

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: **MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Chlewiska, ul. Czachowskiego 49, 26-510 Chlewiska**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych MARKO M. P., Barak 21, 26-500 Szydłowiec**,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8, art. 224 ust. 5, art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) i nakazuje zamawiającemu – Gminie Chlewiska: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych MARKO M. P. z siedzibą w Szydłowcu oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
- 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
- 3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Gminę Chlewiska, ul. Czachowskiego 49, 26-510 Chlewiska, i:**

- 3.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę: **MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2** zasądza kwotę **8 325 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Chlewiska, ul. Czachowskiego 49, 26-510 Chlewiska** na rzecz wykonawcy: **MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa**, stanowiącą $\frac{3}{4}$ kosztów poniesionych z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Chlewiska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Chlewiska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 listopada 2023 roku, pod nr 2023/BZP 00482892.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została opublikowana na platformie Zamawiającego w dniu 10 stycznia 2024 r.

Wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru przez Zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy: M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych Marko M. P. z siedzibą w Skarżysku Kamiennej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WNPiS Marko pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- II. art. 224 ust. 5 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i uznanie, iż wykonawcy WNPiS Marko nie obciążał obowiązek wykazania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- III. art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WNPiS Marko w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę wraz z załączonymi do nich dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;
- IV. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości wyjaśnień ceny, tj. wraz ze wszystkimi załącznikami złożonych przez WNPiS Marko, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. odrzucenia oferty WNPiS Marko na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co do której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień ceny złożonych przez WNPiS Marko wraz ze wszystkimi załącznikami.

Odwołujący wyjaśnił, że złożona przez niego oferta otrzymała 95 pkt w ramach oceny ofert i została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu, za ofertą wykonawcy WNPiS Marko. W wyniku bezprawnie podjętej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy WNPiS Marko, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego oraz zysku związanego z jego realizacją.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8, art. 224 ust. 5 i art. 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3589/23 Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę WNPiS Marko do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Różnica w cenie oferty wykonawcy WNPiS Marko i pozostałych wykonawców jest znaczna. Wykonawca ten zaoferował realizację zamówienia za kwotę 655.372,08 zł brutto, podczas gdy ceny pozostałych ofert kształtowały się na poziomie od 714.873,60 zł do aż 955.776,00 zł. Tak znaczna różnica implikuje nie tylko konieczność wezwania wykonawcy WNPiS Marko do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, ale też i potrzebę oceny złożonych wyjaśnień przez pryzmat tejże ceny. Odwołujący wskazał, że przy wyjaśnianiu tak znacznej różnicy zarówno wykonawcę przy składaniu wyjaśnień, jak i Zamawiającego, przy ich ocenie, obowiązuje podwyższony miernik staranności.

W ocenie Odwołującego, ze zbyt dalece zliberalizowaną oceną wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WNPiS Marko mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż wykonawca WNPiS Marko nie sprostał obowiązkowi obalania domniemania istnienia rażąco niskiej ceny. Co więcej, na podstawie wyjaśnień i załączonych dowodów należy stwierdzić, iż potwierdzają one wręcz rażąco niski charakter zaoferowanej ceny. Część opisowa wyjaśnień składa się w większości z przywołania definicji rażąco niskiej ceny, wydanego w tym zakresie orzecznictwa oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadnicza część opisowa wyjaśnień zawiera się natomiast na zaledwie dwóch stronach, na pozostałych stronach zawarto kalkulację kosztów.

Odwołujący podniósł, jak poniżej:

Na str. 7 akapit 1 wyjaśnień - wykonawca WNPiS Marko wskazał, iż każdy z pracowników zaangażowanych do realizacji zamówienia otrzymuje wynagrodzenie co najmniej równe wynagrodzeniu minimalnemu. Jako dowód załączono umowę zawartą z Panem P. W. w dniu 1 kwietnia 2021 r., w której wynagrodzenie zasadnicze określono na

kwotę 2.800,00 zł brutto (ww. kwota stanowiła wynagrodzenie minimalne za pracę w dacie zawarcia umowy). Przedmiot zamówienia będzie jednak realizowany po dniu 1 stycznia 2024 r., a od dnia 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242,00 zł1. Zważywszy na datę, w której zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (8 stycznia 2024 r.) wykonawca WNPiS Marko mógł i powinien przedstawić kopię umów o pracę uwzględniających zaktualizowane wynagrodzenie pracowników, do poziomu co najmniej wynagrodzenia minimalnego.

W ocenie Odwołującego, skoro wykonawca WNPiS Marko, dysponując przedmiotowymi umowami, odmówił ich przedłożenia, to należy dojść do przekonania, iż wykonawca nie wykazał - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - iż osoby zaangażowane w realizację zamówienia otrzymują wynagrodzenie równe co najmniej wynagrodzeniu minimalnemu.

Wykonawca WNPiS Marko załączył do złożonych wyjaśnień również imienny raport miesięczny o należnych składkach i wypłaconych świadczeniach ZUS P RCA, jednak i ten raport został wystawiony w listopadzie 2023 r. (tj. przed ustaleniem wysokości płac w okresie, w którym realizowane będzie zamówienie), stąd ma on znaczenie wyłącznie historyczne i nie może być traktowany jako dowód na okoliczność ustalenia wynagrodzenia na poziomie równym lub wyższym niż wynagrodzenie minimalne obowiązujące od 1 stycznia 2024 r. Z treści tego raportu nie wynika ponadto wymiar zatrudnienia poszczególnych osób ani też nie zawiera on stawki wynagrodzenia, a jedynie zróżnicowaną w stosunku do poszczególnych pracowników - podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie społeczne. Nie może być on traktowany jako dowód na wykazanie określonej wysokości wynagrodzenia.

Na str. 7 (ostatni akapit) wyjaśnień - wykonawca WNPiS Marko wskazał, iż siedziba wykonawcy jest oddalona „od gminy” o ok. 12 km, co w jego ocenie pozwala obniżyć koszty transportu. W ocenie Odwołującego, lokalizacja siedziby firmy nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia kosztów transportu. Znaczenie w tym zakresie mają miejsca zagospodarowania poszczególnych frakcji, na co wykonawca wskazuje w szczegółowych kalkulacjach kosztu transportu poszczególnych frakcji.

Na str. 8 (ostatni akapit) wyjaśnień - wykonawca WNPiS Marko wskazał, iż właściciel firmy jest jednocześnie kierowcą śmieciarki, co daje „oszczędność rzędu 28.101 zł”. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność takiego poziomu oszczędności. Do wyjaśnień załączono dowód posiadania przez właściciela firmy odpowiednich uprawnień, niemniej jednak nie uzasadnia on w żadne sposób jakichkolwiek oszczędności, w szczególności zaś oszczędności na wskazanym poziomie. Bezzasadne jest w szczególności założenie, iż bezpośrednie uczestniczenie właściciela firmy w realizacji zamówienia stanowi koszt w wysokości 0,00 zł. Nie sposób zakładać, iż właściciel firmy nie osiąga zysku ze świadczenia usług (pracuje pro bono). Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby wprost, iż

zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, poniżej kosztów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia.

Na str. 8 i następnych wyjaśnień - wykonawca WNPiS Marko przedstawił „szczegółowe wyliczenia kosztów transportu za poszczególne frakcje”. Odwołujący kwestionuje prawidłowość tego wyliczenia w odniesieniu do poniższych aspektów:

W odniesieniu do frakcji 9 „opony od samochodów osobowych” wykonawca wskazał, iż dostępny mu koszt odpadu przez firmę S. S. S. TRANSPORT Bibice wynosi 50,00 zł za MG. W ocenie Odwołującego, koszt na poziomie 50,00 zł za MG nie odpowiada realiom rynkowym i został znacząco zaniżony, wyłącznie na potrzeby sformułowania wyjaśnień. Jako dowód Odwołujący przedstawił cenniki załączone do odwołania. Przykładowo, Przedsiębiorstwo Komunalne EKO Sp. z o.o. określiło stawkę za przyjęcie i zagospodarowanie tej frakcji odpadów na poziomie 1.620,00 zł brutto, a więc na poziomie ponad trzydziestokrotnie wyższym.

W przypadku każdej z frakcji wykonawca przyjął do kalkulacji cenę paliwa na poziomie 5,10 zł za 1 litr. Założenie to było założeniem nierealnym już na dzień upływu terminu składania ofert, w którym to dniu hurtowa cena paliwa wynosiła 5,246 zł/l. Odwołujący przedstawił, jako dowód, hurtowe ceny paliw Orlen S.A. z dnia 16.11.2023 r. (wydruk)

Z treści wyjaśnień wynika ponadto, iż wykonawca nie założył jakiegokolwiek rezerwy na wzrost kosztów paliwa, co przy dynamicznym wzroście tych cen w ostatnich latach, który z dużym prawdopodobieństwem może być kontynuowany w okresie realizacji zamówienia, nie pozwala wykonać zamówienia za cenę podaną w ofercie.

W kalkulacji wykonawca wskazał, iż będzie odbierał odpady m.in. pojazdem MAN TRUCK T GS 18.400, w odniesieniu do którego określił wyłącznie koszt spalania gazu. Pojazd ten - wbrew oświadczeniu wykonawcy - nie jest pojazdem zasilanym wyłącznie gazem. Pojazd ten ma „dołączany” wtrysk gazu LPG i udział gazu w ogólnym spalaniu wnosi zaledwie 25%. Na każde 100 km pojazd spala 10 l gazu i 30 l oleju napędowego. Uwzględniając wyłącznie koszt spalania gazu na poziomie 30/40 l na 100 km wykonawca znacznie zaniżył koszt transportu - koszt gazu jest bowiem znacznie niższy od kosztu oleju napędowego.

Wykonawca WNPiS Marko nie uwzględnił w swoich kalkulacjach kosztów ogólnych, kosztów osobowych oraz bieżących kosztów użytkowania pojazdów. W szczególności wykonawca nie wykazał kosztów najmu powierzchni, użytkowania i amortyzacji sprzętu biurowego, kosztów zaangażowania pracowników pionu administracyjnego i kierowniczego, użytkowanego sprzętu biurowego i jego amortyzacji oraz kosztu ubezpieczenia, serwisowania i amortyzacji pojazdów. W skali całego zamówienia są to znaczące koszty, i prawdopodobnie całkowicie niwelują wskazany przez wykonawcę na str. 6 wyjaśnień zysk w

kwocie 30.576,23 zł. Odwołujący stwierdził, iż zysk ten jest całkowicie niwelowany przez sam tylko koszt ubezpieczenia pojazdów wymienionych w treści wyjaśnień wykonawcy WNPiS Marko. Oznacza to wprost, iż wykonawca ten zaoferował cenę poniżej kosztów realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach w zakresie frakcji 12 - przeterminowane leki i chemikalia - wykonawca wskazał, iż zawarł umowę na zbieranie tych odpadów z firmą FHU Natura M. M. (fragm.: „która zabiera je z terenu gminy”). W Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami firma ta nie figuruje jako uprawniona do zbierania tejże kategorii odpadów. Jako dowód, Odwołujący przedstawił wydruk z BDO dla FHU Natura M. M.. Wykonawca WNPiS Marko nie może więc przekazywać odpadów do tej firmy i powoływać się na współpracę z tą firmą uzasadniając dostępne mu warunki i stawki zbierania odpadów. Firma ta ma wpisane w BDO wyłącznie transport, stąd może ona wyłącznie odbierać przedmiotowa frakcję i dostarczyć do spalarni, przy czym żadna ze spalarni nie zrealizuje świadczenia za stawkę wskazaną w wyjaśnieniach, tj. za 600 zł rocznie.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, „Wykonawca przy sporządzeniu ofert zobowiązany jest uwzględnić ewentualny wzrost ilości odebranych odpadów w trakcie trwania umowy.”, a ponadto „Wykonawca składając ofertę musi się liczyć z tym, że może odebrać więcej odpadów niż szacowane, jak również mniej, dlatego wszelkie roszczenia z tytułu zmniejszenia wynagrodzenia z powodu odebrania mniejszej ilości odpadów będą bezpodstawne.” Wykonawca nie uwzględnił powyższych kosztów w wyjaśnieniach i kalkulacjach, co prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż kalkulacja ceny nie uwzględnia wszelkich czynników kosztotwórczych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

II.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp

Odwołujący wskazał, że część wyjaśnień WNPiS Marko została przez niego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami, Zamawiający nie przekazał Odwołującemu następujących załączników do wyjaśnień ceny: Umowa na odbiór opon z firmą S. Transport, Umowa na odbiór elektrośmieci z MB Recycling, Umowa z Remondis Glass Recycling Polska Sp. z o.o., Cenniki za elektrośmieci, Umowa na odbiór papieru, Umowa z FHU Natura.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie; przy czym, jak wynika z dyspozycji ust. 3 - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w

rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z tym, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp.

Zatem, w celu skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest te informacje w chwili ich przekazania zamawiającemu jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczność takiego jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy od lat i jednolicie podkreślana jest również w orzecznictwie KIO, np. w wyroku KIO 720/21 wyroku KIO 297/13

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Z powszechnie przyjętej i jednolitej na gruncie zamówień publicznych interpretacji tego przepisu wynika, że owo wykazanie nie może być jedynie ogólne, a szczególnie: ogólnikowego - lecz konkretne i nie budzące wątpliwości, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tymczasem WNPiS Marko nie podołał obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym dokonane przez niego zastrzeżenie nie jest skuteczne. Uzasadnienie przedstawione przez WNPiS Marko, oprócz bogatego odesłania do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zawiera same ogólniki o tym, że zastrzeżone załączniki:

- stanowią źródło wiedzy o szczegółach działalności zarówno Wykonawcy jak i jego kontrahentów;
- dokumenty zostały zastrzeżone ze względu na ich wartość organizacyjną dla WNPiS Marko,
- nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej ani przekazane innym podmiotom (co do którego twierdzenia Odwołujący ma odmienne spostrzeżenia, które przedstawi w dalszej części odwołania),
- ujawniają informacje o aspektach działalności wykonawcy,
- ujawniają know-how w zakresie prowadzenia działalności,
- mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową wykonawcy i narazić go na szkodę.

Z powyższego wynika, że treść, dzięki której WNPiS Marko miał wykazać, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, to w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca WNPiS Marko w swoich zastrzeżeniach wskazał jedynie ogólne twierdzenia, nie przedstawiając żadnych dowodów na wykazanie podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy, brak jest w wyjaśnieniach jakiegokolwiek katalogu środków ochrony podejmowanych w celu utrzymania zastrzeżonych w wyjaśnieniach umów i cenników jako poufnych.

WNPiS Marko nie przedstawił także przekonującego uzasadnienia dla wykazania, że załączniki te zawierają informacje, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności, ograniczając się jedynie do wskazania tego ogólnego sformułowania w treści uzasadnienia i na tym budując całe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

WNPiS Marko nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających poufny charakter przedstawionych informacji, chociażby w postaci wyciągu z regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, wyciągu z umów o poufności zawieranych z kontrahentami, klauzuli poufności zawieranych z pracownikami (wyrok KIO z dn. 9 maja 2022r., sygn. akt: KIO 1006/22, 991/22).

W powyższej sytuacji nie można nawet stwierdzić, że strony, z którymi WNPiS Marko zawarł umowy, również traktują dane tam jako tajemnicę przedsiębiorstwa i żadna ze stron nie udostępniła ich podmiotom trzecim.

Podstawowe znaczenie dowodów w ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak wskazano powyżej, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 674/22, wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 80/22).

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam wykonawca WNPiS Marko ujawnia informacje, które wcześniej zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo w odniesieniu do załącznika nr 4 do wyjaśnień „Umowa na odbiór opon z firmą S. TRANSPORT” WNPiS Marko wskazał w wyjaśnieniach cenę na odbiór opon 50 zł za tonę. Podobnie w odniesieniu do Umowy z FHU Natura oraz Cennika za elektrośmieci.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego interpretowane jest, że nie podlega utajnieniu cały dokument, a jedynie informacje w nim zawarte, które spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że szereg informacji zawartych w załącznikach statusu informacji poufnych nie posiada.

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. o sygn. akt C – 54/21 stwierdził, że „Instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny

charakter". Wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z założeniem, że zasadą postępowania jest jawność. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” powinien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wystarcza samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Okoliczność, że zastrzegane informacje obejmują dane kontrahentów WNPiS Marko nie stanowi sytuacji wyjątkowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie wiadomo, czy wykonawca posiada jakieś specjalne upusty, warunki czy z innego powodu współpraca z tymi dostawcami buduje jego przewagę na rynku, a ujawnienie informacji o tej współpracy spowoduje utratę tej przewagi. Ani treść uzasadnienia ani zasady doświadczenia życiowego w świetle zastrzeżonych umów, ani cenników nie pozwalają na ustalenie jakiegokolwiek wyjątkowości zawartych w tych dokumentach informacji.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu tajemnicy nie spełniono również kolejnego warunku obligatoryjnego, aby móc uznać zastrzeżenie za prawidłowe - WNPiS Marko nie wskazał wartości gospodarczej tych informacji.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dysponował jedynie ogólnikowymi zapewnieniami WNPiS Marko, który nie przedłożył żadnych dowodów oraz nie przywołał żadnych skonkretyzowanych okoliczności, przykładów, czy wartości finansowych, które potwierdzałyby jego subiektywne przekonanie o konieczności zachowania określonych informacji w poufności. Tym samym, wykonawca WNPiS Marko nie wskazał na żadną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, co również stanowi element obligatoryjny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że ciężar wykazania konieczności udzielenia ochrony został nałożony przez ustawodawcę na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Wykonawca: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych MARKO M. P. z siedzibą w Szydłowcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 1 lutego 2024 r.

Ad. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8. art. 224 ust. 5 i art. 224 ust. 6 Pzp

Przystępujący wskazał, że nie doszło do naruszenia ww. przepisów przy wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej. W wykonaniu wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie KIO 3589/23 Zamawiający wezwał pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Przystępujący zadośćuczynił wezwaniu i pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. szczegółowo wyjaśnił złożoną ofertę, jak również przedstawił kalkulację kosztów.

Przystępujący podniósł, że różnica w cenie oferty Przystępującego i pozostałych wykonawców nie tylko nie kształtowała się na znacznym poziomie i nie przekraczała ustawowego poziomu 30%, ale wynosiła od kilku do kilkunastu procent. Nie sposób, więc wywodzić o rażąco niskiej cenie w rozumieniu ustawy Pzp. Taka rozpiętość cen mieści się w ramach normalnej konkurencji.

Przystępujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego, złożył kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia (pismo liczy 21 stron), które wbrew zapatrywaniu Odwołującego zawierają konkretne wyliczenia. Należy zaznaczyć, że wyliczenie kosztów jest immanentną częścią wyjaśnień, w której Przystępujący wskazał Zamawiającemu szczegółowe rozliczenie ponoszonych przez siebie kosztów i zysku, który planuje osiągnąć.

Przystępujący potwierdził, że wszyscy pracownicy zatrudnieni przy wykonywaniu prac objętych ofertą są zatrudnieni na podstawie umów o pracę z wynagrodzeniem, co najmniej minimalnym. W pierwszej kolejności należy wskazać, że pracodawca jest obowiązany wypłacać pracownikowi, co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w danym czasie, powyższe nie oznacza zaś obowiązku każdorazowego aktualizowania raz zawartej umowy o pracę o wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę wskazaną w rozporządzeniu, która to wartość dość często w ostatnim czasie ulega zmianie. Okoliczność, więc, że przedmiot zamówienia będzie realizowany po 1.01.2024 r. zaś umowa o pracę została zawarta w dniu 1 kwietnia 2021 r. i wskazuje wartość aktualną w tej dacie nie ma znaczenia dla wykazania przez Przystępującego faktu zatrudnienia pracownika z wynagrodzeniem minimalnym o aktualnie obowiązującej wartości. Oczywistym jest, bowiem że pracownik zatrudniony na podstawie umowy o pracę musi mieć wypłacone, co najmniej wynagrodzenie minimalne i nie może mieć wynagrodzenia niższego. Niemniej jednak Przystępujący przedłożył aneksy do umów o pracę dotyczące p. D. D. i p. P. W. potwierdzające, że od 01.01.2024 r. pracownicy ci otrzymują aktualną wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą od 01.01.2024 r.

Odnosząc się do złożonego raportu imiennego miesięcznego o należnych składkach i wypłaconych świadczeniach ZUS P RCA Przystępujący wskazał, że obowiązany jest je opłacać do 20 dnia każdego miesiąca zarówno za siebie, jak i za swoich pracowników. Zatem w dacie składania wyjaśnień 8 stycznia 2024 r. aktualnym raportem był raport za listopad 2023 r., który Przystępujący był obowiązany złożyć do 20 grudnia 2023 r. Nie był to, więc raport historyczny, ale bieżący. Również wywiedziony w odwołaniu wniosek, że p. D. D. otrzymał za 11/2023 wynagrodzenie niższe od minimalnego jest wadliwy, ponieważ inna wartość wynagrodzenia w miesiącu 11/2023 wynikała z okoliczności przebywania pracownika p. D. D. na zwolnieniu lekarskim, co implikuje okoliczność wypłaty wynagrodzenia chorobowego przez pracodawcę, a tym samym zmniejszenia podstawę wymiaru składek. Na potwierdzenie powyższego, Przystępujący przedłożył raport ZUS P RSA za 11/2023 wskazujący w odniesieniu do pracownika p. D. D. liczbę dni zasiłkowych i wartość wypłat oraz szczegółową listę płac za 11/2023 r., które potwierdzają okoliczność przebywania pracownika p. D. D. w listopadzie 2023 r. na zwolnieniu lekarskim, co w konsekwencji skutkowało wypłatą zmodyfikowanej wartości wynagrodzenia. Powyższe znajduje potwierdzenie w szczegółowej liście płac za 11/2023 i 12/2023. Wartości wskazane w w/w szczegółowej liście płac potwierdzają również wydruki przelewów wynagrodzenia za pracę D. D. za miesiąc 11/2023 (przelew z dnia 2023-12-08) oraz za 12/2023 (przelew z dnia 2024-01-05). Przystępujący wskazał, że pracownik ten otrzymuje wynagrodzenie w wysokości, co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego rozporządzeniem.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący wadliwie wywodzi, że „lokalizacja siedziby firmy nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia kosztów transportu”. Jest bowiem wprost przeciwnie, mniejsza odległość siedziby Przystępującego (bazy z której wyjeżdżają pojazdy świadczące usługi) od obszaru Gminy Chlewiska określonej na 12 km wpływa na jego konkurencyjność wobec innych oferentów, poprzez zmniejszenie ilości zużywanego paliwa koniecznego na zapewnienie dojazdu z bazy pojazdów ciężarowych do Gminy Chlewiska. Nie tylko więc znaczenie ma odległość pomiędzy Gminą Chlewiska a miejscem zagospodarowania poszczególnych frakcji, która jest tylko jedną z okoliczności kształtujących koszty Przystępującego, ale również odległość z bazy pojazdów do Gminy Chlewiska.

Całkowicie chybiony jest zarzut, że: „Bezzasadne jest w szczególności założenie, iż bezpośrednio uczestniczenie właściciela firmy w realizacji zamówienia stanowi koszt w wysokości 0,00 zł. Nie sposób zakładać, iż właściciel firmy nie osiąga zysku ze świadczenia usługi (pracuje pro bono)”.

Przystępujący nie otrzymuje wynagrodzenia za pracę, bo nie jest pracownikiem, ale jako przedsiębiorca zamierza osiągnąć zysk, który wskazał w wyjaśnieniach ceny z dnia

8.01.2024 r. Bezpośrednie uczestnictwo Przystępującego w realizacji zamówienia jest kosztem, który wynosi 0,00 zł, ponieważ Przystępujący nie musi ponosić, przy takim zaangażowaniu własnej osoby, kosztów zatrudnienia pracownika (sam kieruje śmieciarką), co daje oszczędność w kwocie, co najmniej 28.101 zł, bo tyle wynosi dwunastokrotność najniższego wynagrodzenia netto otrzymywanego przez pracownika, którego w przeciwnym razie Przystępujący musiałby zatrudnić. Powyższe założenie nie tylko nie przemawia za przyjęciem, że zaoferowana cena jest rażąco niska, lecz wprost przeczy tej okoliczności, ponieważ wskazuje skąd i dlaczego Przystępujący może zaoferować świadczenie tej samej usługi taniej niż inni oferenci. Jest to konkretna i wymierna oszczędność wpływająca na niższą cenę oferty. Przystępujący udowodnił ją, składając oświadczenie z dnia 8.01.2024 r., że sam wykonuje obowiązki kierowcy śmieciarki oraz przedstawiając na to dokumenty: prawo jazdy kategorii C i świadectwo kwalifikacji zawodowej. To Odwołujący powinien powołać dowody na przeciwną okoliczność, jeśli wywodzi odmiennie. Okoliczności przeciwnej Odwołujący zaś nie udowodnił.

Przystępujący wskazał, że przedstawione wyliczenie kosztów transportu jest prawidłowe, zaś Odwołujący nie wykazał jego wadliwości, przedstawiając jedynie polemiczne zapatrywania nieoparte żadnymi konkretnymi dowodami.

Odwołujący nie wykazał, aby pozycja frakcji 9 „opony od pojazdów osobowych” była ustalona wadliwie lub błędnie wyliczona. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 8.01.2024 r. wskazał, że odpady tej frakcji są odbierane, a następnie transportowane na bazę, gdzie odpad zostaje przejęty przez S. S. S. TRANSPORT Bibice ul. Sportowa 5, 32-087 Zielonki za 50 zł za MG (megagram). Odwołujący nie zakwestionował samej prawidłowości wyliczenia, lecz jedynie stawkę 50 zł za MG, która w arbitralnej ocenie Odwołującego nie odpowiada realiom rynkowym. Przystępujący podniósł, że w przeciwieństwie do Odwołującego, udowodnił poprzez złożenie Zamawiającemu umowy zawartej z przedsiębiorcą S. S. S. TRANSPORT, która przewiduje stawkę za odbiór tego odpadu 50 zł za MG. Jest to dowód z dokumentu, który ocenił Zamawiający i wobec którego Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, aby był niewiarygodny. Przystępujący nie zna zaś realiów ekonomicznych S. S., jak również możliwości biznesowych tego przedsiębiorcy, i nie ma wiedzy, dlaczego zaoferował mu taką stawkę za odbiór tego rodzaju odpadu. Na taką kwotę Przystępujący oraz S. S. się umówili w ramach zasady swobody umów i brak jest podstaw, aby w oparciu o przyjęcie takiej stawki wywodzić o rażąco niskiej cenie. Znamienne jest, że tylko Odwołujący ma obiekcje do w/w stawki za odbiór tej frakcji odpadu, zaś nie miał jej Zamawiający po złożeniu przez Przystępującego wyjaśnień.

W żadnym razie za przyjęciem rażąco niskiej ceny nie może przemawiać powołany w odwołaniu cennik Przedsiębiorstwa Komunalnego EKO sp. z o.o. wskazujący wyższą stawkę za odebranie tej kategorii odpadu. Odwołujący pominął okoliczność, że porównuje

cenę netto Przystępującego z ceną brutto 1620 zł z cennika Przedsiębiorstwa Komunalnego EKO sp. z o.o., w którym cena netto wynosi 1500 zł oraz że znajduje się w nim zastrzeżenie, że „Cennik dotyczy klientów nie objętych umowami długoterminowymi oraz wyłonionych w tobie ustawy prawo zamówień publicznych”, co wprost przeczy możliwości dokonywania porównań z cenami z oferty Przystępującego. Jak można przypuszczać odwołanie celowo powołuje zapewne najwyższą cenę, jaką udało się znaleźć za odbiór tej frakcji całkowicie zaś pomija fakt dołączenia również cennika Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych sp. z o.o. w Radomsku, w którym cena za odbiór odpadu o kodzie 16 01 03 zużyte opony (osobowe i dostawcze) dla podmiotów niezwiązanych umową wynosi już 600 zł netto za MG, co również jest wartością znacznie niższą niż przyjęta w cenniku Przedsiębiorstwa Komunalnego EKO sp. z o.o. Okoliczność jednak różnicy pomiędzy stawką przedsiębiorcy S. S. S. TRANSPORT za odbiór tego odpadu 50 zł za MG a stawką Przedsiębiorstwa Komunalnego EKO sp. z o.o. w przedstawionym przez Odwołującego cenniku 1500 zł za MG nie może sama przez siebie przemawiać za niewiarygodnością dowodu z dokumentu w postaci umowy ze S. S. S. TRANSPORT i nie potwierdza rażąco niskiej ceny, a jedynie konkurencyjność Przystępującego, jak również dużą rozbieżność cen za odbiór tej frakcji odpadu.

... Odwołujący wbrew - głośnym twierdzeniom - nie wykazał, aby przyjęta w kalkulacji cena paliwa za 5,10 zł za litr była nierynkowa i nierealna na dzień upływu terminu składania ofert. Na potwierdzenie powyższego, Przystępujący przedstawił fakturę VAT nr FAJ226/11/2023/P z datą 2023-11-15, która dowodzi nabycia przez Przystępującego od „PETRIX” sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oleju napędowego w hurtowej ilości po cenie netto 5.10 zł, jaką Przystępujący powołał w wyjaśnieniach.

Przystępujący na podstawie powyższej faktury ma zapewnioną korzystną cenę m.in. dzięki zamówieniu hurtowej ilości zakupionego oleju napędowego oraz dokonywaniu regularnych zakupów u tego samego kontrahenta (regularne zakupy dużych, hurtowych ilości). Faktura ta potwierdza nie tylko prawdziwość wyjaśnień Przystępującego oraz rynekowość i realność jego założenia oraz ceny, ale również wskazuje na głośność twierdzeń podnoszonych w odwołaniu. Okoliczność, że hurtowa cena jakiegoś paliwa, (bo z wydruku załączonego do odwołania nie wynika jakiego konkretnie) w Orlen S.A. była inna w dacie 16-11-2023 i wynosiła 5,246 zł (z wydruku nie wynika również czy jest to cena netto czy brutto) nie oznacza, że wyjaśnienia Przystępującego są niewiarygodne a tym bardziej, że cena w ofercie jest rażąco niska. Przystępujący wskazuje zaś na nieprzydatność i niewiarygodność wydruku cennika Orlen S.A. załączonego do odwołania, ponieważ nie wskazuje on, jakiego konkretnie paliwa dotyczy ani czy jest to cena netto czy brutto.

Przystępujący wskazał, że rezerwę na wypadek wzrostu kosztów paliwa Przystępujący założył poprzez możliwość zmniejszenia wypracowanego zysku, którego

wysokość pozwala na elastyczność w tym zakresie i pozostawia „poduszkę bezpieczeństwa”. Zauważyć należy, że może również dojść do wahań cen oleju napędowego, która spowodują czasowe zmiany w przeciwnym kierunku a mianowicie obniżenia ceny tego paliwa poniżej pułapu założonego przez Przystępującego, co pozwoli na zwiększenie zysku.

Przystępujący podniósł, że tak skalkulował koszty zużycia paliwa pojazdu MAN TRUCK TS 18.400, że uwzględniają one zarówno zużycie oleju napędowego jak i gazu w pojeździe, wobec czego zarzut ten nie może przemawiać za przyjęciem rażąco niskiej ceny. Przystępujący załączył do pisma wyliczenie uwzględniające, że pojazd marki MAN TRUCK TS 18.400 zużywa zarówno olej napędowy jak i gaz oraz w dalszym ciągu jest tańszy w użyciu niż podobny pojazd zasilany tylko olejem napędowym, co powoduje, że Przystępujący wykonując usługę takim pojazdem zmniejsza koszty jego użycia i osiąga większy zysk.

Przystępujący wyjaśnił, że z porównania przedmiotowego wyliczenia z zestawieniem zawartym w wyjaśnieniach z dnia 8.01.2024 r. wynika, że rzeczywiście przy uwzględnieniu częściowego zużycia przez ten pojazd oleju napędowego, a nie tylko gazu, nieznacznie zwiększy się koszt dojazdu, co jednak nie wpłynie na osiągnięcie godziwego zysku z odbioru odpadów tej frakcji. W wyjaśnieniach zysk ten przy jednym kursie pojazdem marki MAN TRUCK TS 18.400 wskazany jest na 1584,24 zł. Po dokonaniu korekty będzie to zysk na jednym kursie tego pojazdu w kwocie 1497,50 zł. Jest to różnica w koszcie transportu na poziomie 86,74 zł, co nadal pozwoli Przystępującemu na osiągnięcie godziwego zysku z realizacji usługi na rzecz Zamawiającego ze sporym marginesem bezpieczeństwa.

Przystępujący wskazał, że osiąga zysk z odsprzedaży elementów tej frakcji odpadu, który stanowi dodatkowy element niwelujący ponoszone koszty. Powyższe prowadzi do konkluzji, że nawet przy uwzględnieniu mieszanego charakteru zasilania tego pojazdu zarówno w ON jak i gazem Przystępujący używając go do wykonania zamówienia osiągnie zysk, zaś podniesiony w odwołaniu argument jest w istocie polemiczny i nie może przemawiać za przyjęciem rażąco niskiej ceny.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący nie uwzględnił „kosztów ogólnych, kosztów osobowych (...) nie wykazał kosztów najmu powierzchni, użytkowania i amortyzacji sprzętu biurowego” czy też „kosztów zaangażowania pracowników pionu administracyjnego i kierowniczego”. Przystępujący wyjaśnił, że ponosi koszty osobowe, które wskazał w wyjaśnieniach z 8.01.2024 r. (umowy o pracę dla pracowników na stanowiskach ładowacza p. D. D. i p. P. W.). Przystępujący nie posiada „pionu kierowniczego”, ponieważ osobiście, jako prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą wykonuje czynności kierownicze zaś „pion administracyjny” stanowi jedna osoba p. S. P., która wykonuje m.in. czynności administracyjne, jako zatrudniona na

stanowisku logistyk. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedstawił umowę o pracę z p. S. P.

Kosztów najmu powierzchni Przystępujący nie mógł wykazać, bo ich nie ponosi, ponieważ nie wynajmuje powierzchni tylko prowadzi działalność na działkach gruntu, do których przysługuje mu prawo użytkowania wieczystego. Dla nieruchomości tej jest prowadzona księga wieczysta nr KIIR/00032351/0, której treść działu II potwierdza, że przystępującemu służy prawo użytkowania wieczystego nieruchomości.

Odnosnie „kosztów użytkowania i amortyzacji sprzętu biurowego” - Przystępujący korzysta w tym zakresie ze sprzętu domowego (drukarki, biurka, krzesła) i wydatki na ten cel są śladowe, jeśli chodzi o obsługę zamówienia objętego niniejszym postępowaniem; ponadto koszt używania i amortyzacji sprzętu biurowego ponoszony jest również w ramach realizacji innych zamówień i usług na rzecz innych podmiotów.

W przedmiocie kosztów ubezpieczenia, serwisowania i amortyzacji pojazdów, są one rozbite na wiele różnych zleceń i usług, które wykonuje Przystępujący. Należy również zaznaczyć, że koszt ubezpieczenia pojazdu jest stały (ryczałtowy na rok), niezależny od tego czy Przystępującemu zostanie udzielone zamówienie przez Gminę Chlewiska w niniejszym postępowaniu, czy też nie. Nie ma on wpływu na koszt realizacji zamówienia.

Odnosnie serwisowania, w tym drobnych napraw pojazdów Przystępujący wskazał, że są one wykonywane przez niego osobiście we własnym zakresie, co pozwala znacznie obniżyć koszty świadczonych przez Przystępującego usług.

Ustosunkowując się do zarzutu odwołania dotyczącego odbioru frakcji 12 „przeterminowane leki i chemikalia” Przystępujący podniósł, że załączony wydruk z BDO dla przedsiębiorcy FHU Natura M. M. nie wnosi merytorycznej wartości do sprawy, a tym bardziej nie przemawia za uznaniem zaoferowanej ceny za rażąco niską. Przystępujący nie wywodzi, że przedsiębiorca FHU Natura M. M. jest uprawniony do odbierania tej kategorii odpadów tylko do ich przewożenia, transportowania (tak jak jest wpisane w BDO), co wskazał używając określenia „która zabiera je z terenu gminy”. Przedsiębiorca FHU Natura M. M. nie odbiera tej kategorii odpadu, lecz jedynie go transportuje i zdaje odbiorcy. Przystępujący nie ma obowiązku (ani nawet realnej możliwości) wykazywania, kto, na jakich warunkach i za ile od tego przedsiębiorcy odbiera odpady tejże frakcji; nie jest to również przedmiotem niniejszego postępowania ani nie było przedmiotem wyjaśnień, do których udzielania w trybie Pzp wzywał Zamawiający. Przystępujący zgodził się na zaproponowane przez FHU Natura M. M. warunki, jako korzystne i konkurencyjne, a które wynikają z cywilistycznej zasady swobody umów i istniejącej pomiędzy przedsiębiorcami konkurencji. Podniesione w tym zakresie w odwołaniu okoliczności nie mogą przemawiać za uznaniem ceny zawartej w ofercie Przystępującego za rażąco niską, a tym samym uzasadniać uwzględnienia odwołania.

Przystępujący wskazał także, że ma „margines bezpieczeństwa” w zysku, który założył do osiągnięcia na podstawie wykonania umowy zawartej w wyniku zamówienia publicznego z Gminą Chlewiska. Równie realne jest, że jak wynika z zacytowanego wyżej fragmentu OPZ możliwe jest odebranie mniejszej ilości odpadów, co przełoży się na wyższy zysk Przystępującego. Równie realne jest odebranie przez okres wykonywania umowy większej ilości odpadów frakcji, które dają możliwość dalszej odsprzedaży (papier, szkło, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny), co wprost przełoży się na wyższy zysk. Co więcej, Przystępujący ma już doświadczenie z lat 2020-2022 przy wykonywaniu dokładnie tego typu usług na rzecz tego samego Zamawiającego, więc zna specyfikę i realia zbierania odpadów od odbiorców w tej konkretnie gminie. Zarzut odwołania jest więc czystą dywagacją i nie jest poparty żadnymi konkretnymi argumentami.

Przystępujący podniósł, że odwołanie, choć zawiera zarzuty rzekomego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 5 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp, to jednak nie precyzuje jak konkretnie miały zostać one naruszone w toku prowadzonego postępowania. Powyższe powoduje, że zarzuty te są całkowicie gołosłowne i w istocie sprowadzają się do polemiki z treścią obszernych wyjaśnień przystępującego z dnia 8.01.2024 r. oraz prawidłowych czynności Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał wadliwości wyjaśnień Przystępującego, a jedynie przedstawił odmienne zapatrywanie na ich treść i powołał fakty oraz wydruki niemające znaczenia dla istoty sprawy.

Zarzut naruszenia przepisu art. 224 ust. 5 Pzp jest całkowicie chybiony i niewyjaśniony. Stosownie do tego przepisu, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, czemu też Przystępujący zadośćuczynił, składając obszerne pisemne wyjaśnienia z dnia 8.01.2024 r. Zamawiający nie miał wątpliwości w przedmiocie tych wyjaśnień i zaakceptował je. Okoliczność ta powoduje, że został przerzucony ciężar dowodu na stronę, która kwestionuje i zaprzecza wykazanym okolicznościom, czyli na Odwołującego.

Ad. zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Przystępujący wskazał, iż spełnił przewidziane wymogi, aby przekazane Zamawiającemu informacje nie były udostępniane i wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, że zastrzeżeniem takim została objęta jedynie niewielka część dokumentów złożonych na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia - umowy z kontrahentami.

Objęcie w/w umów będących tylko częścią materiałów złożonych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa jest uzasadnione i nie jest dowolne. W umowach tych są, bowiem zawarte informacje o charakterze technologicznym, dotyczące

sposobów funkcjonowania i metod działania przedsiębiorstwa Przystępującego. Zawierają one również informacje handlowe obejmuje wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, metody kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze, które choć ujawnione zostały przez Przystępującego na żądanie Zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, to jednak nie są dostępne publicznie, w szczególności dla konkurentów Przystępującego: Przystępujący nie ujawniał tych informacji publicznie i dążył do tego, aby informacje te pozostały poufne, to znaczy do wiadomości tylko pomiędzy nim a kontrahentem, z którym zawarł daną umowę. Powyższe miało na celu zapobieżenie sytuacji, w której dane te zostałyby upublicznione, w szczególności, aby informacje te nie stały się dostępne dla innych przedsiębiorców konkurujących na tym samym rynku odbioru odpadów. Co istotne, Zamawiający podzielił stanowisko Przystępującego w tym zakresie i nie kwestionował charakteru tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie też informacje zastrzegł Przystępujący, ponieważ posiadają one wartość gospodarczą, nie są one powszechnie udostępnione dla innych osób, zaś Przystępujący podjął czynności zmierzające do ich ochrony i zachowania poufnego charakteru w postaci nieudostępniania ich pomiotom trzecim. Brak jest podstaw do żądania przez Odwołującego do udowodnienia przez Przystępującego czy też złożenia bliżej nieokreślonych dowodów, które miałyby potwierdzić, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają właśnie taki charakter. Wymagania takie są zbyt daleko idące. Przede wszystkim jednak umowy te znane są zarówno Zamawiającemu, jak i KIO, zaś ich ujawnienie nie jest konieczne i niezbędne dla zagwarantowania praw Odwołującego.

Konkludując powyższe, Przystępujący wskazał, że podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne, dlatego też nie powinny stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków Odwołującego i unieważnienia czynności wyboru oferty.

Przystępujący załączył do niniejszego pisma:

1. Aneks do umowy o pracę dotyczącej D. D.
2. Aneks do umowy o pracę dotyczącej P. W.
3. Raport ZUS P RSA za 11/2023 dotyczący D. D.
4. Szczegółowa lista płac za 12/2023 r. i 11/2023 r. dotycząca D. D.
5. Wydruk przelewu wynagrodzenia za pracę D. D. za miesiąc 11/2023 (przelew z dnia 2023-12-08)
6. Wydruk przelewu wynagrodzenia za pracę D. D. za miesiąc 12/2023 (przelew z dnia 2024-01-05)
7. Faktura VAT nr FA/226/11/2023/P z ceną oleju napędowego 5,10 zł netto
8. Kalkulacja zużycia oleju napędowego oraz gazu przez pojazd MAN TRUCK TS 18.400
9. Umowa o pracę dotycząca S. P. wraz z aneksem do umowy o pracę

10. Skan umowy przeniesienia prawa użytkowania wieczystego z dnia 06-04-2011 zawartej w formie aktu notarialnego.

Zamawiający, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powieli zarzuty stawiane w pierwotnym odwołaniu. Zamawiający zauważył, że rozpiętość cenowa ofert nie świadczy w żaden sposób o zjawisku rażąco niskiej ceny, co potwierdza KIO m.in. w wyroku o sygn. KIO 436/15.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT 8% wynosi w przypadku przedmiotowego postępowania 713 026,66 zł brutto. A więc, cena oferty Marko jest około 8,09 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT. Z kolei średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 767 597,84 zł brutto, co oznacza, że cena oferty WNPiS Marko jest o 14,62% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Trudno więc w tej sytuacji mówić, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną w świetle przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego, szczegółowa kalkulacja kosztów to jest wyraz rzetelności wykonawcy, który składa wyjaśnienie w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca, składając wyjaśnienia, odniósł się szczegółowo do każdej frakcji, jaka była wyceniona w przetargu. Nie da się, w ocenie Zamawiającego, już bardziej szczegółowo wyjaśnić ceny. Tym bardziej, że oprócz samych wyjaśnień wykonawca przedłożył dowody w postaci umów o współpracy z różnymi podmiotami, które odbierają od niego poszczególne frakcje odpadów np. elektrośmieci czy opony.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający skierował do wykonawcy żądanie złożenia wyjaśnień, które ma charakter ogólny. Wykonawca mimo to dołożył daleko idącej należytej staranności i przedstawił szczegółowe kalkulacje, chociaż nie musiał tego robić. Tym samym, Zamawiający nie miał wątpliwości, że wyjaśnienia są rzetelne spójne i potwierdzają, że zaoferowana cena jest realna. W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia są spójne, konkretne, zawierające szczegółowe kalkulacje, poparte dowodami.

Zamawiający wskazał, że umowa o pracę potwierdza, co do zasady, fakt zatrudniania. Wysokość aktualnego wynagrodzenia określa załączony ZUS DRA, z którego wynika, że P. W. otrzymuje minimalne wynagrodzenie przewidziane przepisami prawa. Składki odprowadzone od kwoty 3600 zł (zob. punkt na ZUS DRA –Podstawa wymiaru składki –3600 zł). Dowodem na to, że na 2024 r. zostało przyjęte wyższe wynagrodzenie jest punkt - Koszty miesięczne pracowników, gdzie wskazano stawkę 4242 zł. Wykonawca do wyjaśnień przedstawił dla wszystkich pracowników, jako podstawę kosztów, minimalne wynagrodzenie w wysokości 4242 zł brutto.

Pracodawca, który zatrudnia pracownika z wynagrodzeniem minimalnym przy stosunku pracy, w którym wynagrodzenie zostało ustalone jako minimalne określone odrębnymi przepisami (wydawany Rozporządzeniem Rady Ministrów), zobowiązany jest do wypłaty należnego wynagrodzenia w wysokości nie niższej niż obowiązujące wynagrodzenie minimalne. Należy zwrócić uwagę, że pracodawca ma obowiązek wypłaty wynagrodzenia w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie, natomiast nie są przewidziane sankcje za brak aneksu do umowy o pracę, w którym to pracodawca wskaże znowelizowaną wartość/kwotę wynagrodzenia minimalnego. Tym samym, Zamawiający uznał, że nie ma potrzeby żądania aneksu do umów, skoro nie wymagają tego przepisy kodeksu pracy, a składki są odprowadzane od najniższego wynagrodzenia określonego w Rozporządzeniu.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, od 2022 roku obowiązują zmienione terminy zapłaty składek ZUS. Przedsiębiorcy opłacają składki w terminie do 5, 15, i 20 dnia miesiąca.

WNPiS Marko, jako jednoosobowa działalność gospodarcza, odprowadza składki do 20 dnia miesiąca. Oczywiście składki opłacane są za miesiąc, który minął, a więc składki za styczeń 2024r. wykonawca ma opłacić do 20 lutego 2024r. Tym samym nie ma możliwości, żeby w ramach składanych w dniu 8 stycznia wyjaśnień został dostarczony ZUS DRA za styczeń 2024 r. Wykonawca do wyjaśnień zaoferowanej ceny wskazał wynagrodzenie w wysokości 4242 zł brutto.

Zdaniem Zamawiającego, odległość firmy WNPiS Marko od Gminy Chlewiska ma znaczenie, ponieważ żeby zacząć zbierać odpady z terenu Gminy Chlewiska trzeba do niej najpierw dojechać. Gdyby ta odległość była duża, to śmieciarka musiałaby pokonywać większą odległość, a co za tym idzie generowałoby to większe koszty dla wykonawcy. Odległość do miejsca wykonania prac, jako czynnik pozwalający obniżyć koszty, potwierdza orzecznictwo KIO m.in. wyrok sygn. akt: KIO 1906/21. Zamawiający wskazał, że sam Odwołujący w pierwszym odwołaniu wskazywał odległość 12 km, jako jeden z czynników wpływających na cenę.

Osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą nie wypłaca sobie pensji tak, jak jest to możliwe w przypadku spółek handlowych, gdzie np. prezes może otrzymywać pensję. Taka osoba opłaca ZUS, a zysk jego firmy jest formą „wynagrodzenia” za jego pracę. Dlatego też koszt właściciela, po stronie kosztów, poza składkami do ZUS jest 0 zł. To co zarobi firma jest zyskiem właściciela. Pensja dla pracownika na 12 miesięcy, to koszt 28 101 zł. Skoro właściciel sam jest kierowcą, to nie musi płacić pensji osobie, którą by zatrudnił jako kierowcę. Pozostaje mu koszt własnych ZUS-ów, co zostało wykazane w wyjaśnieniach.

Zamawiający wskazał, że dysponuje umową na odbiór opon. Wynikają z niej konkretne oszczędności. Skoro przedsiębiorcy umówili się między sobą na świadczenie usług, w tym przypadku odbiór opon za określoną kwotę, to fakt, że Przedsiębiorstwo

Komunalne EKO określiło stawkę za tę frakcję na poziomie 1620 zł brutto jest tu bez znaczenia.

Zamawiający przedstawił wyliczenie dla każdej frakcji (zał. nr 7 do pisma). Po prawidłowym zsumowaniu, zysk wykonawcy wynosi 21 6430,92 zł brutto, co stanowi 33,02%. Trudno więc uznać, żeby taka wartość stanowiła niewielki zysk. I nawet gdyby uznać, z czym Zamawiający się nie zgadza, że są jeszcze jakieś dodatkowe koszty „w postaci kosztu ubezpieczenia pojazdów wymienionych w treści wyjaśnień wykonawcy”, to i tak zysk jest tak znaczący, że w żaden sposób nie możemy tu mówić o rażąco niskiej cenie.

Firma FHU Natura M. M. nie zbiera wskazanych frakcji od mieszkańców, a jedynie odbiera je z apteki. Ponieważ ma wpis do BDO na transport odbiera je z jednego punktu w Gminie i transportuje w stosowne miejsce do podmiotu, który zajmuje się ich zagospodarowaniem. Tym samym działanie to jest w pełni zgodne z prawem.

Wykonawca nie ma obowiązku w wyjaśnieniach odnosić się do zakresu zamówienia, który nie jest znany. Wykonawcy mieli wycenić odbiór określonej ilości odpadów i cena uwzględnia tę określoną ilość. To, czy i jak zmieni się liczba odpadów w poszczególnych frakcjach, jest niewiadomą zarówno dla wybranego wykonawcy, jak i Odwołującego. Trudno jest, żeby wykonawca składający wyjaśnienia wyjaśnił cenę w zakresie ilości, które nie są nikomu znane.

Szeroko prezentowane jest w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym, ciężar dowodu ustalony zgodnie z art. 537 Pzp nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Odwołujący ograniczył się do polemiki z przedstawionymi dowodami, nie wykazując, że zaoferowana cena jest rażąco niska - czyli taka, która jest nierealna i za którą nie da się wykonać zamówienia. Nie przedstawił żadnych dowodów czy kalkulacji, które wskazywałyby, że wyliczenia i dowody dostarczone przez WNPiS Marko wskazują, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Zarzut Odwołującego dotyczy jego zdaniem nieskutecznego utajnienia treści złożonych wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być również uznane wyjaśnienia wykonawcy składane w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 14 maja 2013 r., KIO 908/13.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca WNPiS Marko sprostował wymogowi udowodnienia każdej z przesłanek zawartych w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skoro wykonawca ma złożyć rzetelne wyjaśnienia –to musi bazować na posiadanych dowodach. W tym przypadku dowodem takim jest umowa z firmą NATURA. Wykonawca WNPiS Marko nie ujawnił treści całej umowy, a jedynie wartości po jakich są odbierane od niego odpady we wskazanych frakcjach. Bez podania tych informacji nie byłby w stanie złożyć rzetelnych wyjaśnień. Poza tym należy pamiętać, że to WNPiS Marko jest dysponentem tych informacji, więc może się nimi dowolnie posługiwać.

Resumując, w ocenie Zamawiającego, wykonawca skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych MARKO M. P. z siedzibą w Baraku skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8, art. 224 ust. 5 i art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WNPiS Marko pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz uznanie, iż wykonawca WNPiS Marko wykazał, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty WNPiS Marko w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę wraz z załączonymi do nich dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są uzasadnione. Złożone przez wykonawcę WNPiS Marko w dniu 8 stycznia 2024 r. wyjaśnienia wskazują, że wykonawca WNPiS Marko nie sprostął obowiązkowi obalania domniemania istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu oraz nie wykazał realności zaoferowanej ceny. Pozytywna ocena ww. wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego jest nieuzasadniona. W konsekwencji

należało uznać, że oferta złożona przez wykonawcę WNPIs Marko podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Przystępujący został wezwany pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, co nastąpiło w wyniku wykonania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3589/23.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że na etapie powstania obowiązku wykonawcy udzielenia wyjaśnień w związku ze skierowanym przez Zamawiającego do niego wezwaniem do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, przestaje mieć znaczenie poziom różnicy wysokości ceny oferty w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Na tym bowiem etapie wykonawca wezwany do wyjaśnień musi wyjaśnić i wykazać za pomocą wszelkich możliwych dowodów, że zaoferowana cena jest prawidłowo skalkulowana, obejmuje wszystkie realne koszty, a ponadto przyniesie wykonawcy zysk z realizacji danego zamówienia. Wezwanie skutkuje przyjęciem domniemania faktycznego, że cena oferty jest rażąco niska. Wykonawca musi to domniemanie obalić, składając pełne, rzetelne, szczegółowe i wiarygodne wyjaśnienia, poparte dowodami. Ocenie Zamawiającego, podlegają złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i w tym kontekście Zamawiający podejmuje decyzję co do ewentualnego przyjęcia lub odrzucenia oferty.

Część opisowa złożonych w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę WNPIs Marko wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, składa się w znacznej części z przywołania definicji rażąco niskiej ceny, orzecznictwa oraz obejmuje uzasadnienie zastrzeżenia części załączników do wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie czynników, które mają wpływ na obniżenie ceny oferty Przystępującego, wykonawca zasygnalizował następujące okoliczności:

- 1) odległość siedziby firmy od Gminy to około 12 km, co pozwala obniżyć koszty paliwa,
- 2) doświadczenie w realizacji usługi na rzecz Zamawiającego - znajomość przebiegu tras i specyfiki Gminy, co pozwala obniżyć koszty realizacji zadania.
- 3) właściciel firmy jest jednocześnie kierowcą śmieciarki, która będzie obsługiwała przedmiotowe zadanie, co daje oszczędność rzędu 28 101 złotych (koszty pracownika),
- 4) posiadanie samochodu na gaz, co znacznie obniża koszty transportu,
- 5) odsprzedaż elektrośmieci, szkła i papieru, co pozwala na dodatkowy zarobek,
- 6) korzystna umowa na odbiór opon 50 zł za tonę co generuje duże oszczędności.

Wykonawca przedstawił także w ramach wyjaśnień kalkulację kosztów w zakresie:
- koszty transportu za poszczególne frakcje,

- koszty z rozbiem na ceny jednostkowe za poszczególne frakcje,
- koszty miesięczne pracowników – dwóch ładowaczy i kierowcy,

Wykonawca skalkulował zysk z realizacji zamówienia na poziomie 4,67 %.

Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający przedstawił własne wyliczenie dla każdej frakcji. (zał. nr 7 do pisma). Zdaniem Zamawiającego, po prawidłowym zsumowaniu kosztów przedstawionych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień, zysk stanowi 33,02%. Przystępujący nie odniósł się do powyższych wyliczeń Zamawiającego.

Z przedstawionej przez wykonawcę WNPiS Marko kalkulacji ceny oferty wynika, że „szczegółowe wyliczenia kosztów transportu za poszczególne frakcje” nie uwzględniają wszystkich składników kosztów związanych z realizacją poszczególnych elementów usługi.

Wykonawca przyjął do kalkulacji cenę paliwa na poziomie 5,10 zł za 1 litr. W kalkulacji nie uwzględniono jakiegokolwiek rezerwy na ewentualny wzrost kosztów paliwa, które mają bardzo istotny wpływ na koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że wskazana przez niego w kalkulacji cena paliwa będzie miała zastosowanie przez cały okres realizacji zadania. W zakresie kosztów transportu Izba wskazuje dodatkowo, że przedstawiona przez Przystępującego faktura VAT nr FA/226/11/2023/P z datą 2023-11-15 dowodzi nabycia przez Przystępującego od „PETRIX” sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oleju napędowego za cenę netto 5,10 zł, nie stanowi natomiast dowodu okoliczności, że cena wskazana na tej fakturze będzie ceną obowiązującą w pełnym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący nie wykazał w żaden sposób, że „ma zapewnioną korzystną cenę”, wskazaną w ww. fakturze.

Przystępujący wyjaśnił, że rezerwę na wypadek wzrostu kosztów paliwa założył, poprzez możliwość zmniejszenia wypracowanego zysku.

Wykonawca WNPiS Marko nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty prawidłowych kosztów paliwa dla pojazdu MAN TRUCK TGS 18.400, wskazując jedynie koszty gazu, bez uwzględnienia spalania oleju napędowego, przez co zaniżone zostały wyliczenia kosztów transportu realizowane tym pojazdem. Przystępujący przyznał ten fakt na rozprawie, wskazując, że jest to koszt mało istotny, który jedynie w niewielkiej wysokości obniży zysk wykonawcy. Izba wskazuje, że nawet jeśli uznać, że nie jest to koszt znaczny, to jest to kolejny koszt, który wpłynie na wzrost kosztów realizacji usługi i tym samym zmniejszenie kwoty zysku przyjętego przez wykonawcę w kalkulacji ceny oferty. Niezależnie od powyższego, błąd w kalkulacji podważa w pewnym stopniu rzetelność wyjaśnień złożonych Zamawiającemu.

Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty kosztów ogólnych, bieżących kosztów użytkowania pojazdów, najmu powierzchni, użytkowania i amortyzacji sprzętu biurowego, kosztów zaangażowania pracowników pionu administracyjnego i kierowniczego, użytkowanego sprzętu biurowego i jego amortyzacji, kosztu ubezpieczenia, serwisowania i amortyzacji pojazdów. W skali całego zamówienia niewątpliwie są to koszty, których nie

można pominąć przy kalkulacji ceny oferty. Koszty te należało obliczyć i uwzględnić stosunkowo do ilości realizowanych przez wykonawcę zleceń, jednak koszty te w ogóle nie zostały uwzględnione przez wykonawcę w wyjaśnieniach.

Zauważyć też należy, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, „Wykonawca przy sporządzeniu ofert zobowiązany jest uwzględnić ewentualny wzrost ilości odebranych odpadów w trakcie trwania umowy.”, a ponadto „Wykonawca składając ofertę musi się liczyć z tym, że może odebrać więcej odpadów niż szacowane, jak również mniej, dlatego wszelkie roszczenia z tytułu zmniejszenia wynagrodzenia z powodu odebrania mniejszej ilości odpadów będą bezpodstawne.” Wykonawca WNPiS Marko pominął powyższe ryzyko w wyjaśnieniach, nie odnosząc się w ogóle do tej kwestii. Nie uwzględnił kosztów tego ryzyka w wyjaśnieniach i w kalkulacji ceny oferty, co prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż kalkulacja ceny nie uwzględnia wszelkich możliwych czynników kosztotwórczych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Prawidłowa kalkulacja ceny i szczegółowe wyliczenie ponoszonych przez wykonawcę kosztów oraz planowanego zysku, są elementem kluczowym wyjaśnień składanych na wezwanie w trybie art. 224 Pzp. Niezbędnym potwierdzeniem rzetelnej kalkulacji powinny być dowody złożone przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami.

