odśnieżaniu. Postanowienie z pkt 2 lit. m) OPZ potwierdza zatem argumentację Odwołującego, zgodnie z którą czynności w „Akcji Zima” rozpoczynają się dopiero po wystąpieniu opadów śniegu, a nie zaczynają się od czynności zapobiegawczych. Przy czym w pkt 2 lit. m) OPZ, zdaniem Izby, chodzi o odśnieżanie mechaniczne, nie zaś posypywanie powierzchni mieszanką chlorku sodu i chlorku magnezu, co wynika także z § 3 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, w którym wskazano: środki chemiczne stosuje się po mechanicznym usunięciu śniegu. W rozporządzeniu tym przewidziano też czynności polegające na zapobieganiu i na likwidowaniu oblodzenia, gołoledzi i śliskości pośniegowej, przy czym wskazano także, że: Śliskość pośniegowa oznacza śliskość zimową powstałą w wyniku zalegania przymarzniętej do nawierzchni pozostałości nieusuniętego śniegu, pokrywającego je częściowo lub całkowicie. Tym samym ustawodawca założył, że nawet po odśnieżeniu danej powierzchni mechanicznie plugami mogą zalegać pozostałości nieusuniętego śniegu, które trzeba usunąć poprzez posypanie np. ww. mieszanką chemiczną. Wskazana treść rozporządzenia pozostaje w korelacji z pkt 4 OPZ, w którym Zamawiający wskazał: „Wykonawcy rejonów od 8 do 14 do likwidacji śliskości zimowej używać będą mieszanki chlorku magnezu i chlorku sodu”. Zamawiający przewidział zatem likwidację śliskości za pomocą ww. mieszanki chemicznej. Tym samym nie jest zasadna argumentacja Przystępującego, zgodnie z którą dopuszczalne było przyjęcie przez niego założenia, że przy należyтым wykonywaniu usługi nie będzie zachodzić potrzeba likwidacji śliskości. Jak już wyżej wskazano:

- po pierwsze, czynności w „Akcji Zima” mają się zaczynać od odśnieżania mechanicznego (pkt 2 lit. m) OPZ), a nie od zapobiegania śliskości, więc nie można zakładać, że dzięki samemu zapobieganiu nie dojdzie do powstania tej śliskości,
- po drugie, skoro „Akcję Zima” trzeba zacząć od mechanicznego odśnieżania, to nie można też zakładać, że zostanie ono wykonane tak dokładnie, że nie będzie konieczności likwidacji pozostałej śliskości za pomocą mieszanki chemicznej, bo pomijając nawet doświadczenie życiowe co do tego, jak wygląda droga po przejechaniu pluga (nie jest idealnie wyczyszczona), przede wszystkim sam Zamawiający w pkt 4 OPZ przewidział obowiązek likwidacji śliskości zimowej z wykorzystaniem mieszanki chlorku magnezu i chlorku sodu, co pozostaje w zgodzie z § 3 ust. 2 pkt 2 i definicją śliskości pośniegowej w ww. rozporządzeniu.

Tym samym potwierdził się zarzut Odwołującego dotyczący tego, że Przystępujący przewidział tylko wykonywanie czynności zapobiegawczych, natomiast niezgodnie z warunkami zamówienia nie przewidział w ogóle posypywania powierzchni mieszanką chemiczną w ramach czynności likwidacyjnych. Skoro Przystępujący nie przewidział w ogóle metody likwidacyjnej (co sam przyznał na rozprawie), to w konsekwencji za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut zastosowania przez niego przy tej metodzie zbyt małej dawki ww. mieszanki chemicznej, tj. 15 g/m², natomiast zasadny jest zarzut przewidzenia przez Przystępującego łącznie zbyt małej ilości ton mieszanki, jaka będzie zużyta w trakcie realizacji umowy (bo nie uwzględnił w ogóle mieszanki potrzebnej do likwidacji).

Ponadto za zasadny Izba uznała też zarzut dotyczący tego, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 03.10.2024 r. przewidział używanie „środków do usuwania śliskości, które roztopiają śnieg”. Roztapianie śniegu przy pomocy środków chemicznych jest niezgodne z § 3 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, którego przepisy muszą być stosowane przez wykonawców zgodnie z pkt 2 lit. f) OPZ.

Brak przewidzenia przez Przystępującego czynności likwidacyjnych w ramach doby „Akcji Zima” i ½ doby „Akcji Zima”, wynikające z tego uwzględnienie zbyt małej ilości mieszanki potrzebnej łącznie do realizacji usługi, a także zamiar roztapiania śniegu za pomocą środków chemicznych powodują, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia (przede wszystkim z pkt 4 OPZ pod wymienieniem Rejonów 8-14 i z pkt 2 lit. f) w związku z przepisami ww. rozporządzenia) i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie w ocenie Izby nie potwierdził się:

- 1) zarzut zastosowania zbyt małej dawki mieszanki do czynności zapobiegawczych w temperaturze niższej od -10°, gdyż w ww. rozporządzeniu (pkt 1 i 2 załącznika nr 1) przewidziano w takim wypadku dawkę 15-20 g/m², zatem dawka 15 g/m² mieści się w tym przedziale, a ponadto na str. 3 kalkulacji ceny w części niezastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępujący napisał też: „Ilość mieszanki to od 15 do 20 g/m²”.
- 2) zarzut nieuwzględnienia konieczności wywozu śniegu z całej powierzchni Rejonu 12, w tym z miejsc parkingowych, ponieważ na str. 2, 6 i 9 kalkulacji (w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) Przystępujący przewidział wywóz śniegu „na płycie Rynku” i „bez Rynku” czy „na terenie SPP” (przy czym Izba w tym miejscu nie ocenia, czy

ilość tego śniegu została oszacowana należycie, gdyż pozostaje to poza zarzutem odwołania),

- 3) zarzut braku zatrudnienia przez Przystępującego na umowę o pracę 40 pracowników, gdyż pkt 5 lit. d) OPZ, na który powołuje się Odwołujący znajduje się pod napisem: „Zalecenia ogólne”, zatem nie jest on wiążący dla wykonawców,
- 4) zarzut uwzględnienia w kalkulacji tylko 198 dób w ramach „kosztu dobowego stałej gotowości” w sytuacji, gdy Zamawiający wskazał w formularzu cenowym 212 dób, które mieszczą się w zakładanym okresie realizacji usługi (01.10.2024 – 30.04.2025) – Izba stwierdziła, że skoro w formularzu cenowym Przystępujący wyliczył cenę z uwzględnieniem 212 dób, a jedynie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał na 198 dób, to nie ma podstaw do jednoznacznego uznania, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, natomiast zachodziłyby podstawy do wezwania go do wyjaśnienia tej niespójności. Przy czym należy jednak zauważyć, że po pierwsze, Przystępujący już na rozprawie wyjaśnił, że z uwagi na termin wezwania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (24.09.2024 r.) założył, że realizacja usługi od 01.10.2024 r. nie jest możliwa, dlatego aby „urealnaczyć” swoje wyjaśnienia odniósł je do 198 dób, a po drugie, wzywając go obecnie do złożenia wyjaśnień w zakresie niespójnej ilości dób, wobec uznania przez Izbę, że jego oferta i tak podlega odrzuceniu, byłoby bezcelowe.

Izba stwierdziła zatem, że zarzuty wskazane wyżej w punktach 1) – 4) nie potwierdziły się, ale nie zmienia to faktu, że uznała za zasadne zarzuty dotyczące:

- a) braku przewidzenia przez Przystępującego czynności likwidacyjnych w ramach doby „Akcji Zima” i ½ doby „Akcji Zima”,
- b) uwzględnienia przez Przystępującego zbyt małej ilości mieszanki potrzebnej łącznie do realizacji usługi (łącznie z metodą likwidacyjną),
- c) przewidzenia metody roztapiania śniegu za pomocą środków chemicznych.

Niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w wyżej wskazanym zakresie (a – c) prowadzi do konieczności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto niezgodność oferty z warunkami zamówienia wynikająca z braku uwzględnienia w niej określonych elementów przedmiotu zamówienia (jak w pkt a i b powyżej) może skutkować błędem w obliczeniu ceny z powodu braku skalkulowania w cenie oferty tych brakujących elementów. Dlatego Izba uznała też zasadny zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznała zarzutu nr 2 dotyczącego rażąco niskiej ceny, gdyż zgodnie z uzasadnieniem odwołania był to zarzut ewentualny postawiony przez Odwołującego z ostrożności, jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba nie badała też dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny dołączonych do odwołania oraz przesłanych przez Odwołującego e-mailem w trakcie rozprawy (pomijając brak dostępności tych ostatnich w trakcie rozprawy dla pełnomocniczki Zamawiającego, co również nie pozwalałoby na ich zbadanie przez Izbę).

Jednocześnie Izba nie zgadza się z argumentacją Przystępującego, zgodnie z którą stanowisko Odwołującego stawiającego zarzut ewentualny jest niejasne i zarzut ten powinien być albo przez Izbę rozpoznany albo wycofany przez Odwołującego. Stawianie zarzutów ewentualnych jest znaną i dopuszczalną praktyką, której skutkiem jest nierozpoznanie przez Izbę tychże zarzutów, jeżeli jednocześnie uwzględniła ona wskazany przez odwołującego zarzut główny. Na prawidłowość takiego postępowania wskazał również Sąd Okręgowy w Warszawie w przywołanym już wyżej wyroku z dnia 01.10.2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono: *„KIO (słusznie) uznała zarzut 5 z odwołania jako ewentualny i w konsekwencji postąpiła z nim tak samo jak postępuje się z roszczeniem ewentualnym w razie uwzględnienia roszczenia głównego – nie orzeka się o nim. Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp. (...) Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego”*. Tak też zgodnie z ww. wyrokiem Izba postąpiła nie rozpoznając zarzutu nr 2 dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca