

sygn. akt: **KIO 3358/22**

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2022 r. przez **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K., ul. Gliwicka 25; 44-145 Stanica**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1; 45-594 Opole**, przy udziale wykonawców:

- a) **Remondis Opole sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9; 45-573 Opole**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego,
- b) **Megatherm sp. z o.o., ul. Wrocławska 38; 45-701 Opole**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,
- c) **Mega-Wat sp. z o.o., ul. Kasprowicza 145/110A; 01-949 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K., ul. Gliwicka 25; 44-145 Stanica** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K., ul. Gliwicka 25; 44-145 Stanica**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Opolu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Oczyszczanie miasta w zakresie: „całoroczne oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola w tym chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych, rond oraz przejść podziemnych”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/S 166-471667.

Dnia 6 grudnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 16 grudnia 2022 roku, wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części I zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Megatherm, mimo iż oferta wykonawcy w zakresie istotnych części składowych ceny, ujętych w poz. 2, 5 i 6 Formularza ofertowego, dalej „FO”, jest ceną rażąco niską i budzącą wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za podane wynagrodzenie,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Megatherm, mimo, że wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk dopuszczając się: manipulacji cenami poszczególnych pozycji w ramach FO (poz. nr 1, 5 i 6 FO) i sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w zakresie poz. nr 5 i 6 FO;
3. art. 226 ust. 1 pkt 10 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Megatherm z uwagi na fakt błędu w obliczeniu ceny w ramach poz. nr 5 i 6 FO;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Megatherm z uwagi na niezgodność oferty w zakresie poz. 5 i 6 FO z treścią warunków zamówienia;
5. art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z 74 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez bezprawne uznanie za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji ujętych w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Megatherm i nieudostępnienie DROMAR ww. załączników do wyjaśnień, pomimo faktu, że wykonawca Megatherm nie wykazał, że informacje te spełniają kumulatywnie wszystkie przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 2 uznk, a na zamawiającym

cięży ustawowy obowiązek udostępniania załączników do protokołu w zakresie nieobjętym skutecznie tajemnicą,

6. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-WAT, mimo iż oferta wykonawcy w zakresie istotnych części składowych ceny jest ceną rażąco niską i budzącą wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za podane wynagrodzenie,
7. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-WAT, mimo, że wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk dopuszczając się manipulacji cenami poszczególnych pozycji w ramach FO (w zakresie poz. nr 1, 5 i 6 FO) i sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w zakresie poz. nr 5 i 6 FO;
8. art. 226 ust. 1 pkt 10 i 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MEGA-WAT z uwagi na fakt błędu w obliczeniu ceny w ramach poz. nr 5 i 6 FO i niezgodność oferty w zakresie poz. 5 i 6 FO z treścią warunków zamówienia;
9. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MEGA-WAT z uwagi na niezgodność oferty w zakresie poz. 5 i 6 FO z treścią warunków zamówienia;
10. a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Megatherm, pomimo iż jego oferta ta podlega odrzuceniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Megatherm,
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty Megatherm,
- 5) odtajnienia kalkulacji ceny złożonych przez Megatherm zastrzeżonych bezpodstawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 6) odrzucenia oferty MEGA-WAT,
- 7) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictwa, poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu (złożył ważną ofertę) i ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku

naruszających przepisy ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się w braku możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z dnia 18 listopada 2022 r. zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp wezwał wykonawcę Megatherm do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych oferty, co do pozycji nr 1, nr 2, nr 5 i nr 6 w Formularzu ofertowym. Analogiczne wezwanie na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp zostało wystosowane przez zamawiającego pismem z dnia 18 listopada 2022 r. do wykonawcy MEGA-WAT, przy czym odnosiło się ono do istotnych części składowych ceny ujętych w poz. nr 1, nr 5 i nr 6 w Formularzu ofertowym.

Zarówno wykonawca Megatherm, jak i wykonawca MEGA-WAT złożyli wyjaśnienia ceny, w których co do pozycji nr 1 wskazali, że to w niej ujęli i skalkulowali pełne koszty pracownicze odnoszące się do usług objętych przedmiotem zamówienia w okresie zimowym pomiędzy

1 grudnia i 31 marca. Wyjaśnienia Megatherm i MEGA-WAT są w dużej mierze analogiczne, gdyż wykonawcy Ci wskazali, że skalkulowali w ramach poz. nr 1 koszty koordynatora (Megatherm - 4,5 pełnego etatu, zaś MEGA-WAT - 4,3 pełnego etatu) i pracowników w liczbie 21 (po 7-iu na każdą z trzech zmian) w odniesieniu do Megatherm i w liczbie 24 (po 8-iu na każdą z trzech zmian) jeżeli chodzi o MEGA-WAT, którzy w systemie zmianowym mieliby realizować dyspozycyjność wykonawcy ujętą w poz. nr 1 FO.

Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie za dyspozycyjność, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy jest uiszczane miesięcznie na rzecz wykonawcy na zasadzie ryczałtu, niezależnie od tego, czy wykonawca otrzyma do realizacji jakieś prace zimowe, czy też nie. Tym samym ujęcie „wszystkich kosztów pracowniczych” realizacji usług utrzymania zimowego w pozycji dyspozycyjność i skalkulowanie ich na poziomie 2-3 krotnie wyższym niż pozostali wykonawcy i ponad dwukrotnie wyższym niż zamawiający w ramach szacunku wartości zamówienia spowodowało, że wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT powinni otrzymać ponad milion złotych za samą dyspozycyjność w okresie zimowym, nawet w sytuacji, gdyby usługi utrzymania zimowego realizowane miałyby być przez przykładowo dwa tygodnie w tym okresie. Pomimo faktu, że istotne części składowe ceny wskazane w poz. 5 i 6 Formularza ofertowego nie odnosiły się wyłącznie do kosztów sprzętu czy paliwa, ale obejmowały kompletne:

- wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi (zł/mb) - poz. nr 5,

- wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek pieszych i schodów w zakresie odśnieżania i posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi” (zł/mb) — poz. nr 6,

Wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT w swoich wyjaśnieniach ceny wskazali, że w poz. nr 5 i 6 Formularza ofertowego w ogóle nie skalkulowali kosztów pracowniczych, ponieważ ujęli je w całości w poz. nr 1 Formularza ofertowego. Jednocześnie wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT oświadczyli, że w kosztach wycenionych w poz. nr 5 i 6 FO ujęli jedynie:

- „cena paliwa do ciągników, cena materiałów eksploatacyjnych, cena soli lub piasku oraz koszt amortyzacji sprzętu” - w przypadku wykonawcy MEGA-WAT i

- „(...) kalkulacje (co do poz. nr 5 i 6 - przyp. odwołującego) nie obejmują kosztów zatrudnienia, a jedynie koszty ponoszone z tytułu eksploatacji zamortyzowanego sprzętu (...) założenia do kalkulacji sprzętu (...) Cena jednostkowa wynika z kosztu paliwa oraz bieżącej eksploatacji i serwisu sprzętu” - w przypadku wykonawcy Megatherm.

Tymczasem pozycje cenowe nr 5 i 6 FO odnosiły się do czynności zimowego oczyszczania, a więc świadczenia usług, których zasadniczy koszt wykonania to praca ludzka. W żaden sposób nie jest możliwe wykonanie tych usług z pominięciem ludzi, przy użyciu wyłącznie sprzętu i materiałów. Wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT, wyjaśniając ceny poszczególnych istotnych części składowych ceny, przedstawili zbieżny sposób jej wyliczenia, tj. kalkulację w odniesieniu do jednego metra bieżącego odśnieżania i usuwania śliskości. Wykonawca MEGA-WAT wskazał, że: „Ogółem koszt jednostkowy (za 1 m odśnieżania i posypywania mieszanką solno-piaskową) wyniesie 0,0259 zł + 0,0100 zł = 0,0359 zł na metr. W związku z tym przyjęliśmy 0,05 zł/m w wykazie cen. Pozostała różnica stanowi zysk i inne koszty”, z kolei wykonawca Megatherm wyjaśnił, że finalna cena wynosi 0,04 zł/m i obejmuje paliwo, bieżącą eksploatację i serwis sprzętu, paliwo, koszty chlorku sodu i piasku, koszty ogólnozakładowe na poziomie 7%, koszty nieprzewidziane na poziomie 10% i zysk.

Odnosząc się do zaprezentowanego przez wykonawcę Megatherm i MEGA-WAT sposobu wyceny poz. nr 5 i 6 FO, odwołujący wskazał, że jest on niezgodny z opisem tej pozycji, gdyż nie obejmuje pełnych kosztów „wynagrodzenia za zimowe oczyszczanie chodników (...) w zakresie posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi” (poz. nr 5 FO) i „wynagrodzenia za zimowe oczyszczanie chodników (...) w zakresie odśnieżania posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi” (poz. nr 6 FO).

Pomijając okoliczność oczywistą, że realizacja usług ujętych w poz. nr 5 i 6 FO nie jest możliwa bez obsady pracowniczej (kierowanie maszynami, odśnieżanie, itp.) wskazać należy, że w rozdz. 4 ust. 2 lit. c) i d) SWZ zamawiający jasno wskazał, że do realizacji usług opisanych w poz. 5 i 6 FO wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, i że realizacja usług zleconych w ramach pozycji 5 i 6 FO będzie rozliczana kosztorysowo w oparciu o iloczyn ilości faktycznie wykonanych prac potwierdzonych przez zamawiającego w protokole odbioru oraz cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy stanowiącej załącznik nr 2

do niniejszej umowy i ujętych w ust. 3 ppkt b-g) oraz i) i j). Skoro wycena usług w zakresie zimowego oczyszczania miała być powiązana z rozliczeniem obmiarowym, to właśnie w cenie jednostkowej danej usługi miały mieścić się koszty tych świadczeń. Zatem wycena tych pozycji w ofertach Megatherm i MEGA-WAT jest niepełna i bezzasadnie nie obejmuje kosztów pracowniczych. Wyceny na poziomie 4 i 5 groszy za 1mb oczyszczania zimowego są stawkami całkowicie nierealnymi i nierynkowymi. Nie istnieje techniczna możliwość realizacji tych usług za stawki, jakie wynikają z obydwu ofert w pełnym zakresie usługi wynikającym z opisu pozycji. Zdaniem odwołującego brak skalkulowania kosztów pracowniczych w ramach pozycji nr 5 i 6 FO, wyraźnie stwierdzone przez Megatherm i MEGA-WAT, stanowi:

- rażąco zaniżenie przedmiotowych cen jednostkowych będących istotnymi częściami składowymi ceny brutto i
- błąd w obliczeniu ceny i
- brak zgodności oferty z warunkami zamówienia, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zdaniem odwołującego przerzucenie wszystkich kosztów pracowniczych realizacji zamówienia do pozycji opisanej jako dyspozycyjność (poz. nr 1 FO) i istotne zawyżenie kosztów w niej ujętych, za którą wykonawca uzyskuje wynagrodzenie ryczałtowe (pewne i niezmiennie) i jednocześnie skalkulowanie kosztów realizacji realnych usług utrzymania zimowego ujętych w odrębnych pozycjach w Formularzu ofertowym (poz. nr 5 i 6 FO) z pominięciem jakichkolwiek kosztów pracowniczych, pomimo że usługi te w sposób oczywisty wymagają pracy ludzkiej (świadczonej przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, zgodnie z wymaganiem rozdz. 4 ust. 2 SWZ), stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 uznk. Jest to działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia na szkodę zamawiającego i w celu eliminacji z rynku pozostałych przedsiębiorców biorących udział

w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że mamy tu do czynienia z nieuczciwymi praktykami. Wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT manipulując w wyżej opisany sposób cenami poszczególnych pozycji w FO w części I postępowania działali sprzecznie z prawem i dobrymi obyczajami w sposób naruszający interes innych przedsiębiorców biorących udział w niniejszym postępowaniu oraz w celu eliminacji tych przedsiębiorców z rynku poprzez pozbawienie ich szans na uzyskanie zamówienia, utrudniając uczciwą konkurencję. Sprzeczne z prawem

i dobrymi obyczajami działanie wykonawców Megatherm i MEGA-WAT polegające na manipulacji cenami w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej miało kluczowy wpływ na ich ceny ofertowe i powodowało eliminację pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, z rynku. Działanie wykonawców Megatherm i MEGA-WAT (manipulacja cenami jednostkowymi ujętymi w FO) było więc wprost nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych adekwatnych do zakresu wycenianych pozycji. Jednocześnie zaoferowane przez wykonawców Megatherm i Mega-WAT ceny usług w poz. nr 5 i 6 FO nie pokrywają kosztów ich realizacji, bowiem wykonawcy Ci jasno oświadczyli w złożonych przez siebie wyjaśnieniach ceny, że w kosztach tych usług w ogóle nie ujęli kosztów pracowników, którzy będą je realizować. Tym samym takie działania wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT stanowią również sprzedaż usług określonych w poz. 4 i 5 poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Rynkiem właściwym, na którym doszło do ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie jest regionalny rynek usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg, placów, chodników przy obiektach gminnych i przystanków na obszarze województwa opolskiego.

Orzecznictwo KIO wskazuje, iż inwencja wykonawców dotycząca „inżynierii cenowej” przy składaniu ofert, tj. takiego obliczenia cen jednostkowych, które nie odpowiada wartości prac wycenianych w konkretnych pozycjach, a działanie takie jest nakierowane na uzyskanie przez wykonawcę przewagi konkurencyjnej (przy ocenie ofert i/lub realizacji zamówienia) stanowi zarzucany wykonawcom Megatherm i MEGA-WAT czyn nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach sprawy wykonawcy sztucznie zawyżyli cenę poz. 1 FO, która będzie realizowana na pewno (tzw. pewny zakres zamówienia, tj. wynagrodzenie za gotowość płacone będzie niezależnie od warunków atmosferycznych), a sztucznie zaniżyli cenę poz. 5 i 6 FO, które to prace będą realizowane tylko w przypadku zaistnienia takiej potrzeby wywołanej siłami natury, co w sposób oczywisty daje im przewagę konkurencyjną, sprzeczną jednak z OPZ oraz wynikającym z SWZ sposobem obliczenia ceny. Tym samym oferty wykonawców Megatherm i MEGA-WAT powinny zostać odrzucone również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Rażące zaniżenie wyceny istotnych części składowych ceny z poz. nr 5 i 6 FO wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT wynika wprost z braku ujęcia w ramach wycen tych pozycji kosztów pracy (w całości). Co istotne, w okolicznościach tej sprawy przedmiotem sporu nie jest okoliczność, czy koszty pracownicze były skalkulowane na poziomie co najmniej równym, lub przekraczającym minimalne wynagrodzenie za pracę, czy były zaniżone, czy też czy ujęto w ich ramach wystarczającą liczbę pracowników, ale z treści oświadczeń wykonawców

Megatherm i MEGA-WAT wynika wprost (więc nie stanowi to okoliczności spornej), że wycena pozycji nr 5 i 6 FO po prostu tych kosztów nie zawiera, pomimo, że do realizacji usług, do których odnoszą się wskazane pozycje, praca fizyczna operatorów obsługujących sprzęt, maszyny i realizujących prace ręcznie jest konieczna. Skoro wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT jednoznacznie przyznali, że nie objęli w wycenie poz. nr 5 i 6 FO kosztów pracy niezbędnych do realizacji usług, których te ceny dotyczą, to nie objęli tą wyceną pełnego zakresu wycenianego elementu zamówienia, gdyż istotna część kosztów realizacji usług zimowego oczyszczania chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów została „przeniesiona” przez ww. wykonawców do poz. 1 tj. usługi pozostawiania w gotowości. Co istotne, gdyby zamiarem zamawiającego była zapłata wybranemu wykonawcy za całość realizowanych w ramach utrzymania zimowego prac wynagrodzenia ryczałtowego objętego pozycją dyspozycyjność, poz. nr 5 i 6 FO w ogóle by nie występowały odrębnie w FO, gdyż wynagrodzenie za świadczenie wszystkich usług utrzymania byłoby połączone i ujęte w jednej zbiorczej pozycji nr 1 FO. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszym postępowaniu a całkowite pominięcie w wycenie odrębnych pozycji nr 5 i 6 w FO kosztów pracowniczych, stanowi błąd w obliczeniu ceny, która powinna w ramach każdej z wycenianych pozycji obejmować pełną cenę za wszystkie elementy konieczne do realizacji oferowanej usługi, jak również świadczy o niezgodności z warunkami zamówienia, które przy realizacji ujętych w poz. 5 i 6 FO czynności wymagają zatrudnienia osób je realizujących z ramienia wykonawcy na podstawie stosunku pracy i realizacji pełnego zakresu prac (w tym fizycznych przez pracowników) niezbędnych do wykonania poszczególnych, odrębnie wycenionych i opisanych odpowiednio w poz. nr 5 i 6 FO usług.

Odwołujący nie przeczy, że w ramach poz. nr 1 FO wykonawca, zgodnie z OPZ winien był wycenić dyspozycyjność, jednakże konstrukcja SWZ i OPZ nie pozwala na pomijanie wyceny kosztów pracowniczych w ramach wyceny pozycji istotnych części składowych odnoszących się do usług utrzymania zimowego, które wymagają realizacji przez pracowników. Jak wynika OPZ stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ zakres poz. 1 obejmuje wyłącznie:

2.8. Całodobowa dyspozycyjność - gotowość Wykonawcy do przystąpienia do realizacji prac zimowego utrzymania w zadeklarowanym w kosztorysie ofertowym czasie lub na wskazanie Zamawiającego, w tym całodobowa dostępność Wykonawcy poprzez środki łączności takie jak telefon komórkowy oraz e-mail. W ramach całodobowej dyspozycyjności Wykonawca winien:

- wyznaczyć koordynatora prowadzenia akcji wyposażonego w telefon komórkowy gwarantującego zamawiającemu stałą łączność dyspozycyjnego 24h/dobę,

- zapewnić sprzęt i pracowników do wykonania usługi w czasie i zgodnie ze standardami opisanymi w pkt. III OPZ.

Przy czym co istotne, całość kosztów realizacji usług dotyczących zimowego oczyszczania miała być wyceniona w poz. 5 i 6 FO i rozliczana na podstawie faktycznie zrealizowanych działań - zgodnie z umową. Koszty działań związanych z zimowym utrzymaniem, w tym koszty pracownicze, określone w poz. nr 5 i 6 FO należało więc zgodnie z OPZ skalkulować w odrębnych, przeznaczonych do tego pozycjach, co do których zamawiający przewidział ich obmiarowe rozliczanie. Wykonawcy Megatherm i Mega-WAT zaś w poz. nr 5 i 6 FO pominieli w 100% koszty pracownicze, nie obejmując wyceną pełnego zakresu wycenianej tam usługi, którą realizować będą właśnie pracownicy wybranego wykonawcy. Co niezwykle istotne, rażące zaniżenie wycen tych pozycji, wynikające z całkowitego braku skalkulowania w nich kosztów pracy i oczywistą wadliwość takiego działania potwierdzają również inne postanowienia SWZ. W szczególności należy tutaj zwrócić uwagę na postanowienie ze str. 16 akapit drugi zmienionego OPZ stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ.

W OPZ i projekcie umowy zamawiający zastrzegł sobie więc możliwość zlecenia usług ujętych w poz. nr 5 i 6 FO poza okresem 1 grudnia - 31 marca (kiedy to wykonawca ma zachować dyspozycyjność). W takim przypadku - jak wskazał, będzie rozliczał przedmiotowe usługi z zastosowaniem cen dotyczących zimowego wynagrodzenia (poz. 5 i 6 FO), ale wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia za tzw. dyspozycyjność (poz. 1 FO). Skoro wykonawcy Megatherm i MEGA-WAT nie ujęli w ogóle kosztów pracowniczych w ramach poz. 5 i 6 FO, to jeśli zlecenie oczyszczania zimowego nastąpi np. w kwietniu lub listopadzie, tj. poza okresem zapewniania dyspozycyjności, wykonawcy Ci zobowiązani będą wykonać usługi za ceny, które nie uwzględniają kosztów pracy a wyłącznie sprzętu i materiałów. Świadczy to o rażącym zaniżeniu cen tych pozycji, nieskalkulowaniu pełnego zakresu świadczenia i błędzie w obliczeniu ceny, która przy usłudze powinna obejmować koszt wykonania tej usługi, a nie jedynie koszt eksploatacji sprzętu wykorzystywanego do jej realizacji. Przyjęcie, że cena poz. 5 i 6 FO została ustalona przez Megatherm i MEGA-WAT prawidłowo, zgodnie z Pzp i SWZ oznaczałoby w praktyce uznanie, że zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w mieście Opole może być realizowane przez maszyny i środki chemiczne, bez udziału człowieka. Co ważne, zamawiający w praktyce zleca w okresie „letnim” czynności wymagające zastosowania technologii zimowego utrzymania (wykonawca DROMAR otrzymywał takie zlecenia od zamawiającego w listopadzie 2021), co potwierdza, że potrzeby zapewnienia takich usług w okresie wykraczającym poza grudzień - marzec są realne, występują w praktyce i stanowią źródło obowiązków wykonawcy (opady

śniegu w listopadzie i w kwietniu nie są w Polsce niczym wyjątkowym).

Niezależnie od powyższej argumentacji, szczegółowa analiza wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Megatherm, zdaniem odwołującego wprost potwierdza, że wynagrodzenie zaoferowane przez tego wykonawcę za realizację usług ujętych w poz. nr 5 i 6 FO jest zaniżona również z innych przyczyn. Tym samym zdaniem odwołującego, niezależnie od braku ujęcia w kalkulacji wynagrodzenia za usługi utrzymania zimowego z poz. 5 i 6 FO kosztów pracowniczych, cena za przedmiotowe usługi zaoferowana przez wykonawcę Megatherm jest zaniżona i nie pokrywa realnych kosztów ich realizacji, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp.

W wyjaśnieniach ceny wykonawca Megatherm jako okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny wskazał m.in.: 3) dysponowanie własnym zamortyzowanym sprzętem (...) i 5) dysponowanie zapasami piasku oraz soli drogowej.

Co do okoliczności pozwalającej, zgodnie z wyjaśnieniami ceny Megatherm, na obniżenie ceny tj. dysponowania własnym zamortyzowanym sprzętem, odwołujący wskazał, że Megatherm nie wykazał:

- że jest właścicielem sprzętu, który będzie wykorzystywany do realizacji zamówienia (brak jest dowodów potwierdzających, że Megatherm jest właścicielem tego sprzętu);
- że sprzęt został w pełni zamortyzowany (brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że sprzęt rzeczywiście został zamortyzowany w pełni);
- jakie realne oszczędności i o ile wykonawca mógł obniżyć cenę realizacji usług wskazanych w poz. 5 i 6 FO z uwagi na wskazane przez Megatherm okoliczności.

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec niewykazania przez Megatherm realnego zaistnienia opisanych wyżej okoliczności (brak jakichkolwiek dowodów i wyliczeń), zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że okoliczność rzekomego „dysponowania własnym zamortyzowanym sprzętem” może rzeczywiście wpłynąć na obniżenie ceny. Uzupelnienie dowodów na etapie postępowania odwoławczego w KIO byłoby natomiast spóźnione.

Co do okoliczności pozwalającej zgodnie z wyjaśnieniami ceny Megatherm obniżyć wynagrodzenie za świadczenie usług w poz. nr 5 i 6 FO związanej z „dysponowaniem zapasami piasku i soli drogowej”, odwołujący wskazuje jak poniżej.

W swoich wyjaśnieniach ceny wykonawca Megatherm wskazał, że: „Również w kalkulacji uwzględniona jest niższa niż obecna rynkowa cena chlorku sodu jaką zapłaciliśmy w roku ubiegłym, ponieważ poprzednia zima z niewielkimi opadami śniegu i niewielkimi mrozami pozwoliła na jego zaoszczędzenie (dowód -zdjęcia zmagazynowanej soli, kruszywa oraz chlorku wapnia)” i przedstawił fotografie przedstawiające piasek i sól drogową i faktury zakupu soli i piasku.

Odnosząc się do załączonych do wyjaśnień fotografii, to odwołujący wskazuje, że nie mają one żadnej mocy dowodowej. Po pierwsze nie wiadomo, gdzie i kiedy zostały one zrobione (brak wskazania miejsca i dat, w których zdjęcia zostały wykonane). W żadnej mierze, bazując na takich zdjęciach, zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że wykonawca Megatherm rzeczywiście posiada jakiegokolwiek zapasy soli i piasku. Wykonawca mógłby przedstawić na tą okoliczność dowody w postaci np. raportów z aktualnych stanów magazynowych spółki Megatherm, jednakże nie uczynił tego, przesyłając jedynie do zamawiającego fotografie, co do których niemożliwym jest ustalenie daty ich wykonania (równie dobrze mogą być wykonane rok temu, albo w składzie innego podmiotu). Tym samym te rzekome „dowody” na okoliczność zapasów nie mogły być podstawą do przyjęcia przez zamawiającego, że wykonawca Megatherm rzeczywiście ma podstawy do obniżenia cen na realizację w przyszłym roku usług na rzecz zamawiającego. Co więcej, jak opisuje w wyjaśnieniach sam Megatherm, wykonawca ten realizuje również inne umowy w zakresie utrzymania na rzecz innych zamawiających. Nawet zatem gdyby rzeczywiście posiadał jakieś zapasy, nie ma żadnej pewności, że te domniemane zapasy będą wykorzystane do realizacji usług zimowego utrzymania właśnie dla zamawiającego i realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, dowody w postaci fotografii nie stanowią miarodajnego i wiarygodnego źródła do przyjęcia możliwości obniżenia ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że również załączony do wyjaśnień ceny materiał dowodowy w postaci faktur zakupu (rzekomo magazynowanego materiału) jest niewiarygodny.

Wg. załączonych faktur Megatherm wykazała rzekomy zapas 20t soli drogowej (NaCl) i 2 t chlorku wapnia (na zimę 2021/2022), który nijak ma się to do zakupu soli na obecny sezon zimowy, przy założeniach jednostkowych kosztorysu 2022/2023 i zużycia mieszanki soli+piasku na Rejon 1 - cały obmiar szacowany przez zamawiającego w kosztorysie (poz. 5 i 6 FO).

Zdaniem odwołującego w kontekście powyższego należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności:

- część przedstawionych faktur jest z okresu wrzesień/październik 2021, czyli sprzed sezonu zima 2021/2022.
- odnosząc się do rzekomego posiadania zasobów piasku, to wskazać należy, że oświadczenie co do tego, że stanowią one pozostałości po zeszłym sezonie jest niewiarygodne w sytuacji, gdy wykonawca Megatherm przedstawia zamawiającemu faktury zakupu piasku ze stycznia 2022 roku. Konieczność dokupienia piasku w styczniu 2022 r. potwierdza zdaniem odwołującego, że zapasy nabyte w 2021 r. skończyły się, co spowodowało konieczność dokupowania piasku w styczniu 2022 roku do realizacji bieżących

usług, których z uwagi na śnieżny styczeń i luty było dużo, zaś brak jest faktur wykazujących zakup piasku lub soli po tym okresie;

- ilość soli jaką wykazuje Megatherm jest za mała do świadczenia usług zimowego utrzymania w niniejszym postępowaniu w części I.

Podsumowując, Megatherm nie wykazało, że posiada zapasy piasku i soli drogowej, zakupione w cenach ujętych w przedstawionej kalkulacji, w ilości koniecznej do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Koszty zakupu soli i piasku ujęte w kalkulacji nie odzwierciedlają zatem rzeczywistych kosztów nabycia tych materiałów - przy bieżącej inflacji, jeżeli sól i piasek w poprzednim roku były w cenach jak na ww. fakturach, to każdy wykonawca kalkulując w chwili obecnej oferty, szacuje wyższy koszt soli i piasku (ponad 100%) niż w zeszłym roku (uwzględniając też doniesienia, że inflacja będzie nadal rosła). Należy wskazać, że spółka z o.o. powinna prowadzić stany magazynowe - jest to jedyny wiarygodny dokument księgowy potwierdzający rzeczywistą ilość posiadanych przez taki podmiot materiałów uszorstniających. Megatherm, pomimo że powinien być w posiadaniu takiego dokumentu i jako profesjonalista powinien go przedłożyć (tak jak dla wykazania ilości zatrudnienia Megatherm przedstawił Raport dla Deklaracji PEFRON), by udowodnić oświadczenia odnośnie rzekomych zapasów piasku i soli z zeszłego sezonu, nie uczynił tego, przekazując zamawiającemu tzw. „dowody”, które jednak w ocenie odwołującego w żaden sposób nie potwierdzają realnego dysponowania zapasami, które umożliwiałyby ujęcie

w kalkulacji ceny niższych cen za materiały uszorstniające niż ceny rynkowe. Przypomnieć tu należy, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W szczególności obowiązek udowodnienia należy odnosić do tych okoliczności, na które powołuje się wykonawca, które pozwalają mu na zaoferowanie cen niższych niż konkurencja. Nawet jednak, gdyby uznać (jakkolwiek zdaniem odwołującego takie uznanie nie jest możliwe), że wykonawca Megatherm rzeczywiście dysponuje jakimiś zapasami z zeszłej zimy, to ujęcie w kalkulacji cen zeszłorocznych byłoby możliwe tylko w odniesieniu do wykazanych dowodami ilości nie zużytych materiałów uszorstniających, nie zaś co do całości materiałów uszorstniających, które są konieczne do realizacji usług. Megatherm wskazywał w wyjaśnieniach na zaopatrzenie w sól w ilości 20t, natomiast przy założeniach jednostkowych kosztorysu i zużycia mieszanki soli+piasku (w proporcji 30%/70%) na Rejon, założyć należy zużycie min. 57t soli. Wiarygodność wyjaśnień Megatherm podważa również fakt, że nie jest prawdą, że z zeszłego roku zostały duże zapasy materiałów piasek/sól. Odwołujący jako wykonawca zużyła rekordowo dużą ilość soli w sezonie 2021/2022 ze względu na duże opady w styczniu i lutym 2022 r. (powyższe jest zresztą zgodne z odczuciami powszechnymi - ubiegłoroczna

zima była śnieżna). Z uwagi na fakt, że Megatherm bezzasadnie objął kalkulację zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym mowa w dalszej części odwołania, a wyliczenie zużycia soli i piasku zostało przedstawione w wyjaśnieniach ceny wykonawcy MEGA-WAT, które są oparte o analogiczną metodykę wyceny, jak wyjaśnienia Megatherm, odwołujący poniżej przedstawia wyliczenie ceny dla oferty Megatherm oparte o sposób wyceny przedstawiony w wyjaśnieniach złożonych przez MEGA-WAT.

Mieszanka sól/piasek do zimowego utrzymania wg MEGA-WAT wyliczona zgodnie z zaleceniami zamawiającego, czyli 30% soli/70% piasku (rozdz. II pkt 2 „MATERIAŁY” OPZ) oraz podstawione ceny Megathermu pod sposób kalkulacji MEGA-WAT-u:

Obmiar szacowany przez zamawiającego 3 200 000 mb (łącznie obmiar z pozycji nr 5 i nr 6 FO). 10 km jest to ilość obmiaru, który wg szacunku można „przesypać” przez 1 godzinę pracy.

Zużycie 60 kg mieszanki (piasek + sól) na km chodnika, czyli na 10 km chodnika zużycie mieszanki wynosi $60\text{kg/km} \times 10\text{ km} = 600\text{ kg} = 0,6\text{t}$ — > zużycie materiału na 1 godz. przy 10 km obmiaru.

Biorąc pod uwagę, że 3 200 000 mb to 3 200 km, a szacuje się posypanie 60 kg mieszanki (sól+piasek) na 1 km, to zostanie zużyte 192 000 kg mieszanki, a więc 192 t.

a) wyliczenie kosztów nabycia mieszanki sól/piasek po cenach wskazanych przez Megatherm:

192t mieszanki (192 000 kg) w tym

57,6 t soli + 134,4 t piasku (proporcja 30% soli + 70% piasku, zgodnie z zaleceniami zamawiającego)

Cena soli przyjęta w wyjaśnieniach Megatherm: 495 zł/t

Cena piasku przyjęta w wyjaśnieniach Megatherm: 28 zł/t

$28512,00\text{ zł} + 3\ 763,20\text{ zł} = 32\ 275,20$ koszt mieszanki (sól+piasek) potrzebnej do utrzymania zimowego wg wyjaśnień ceny Megatherm.

Dla porównania, odwołujący poniżej przedstawia wyliczenie tych samych pozycji nr 5 i 6 FO przy uwzględnieniu cen soli i piasku, które zdaniem odwołującego zostały skalkulowane w ofercie MEGA-WAT na poziomie rynkowym:

b) wyliczenie kosztów nabycia mieszanki sól/piasek po cenach wskazanych przez MEGA-WAT

192t mieszanki (192 000 kg) w tym

57,6 t soli + 134,4 t piasku (proporcja 30% soli + 70% piasku, zgodnie z zaleceniami zamawiającego)

Cena soli wynikająca z wyjaśnień ceny wykonawcy MEGA-WAT: 1100 zł/t

Cena piasku wynikająca z wyjaśnień ceny wykonawcy MEGA-WAT: 60 zł/t

63 360,00 zł + 8 064,00 zł = 71 424,00 zł koszt mieszanki (sól+piasek) potrzebnej do utrzymania zimowego wg MEGA-WAT.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na bezzasadne utajnienie szczegółowych kalkulacji ceny przez Megatherm, nie zna szczegółowej kalkulacji ceny przedstawionej przez tego wykonawcę. Z tego względu przyjmuje do wyliczenia poniższych cen sposób kalkulacji ujęty w wyjaśnieniach wykonawcy MEGA-WAT, który - na co wskazuje prosta analiza treści wyjaśnień - wydaje się być analogiczny. Odniesienie się *stricte* do treści kalkulacji ceny Megatherm będzie możliwe po odtajnieniu bezzasadnie utajnionych kalkulacji w drodze kolejnego odwołania.

Biorąc zatem pod uwagę powyżej przedstawione wyliczenia, z których wynika, że sama cena materiałów uszorstniających wykonawcy Megatherm jest zaniżona o ok. 55% względem aktualnych cen rynkowych, a wykonawca ten nie wykazał, że dysponuje jakimkolwiek zapasami piasku i soli (faktury i zdjęcia nie stanowią takiego dowodu), należy wskazać,

że przyjmując założenia kalkulacyjne przedstawione w wycenie wykonawcy MEGA-WAT co do proporcji kosztów wykonania usługi ujętej w poz. nr 4 i 5 FO, już tylko przyjęcie realnych, rynkowych na obecny moment cen materiałów uszorstniających powoduje, że całkowita cena zimowego oczyszczania za pełny obmiar tj. 3 200 000 mb (poz. nr 5 i nr 6 FO) w wysokości 128 000,00 zł wskazana przez wykonawcę Megatherm, jest niewystarczająca i nie pokrywa kosztów realizacji tych usług. Powyższe znajduje potwierdzenie w poniższym wyliczeniu:

Zużycie soli i piasku zgodnie z wymogami zamawiającego - zużycie mieszanki 192 t w tym: sól (30%) oraz piasek (70%), czyli 57,6 t soli + 134,4 t

Należy więc oszacować, że zakupić należy 57,6 t soli i 134,4 t piasku

57,6 t soli x 1100 zł (cena przedstawiona przez MEGA-WAT) + 134,4 t piasku x 60 zł (cena przedstawiona przez MEGA-WAT) = 63.360,00 zł+ 8.064,00 zł = 71.424,00 zł - koszt samych materiałów potrzebnych do likwidacji śliskości

Przyjmując dalej, że cena paliwa analogicznie wynosi tyle, ile w tłumaczeniu MEGA-WAT, do ww. kosztów materiałów uszorstniających należy doliczyć koszt paliwa na mb w wysokości 0,0036 zł - czyli na cały obmiar szacowanych prac 3 200 000 mb koszt paliwa będzie oscylował w granicy 11 520,00 zł.

Podsumowując powyższe wyliczenie, koszty soli, piasku i paliwa wynoszą: 71 424,00 zł +11 520,00 zł = 82 944,00 zł

Z uwagi na fakt, że wykonawca MEGA-WAT i wykonawca Megatherm są firmami powiązanymi rodzinnie, działającymi w tej samej branży, które przedstawiły kalkulacje oparte na analogicznych założeniach (kosztowo oraz asortymentowo), celem uwiarygodnienia zaniżenia ceny przez Megatherm, odwołujący do wyliczonych wyżej cen materiałów uszorstniających i paliwa dla Megatherm, dodał elementy składowe ceny w proporcjach,

które określił w swoich wyjaśnieniach ceny wykonawca MEGA-WAT. Dlatego, biorąc pod uwagę,

że MEGA-WAT przyjmuje, że:

- dodatkowe 40% z ceny jednostkowej będą wynosiły koszty serwisu ciągników, przygotowanie mieszanki i inne koszty z tym związane, to - przyjmując te same założenia do wyliczeń, dla wykonawcy Megatherm do cen materiałów uszorstniających i paliwa należy doliczyć z tego tytułu: 33 177,60 zł (wynika to z: 40% z kwoty 82 944,00 zł - zgodnie z założeniami wykazanymi przez firmę MEGA-WAT).

Oprócz tego do powyższych wyliczeń należy dodać dodatkowe 17 % kosztów ogólnozakładowych oraz innych nieprzewidzianych, o których pisze Megatherm w swoich wyjaśnieniach, czyli 21 760,00 zł (wynika to z: 17% z kwoty 128 000,00 zł) oraz zysk (wartość nieznana).

Obliczona w ten sposób suma samych kosztów wynosi: 137 881,60 zł - zaś suma z pozycji 5+6 w Formularzu ofertowym opiewa na kwotę 128 000,00 zł.

Powyższe wskazuje na to, że wycena oczyszczania zimowego w cenie 0,04 zł/mb nie tylko nie generuje zysku dla wykonawcy, a przynosi stratę, gdyż suma szacowanych kosztów jest

o 9 881,60 zł wyższa niż zaoferowana przez Megatherm cena zimowego oczyszczania (suma z pozycji 5+6 z FO).

Biorąc pod uwagę powyższe założenia, same koszty w przeliczeniu na utrzymanie zimowe 1 mb wynoszą 0,043zł - zaś w swoim Formularzu ofertowym Megatherm oferuje cenę zimowego oczyszczania na poziomie 0,04 zł/mb (w tym zysk).

Tym samym również z powyższych względów zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy Megatherm w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Odnosząc się do zaniżenia ceny poz. nr 2 FO, odnoszącej się do usług letniego utrzymania w ofercie Megatherm, odwołujący przedstawia następującą argumentację.

Jak wynika z OPZ - ZASADY WYKONANIA USŁUGI (dział IV, pkt 3 str.15): *„W ramach oczyszczania nawierzchni chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów, utwardzonych nawierzchni w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch, Wykonawca ma obowiązek odsłonić nawierzchnie i okopać krawężniki, usunąć trawy, chwasty, pograbić i usunąć opadłe liście, usunąć wszelkie zanieczyszczenia komunalne oraz resztki ziemi. Oczekiwany standardem jest oczyszczenie nawierzchni do takiego stanu, że nie występują na niej żadne zanieczyszczenia, nawierzchnia będzie miała widoczną strukturę, przy krawężnikach woda deszczowa będzie miała swobodny przepływ zgodnie ze spadkiem do studzienek, a krawężnik będzie cały odsłonięty. W ramach oczyszczania zieleńców, poboczy*

nieutwardzonych i pasów rozdziału, Wykonawca ma obowiązek usunąć z nich wszelkie zanieczyszczenia.

Usuwanie zanieczyszczeń wyżej wskazanych powierzchni powinno być prowadzone poprzez:

- oczyszczanie mechaniczne - usunięcie z oczyszczanej nawierzchni zanieczyszczeń przy użyciu samojezdnych lub ciągnionych zamiatarek wyposażonych w system szczotek obrotowych oraz system zasysania zanieczyszczeń. Zamiatanie nawierzchni powinno odbywać się w sposób mechaniczny, a przypadku niemożności przeprowadzenia mechanicznego zamiatania danej powierzchni, np. ze względu na parkujące pojazdy lub w miejscach trudnodostępnych, należy ją pozamiatać ręcznie. Ponadto obowiązkiem Wykonawcy jest doczyszczanie wszystkich zleczanych powierzchni ręcznie, jeżeli oczyszczanie mechaniczne okaże się niewystarczające, Doczyszczenie ma się odbywać bez wezwania przez Zamawiającego,

- usunięcie w dowolnej technologii trawy i chwastów wyrastających ze sprzątej nawierzchni oraz przy słupach oświetleniowych i sygnalizacji, murach, wzdłuż ścian budynków, oznakowaniu pionowym, barierach, miejscach pod ławkami i koszami na śmieci i innych elementach znajdujących się na oczyszczanej nawierzchni oraz doczyszczaniem nawierzchni tak aby było widoczne jej obrzeże lub krawędź”.

Z wyjaśnień ceny wykonawcy Megatherm wynika, że uwzględnił on w kalkulacji jedynie dwie osoby do oczyszczania nawierzchni chodników placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych nawierzchni utwardzonych w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów (poz. 2 FO), tj. jedną osobę - będącą operatorem zamiatarki i drugą osobę do prac ręcznych poruszającą się samochodem. Co istotne, zamawiający wymaga nie tylko oczyszczania mechanicznego zamiatarką i - jeżeli jest to niemożliwe np. z powodu zaparkowanych samochodów (co jest standardem) - doczyszczania ręcznego, ale również oczyszczenia chodników poprzez usunięcie chwastów, liści, wszelkich zanieczyszczeń oraz oczyszczenia krawężników poprzez ich odkopanie. Wykonanie tych wszystkich czynności przez dwie osoby na powierzchni 300 000,00 m² przez 20 dni ani na powierzchni 15.000 m² dziennie, nie jest w żaden sposób możliwe. O ile potencjalnie byłoby możliwe (choć zdaniem odwołującego jedna osoba nie jest w stanie zrealizować doczyszczania) aby pracownik wykonawcy odpowiedzialny za doczyszczanie ręczne zamiatał pod samochodami i „doczyszczal”, o tyle okolicznością notoryjną jest, że nie jest fizycznie możliwe by osoba ta jednocześnie usunęła w tym czasie jednocześnie trawy i chwasty wyrastające ze sprzątej nawierzchni oraz przy słupach oświetleniowych i sygnalizacji, murach, wzdłuż ścian budynków, oznakowaniu pionowym, barierach, miejscach pod ławkami i koszami na śmieci i innych elementach znajdujących się na oczyszczanej nawierzchni oraz doczyszczaniem nawierzchni tak aby

było widoczne jej obrzeże lub krawędź na powierzchni 1,5 ha chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów, utwardzonych nawierzchni w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch.

Nieadekwatność kalkulacji Megatherm co do zakresu kalkulowanej w poz. 2 FO usługi wynika również wprost z zestawienia sprzętu, który ma być wykorzystywany do realizacji tej usługi w liczbie 27 sztuk. Dla porównania przy oczyszczaniu zimowym, wykonawca przewidział zespół 7 pracowników (a w letnim - dwóch), którzy będą realizowali zakres prac w odniesieniu do usług utrzymania zimowego, w ramach którego nie ma tak pracochłonnych czynności jak wrywanie chwastów i do realizacji którego zamawiający przewidział konieczność wykorzystania potencjału sprzętowego w liczbie 9 sztuk. W kalkulacji zimowego utrzymania zostali więc uwzględnieni pracownicy do obsługi całego wymaganego sprzętu, tj. 21 osób, zaś do obsługi letniego oczyszczania tylko dwie. Z przekazanych wyjaśnień nie wynika również, by w kalkulacji ceny został skalkulowany koszt utylizacji odpadu. Biorąc pod uwagę, że ten sam zakres zamówienia będzie wykonywany w okresie zimowym przez 21 osób na trzy zmiany (7 osób na jedną zmianę), to minimalna ilość osób na obsługę letnią powinna wynosić co najmniej 7 osób. Podkreślić należy, że na okres letni wymagane jest aż 27 szt. sprzętu, a na okres zimowy tylko 9 szt. Nawet bez wiedzy specjalistycznej na pierwszy rzut oka widać, że nie jest możliwe obsługiwanie takiej ilości sprzętu przez dwie osoby.

Zgodnie z wyjaśnieniami ceny co do poz. nr 2 FO, Megatherm przyjął wynagrodzenie dla dwóch pracowników w kwocie 11.000 zł. Przyjmując wynagrodzenie odpowiednio proporcjonalnie do skalkulowanego przez Megatherm wynagrodzenia dla dwóch pracowników, to dla siedmiu pracowników będzie ono wynosić w sumie: 38 500,00 zł miesięcznie.

Zamawiający założył:

8 miesięcy - letnie utrzymanie (od 1 kwietnia do 30 listopada), ilość planowanych jednostek do oczyszczenia 4 800 000,00 m², tj. średnio - miesięcznie wynosi 600 000,00 m²
600 000,00 m² * 0,06 zł 36 000,00 zł (wynagrodzenie za 1 miesiąc oczyszczania letniego zgodnie ze stawką Megatherm).

Przyjmując nawet, na wzór kalkulacji z wyjaśnień ceny Megatherm, za podstawę do obliczeń gwarantowaną miesięczną powierzchnię wynoszącą 300.000 m², nie zaś powierzchnię maksymalną, która może być zlecona do oczyszczania, konieczne do poniesienia koszty pracownicze będą wynosić kwotę 19.250,00 zł/miesiąc, a więc więcej niż całe miesięczne wynagrodzenie wykonawcy skalkulowane w poz. nr 2 FO w wysokości 18.000,00 zł. Tym samym wynagrodzenie wykonawcy jest niewystarczające do pokrycia samych kosztów zatrudnienia. Inne koszty takie jak paliwo, utylizacja odpadu, eksploatacja

sprzętu, koszty zatrudnienia koordynatora, koszty ogólnozakładowe oraz zysk nie zostały *de facto* skalkulowane w cenie, mimo że ich poniesienie jest konieczne.

Wykonawca Megatherm wyjaśnił, że przy założeniu ceny 0,06 zł/m² wynikającej z poz. nr 2 FO przy założeniu tylko gwarantowanej miesięcznej powierzchni 300.000 m², będzie dysponował kwotą 18.000,00 zł, w której zgodnie z treścią wyjaśnień Megatherm - mieszczą się następujące składniki cenowe:

1) zatrudnienie dwóch pracowników: 11.000,00 zł

2) eksploatacja pojazdu, którym porusza się osoba przewidziana do ręcznej pracy, eksploatacja podkaszarek, odkurzaczy oraz inne prace nieprzewidziane, częściowe koszty zatrudnienia koordynatora, koszty ogólnozakładowe na poziomie 7%, inne koszty nieprzewidziane - 10% oraz zysk - pozostałe 7.000 zł.

Odwołujący poniżej przedstawia kalkulację opartą na ww. założeniach, jednak przy uwzględnieniu nieuwjętych przez wykonawcę Megatherm, a koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia w przedmiotowym zakresie, kosztów:

1) Koszty zatrudnienia dwie osoby: 11 000,00 zł (założenie z wyjaśnień Megatherm),

2) Paliwo

- spalanie zamiatarki 51/godz. - zamiatarka pracuje 5 godzin dziennie, czyli koszty spalania wynoszą: 5godz. * 51/godz.* 9,0 zł1 * 20 dni- 4.500,00 zł

- spalanie samochodu, którym porusza się pracownik fizyczny - cena paliwa- założono spalanie 2 l/godzinę, czas pracy 2 godziny: 2 godziny * 9,00 zł *20 dni: 720,00 zł

3) Koszty utylizacji (kod odpadu 20 03 03 — odpady z czyszczenia ulic i placów)

Ilość odpadu na obszarze 300 000 m² może wynosić od 10 do 25 MG.

Do obliczeń przyjęto średnią ilość odpadu 17,5 MG * 445zł netto/MG (Cennik 2022 Czysty Region) 7 787,50 zł (dowód: Cennik 2022 Czysty Region (Załącznik nr 5 do odwołania)

4) Uwzględnione przez Megatherm w treści wyjaśnień koszty zawarte w cenie 17% (ogólnozakładowe i inne koszty nieprzewidziane) – 3 060,00 zł (18 000,00 x 17%).

Z powyższego wynika więc, że Megatherm, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami co do poz. nr 2 FO, dla gwarantowanej powierzchni 300 000m² otrzyma wynagrodzenie 18 000,00 zł, podczas, gdy wyliczone realne koszty, nawet przy przyjęciu nierealnego założenia wykorzystania do realizacji usługi jedynie dwóch osób, wynoszą co najmniej 27 067,50zł. Pomijając więc nieskalkulowane koszty zatrudnienia niezbędnej ilości pracowników cena jednostkowa letniego oczyszczania jest znacznie zaniżona i została istotnie niedoszacowana.

Wedle realnych wyliczeń koszty wykonania 1m² na powierzchni 300 000,00 m² zgodnie z powyższą kalkulacją wynoszą 0,09 zł.

Przedstawiona wyżej argumentacja potwierdza zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

Megatherm, mimo iż oferta wykonawcy w zakresie istotnej części składowej ceny ujętej w poz. 2 Formularza ofertowego, jest ceną rażąco niską i budzącą wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za podane wynagrodzenie.

W zakresie zarzutu nieskutecznego zastrzeżenia kalkulacji cenowych stanowiących załącznik do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Megatherm, odwołujący wskazał, co następuje. Wykonawca Megatherm zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wyjaśnień rażąco niskiej ceny znajdującą się w załączniku nr 1, w załączniku nr 2 i w załączniku nr 3 do wyjaśnień, które zawierały szczegółowe kalkulacje cen usług, do których odnosiły się wyjaśnienia ceny. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca przedstawił ogólnikowe, pozbawione konkretów, niepoparte dowodami wyjaśnienia, których w żaden sposób nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Fakt, że informacja ma charakter techniczny, funkcjonalny, konstrukcyjny czy technologiczny nie powoduje automatycznie,

że jest ona uznawana za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca nie wykazał zaistnienia wszystkich wskazanych powyżej przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, co powoduje, że dokonane przez niego zastrzeżenie jest nieskuteczne. Odwołujący nie kwestionuje przy tym samego faktu, że kalkulacja ceny ofertowej może mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie fakt skuteczności i prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia. Uzasadnienie wykonawcy oderwane jest od treści konkretnych dokumentów i ich zawartości, zawierając wyłącznie ogólne stwierdzenia. Stwierdzenia użyte w wyjaśnieniach w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie wnoszą żadnej wiedzy na temat charakteru zastrzeganych informacji, ich rzeczywistej roli w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa wykonawcy, ani wagi w zapewnieniu przewagi konkurencyjnej w prowadzeniu przedsiębiorstwa przez wykonawcę Megatherm. Zdaniem odwołującego wykonawca Megatherm nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada, co uczynił wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21). Jednocześnie stwierdzenie o wycenie wartości gospodarczej informacji o kalkulacji ceny w tym postępowaniu na kwotę 10 mln zł jest niewiarygodne i zdaniem odwołującego ma charakter pozorny. Na okoliczność wartości gospodarczej w wysokości 10 mln zł nie zostały

przedstawione żadne dowody ani rzetelna argumentacja. Sama informacja, że wartość gospodarcza zastrzeganej informacji wynosi X zł jest niewystarczająca do przyjęcia, że taka jest wartość informacji. Gdyby tak bowiem było, każdy wykonawca, który wskazałby w wyjaśnieniach zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji, jakkolwiek kwotę, nawet zupełnie zmyśloną i nieadekwatną, wyznaczającą według niego wartość gospodarczą, powinien spodziewać się uznania zastrzeżenia za skuteczne. Takie założenie jest oczywiście błędne, ponieważ zgodnie z przepisem przesłanki zastrzeżenia należy wykazać. Samo wskazanie przypadkowej wysokiej kwoty jako wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie przesądza o tej wartości. Wykonawca nie zaoferował zamawiającemu żadnych dowodów, który choćby uprawdopodobniły tę wartość, względnie informacji, z których wynikałoby jak przedmiotowa wartość została obliczona i z czego wynika. Wobec powyższego głośnych twierdzeń o rzekomej wartości gospodarczej kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu, nie można uznać za potwierdzające wykazanie przesłanki odnoszącej się do obowiązku wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Twierdzenia

Megatherm

o rzekomym deprecjonowaniu pozycji konkurencyjnej Megatherm w związku z ujawnieniem kalkulacji bezprawnie zastrzeżonej kalkulacji ceny są również bardzo ogólne. Megatherm nie precyzuje, w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów. Samo stwierdzenie, że dotarcie konkurencji do informacji ujętych w kalkulacjach „umożliwiłoby kształtowanie konkurencji kosztów wobec zamówień realizowanych u tego zamawiającego, ale i u innych zamawiających, wobec czynności przetargowych, do których przystępuje wykonawca j konkurencja” jest zdecydowanie niewystarczające. Podkreślić także należy, że przewidywane przez Megatherm koszty pracy, koszty paliwa oraz koszty środków do likwidacji śliskości zimowej zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania, zaś sam wykonawca nie wykazał w jaki sposób mogłyby być wykorzystane przez konkurentów w innych postępowaniach.

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 zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Podkreślić również należy, że ceny zaproponowane przez Megatherm nie mają charakteru pewnego i obiektywnego. Trudno zatem przypisać im obiektywną wartość gospodarczą. Odwołujący wskazał, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Megatherm nie wykazał,

że w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Z orzecznictwa wynika natomiast jednoznacznie, że możliwość przypisania danym informacjom cech tajemnicy przedsiębiorstwa jest warunkowana możliwością wykorzystania danych informacji poza danym postępowaniem. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Analiza jawnej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje natomiast, że założenia kalkulacyjne Megatherm są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność w obszarze objętym przedmiotem zamówienia i nie mają charakteru unikalnego. Co więcej powtarzają się one powszechnie w branży odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W konsekwencji zdaniem odwołującego Megatherm nie wykazał w jaki sposób ujawnienie owych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Zdaniem odwołującego jawna treść wyjaśnień nie pozwala na uznanie, że informacje utajnione stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej szczegółowa analiza złożonych wyjaśnień ceny wskazuje, że co najmniej część informacji, które wykonawca wymienia jako podlegające utajnieniu, jest *de facto* ujawniona w części jawnej wyjaśnień - np. koszty pracownicze co do poz. nr 2 FO, wysokość kosztów nieprzewidzianych na poziomie 10% - poz. 2, 5 i 6 FO, wysokość kosztów ogólnozakładowych na poziomie 7% (poz. 2, 5, 6 FO), wysokość dofinansowań PFRON, itp. Informacji tych nie można zatem uznać jednocześnie za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Skoro bowiem sam wykonawca wskazuje w jawnej części wyjaśnień, że przyjmuje poziom ryzyka związany z kosztami nieprzewidywalnymi na poziomie 10%, to brak jest podstaw do uznania, że poziom ryzyka stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy również wskazać, że w treści swojego oświadczenia Megatherm powołuje się na tajemnicę „narzutu na najem sprzętu”, podczas, gdy w wyjaśnieniach ceny wykonawca ten wskazuje, że cały sprzęt jest w pełni zamortyzowany i stanowi jego własność. Za wątpliwe uważa również odwołujący, by w zastrzeżonych kalkulacjach ceny w niniejszym postępowaniu znajdowały się informacje o „przewidywanych premiach”. Powyższe wskazuje, że uzasadnienie ma charakter ogólnikowy, sztamkowy i niedostosowany w ogóle do zastrzeganych danych i informacji.

Resumując, obowiązkiem Megatherm było należyte wykazanie, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych, są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po jego stronie. Takich jednak okoliczności wykonawca Megatherm nie wykazał. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wykonawcy Megatherm

wynika, że przedłożył zamawiającemu dowody na posiadanie i respektowanie procedur mających na celu utrzymanie informacji poufnych w tajemnicy. Jednakże dokumenty te nie zostały udostępnione odwołującemu. Z treści zastrzeżenia nie wynika również, by do pisma tego został dołączony jakikolwiek załącznik z tymi procedurami (w piśmie nie ma listy załączników). Samo zaś opisanie, że takie procedury u wykonawcy Megatherm przyjęto jest zdaniem odwołującego niewystarczające i skutkować powinno odtajnieniem bezpodstawnie zastrzeżonych dokumentów. Skoro wykonawca deklaruje, że stosuje w swoim przedsiębiorstwie szereg środków, w tym stosowne procedury, to nie ulega wątpliwości, że mógł i powinien je przedstawić w toku postępowania przetargowego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Jednocześnie odwołujący podkreśla, że za nieuzasadnione należy również uznać zastrzeżenie całości kalkulacji w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

Zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Stąd, zdaniem odwołującego nawet, gdyby zamawiający uznał jakieś informacje ujęte w tabelach jako spełniające przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa, czemu jednak odwołujący w całej rozciągłości przeczy, to powinien szczegółowo przeanalizować całe kalkulacje i ujawnić wszelkie informacje i elementy kalkulacji, co do których nie zostały kumulatywnie spełnione przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Megatherm, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, co stanowi jednocześnie naruszenie w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, należy stwierdzić, że zarzut ten jest konsekwencją zarzutów powyższych. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1 Pzp. Niewątpliwie także ustalenie wyniku postępowania z naruszeniem wskazanych w zarzutach przepisów Pzp stanowi jednoczesne naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Pisma procesowe w sprawie złożyli przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy: Megatherm sp. z o.o. oraz Mega-Wat sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępujących wykonawców Megatherm i Mega-Wat.

Odwołujący w treści swojego odwołania krytycznie odnosi się do czynności zamawiającego polegającej na wadliwej ocenie ofert przystępujących wykonawców Megatherm i Mega-Wat w zakresie określonych pozycji formularza ofertowego, stawiając zarzuty z kilku podstaw prawnych.

Rozstrzygające, w ocenie Izby, będzie ustalenie czy ceny poszczególnych pozycji ofertowych ww. wykonawców, inne, niższe niż w ofertach pozostałych wykonawców można uznać za ceny rażąco niskie i czy ww. przystępujący mieli podstawy faktyczne i prawne do ujęcia kosztów pracowniczych w części formularza dotyczącego wynagrodzenia ryczałtowego (za gotowość).

Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wskazuje, że sam fakt występowania różnic w cenach ofertowych nie stanowi dowodu na to, że oferta z niższą ceną zawiera

wycenę poniżej kosztów świadczenia usług czy też rażąco niską. KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2022 roku sygn. akt. KIO 207/22 uznała, że *„Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową - ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent”*.

Zdaniem Izby, zamawiający w treści SWZ nie dokonał zastrzeżenia, nie dokonał również opisanego, w jaki sposób ma wyglądać wycena poszczególnych pozycji formularza ofertowego z wyłączeniem zakresu czynności jakie poszczególne pozycje muszą obejmować. Dlatego też przyjęć należało, że swoboda w konstruowaniu ceny ofertowej pozwalała na indywidualne podejście każdego z przedsiębiorców do sposobu jej wyceny. Rację mają zamawiający

i przystępujący po jego stronie wykonawcy, iż *clou* ceny ofertowej to wynagrodzenie, jakie będzie otrzymywał wykonawca za gotowość w okresie zimowym (od grudnia do marca), które to wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Jest to o tyle istotne, gdyż usuwanie niebezpieczeństw związanych z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi musi być natychmiastowe, co z kolei generuje znaczne koszty po stronie przedsiębiorcy, który musi zapewnić gotowość sprzętową jak i osobową. Natomiast wykonywanie poszczególnych czynności, zleczanych indywidualnie przez zamawiającego generuje jedynie koszty sprzętowe i materiałów użytych do wykonywania określonego zakresu świadczenia.

Należy odróżnić zaofertowanie ceny niskiej od zaofertowania ceny rażąco niskiej. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21.06.2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10): *Oznacza to, że dysproporcja cen zaofertowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdy zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego typu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaofertowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.*

Zdaniem Izby, przystępujący Megatherm i Mega-Wat w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wykazali zasadność przyjętych cen jednostkowych oraz realność i rzetelność zaofertowanej ceny całościowej. Szczegółowa kalkulacja poszczególnych kosztów została przedstawiona w szczegółowej kalkulacji kosztów, która

stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (przystępujący Megatherm). Natomiast kalkulacja ceny przystępującego Megatherm przedstawia przyjęty przez przystępującego sposób wyceny tego typu usług wraz ze szczegółowym rozbięciem kosztów. Przystępujący podkreślił, że posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji tychże usług świadczonych na rzecz zamawiającego. Przystępujący Megatherm świadczy usługi na rzecz zamawiającego od 2017 roku. Dzięki doświadczeniu zdobytemu w trakcie realizacji umów na oczyszczanie miasta Opola w obu rejonach, może realnie i precyzyjnie wyliczyć wszelkie koszty związane z realizacją usługi. Ponadto zdobyte doświadczenie czyni firmę przystępującego konkurencyjną wobec pozostałych oferentów, którzy nie posiadają w pełni zamortyzowanego sprzętu oraz znajomości sprzątanego rejonu, który jest przedmiotem usługi. Ponadto przystępujący posiada nieocenioną wiedzę techniczną i pozatechniczną (handlową, administracyjną, organizacyjną, finansową), niezbędną do wykonywania usług na rzecz zamawiającego, tzw. *know-how*.

Przystępujący Megatherm wskazał, iż czynnikami, które realnie obniżają koszty i dają przystępującemu możliwość szybkiej reakcji w razie wystąpienia jakichkolwiek nieoczekiwanych lub nieprzewidzianych zdarzeń, są:

1) posiadanie przez przystępującego własnej bazy transportowej usytuowanej na terenie rejonu I, przy ul. Wrocławskiej, Opole. Baza znajduje się w dogodnej lokalizacji dzięki czemu przystępujący będzie w stanie znacznie szybciej zrealizować niezbędne przewidziane umową czynności

2) posiadanie przez przystępującego własnej bazy magazynowej, przy ul. Torowej w Opolu. Na terenie bazy magazynowej składowany jest piasek - materiały uszorstniające;

3) dysponowanie przez przystępującego własnym zamortyzowanym sprzętem tj. zamiatarkami, odchwaszczarkami mechanicznymi, pojazdami o masie całkowitej do 2,5 tony wyposażonym w szczotkę zamiatającą, z system zraszania wodą oraz zbierania, samochodami ciężarowymi, samowładowczymi, zamiatarko-oczyszczarkami prowadzonymi ze szczotkami obrotowymi i lemieszem, ciągnikami o minimalnej mocy 35 kW/47,6 KM z posypywarką, pługiem i wymiennie szczotką, ciągnikami małymi z osprzętem, tj. pługiem i wymiennie szczotkami oraz posypywarką, samochodami ciężarowymi o masie nie przekraczającej 3,5 tony - zgodnie z przedłożonym załącznikiem nr 5 w dniu 10 listopada 2022r.,

4) dysponowanie przez przystępującego własnym, w pełni wyposażonym zapleczem warsztatowym, dzięki któremu naprawy wykonywane są na bieżąco, a to z kolei pozwala uniknąć przestoju sprzętu potrzebnego do wykonywania prac,

5) dysponowanie przez przystępującego zapasami piasku oraz soli drogowej,

6) zatrudnianie przez przystępującego osobami z orzeczeniem o niepełnosprawności.

Ponadto Przystępujący w sposób szczegółowy wyjaśnił ceny jednostkowe dotyczące poszczególnych pozycji Formularza ofertowego dla Rejonu nr I:

1. poz. 1 wynagrodzenie ryczałtowe za 1 miesiąc całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca,

2. poz. 2 wynagrodzenie za oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych nawierzchni utwardzonych w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch, przejazd podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie mechanicznego zamiatania, ręcznego zamiatania i usuwania zanieczyszczeń.

3. poz. 5 wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych nawierzchni utwardzonych w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch, przejazd podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie posypywania nawierzchni środkami uszorstniającymi;

4. poz.6 wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych nawierzchni utwardzonych w obszarach rond, pasów rozdziału i wysepek rozdzielających ruch, przejazd podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie odśnieżania i posypywania nawierzchni środkami uszorstniającymi.

Jak słusznie wskazał przystępujący Megatherm, odnośnie realizacji przedmiotu zgodnie z SWZ, należy wskazać, że zamawiający w SWZ wymagał aby:

„Realizacja prac zimowego oczyszczania będzie prowadzona przez Wykonawcę w ramach całodobowej dyspozycyjności. Wykonawca przystąpi do realizacji tras zimowego utrzymania wskazanych przez Zamawiającego w zadeklarowanym czasie reakcji, na podstawie Zlecenia Zamawiającego, chyba że Zamawiający wskaże inny (większy niż zadeklarowany) czas przystąpienia do realizacji tych tras. W ramach całodobowej dyspozycyjności Wykonawca winien wyznaczyć koordynatora prowadzenia akcji wyposażonego w telefon komórkowy gwarantującego Zamawiającemu stałą łączność i dyspozycyjnego 24h/dobę, sprzęt i pracowników do wykonania usługi w czasie i zgodnie ze standardami opisanymi w pkt. III OPZ. Koordynator będzie monitorować stan pogody oraz na bieżąco informować Zamawiającego o warunkach atmosferycznych panujących podczas wykonywania prac. Zlecenie zostanie przekazane Wykonawcy w formie mailowej lub telefonicznej (potwierdzonej następnie przez Wykonawcę drogą mailową najpóźniej do godziny rozpoczęcia zlecenia). Czas przystąpienia do oczyszczania będzie liczony od momentu zgłoszenia Zlecenia (mail lub telefon - potwierdzony następnie przez Zamawiającego drogą mailową) do momentu przystąpienia do realizacji prac (czynnej akcji) - na podstawie zadeklarowanej ilości minut jakie Wykonawca poda w Formularzu Oferty, chyba że Zamawiający wskaże inny (większy niż zadeklarowany) czas przystąpienia do realizacji prac. W ramach realizacji zleceń Wykonawca prześle Zamawiającemu w drodze e-mail, faksem

lub w formie pisemnej raporty z zakończonych w danym dniu prac do godz. 8.00 dnia następnego w celu umożliwienia Zamawiającemu bieżącej kontroli prac. Ponadto Zamawiający może prowadzić kontrole doraźne z wykonywanych prac zgodnie z pkt. 5 oraz może żądać od Wykonawcy dokumentacji zdjęciowej. Realizacja prac oczyszczania zimowego będzie odbywać się przez Wykonawcę zarówno w porze nocnej jak i dziennej, co będzie wynikało z panujących warunków atmosferycznych (przeważać będą prace w porze nocnej). W trakcie realizacji przez Wykonawcę zlecenia zimowego utrzymania Zamawiający może zwiększać bądź zmniejszać zakres prac utrzymaniowych, co będzie wynikało z panujących warunków atmosferycznych. Wykonawca, w przypadku nasilenia niekorzystnych warunków atmosferycznych w uzgodnieniu z Zamawiającym, gwarantować będzie realizację usług kilkakrotnie na dobę, przy zachowaniu zasady wymiany osób wykonujących pracę przez ich zmienników (przy zachowaniu zasad bhp i kodeksu pracy)”.

Odnosząc się do przytoczonych zapisów OPZ należy zwrócić szczególną uwagę, że zakres zimowego utrzymania jest bardzo restrykcyjny w zakresie wymagań jakie musi spełnić wykonawca, aby należycie wykonać przedmiot zamówienia. Jednakże przy tak określonych warunkach postępowania ani wykonawca, ani zamawiający nie jest w stanie określić jak będzie wyglądać faktyczny wymiar wykonanej/zleconej usługi. W pozycji wynagrodzenia ryczałtowego zostały zawarte wszelkie możliwe scenariusze realizacji usługi, ponadto przy tak opisanym postępowaniu, wykonawca nie może rozłożyć kosztów proporcjonalnie na cały okres trwania umowy. Koszty zimowego utrzymania są znacznie wyższe niż utrzymania letniego, a wykonawca jest zobligowany do rzetelnego wyliczenia i takowy wymóg spełnić, podając realny koszt usługi w okresie zimowym. Nawiązując do udostępnionych przez zamawiającego ofert pozostałych przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu, podkreślić należy, że kwoty jakie oszacowali pozostali uczestnicy postępowania, w żaden sposób nie są w stanie pokryć kosztów jakie zostaną przez nich poniesione w trakcie realizacji umowy, chyba, że usługi będą wykonywane niezgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia, OPZ oraz Umowy.

Szczególny nacisk należy położyć na fakt, że usługa całodobowej dyspozycyjności jest nierozdzielnie związana z realizacją zimowego oczyszczania. Zimowe oczyszczenie nie może być wykonywane w oderwaniu od dyspozycyjności, lecz w ramach dyspozycyjności. Tym samym wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za dyspozycyjność oraz wynagrodzenie za realizację prac zimowego oczyszczania. Aby wykonawca mógł zapewnić całodobową dyspozycyjność musi zatrudnić odpowiednią ilość pracowników, tak aby we właściwym czasie zrealizować zlecenie zamawiającego. Zatrudnienie pracowników, którzy są dyspozycyjni

i gotowi do podjęcia zlecenia wiąże się z wieloma kosztami, w tym wynagrodzeniami pracowniczymi, składkami ZUS, zaliczkami do Urzędu Skarbowego. W zasadzie koszty te są ponoszone bez względu na to czy wykonawca realizuje usługę zimowego oczyszczania czy też nie. Należy nawet zaznaczyć, że jeżeli wykonawca otrzyma od zamawiającego zlecenia zimowego oczyszczania ulic, to po stronie wykonawcy nie powstają znaczne dodatkowe koszty, albowiem i tak ten wykonawca płaci już za utrzymywanie pracowników i nie płaci im dodatkowego wynagrodzenia za to, że będą wykonywać usługę zimowego oczyszczania miasta Opola.

Oferta Przystępującego w zakresie całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca, obejmuje koszt zatrudnienia pracowników (w pełnym wymiarze czasu pracy, zgodnie z wymogi ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177, z 2019 r. poz. 1564.), na którą składa się wynagrodzenie netto, koszty związane ze składkami na ZUS, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe, ubezpieczenie zdrowotne, składka na Fundusz Pracy, składka na FGŚP, PPK, zaliczka na PIT, również ewentualne godziny nocne, nadliczbowe i pracę w dni wolne i świąteczne, zastępstwa urlopowe oraz chorobowe. Z uwagi na trudną do przewidzenia częstotliwość realizacji usługi w okresie zimowym, konieczność ciągłego monitorowania prognoz pogody, przystępujący przewidział zatrudnienie koordynatorów w wymiarze cztery i pół etatu. Ponadto przystępujący zobligowany jest do zapewnienia obsady całodobowej (zgodnie z wymaganiami zamawiającego) przez wszystkie dni tygodnia, która będzie zgodna z przepisami prawa pracy. Pracownicy przewidziani do odśnieżania obciążają dodatkowo pracodawcę kosztami pracy nocnej oraz dni wolne od pracy to wpływa na wyższe koszty zatrudnienia. Z uwagi na wymóg całodobowej dyspozycyjności przez wszystkie dni miesiąca, wykonawca zakłada zatrudnienie co najmniej dwadzieścia jeden osób. Dzięki przyjęciu takiego rozwiązania, Przystępujący będzie dysponować jednym koordynatorem oraz osobami do obsługi sprzętu, serwisu oraz do ręcznego doczyszczania powierzchni. Takie rozwiązanie jest komfortowe z punktu widzenia wykonawcy, szczególnie w przypadku wymogu zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. W tej sytuacji wyeliminowany jest czynnik losowy częstotliwości odśnieżania. Pracownicy każdej zmiany pozostają w ciągłej dyspozycji w siedzibie firmy. W chwili zgłoszenia konieczności wyjazdu, czas reakcji jest znikomy, niemalże natychmiast wykonawca przystępuje do odśnieżania lub usuwania śliskości (dotrzymuje złożonej w ofercie deklaracji czasu reakcji). W przypadku ciągłych opadów, po zakończeniu prac bieżących i powrocie do bazy (załadunek, uzupełnienie paliwa, pobieżny przegląd sprzętu itp.) operatorów i pracowników fizycznych zastępuje kolejna zmiana. Taka forma zatrudnienia pozwala wykonywać usługę w sposób ciągły.

Na obsługę okresu zimowego w formie „dyspozycyjności” przystępujący przewidział 260 tys. zł. Na tę wartość składa się wynagrodzenie pracowników (w tym koordynatorzy) 210 tys. zł., pozostałe 50 tys. zł. przeznaczamy na obsługę serwisową, naprawy, przeglądy sprzętu, ewentualny zakup części, materiałów, na koszty ogólnozakładowe, nieprzewidziane wydatki (np. wzrost cen mediów, paliw itd.) oraz zysk. Zatrudnienie pełnej obsady i dysponowanie nią w razie potrzeby przez dwadzieścia cztery godziny na dobę, pozwoliło ograniczyć koszty jednostkowe odśnieżania oraz usuwania śliskości (Lp. 5 oraz Lp. 6).

Zgodnie z SWZ *„Realizacja prac zimowego oczyszczania będzie prowadzona przez Wykonawcę w ramach całodobowej dyspozycyjności”*. Mając na uwadze zapisy SWZ nie jest możliwe świadczenie usługi dyspozycyjności odrębnie od usług utrzymania zimowego miasta Opola. Wykonawcy nie zatrudniają oddzielnie ludzi, którzy będą w dyspozycji i nie zatrudniają innych ludzi, którzy będą świadczyć usługę utrzymania zimowego miasta Opola.

Przystępujący Mehatherm wskazał, iż niezasadne są zarzuty odwołującego dotyczące zaniżenia ceny z poz. nr 2 Formularza ofertowego, odnoszącej się do świadczenia usług letniego utrzymania w czystości miasta Opola, gdyż odwołujący błędnie przyjmuje, że w celu prawidłowego wykonania letniego utrzymania w czystości miasta Opola wymagane jest aż 7 osób (str. 29 odwołania). Odwołujący błędnie również przyjmuje, że minimalne wynagrodzenie dla 7 osób letniego utrzymania miasta Opola wymagana jest kwota 38.500,00 zł miesięcznie.

Przystępujący wskazał, że w związku z opisem przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie toczyło się przed KIO postępowanie o sygn. akt. KIO 2358/22 zakończone wydaniem przez KIO w dniu 23 września 2022 r. wyroku. Odwołujący nie przystąpił do przedmiotowego odwołania, więc może nie posiadać istotnych informacji związanych z przedmiotem zamówienia, a mających wpływ na ustalenie ceny ofertowej w zakresie letniego utrzymania

w czystości miasta Opola. KIO w wyroku z dnia 23 września 2022 roku potwierdziła, że przedmiotem zamówienia objęte są w całości odcinki ulic wskazane w załączniku nr 5 wraz z infrastrukturą (m.in. przystanki, ścieżki rowerowe, chodniki), a ich szczegółowe oznaczenie, ze wskazaniem konkretnych fragmentów wraz z innymi precyzującymi zakres prac zleconych do wykonania opisami, zostanie doprecyzowane dopiero na etapie realizacji usługi, stosownie do występujących na bieżąco potrzeb. Podana *„szacowana maksymalna powierzchnia”*, stanowi informację uzupełniającą i jest powiązana z ograniczeniem powierzenia do realizacji prac do wysokości środków, jakie zamawiający zabezpieczy na wykonanie umowy.

Powyższe oznacza, że zamawiający będzie na bieżąco zlecał wykonanie prac porządkowych i do ich realizacji nie będzie wymagane posiadanie 7 pracowników jak błędnie przyjmuje odwołujący. W okresie letniego oczyszczania, gdzie prace będą wykonywane

w godzinach dziennych, zamawiający nie wymaga całodobowej dyspozycyjności ani koordynatorów ani ekipy sprzątajacej. W związku z tym, zatrudnienie pracowników będzie przedstawiało się w inny sposób aniżeli w okresie zimowego utrzymania miasta Opola.

Przystępujący zwrócił uwagę, że z uwagi na pozostałe kontrakty zawarte na terenie miasta Opola, może jednemu koordynatorowi powierzyć nadzór nad kilkoma umowami. Przystępujący realizuje kilka stałych kontraktów na terenie miasta Opola i jest w stanie zapewnić należyty poziom usług pod nadzorem jednego koordynatora. Tego typu forma powierzenia obowiązków służbowych pozwala na ograniczenie kosztu zatrudnienia, ponieważ rozkłada się on proporcjonalnie między kilku płatników, dając tym samym zamawiającemu korzyść w postaci niższych kosztów kontraktu.

Przystępujący podniósł, iż odwołujący bezzasadnie zarzuca również, że w okresie od 1 kwietnia do 31 października, tj. w okresie letnim, jeżeli wystąpią opady śniegu lub wystąpi gołoledź to przystępujący w stawce 0,05 złotych za 1mb nie wykona odśnieżenia czy usuwania gołoledzi, albowiem w tej kwocie nie zostały skalkulowane koszty pracownicze, a tylko koszty pracy sprzętu albowiem całe koszty pracy pracowników zostały skalkulowane w „gotowości”.

Przystępujący wyjaśnił, że ma dwóch pracowników na stałe zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w okresie letnim i jeżeli w tym okresie spadnie śnieg albo wystąpi gołoledź, to ci pracownicy będą wykonywać prace odśnieżania lub usuwania gołoledzi, albowiem jeżeli wystąpi zima (tj. wystąpią powyższe warunki atmosferyczne) to przystępujący nie będzie wykonywać czynności sprzątania właściwych dla okresu letniego, więc nie będzie musiał dodatkowo w okresie letnim wliczać dodatkowo pracy ludzi. Kolejnym czynnikiem mającym wpływ na wartość oferty jest fakt zatrudniania osób niepełnosprawnych. Pracodawcy zatrudniającemu osoby niepełnosprawne przysługuje ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) dofinansowanie. Przystępujący dzięki zatrudnieniu pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności jako pracodawca, miesięcznie notuje z tego tytułu dopłatę. W przeciągu tego roku kalendarzowego zatrudnienie wynosiło w przeliczeniu na pełny etat 2,318. Przedsiębiorstwo miesięcznie z tego tytułu otrzymuje zwrot na poziomie 3.350,00 zł. Posiadanie wspomnianego dodatkowego dochodu jest dla przedsiębiorstwa gwarancją, że ewentualny niespodziewany wzrost kosztów będzie zrekompensowany przez wspomnianą dopłatę, tym samym zapewnia wykonawcy dodatkowy stały zysk. W załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 25.11.2022 r. przystępujący przedstawił kalkulację jednostkowego kosztu zamykania powierzchni będących przedmiotem zamówienia. Zamyka się on wartością poniżej 3 groszy, z uwagi jednak, że w cenie zawarte są również inne składowe, tzn. koszty ogólnozakładowe na poziomie 7%, inne koszty nieprzewidziane, nieuwzględnione w kalkulacji szczegółowej ok. 10% oraz zysk, do kalkulacji przyjęto 0,06 zł. (nadmienić należy, że ceny rynkowe stałego,

codziennego sprzątnięcia powierzchni utwardzonych w innych postępowaniach wahają się pomiędzy 0,35 do 0,60 zł/m²), zakładana przez przystępującego cena jednostkowa, jednorazowego sprzątnięcia wynosi 0,06 zł *20 dni = 1,20 zł. czyli jest dwukrotnie wyższa niż aktualne ceny rynkowe.

Przystępujący (odnośnie poz. 5 i 6 FO) wskazał, iż w wyjaśnieniach z dnia 25.11.2022 r. przedstawił kalkulacje w formie tabelarycznej (załącznik nr 2 i załącznik nr 3). Z uwagi na fakt, że zamawiający w SWZ zawarł postanowienie, że w ramach całodobowej dyspozycyjności będą wykonywane prace polegające na utrzymaniu i czystości miasta Opola, to przystępujący w ramach „dyspozycyjności” kalkuluje koszty, które bezpośrednio związane są z realizacją usług utrzymania czystości. W kwocie przeznaczonej na wynagrodzenia przystępujący uwzględnił wszystkie koszty płacowe obejmujące: płace bezpośrednie, koszty związane ze składkami na ZUS, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe, ubezpieczenie zdrowotne, składka na Fundusz Pracy, składka na FGŚP, PPK, zaliczka na PIT, również ewentualne godziny nocne, nadliczbowe i pracę w dni wolne i świąteczne, zastępstwa urlopowe oraz chorobowe. Przedstawione przez przystępującego kalkulacje nie obejmują kosztów zatrudnienia a jedynie koszty ponoszone z tytułu eksploatacji zamortyzowanego sprzętu. Również w kalkulacji uwzględniona jest niższa niż obecna rynkowa cena chlorku sodu jaką przystępujący zapłacił w roku ubiegłym, ponieważ poprzednia zima z niewielkimi opadami śniegu i niewielkimi mrozami pozwoliła na jego zaoszczędzenie.

W ocenie Izby, kalkulacje przyjęte przez przystępujących Megatherm i Mega-Wat są prawidłowe i zostały skalkulowane w sposób przemyślany, dający pewność prawidłowej realizacji zamówienia. Co do pozycji dotyczących okresów letnich, Izba stwierdziła, że kalkulacje złożone w ramach wyjaśnień RNC dają pewność i realność przyjętej wyceny i nie noszą znamion ceny rażąco niskich. Co do argumentu odwołującego o możliwej manipulacji cenami, co w konsekwencji stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji, Izba nie stwierdziła takiego zachowania. Odmienność kalkulacji ceny ofertowej, indywidualne podejście do sposobu wyceny usługi, przy jednoczesnym braku wytycznych ze strony zamawiającego stanowi dopuszczalną warunkami gospodarczymi konkurencję przedsiębiorstw. Nie jest bowiem zasadne zarzucanie takiego czynu konkurentom, gdy warunki zamówienia zezwalają na takie czynności. Nadto wskazać należy, iż z ewentualną manipulacją cenową, tzw. inżynierią cenową można by mieć do czynienia w sytuacji, gdy zachowanie takie ma wpływ na wynik oceny danej oferty i jej pozycję w rankingu oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu z sytuacją taką nie mamy do czynienia, stąd wnioski odwołującego uznać należało za bezzasadne.

Pozostałe zarzuty, mimo że oparte o inne podstawy prawne, *de facto* stanowią konsekwencję zarzutów dotyczących RNC. Izba nie stwierdziła, że ceny przystępujących wykonawców przedstawiają ceny RN w opisanych pozycjach formularza ofertowego, złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawierają błąd w obliczeniu ceny, stanowią niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Zarzuty dotyczące zastrzeżenia TP informacji ujętych w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień ceny, Izba uznała za niezasadne. Wskazać bowiem należy, iż nie w każdym przypadku, w którym wykonawca zastrzega tajemnicą przedsiębiorstwa określone treści, zobowiązany jest do złożenia dowodów, gdyż w niektórych sytuacjach, np. w przypadku niewielkich firm, będzie można uznać za wystarczające samo opisanie, co jest również wykazaniem, procedur jakie mają miejsce w przedsiębiorstwie wykonawcy. Skoro zatem przystępujący Megatherm w swoich wyjaśnieniach szczegółowo odniósł się do procedur i zabezpieczeń jakie podjął w swojej firmie w celu ochrony informacji, które są dla przedsiębiorcy bardzo istotne i przedstawiają dla niego istotne dane gospodarcze, to nie sposób twierdzić, że wykonawca taki nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji ujętych w kalkulacjach załączonych do wyjaśnień ceny. Zdaniem Izby, ocena prawidłowości dokonanych zastrzeżeń każdorazowo musi uwzględniać zarówno charakter informacji, które są zastrzegane, przedmiot zamówienia, sposób prowadzonej działalności gospodarczej, charakter przedsiębiorstwa, liczbę zatrudnianych osób, czy też wreszcie wielkość przedsiębiorstwa. Inne bowiem kryteria i poziomy ochrony należy uwzględnić dla wykonawcy, który jest dużym przedsiębiorstwem, a inne przy firmie kilkusobowej. Każdorazowo ww. elementy należy oceniać indywidualnie. Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu przystępujący Megatherm w sposób wystarczający wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia TP.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