Odnosząc się do dowodów załączonych do złożonych przez wykonawcę WNPiS Marko wyjaśnień, Izba wskazuje, że nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że umowa o pracę jest dowodem faktu zatrudnienia danej osoby ze stawką wskazaną w tej umowie. Przedłożona przez wykonawcę umowa o pracę zawarta w dniu 1 kwietnia 2021 r. wskazuje wartość minimalnego wynagrodzenia aktualną w dacie zawarcia umowy, zatem nie dowodzi faktu zatrudnienia przez wykonawcę pracownika z wynagrodzeniem minimalnym w wysokości aktualnie obowiązującej.

Odległość bazy pojazdów od terenu gminy, w której będzie realizowana usługa ma w sposób oczywisty istotne znaczenie z punktu widzenia kosztów transportu przy realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że jak wykazano w niniejszej sprawie, odległość ta w przypadku Przystępującego wynosi co najmniej ok. 25 km, a nie 12 km, którą przyjął Przystępujący do kalkulacji. Rzeczywista odległość została ustalona na podstawie wydruku mapy przedłożonej do akt sprawy, której Przystępujący nie kwestionował.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu, że zgodnie z wyjaśnieniem Przystępującego, również inne koszty mają zostać pokryte z zysku wskazanego w wyjaśnieniach, nie można uznać za realne i wiarygodne wyliczenie kwoty zysku. Należy też podkreślić, że Przystępujący nie wyliczył wartości kosztów, które mają być dodatkowo pokryte z zysku wskazanego w wyjaśnieniach. Nie wiadomo zatem, o jaką dokładnie wartość zmniejszy się

zysk w stosunku do przedstawionej w wyjaśnieniach kalkulacji oraz, czy realnie można przyjąć, że jakikolwiek zysk zostanie przez przedsiębiorcę osiągnięty.

Faktem jest, że przystępujący, jako przedsiębiorca - osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą - nie otrzymuje wynagrodzenia za pracę, ponieważ nie jest pracownikiem w rozumieniu Kodeksu pracy. Przystępujący wskazał, że jako przedsiębiorca zamierza osiągnąć zysk, który podał w wyjaśnieniach ceny z dnia 8 stycznia 2024 r. Jednocześnie odnośnie serwisowania pojazdów, w tym drobnych napraw, Przystępujący wskazał na rozprawie, że są one wykonywane przez niego osobiście we własnym zakresie, podobnie jak zarządzanie realizacją zadania, co zdaniem Przystępującego, pozwala znacznie obniżyć koszty świadczonych usług. W ocenie Izby, nieprawdopodobne jest i nie sposób przyjąć, że wszystkie powyższe czynności będą osobiście i w tym samym czasie wykonywane przez przedsiębiorcę, który dodatkowo będzie wykonywał też pracę, jako kierowca śmieciarki, a koszt tych wszystkich czynności został uwzględniony w kwocie wskazanej w kalkulacji, jako zysk.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie ze wpisem do BDO, firma FHU Natura M. M. wskazana przez wykonawcę, posiada wpis wyłącznie na transport odpadów. Przystępujący załączył do wyjaśnień Aneks do Umowy zawartej w ww. podmiocie. Przystępujący nie wykazał jednak, że cena transportu odpadów gwarantuje zagospodarowane odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami, za co Przystępujący jest odpowiedzialny w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący wskazywał generalnie, że ma „margines bezpieczeństwa” w zysku, który założył do osiągnięcia na podstawie wykonania umowy zawartej w wyniku zamówienia publicznego z Gminą Chlewiska i w tej wartości uwzględnił także inne nieprzewidziane okoliczności.

W ocenie Izby, wyjaśnienia Przystępującego złożone w postępowaniu odwoławczym, w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 8 stycznia 2024 r. nie uzasadniają przyjęcia, że złożone Zamawiającemu wyjaśnienia przedstawiają fakt wiarygodnego i rzetelnego skalkulowania zaoferowanej ceny. W tym zakresie należy stwierdzić, że ocena powyższych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego nie jest prawidłowa. Jak wynika z porównania stanowiska Przystępującego prezentowanego na rozprawie oraz treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, wyjaśnienia należy uznać za niespójne, niekonkretne i niepoparte dowodami. Wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają zatem wysokości zaoferowanej ceny, co przesądza o konieczności uznania ceny oferty za rażąco niską, tj. cenę która nie zapewnia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami zamówienia i obowiązującymi przepisami.

Stosownie do przepisu art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jak wynika z dokonanej

analizy treści wyjaśnień, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, Przystępujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty i nie wykazał w wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2024 r., że zaoferowana cena jest realna, pokrywa wszelkie koszty konieczne do realizacji zamówienia ponoszone przez przedsiębiorcę oraz zapewnia godziwy zysk.

Przystępujący przedstawił do akt sprawy następujące dokumenty:

- Aneks do umowy o pracę dotyczącej D. D.,
- Aneks do umowy o pracę dotyczącej P. W.,
- Raport ZUS P RSA za 11/2023 dotyczący D. D.,
- Szczegółowa lista płac za 12/2023 r. i 11/2023 r. dotycząca D. D.,
- wydruk przelewu wynagrodzenia za pracę D. D. za miesiąc 11/2023 (przelew z dnia 2023-12-08),
- Wydruk przelewu wynagrodzenia za pracę D. D. za miesiąc 12/2023 (przelew z dnia 2024-01-05),
- Faktura VAT nr FA/226/11/2023/P z ceną oleju napędowego 5,10 zł netto,
- Kalkulacja zużycia oleju napędowego oraz gazu przez pojazd MAN TRUCK TS 18.400,
- Umowa o pracę dotycząca S. P. wraz z aneksem do umowy o pracę,
- Skan umowy przeniesienia prawa użytkowania wieczystego z dnia 06-04-2011 zawartej w formie aktu notarialnego.

Powyższe dowody Izba uznała za spóźnione, biorąc pod uwagę, że nie zostały złożone wraz z wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego. W ramach postępowania odwoławczego Izba jest bowiem zobowiązana dokonać oceny decyzji (czynności) Zamawiającego w kontekście wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę Zamawiającemu. Postępowanie odwoławcze nie przywraca wykonawcy terminu do korygowania lub uzupełnienia wyjaśnień i dowodów przedłożonych na wezwanie Zamawiającego w toku badania ofert.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022, poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości wyjaśnień ceny, tj. wraz ze wszystkimi załącznikami złożonych przez WNPiS Marko, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący skutecznie zastrzegł załączniki do wyjaśnień w postaci umów zawartych z kontrahentami, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, część wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę WNPiS Marko została zastrzeżona przez tego wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. w zakresie następujących załączników do wyjaśnień: Umowa na odbiór opon z firmą S. Transport, Umowa na odbiór elektrośmieci z MB Recycling, Umowa z Remondis Glass Recycling Polska Sp. z o.o., Cenniki za elektrośmieci, Umowa na odbiór papieru, Umowa z FHU Natura.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie; przy czym, jak wynika z dyspozycji ust. 3 - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z tym, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp.

W świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Konieczne jest wykazanie przez wykonawcę w sposób konkretny i nie budzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia umów zawartych przez Przystępującego z kontrahentami, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawione Zamawiającemu przez WNPiS Marko, zawiera stosowne wyjaśnienie, że zastrzeżone załączniki stanowią źródło wiedzy o szczegółach działalności zarówno samego wykonawcy, jak i jego kontrahentów, posiadają wartość organizacyjną i gospodarczą dla wykonawcy, nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej ani przekazane innym podmiotom, zawierają informacje dotyczące aspektów działalności wykonawcy, know-how w zakresie prowadzenia działalności. Zastrzeżenie ww. umów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w ocenie Izby uzasadnione. W umowach tych są bowiem zawarte informacje o charakterze organizacyjnym, handlowym, informacje dotyczące sposobów funkcjonowania i metod działania przedsiębiorstwa Przystępującego, jak i firm, z którymi ten wykonawca współpracuje. Charakter tych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie budzi wątpliwości. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową wykonawcy i narazić go na szkodę. Dodatkowo, strony podjęły działania w celu zachowania treści zawartych umów, jako poufnych, zawierając klauzule o poufności.

Dane kontrahentów nie zostały zastrzeżone przez Przystępującego, zatem zarzut Odwoływającego w tym zakresie jest nieuzasadniony. Natomiast fakt, że niektóre dane

cenotwórcze ujawnione zostały przez Przystępującego w celu wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską, nie oznacza, że cała treść ww. umów nie podlega ochronie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący wykazał, że przekazane Zamawiającemu i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: