

Sygn. akt: KIO 3150/22

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Opolu**,

przy udziale wykonawcy **Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „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.” Numer referencyjny: NP.260.34.2022.P. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2022/S 166-471667 z dnia 2022.08.30.

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, dotyczących zadania nr II w postępowaniu, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na naruszeniu:

1. art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. al. Przyjaźni 9, Opole 45-573, która podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem i której wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
2. art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis Opole sp. z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis Opole sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Remondis Opole sp. z o.o.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Remondis Opole sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr II;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty Remondis Opole sp. z o.o. z uwagi na to, że nie sprostął ciążącego na nim obowiązku wyjaśnienia, że jego oferta nie zawiera ceny lub kosztu rażąco niskich i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera błąd w obliczeniu ceny i zawiera rażąco niską cenę;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Ewentualnie, w przypadku nieuznania żądania odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. tj. żądania nr 3, odwołujący żąda:**

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Remondis Opole sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr II;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Remondis Opole sp. z o.o. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Remondis Opole sp. z o.o. w zakresie zadania II zamówienia;

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie pod nazwą 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”, a zamówienie zostało podzielone na 2 zadania. W dniu 17.11.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr II, przy czym za najkorzystniejszą uznał ofertę

wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. (zwany dalej Remondis), a odwołujący podnosi, że czynność ta została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i Uznk.

Wykonawca Remondis przed wyborem najkorzystniejszej oferty został w dniu 24.10.2022 r. wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zarówno w zadaniu nr I oraz nr II. Cena Remondis znacząco odbiega od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego która wynosi w zadaniu nr II: 3 781 225,41 złotych, natomiast wykonawca zaoferował kwotę 2 336 723,37 złotych, czyli kwota oferowana Remondis jest niższa aż o ponad 38 % od kwoty przeznaczonej. W dniu 26.10.2022 r. Remondis złożył wniosek o wydłużenie terminu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, powołując się na konieczność: „, opisania kalkulacji zasadniczych elementów oferty”. Odwołujący zaznacza, że kalkulacja oferty wykonawcy winna zostać wykonana jeszcze przed złożeniem oferty, a nie na etapie wyjaśnień lub realizacji, ponieważ rzetelna i skrupulatna kalkulacja, prowadzą do należytej realizacji umowy na późniejszym etapie.

Pomimo powyższego, które zdaniem odwołującego, powinno co najmniej wzbudzić podejrzenia Zamawiającego co do oferowanej przez Remondis ceny, w dniu datowanym na 31.10.2022 r. Remondis złożył wyjaśnienia stanowiące o należytej kalkulacji ceny. Odwołujący celem usystematyzowania treści odwołania, pozwoli na wypunktowanie kolejnych naruszeń zastosowanych przez Remondis, skutkiem czego zaoferował on cenę rażąco niską, dumpingową i naruszającą uczciwą konkurencję. Remondis w swoich wyjaśnieniach, rozpoczął od ogólnikowego wyjaśnienia ceny rażąco niskiej jako całości, a następnie w punktach od e do h i kolejnych nieoznaczonych, ogólnikowo wyjaśniał pochodzenie cen i kosztów składających się na poszczególne ceny jednostkowe. Remondis bezpodstawnie zastrzegł kalkulację kosztów stanowiącą podstawę realizacji umowy i najważniejszy dokument świadczącym o należycie złożonej ofercie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący na dalszym etapie odwołania dowodzić będzie naruszeniu ustawy poprzez utajnienie tych dokumentów. Mimo utajnienia kalkulacji, już na podstawie samych ogólnych wyjaśnień cen jednostkowych, odwołujący zarzuca zastosowanie przez Remondis cen rażąco niskich w tym cen dumpingowych, których rzeczywiste koszty nie pokrywają zaoferowanej ceny.

## **1. Cena jednostkowa wynagrodzenia ryczałtowego za 1 miesiąc całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca.**

**1.1** Wykonawca Remondis następująco wyjaśnił pochodzenie powyższej zaoferowanej ceny w wysokości 78 000,00 złotych netto:

*W kalkulacji tej usługi Wykonawca założył dyżur prowadzony w punkcie dyspozytorskim firmy w Opolu, przez załogi składające się z:*

*- operatora sprzętu (mikrociągnika) oraz dwóch pracowników ręcznego oczyszczania pracujące w systemie zmianowym, tj. 3 załogi w ciągu doby. Dodatkowo do dyżuru wliczono 3 zmiany pracy dyspozytora (koordynatora), z którym możliwa będzie stała łączność zamawiającego. Dla przedmiotowego zadania ujęto zaangażowanie dyspozytora w zakresie ¼ etatu, uwzględniając, iż Wykonawca realizuje szereg innych umów w zakresie zimowego oczyszczania, w tym oczyszczanie zimowe jezdni na terenie całego miasta Opolu oraz szereg mniejszych umów, dla których w pozostałej części zaangażowany będzie dyżurujący dyspozytor.*

*Przewidziane rozwiązanie pozwoli na wypełnienie oczekiwań Zamawiającego w zakresie niezwłocznej reakcji i rozpoczęcia usuwania skutków nieoczekiwanej zmiany pogody i konieczności usuwania skutków opadu i/ lub śliskości.*

*Niezależnie od prowadzonego dyżuru wykonawca, bazując na wieloletnim doświadczeniu w zakresie prowadzenia działań w zakresie zimowego utrzymania czystości na wszystkich elementach pasa drogowego planuje większe zaangażowanie pracowników oparte na prognozach pogody sprawdzanych w systemie 6-godzinnym, przy czym koszty dodatkowych powołanych do pracy pracowników pokrywane będą z wynagrodzenia za rzeczywiste oczyszczania zimowe w zakresie odśnieżania i posypywania lub tylko posypywania (poz. 5 i 6 formularza cenowego)*

W zakresie wynagrodzeń pracowników: 1 operatora sprzętu, 2 pracowników ręcznego oczyszczania miasta w systemie zmianowym (3 załogi po 3 pracowników liniowych) oraz dyspozytora w wielkości ¼ etatu (niepełny wymiar czasu pracy jest niezgodny z SWZ co odwołujący uzasadniać będzie później), wykonawca Remondis, uwzględniając przepisy prawa pracy, nie jest w stanie pokryć nawet wynagrodzeń pracowników w cenie ryczałtowego wynagrodzenia za zimową dyspozycyjność. Kwestię wysokości wynagrodzeń Remondis wyjaśnił i skalkulował wysokość wynagrodzeń następująco:

- Pracownik ręcznego oczyszczania miasta: 4 317,81 złotych (z narzutami tzw. koszt pracodawcy);*
- Operator sprzętu, dyspozytor: 6 010,083 złotych z narzutami.*

Zgodnie z kosztami pracy skalkulowanego przez wykonawcę, mając na uwadze, że pierwotnie Zamawiający przewidywał rozpoczęcie prac włącznie z grudniem 2022 r. do końca marca

2023 r. koszt wynagrodzeń wskazywanych przez Remondis tzw. załóg, czyli 1 operator sprzętu + 2 pracowników ręcznego oczyszczania miasta + ¼ dyspozytora, to następujące miesięczne koszty pracy:

Grudzień 2022 r.: 85 470,00 złotych

Styczeń 2023 r.: 87 916,40 złotych

Luty 2023 r.: 76 396,32 złotych

Marzec 2023 r.: 83 672,20 złotych.

Ze względu na rozmiary tabeli z wyszczególnieniem płac pracowników, odwołujący załącza te wyliczenia w formie załącznika (nr 2) do odwołania.

Abstrahując od powyższego odwołujący nadmienia, że w analogicznym postępowaniu nr NP.260.47.2020.P, oferta firmy Remondis została odrzucona z uwagi na dokonanie nieprawidłowych obliczeń ceny oraz lakoniczne wyjaśnienia, które w żaden sposób nie dowodziły słuszności przedstawianych przez Remondis racji.

Zamawiający na podstawie SWZ w rozdziale 4 pkt 2 oraz wzorze umowy, zastrzegł, że wykonawca lub podwykonawca zatrudniać ma pracowników na podstawie stosunku pracy wynikającego z Kodeksu Pracy, w tym także wymaga jej przy czynnościach związanych z całorocznym oczyszczaniem pasów drogowych w szczególności w ramach całodobowej dyspozycyjności. W związku z koniecznością zatrudnienia pracowników na podstawie Kodeksu pracy, wynikają z tego bezpośrednie skutki w wymogu stosowania dodatków za wynagrodzenie w porze nocnej, a także w niedziele i święta, mianowicie:

Art. 151<sup>8</sup>. [Dodatek za pracę w porze nocnej]

§ 1. Pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów.

§ 2. W stosunku do pracowników wykonujących pracę w porze nocnej stale poza zakładem pracy dodatek, o którym mowa w § 1, może być zastąpiony ryczałtem, którego wysokość odpowiada przewidywanemu wymiarowi pracy w porze nocnej.

Art. 151<sup>11</sup>. [Dzień wolny za pracę w niedzielę i święta]

§ 1. Pracownikowi wykonującemu pracę w niedziele i święta, w przypadkach, o których mowa w art. 15110 pkt 1-9 i 11 oraz w przepisach ustawy, o której mowa w art. 1519b, pracodawca jest obowiązany zapewnić inny dzień wolny od pracy:

1. w zamian za pracę w niedzielę - w okresie 6 dni kalendarzowych poprzedzających lub następujących po takiej niedzielę;
2. w zamian za pracę w święto - w ciągu okresu rozliczeniowego.

§ 2. Jeżeli nie jest możliwe wykorzystanie w terminie wskazanym w § 1 pkt 1 dnia wolnego od pracy w zamian za pracę w niedzielę, pracownikowi przysługuje dzień wolny od pracy do końca okresu rozliczeniowego, a w razie braku możliwości udzielenia dnia wolnego od pracy w tym terminie - dodatek do wynagrodzenia w wysokości określonej w art. 1511 § 1 pkt 1, za każdą godzinę pracy w niedzielę.

§ 3. Jeżeli nie jest możliwe wykorzystanie w terminie wskazanym w § 1 pkt 2 dnia wolnego od pracy w zamian za pracę w święto, pracownikowi przysługuje dodatek do wynagrodzenia w wysokości określonej w art. 1511 § 1 pkt 1, za każdą godzinę pracy w święto.

§ 4. Do pracy w święto przypadające w niedzielę stosuje się przepisy dotyczące pracy w niedzielę.

Art. 151<sup>1</sup>. [Dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych]

§ 1. Za pracę w godzinach nadliczbowych, oprócz normalnego wynagrodzenia, przysługuje dodatek w wysokości:

- 1) 100% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających:
  - a) w nocy,
  - b) w niedziele i święta niebędące dla pracownika dniami pracy, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy,
  - c) w dniu wolnym od pracy udzielonym pracownikowi w zamian za pracę w niedzielę lub w święto, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy;
- 2) 50% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających w każdym innym dniu niż określony w pkt 1.

Badając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy, odwołujący wyliczył poszczególne koszty płac w ujęciu realizacji umowy w grudniu 2022 r. do marca 2023 r. Wyliczając koszty zatrudnienia, odwołujący sporządził tabelę wynagrodzeń za poszczególne miesiące. Przygotowana tabela została skonstruowana tak aby sprostać wymaganiom Kodeksu pracy i wynagrodzeń (załącznik nr1). Skonstruowana została także tabela wynagrodzeń



naruszających wymogi Kodeksu pracy (załącznik nr2). Z analizy załączonych tabel wynika, że owszem, koszty wynagrodzeń deklarowanych przez Remondis będą niższe niż oferowana cena za gotowość, natomiast w znacznym wymiarze będą one naruszać przepisy Prawa pracy.

Odwołujący wskazuje, że Remondis nie uwzględnił:

- dodatku dla pracowników w wysokości 20% wynagrodzenia podstawowego za pracę w porze nocnej;
- dodatku w wysokości 100% podstawowego wynagrodzenia za pracę w niedzielę lub święta lub też ekwiwalentu w postaci dnia wolnego

Uwzględniając powyższe ustawowe wymagania, Remondis nie jest w stanie pokryć kosztów z uzyskanego wynagrodzenia za gotowość w okresie zimowym. Koszty płacowe względem ryczałtowego wynagrodzenia za pracę będą odpowiednio:

Grudzień 2022 r.: wyższe o 7 470,00 złotych od wynagrodzenia netto ( $78000,00 - 85470,00 = - 7470,00$ )

Styczeń 2023 r.: wyższe o 9 916,40 złotych od wynagrodzenia netto ( $78000,00 - 87916,40 = - 9916,40$ )

Luty 2023 r.: niższe o 1 603,68 złotych od wynagrodzenia netto ( $78000,00 - 76396,32 = 1603,68$ )

Marzec 2023 r.: wyższe o 5 672,20 złotych od wynagrodzenia netto ( $78000,00 - 83672,20 = - 5672,20$ )

Z powyższego wynika, że w przypadku realizacji umowy w grudniu 2022r, styczniu 2023 r. oraz marcu 2023 (3 z 4 miesięcy realizacji) koszty wynagrodzeń będą wyższe niż zaoferowane wynagrodzenie za usługę. Tylko w lutym, koszty wynagrodzeń pracowników będą niższe niż otrzymane wynagrodzenie. Należy jednak wziąć pod uwagę, iż odwołujący w powyższej kalkulacji uwzględnił tylko i wyłącznie wynagrodzenia pracowników z narzutem pracodawcy (po stawkach Remondis) i nie uwzględniając pozostałych, istotnych kosztów pracowniczych:

- koszty badań lekarskich;
- koszt zastępstw chorobowych i urlopowych;
- kosztów dodatkowego wynagrodzenia za nadgodziny wynikających z Kodeksu pracy;

- koszty szkolenia BHP i stanowiskowego;
- kosztów kadrowych;
- kosztów ubrania roboczego oraz ekwiwalentu za pranie ubrań pracowniczych;

a koszty które wynikają tylko z Kodeksu pracy. Dalsze koszty jakie są niezbędne do realizacji usługi dyspozycyjności całodobowej, a także sprzętu wymaganego przez Zamawiającego w rozdziale 4 pkt 1 SWZ:

- zakup telefonu i połączenia (abonamentu);
- nie mniej niż 3 samochody ciężarowe o masie nie przekraczającej 3,5 tony (3500kg) spełniające normę emisji spalin Euro 6,
- nie mniej niż 3 wózki na materiał posypowy (itp. piasek, sól, itp.),
- nie mniej niż 4 nośniki lub ciągniki małymi z osprzętem, tj. pługiem i wymiennie szczotkami oraz posypywarką (ciężar całkowity nie może być większy niż 2,2 t.),
- nie mniej niż 1 ciągnik o minimalnej mocy 35 kW/47,6 KM z posypywarką, pługiem i wymiennie szczotką,
- nie mniej niż 1 samochodem ciężarowym, samowyladowczym lub kontenerowym o pojemności przestrzeni ładunkowej min. 10m<sup>3</sup>,
- sprzęt ręczny: szufle, zgarniacze;
- koszty ogólnozakładowe;
- zysk.

Powyższe wyliczenie kosztów jednoznacznie wskazuje, że Remondis nie tylko nieprawidłowo i nierzetelnie dokonał kalkulacji należytej realizacji umowy poprzez nie uwzględnienie pokrycia wynagrodzeń pracowników, ale także pozostałych kosztów takich jak chociażby sprzęt. Podkreślenia wymaga, że przedstawiona cena jednostkowa nie pozwala na osiągnięcie zysku z uwagi na niepoprawnie skalkulowane wynagrodzenie ryczałtowe.

Dodatkowo odwołujący zaznacza, że Remondis nie wskazał w treści wyjaśnień możliwości skorzystania z dodatków lub odciążeń pieniężnych, które to wynikają z możliwości odpisu PFRON, dodatków stażowych lub jakichkolwiek innych dodatków. Jednocześnie w załącznikach dowodowych brak jest jakiegokolwiek środka dowodowego, który przeczyłby twierdzeniu odwołującego, należy więc przyjąć, że nie jest w stanie obniżyć kosztów wynagrodzeń.

Zgodnie z wyrokiem KIO 488/22:

1. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

2. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzezona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

3. Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających

Wszystkie przesłanki przywoływane przez powyższy wyrok mają odzwierciedlenie na łamach niniejszej sprawy. Remondis nie uwzględnił wszystkich niezbędnych kosztów realizacji umowy w tym kosztów płacy nienaruszających przepisy Kodeksu pracy. Cena Remondis jest wręcz niższa niż koszty na realizację usługi całodobowej gotowości, co odwołujący udowodnił.

Zgodnie z wyrokiem KIO 539/20:

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

**1.2.** Wykonawca Remondis w wyjaśnieniach stawki ryczałtowej za gotowość do oczyszczania zimowego stwierdził, iż:

*„ Dodatkowo do dyżuru wliczono 3 zmiany pracy dyspozytora (koordynatora), z którym możliwa będzie stała łączność zamawiającego. Dla przedmiotowego zadania ujęto zaangażowanie dyspozytora w zakresie 1/4 etatu, uwzględniając, iż Wykonawca realizuje szereg innych umów w zakresie zimowego oczyszczania, w tym oczyszczanie zimowe jezdni*

*na terenie całego miasta Opola oraz szereg mniejszych umów, dla których w pozostałej części zaangażowany będzie dyżurujący dyspozytor.*

Odwołujący wskazuje, że uwzględnienie wyłącznie ¼ etatu dla „dyspozytora” do usługi całodobowej gotowości, jest niezgodny z treścią SWZ i w konsekwencji stanowi o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny za realizację usługi.

Zamawiający w treści OPZ w części 2 pkt 1 zastrzegł:

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.

Wobec powyższego, skalkulowanie wynagrodzenia dyspozytora/koordynatora wyłącznie w wysokości ¼ etatu jest niezgodne z treścią SWZ. Całodobowa gotowość i koordynacja prac wymaga, aby dyspozytor był w gotowości 24 godzinnej, a obliczając koszt zatrudnienia wyłącznie w wysokości ¼ etatu czyli 6 godzin dziennie zamiast 24 godzin gotowości, nie jest w stanie należycie wykonać usługi. Mimo, że Remondis w wyjaśnieniach twierdzi, że dzięki realizacji innych umów na terenie miasta Opole dyspozytor może łączyć inne kontrakty w ramach swojej pracy, to nie tylko nie spełnia to wymagań Zamawiającego, ale także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może tzw. przerzucać kosztów ani zysków z realizacji umowy na rzecz innych realizowanych przez siebie kontraktów.

Zgodnie z wyrokiem KIO 337/22:

Ujęte przez Holding Hunters koszty spośród powyższych wyniosły jednak jedynie 3 240,98 zł. Pozostała część z obowiązkowych elementów składających się na koszt pracodawcy zatrudniającego pracowników na etacie według twierdzenia Holdingu Hunters miał być ponoszony w ramach realizacji zadań ochrony innych obiektów. Tym samym Holding Hunters założył, że mimo, iż do realizacji przedmiotu zamówienia będzie potrzebne łącznie 3,53 etatu, to część kosztów tych etatów poniesiona zostanie przez wykonawcę w ramach realizacji zadań na rzecz innych podmiotów. Praktyka taka na gruncie zamówień publicznych jest niedopuszczalna. Wykonawcy nie mogą przerzucać części kosztów realizacji zadania do kosztów realizacji innych umów, podobnie jak niedozwolone jest pokrywanie strat

wynikających z zaniżenia ceny zyskami z kontraktów realizowanych na rzecz innych podmiotów. Praktyki takie często kwalifikowane są jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W wyjaśnieniach Remondis podniósł, że zastosuje wyżej wymienioną praktykę w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji przeliczając koszty zatrudnienia koordynatora prac na inne kontrakty. Odwołujący wskazuje, że oprócz wymogu 24 godzinnej dyspozycyjności, Zamawiający wymaga od oferentów zgodnie z rozdziałem 4 SWZ, 1 osoby kierującej pracami na rejon. Dodatkowo, odwołujący dołącza jako dowód, że celem Remondis jest celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd, poprzez stwierdzenie, że do realizacji prac skieruje dyspozytora w wymiarze ¼ etatu, podczas gdy skierowana do ogółu oferta pracy na platformie ogłoszeniowej świadczy o tym, że koordynator prac będzie zatrudniony na cały etat (załącznik 3).

Jednocześnie odwołujący podnosi, że zgodnie z materiałami, dyspozytor miałby dodatkowo realizować umowy dla:

1. Miejski Zarząd Dróg w Opolu na „Oczyszczanie miasta w zakresie: „zimowego oczyszczania nawierzchni jezdni na ulicach miasta Opola” – umowa zawarta na okres 01.10.2022 r. do 30.04.2023 r.

2. Spółdzielnia Mieszkaniowa w Opolu na „Zimowe utrzymanie jezdni, ciągów pieszo-jezdnych, chodników i parkingów polegającą na zgarnięciu śniegu, lodu oraz na zwalczaniu ślizgawicy na terenie Spółdzielni Mieszkaniowej w Opolu” – umowa zawarta na okres: od 15.10.2021 r. do 30.04.2023 r.

3. Opolska Spółdzielnia Mieszkaniowa „Przyszłość” w Opolu na: „Wykonanie prac związanych z zimowym oczyszczaniem dróg i parkingów będących w zasobach Administracji Osiedla „Centrum”: - umowa zawarta na okres: 01.11.2022 r. do 30.04.2023 r.:

Co zgodnie z dowodami załączonymi przez Remondis świadczyłoby o tym, że 1 dyspozytor miałby w tym samym czasie 4 otrzymać kontrakty rozsiane po całym mieście. W przypadku opadów śniegu, w jaki sposób 1 człowiek jest w stanie koordynować i nadzorować prace na terenie całego miasta wojewódzkiego? Doświadczenie życiowe i zasady logiki nie pozwalają na logiczne uzasadnienie takiego podejścia wykonawcy w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołuje wyrok KIO 3220/21:

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

## **2. Wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi**

### **1.1. Remondis w treści wyjaśnień poinformował o następującej taktyce:**

*„Niezależnie od prowadzonego dyżuru wykonawca, bazując na wieloletnim doświadczeniu w zakresie prowadzenia działań w zakresie zimowego utrzymania czystości na wszystkich elementach pasa drogowego planuje większe zaangażowanie pracowników oparte na prognozach pogody sprawdzanych w systemie 6-godzinny, przy czym koszty dodatkowych powołanych do pracy pracowników pokrywane będą z wynagrodzenia za rzeczywiste oczyszczania zimowe w zakresie odśnieżania i posypywania lub tylko posypywania.”*

Odwołujący przywołuje zapisy SWZ stanowiące o gotowości wykonawcy do wykonywania czynności w ramach zimowego utrzymania czystości:

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 przekaże 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).

Odwołujący jednocześnie przypomina, że zadeklarowany czas reakcji Remondis to 60 minut. Według zasad logiki i doświadczenia życiowego, Remondis nie jest w stanie należycie zrealizować usługi zimowego utrzymania przy pomocy zadeklarowanych 3 pracowników liniowych na teren obejmujący ponad 1 000 000 m<sup>2</sup> i sam stwierdził w wyjaśnieniach, że zamierza powoływać dodatkowych pracowników.

Argumenty używane przez Remondis przeczą nie tylko logice i normalnemu życiowemu doświadczeniu, ale również i branżowemu. Jako wykonawca realizujący analogiczne usługi wskazujemy, że Remondis mimo wymogu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, nie będzie w stanie zrealizować tego wymogu, bazując na twierdzeniach zawartych w wyjaśnieniach.

Jeśli faktycznie, Remondis ma zamiar opłacać wynagrodzenia dodatkowych pracowników tylko z faktycznie zrealizowanych usług zimowego utrzymania, to nie jest on w stanie w ciągu 60 minut (zadeklarowana formularzu ofertowym gotowość) zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę. Kroki jakie należy podjąć i wykonać w czasie 60 minut w celu zatrudnienia pracownika na umowę o pracę:

1. Należy przeprowadzić rekrutację (gdyż nie są pracownicy Ci zadysponowani w ramach gotowości zimowej);
2. Przeszkolić pracowników z zasad BHP oraz stanowiskowo;
3. Przeprowadzić badania lekarskie;
4. Uzpełnić formalności do zatrudnienia (formularze kwalifikacyjne, oświadczenie NIP-2 itp.);
5. Formalnie zatrudnić pracowników przez dział kadr;
6. Podpisać umowę o pracę;
7. Dopuścić pracownika do pracy.

Na dowód tego, że nie jest to zadanie ani proste, ani wykonalne, odwołujący załącza ofertę pracy nr StPr/22/1696 (załącznik 4). Oferta ta dotyczy bezpośrednio pracownika do realizacji pokrewnych czynności w firmie Remondis, i sam fakt, że Remondis ofertę pracy skierował przez Powiatowy Urząd Pracy, świadczy o tym, że nie ma fizycznej możliwości pozyskania pracownika w ciągu 60 minut. Dodatkowo odwołujący załącza do odwołania dowód w postaci informacji z przedsiębiorstwa prowadzącego szkolenia BHP, który stanowi, ile czasu trwa szkolenie BHP – czyli co najmniej 8 godzin lekcyjnych (załącznik 5).

Podkreślenia wymaga okoliczność, w której Remondis pozyska pracownika i zleci wykonanie prac na podstawie umowy innej niż umowa o pracę lub oddeleguje go z innego kontraktu, to odpowiednio będzie stanowiło to naruszenie SWZ, przepisów prawa pracy oraz naruszenie ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji poprzez przerzucanie kosztów gotowości pracowników na inne kontrakty.

Z ostrożności procesowej, odwołujący zakłada, że Remondis może podnosić próby wyjaśnienia możliwości zatrudnienia pracowników przez agencję pracy lub agencję pośrednictwa pracy.

Odwołujący zaznacza, że nawet jeśli Remondis skorzystałby z takich możliwości, to nie wliczyłby tychże kosztów do całodobowej gotowości i ponosiłby w tego tytułu znaczną stratę.

Przypomnijmy, że gotowość stanowi o tym, że Zamawiający w nocy w sobotę lub niedzielę zleca do odśnieżania cały zakres umowy. Poczynając od faktu, że agencja pracy musiałaby tym sposobem prowadzić działalność w nocy, to jest równoznaczne z ponoszeniem kosztów gotowości również przez agencję pracy. Ponownie wskazujemy, że kosztów tych wykonawca Remondis nie podniósł w swoich wyjaśnieniach. Dodatkowo, Remondis zadeklarował w ofercie, że nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji zamówienia, a także nie przedstawił oferty ani umowy z jakąkolwiek agencją pracy.

Odwołujący podkreśla, że gotowość do odśnieżania świadczy o tym, że w ciągu 60 minut, należy dopuścić do pracy ekipy wraz z ciężkim sprzętem wymaganym przez Zamawiającego, bez względu na porę dnia, czy dzień tygodnia.

Na uwagę zasługuje również wymóg posiadania konkretnego potencjału technicznego. Z przedstawionej przez Zamawiającego listy wymaganego sprzętu, do zimowego oczyszczania chodników, wymagane są niżej wymienione:



- nie mniej niż 5 zmiatarko – oczyszczarkami prowadzonymi ze szczotkami obrotowymi i lemieszem
  - nie mniej niż 1 ciągnikiem o minimalnej mocy 35 kW/47,6 KM z posypywarką, pługiem i wymiennie szczotką
  - nie mniej niż 4 nośnikami lub ciągnikami małymi z osprzętem, tj. pługiem i wymiennie szczotkami oraz posypywarką (ciężar całkowity nie może być większy niż 2,2 t.),
- 
- nie mniej niż 3 samochodami ciężarowymi o masie nie przekraczającej 3,5 tony (3500kg) spełniające normę emisji spalin Euro 6,
  - nie mniej niż 3 wózkami na materiał posypowy (itp. piasek, sól, itp.),
  - nie mniej niż 4 nośnikami lub ciągnikami małymi z osprzętem, tj. pługiem i wymiennie szczotkami oraz posypywarką (ciężar całkowity nie może być większy niż 2,2 t.),
  - nie mniej niż 1 samochodem ciężarowym, samowyładowczym lub kontenerowym o pojemności przestrzeni ładunkowej min. 10m<sup>3</sup>,

Zamawiający wymaga od wykonawcy zapewnienia w razie niesprzyjających warunków pogodowych pracy brygad, w systemie zmianowym, tak aby zapewnić ciągłość świadczonych usług w ramach całodobowej dyspozycyjności. Odwołujący podnosi, że minimalna ilość pracowników potrzebnych tylko do obsługi sprzętu, którego wymaga Zamawiający to 13 osób będących w dyspozycji.

Powyższe, wyczerpujące uzasadnienie świadczy o tym, że Remondis nienależycie skalkulował swoją ofertę, doprowadzając do sytuacji, zaproponowania przezeń ceny dumpingowej, poniżej kosztów składających się na wynagrodzenie w przypadku ceny za zimową gotowość, a także ze względu na niewłaściwe oszacowanie ceny i niepoliczenie wynagrodzenia koordynatora prac w wysokości całego etatu a wyłącznie w ¼ etatu. Odwołujący mimo tego, że kalkulacja Remondis została utajniona, jest w stanie dowieść, że jego cena jest odrealniona, a sam wykonawca nie uwzględnił prawidłowej wartości wynagrodzeń, co w skutku prowadzi do naruszenia prawa pracy.

Żądanie odrzucenia oferty Remondis jest zasadne i uzasadnione. Stosując tak niską cenę za zimową gotowość jest ceną wykluczającą innych wykonawców i stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

**Uzasadnienie zarzutu ewentualnego, w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut odrzucenia oferty Remondis nie zasługuje na uwzględnienie:**

Odwołujący w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty Remondis nie otrzymał wszystkich złożonych dokumentów, bowiem zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego zupełnie niesłusznie.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia zastrzeżenia wyłącznie kalkulacji ofertowej Remondis nie mają uzasadnienia ze względu przede wszystkim na:

- kalkulacja prowadzona jest na potrzeby konkretnego postępowania, konkretnego zakresu i przedmiotu umowy, a nie tak jak twierdzi Remondis w swoich wyjaśnieniach: „nie są to wyłącznie czynniki i założenia przyjęte na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością operacyjną Wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności”. Przyjmując, że kalkulacja została opracowana nie na potrzeby niniejszego postępowania, lecz dotyczy założeń innych niż dotyczące konkretnego postępowania, mamy do czynienia z nienależytym skalkulowaniem oferty, nie dotyczącym konkretnej sprawy i zamówienia, a w konsekwencji nie miałyby taka kalkulacja wartości dla prowadzonego postępowania wyjaśniającego.

Wątpliwym jest taki cel kalkulacji ofertowej, tym bardziej, że kalkulacja ta została udostępniona Zamawiającemu, wobec tego należy przyjąć, że kalkulacja Remondis ma charakter istotny dla konkretnej sprawy i celem udzielenia zamówienia zgodnego z ustawą Pzp, ustawodawca wprowadza zasadę jawności postępowania, która dotyczy również należytego skalkulowania oferty. Potwierdzają to również kolejne twierdzenia Remondis mówiące, iż: „w tym konkretne dane liczbowe, elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania”.

- odwołujący zaznacza, że Remondis, mimo twierdzenia, że udostępnienie kalkulacji dotyczy: „również okoliczności związane z działalnością operacyjną Wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności. Informacje te mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Remondis”, Remondis udostępnił w ramach postępowania:

- konkretne faktury z podaniem nazw kontrahentów oraz cen jednostkowych, wraz z datą transakcji, numerami faktur oraz osobami odpowiedzialnymi za transakcję na m.in. zakup soli, zakup piasku, naprawę sprzętu itp.

- konkretną wizualizację maszyn i ich zdjęcia wraz z fakturami ich zakupu;

- wewnątrz swojej bazy i zaplecza technicznego, które nie jest ogólnodostępne;

- skany pierwszych stron umów z innymi podmiotami na usługi utrzymania czystości wraz z podaniem wynagrodzenia, które w przypadku spółdzielni mieszkaniowych, nie są podmiotami publicznymi i jako odwołujący, jest możliwość zwrócenia się do spółdzielni i zaoferować stawki niższe niż Remondis.

Powyższe przekazanie dowodów przy jednoczesnym zatajeniu kalkulacji nie ma żadnego sensu logicznego, w tym nie jest zachowany ciąg logiczny wykonawcy Remondis. Remondis udostępniający takie dane jak faktury, umowy z podmiotami trzecimi, stwierdza, że nie ma powodów dla jakich miałby je zastrzegać. Informacje stanowiące dane poufne, nieudostępniane publicznie i niedotyczące konkretnego postępowania są przez niego udostępniane, natomiast zastrzega on kalkulację kosztów wraz z wypunktowaniem kosztów, które przełożyły się na zaoferowanie konkretniej ceny w konkretnym postępowaniu - jest to co najmniej irracjonalne. Odwołujący domniemywa, że jest to celowe działanie, które uniemożliwia innym wykonawcom potwierdzenie zaoferowania cen rażąco niskich. Miejmy na uwadze, że Zamawiający dopuścił Remondis do kolejnego etapu postępowania, mimo wyjaśnień, że nie zamierza on dedykować koordynatora wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Wobec tego wątpliwym jest, że Zamawiający należycie ocenił kalkulację i przyjął za wystarczające niezbędne czynniki kosztogenne przygotowane przez Remondis.

- wszyscy wykonawcy składający ofertę w niniejszym postępowaniu mieli do dyspozycji takie same SWZ. Wobec czego wszyscy wykonawcy, muszą skalkulować takie same czynniki, wpływające na oferowaną przez siebie cenę. Czynniki te nie mają charakteru indywidualnego i nie mają wartości gospodarczej znanej tylko firmie Remondis.

- czynniki mające charakter technologiczny mający charakter wyłączny dla przedsiębiorstwa Remondis, czyli stosunek składników i substancja zmierzająca do posypywania dróg, została przez Remondis podana w wyjaśnieniach. Ceny produktów również zostały podane i przedstawione zostały faktury, wobec czego nie ma podstaw by sądzić, że Remondis nie chce udostępniać danych technologicznych.

- Remondis w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnia, że: „obejmuje m.in. założenia dot. kosztów ponoszonych na pozyskanie konkretnego zamówienia, a także wysokości marży.

Są to informacje, których udostępnienie konkurencyjnym wykonawcom może spowodować utratę pozycji rynkowej Remondis. Ujawnienie jakichkolwiek założeń kalkulacyjnych, czynników wpływających na wysokość ceny może mieć istotne znaczenie dla pozycji Wykonawcy w przyszłych postępowaniach”, jednocześnie Remondis w wyjaśnieniach wskazuje na wysokość oczekiwanego i zakładanego zysku: na poziomie 9 – 12%. Dalej: „Pozostali wykonawcy będą bowiem mogli oszacować potencjalną cenę, jaką może zaoferować Remondis, wykorzystać ujawnione informacje i zaoferować korzystniejsze warunki w kolejnych przetargach.”

Jednocześnie, jak już wskazywał odwołujący, Remondis udostępnił poufne umowy ze spółdzielniami mieszkaniowymi wraz z informacjami dotyczącymi cen jednostkowych. Brak ciągu logicznego podaje w wątpliwość zasadności utajnienia kalkulacji cenowej.

- Odwołujący pragnie podkreślić, że powoływane przez Remondis wyroki KIO są z lat 2011-2013, wobec czego są one uznawane za co najmniej przestarzałe i nieaktualne;

- Jednocześnie odwołujący zaznacza, że Remondis mimo głośłownych stwierdzeń, że dokonuje czynności, takich jak podpisywanie klauzul pracowniczych o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie załączył on żadnych dowodów świadczących o tym, że faktycznie, informacje takie jak czynniki składające się na koszty realizacji usługi na oczyszczanie miasta miałyby być określone jako poufne. Samo stwierdzenie również, że dokumenty w tym kalkulacje przechowywane są w archiwach, nie stanowi o tym, że kalkulacje kosztów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp i UZNK.

Odwołujący, badając analogiczne postępowanie dla MZD w Opolu, przeanalizował wyrok 3227/2020 *notabene*, gdzie odwołującym był Remondis. I tak Izba uznała, że:

„ Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie samego oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami. Nie sposób jednak przyjąć, że powołując się na pewne okoliczności, które decydują o skuteczności dokonanego zastrzeżenia, wykonawca zwolniony jest całkowicie z konieczności dowodzenia twierdzeń zawartych w treści złożonego uzasadnienia. Co więcej nawet w przypadku, gdy zasadniczo za wystarczające należy uznać złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia, również wtedy zamawiający ma prawo zweryfikować czy

oświadczenie takie jest zgodne z rzeczywistością i czy na przykład informacje zastrzeżone przez dany podmiot nie były już wcześniej ujawnione do publicznej wiadomości.”

Odwołujący zaznacza, że Remondis nie przedstawił żadnego dowodu, na zastosowanie klauzuli objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa a wręcz przeciwnie – sam udostępnił dokumenty, które zdaniem odwołującego, powinien był zastrzec.

Idąc dalej w tym samym wyroku izba stwierdziła:

„Jak stwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w jego ocenie informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, skutecznie zastrzeżoną

przez wykonawcę DROMAR w zakresie sposobu kalkulacji ceny oraz warunków zaopatrzenia w materiały z tego powodu, że wykonawca przedstawił wyjaśnienia zawierające m.in. szczegółową kalkulację ceny ofertowej, w której zawarł dane dotyczące kosztów osobowych, sprzętowych, materiałów, zagospodarowania odpadów, ryzyko oraz oczekiwany zysk. Zamawiający uznał zatem, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że skoro wyjaśnienia wykonawcy zawierają opis czynników mających wpływ na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp., to powyższe informacje mają charakter handlowy czy organizacyjny, a przez to posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie było podstaw do ich udostępnienia osobom postronnym. Z powyższych powodów zamawiający pojął decyzję o odtajnieniu jedynie tych fragmentów wyjaśnień, które, jego zdaniem, nie zasługiwały na taką ochronę. Przy czym była to niewielka część wyjaśnień, zawierająca wstęp, ogólną deklarację, że cena zaproponowana w ofercie nie nosi znamion rażąco niskiej, tabelę zawierającą ceny jednostkowe oczyszczania chodników i pasów zieleni, proponowane przez wykonawców, którzy aktualnie realizują przedmiotowe zamówienia, a także ogólne podsumowanie złożonych wyjaśnień. Nie przekazano natomiast odwołującemu istotnych, z punktu widzenia realności kalkulacji sporządzonej przez DROMAR ceny ofertowej, zarówno założeń przyjętych do kalkulacji (sprzętu, osób wykorzystywanych do realizacji zadania w części I), szczegółowych wycień, jak też załącznika nr 6, stanowiącego ofertę firmy Wojtex na sól drogową. Izba, dokonując oceny czynności zamawiającego w postępowaniu, doszła do przekonania, że w sposób nieprawidłowy dokonał on czynności badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę DROMAR zastrzeżenia. Nie można bowiem zgodzić się z zamawiającym, że treść wyjaśnień przedłożonych przez tego wykonawcę w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa daje podstawy do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Wbrew twierdzeniom zamawiającego DROMAR nie wykazał, że zastrzeżone przez niego

informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne. Przypomnieć należy, że wartość gospodarczą mają takie informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na określonym rynku. Przy czym sama informacja na temat założeń przyjętych do kalkulacji ceny, cen jednostkowych pracy, materiałów czy sprzętu używanego do realizacji zamówienia, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy. Niezasadne są zatem wywody zamawiającego, który stwierdził, że z tego tylko powodu, że wyjaśnienia wykonawcy zawierają opis czynników mających wpływ na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp., to powyższe mają charakter handlowy czy organizacyjny, a przez to posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy.”

Aby uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, w momencie przekazania informacji wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Remondis nie przedłożył żadnych dowodów stanowiących o stosowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedłożył kopii dokumentów o zachowaniu niejawności podpisanych przez pracowników dopuszczonych do informacji objętych tajemnicą, nie wykazano należyte procedur, praktyk i pozostałych dowodów mających wpływ na możliwość oceny, czy istnieje przesłanka zastrzeżenia dokumentów.

Ponadto co najistotniejsze - jak wskazuje KIO w wyroku 24/21 należy zwrócić szczególną uwagę, że tajemnicą przedsiębiorstwa objąć można wyłącznie **informacje**, nie zaś cały dokument. Co za tym idzie, Remondis by skutecznie dokonać zastrzeżenia winien był wskazać

które wyrazy lub zdania należy objąć tajemnicą, nie zaś zastrzegać cały dokument - takie działanie powoduje nieskuteczność zastosowania wyjątku od jawności postępowania w postaci zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe Zamawiający nieprawidłowo ocenił, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne i uchybił udostępnienia wszystkich dokumentów zamówienia.

Udostępnienie kalkulacji jest istotne, bowiem to w niej znajdować się winny wszystkie składowe wzięte pod uwagę przy wycenie usługi. Przy zastosowaniu rażąco niskiej ceny jednostkowej, co ma miejsce w tej sytuacji jest wysokie prawdopodobieństwo, że nie wszystkie elementy zostały w niej uwzględnione. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku

z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 UZNK. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale również – prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. W studiowanym przypadku, Remondis całkowicie rozmywa faktyczne zastrzeżenie tajemnicy (poprzez przekazanie faktur, kopii umów itp.) z faktyczną realizacją tajemnicy. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 pkt 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 Uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Kolejno w powoływanym przez odwołującego wyroku KIO w której stroną odwołującą był Remondis:

„Podkreślić należy bowiem, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom, którzy ubiegają się o zamówienia publiczne dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności wskazania konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia dla takich działań. To z kolei prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności

postępowania, co byłoby niewątpliwie zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

„Nie przekonał również Izby argument w zakresie w jakim przystępujący podnosił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania w poufności informacji. Samo uzasadnienie zastrzeżenia zawiera bowiem jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że DROMAR stosuje politykę bezpieczeństwa informacji poprzez zawieranie stosownych postanowień dotyczących zakazu konkurencji zawieranych z pracownikami oraz o zachowaniu w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczące klientów, ilości pracowników, wielkości obrotów, sposobu kalkulacji cen, dokumentacji roboczej, wyposażenia przedsiębiorstwa oraz ilości świadczonych usług. Same wywody w tym przedmiocie należy jednak uznać za ogólne i nie poparte żadnymi dowodami, co przy braku konkretów odnoszących się do tego elementu np. w postaci przedstawienia umów (które mogłyby zostać zanonimizowane) zawieranych z pracownikami, z treści których wynikałoby, że stosowane są w nich klauzule o poufności - uznać należy za mało konkretne i lakoniczne. [...] Ponadto chociaż nie ulega wątpliwości, że inaczej będzie wyglądało dowodzenie w takim przypadku, a inaczej w przypadku wykonawcy powołującego się na dokumenty to jednak w ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, by przystępujący wraz z wyjaśnieniami złożył kopie umów zawierających klauzule poufności, chociażby w postaci zanonimizowanej. Brak jakichkolwiek dowodów czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym.”

**Odwołujący zaznacza, że Remondis nie przedstawił żadnych dowodów, mających świadczyć o tym, iż dokonał starań, ażeby kalkulacja stanowiła dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.**

Dalej:

„Zaniechanie udostępniania odwołującemu wyjaśnień pozbawiło go możliwości ich weryfikacji pod kątem zaferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w szczególności co do przyjętych przez przystępującego założeń w zakresie sposobu realizacji zamówienia, odnoszące się do użytego sprzętu, osób oraz sposobu kalkulacji poszczególnych elementów oferty. Tym samym odwołujący nie miał szansy na dokonanie obiektywnej oceny istnienia przesłanki odrzucenia oferty odwołującego, w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co może mieć wpływ na wynik postępowania.”



Reasumując, tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- c) podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2875/13) wskazała, że „Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle – w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.”

W wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.”

Należy również wskazać na wyrok KIO 1072/11, w którym stwierdzono, że „(...) przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji

weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp.

Należy stwierdzić, że zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości wyjaśnień ceny uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W wyroku KIO 477/20, Izba wprost stwierdziła, że mimo iż zastrzeżone dokumenty (wyjaśnienia ceny) co do zasady posiadały walor tajemnicy jednak w związku z brakiem dowodów odtajnieniu podlegała cała ich treść. Tym samym, skoro Remondis nie przedstawił dowodów potwierdzających zasadność utajnienia wyjaśnień ceny, odtajnieniu podlega całość złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

**W związku z powyższym, odwołanie jest jak najbardziej zasadne i uzasadnione. Odwołujący wnosi jak w petitum, a w przypadku nieuznania przez Izbę zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Remondis, wnosi o uznanie zarzutu ewentualnego.**

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 grudnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

W odniesieniu do zarzutu **ad. 1 - 3** zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. al. Przyjaźni 9, Opole 45-573, która według Odwołującego podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem i której wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu dotyczącego Zamawiający wyjaśnia, że:

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał w dn. 24.10.2022 r. Wykonawcę REMONDIS OPOLE Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dot. ceny całkowitej oferty w każdej części, która jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania - o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 u.p.z.p. tj. „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych".

Zgodnie z art. 224 ust. 3 u.p.z.p., Zamawiający wskazał Wykonawcy, iż wyjaśnienia o których mowa w art. 224 ust. 1 u.p.z.p. mogą dotyczyć, w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy oraz że odrzuceniu jako „oferta z rażąco niską ceną lub kosztem”, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wykonawca w dn. 31.10.2022 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający ocenił pozytywnie wyjaśnienia Wykonawcy uznając, że zaproponowana cena oferty jest ceną rynkową, zawiera wszystkie koszty konieczne do poniesienia w związku z realizacją usługi, zapewnia uzyskanie odpowiedniej marży oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Ponadto Zamawiający przyjął, iż cena nie odbiega od cen obowiązujących na rynku gospodarczym Opola, ani też nie pozostaje w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia.

Przedmiotowe wyjaśnienia w pełni uargumentowały przesłanki prawne zawarte w art. 224 ust. 3 u.p.z.p.

#### **Ad. 4**

W odniesieniu do zarzutu art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 u.p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę REMONDIS OPOLE Sp. z o.o., Zamawiający wyjaśnia, że:

W niniejszym stanie faktycznym, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 24.10.2022 r. w trybie art. 224 ust. 2 u.p.z.p. wykonawca przedstawił wyjaśnienia zawierające m.in. szczegółową kalkulację ceny ofertowej, w której zawarł informacje dotyczące sposobu kalkulacji kosztów osobowych, sprzętowych, materiałów, zagospodarowania odpadów, ryzyko oraz oczekiwany zysk. W ocenie Zamawiającego, informacje te, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. skutecznie zastrzeżoną przez wykonawcę REMONDIS OPOLE Sp. z o.o. w zakresie sposobu kalkulacji ceny.

W świetle art. 18 u.p.z.p. zasada jawności może doznać ograniczenia w wyjątkowych przypadkach, szczególnie uzasadnionych i wykazanych, a to dotyczących informacji przedstawionych przez wykonawcę stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233).

Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej

staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Zamawiającego, sposób kalkulacji ceny oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazano w **wyroku KIO z 17.02.2016 r. KIO 149/16**: "niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum (...), w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą. mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku. (...) Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum".

Podobne stanowisko, było wyrażane również we wcześniejszym orzecznictwie.

Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., KIO 995/12

„1. Nie podziela się stanowiska, iż skoro wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a zgodnie z art. 86 ust. 4 p.z.p. informacja o cenie jest informacją jawną - to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

2. Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku.”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013 r. KIO 293/13

„3. Jeżeli wyjaśnienia wykonawcy zawierają kalkulację składników ceny oferty oraz szczegółowy opis w tym zakresie, a ponadto opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp. to powyższe informacje nie są powszechnie dostępne, mają charakter handlowy, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie ma podstaw do ich udostępnienia innym wykonawcom.”

„Artykuł 11 u.z.n.k. ma na celu ochronę interesów przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa), tak aby w posiadanie pewnych danych nie weszły osoby nieuprawnione, w tym przede wszystkim konkurenci. Warunkiem koniecznym uznania informacji za podlegającą ochronie jest podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Okoliczność tę podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, wskazując, że informację poufną można uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów, wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mianowicie mają być działania. B. Gawlik podkreślał, że konstytutywną cechą przesłanki poufności jest wola przedsiębiorcy przejawiona w sposób wyraźny lub dorozumiany, zmierzająca do ochrony informacji (B. Gawlik, *Umowa...*, s. 23). Wydaje się więc, że każdy sposób działania, który wyraźnie wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników. (por. Nowińska Ewa, Szczepanowska-Kozłowska Krystyna, Ustawa o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, WKP 2018).

„Wykonawca obowiązany jest natomiast do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając więc określone informacje, powinien udowodnić, że spełnione są przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, lub przedstawienia innych dokumentów, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. Przedstawienie informacji uzasadniających prawidłowość zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.” (por. Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz)

W analizowanej sprawie, zgodnie z oświadczeniem REMONDIS OPOLE Sp. z o.o., zastrzeżone informacje nie zostały dotąd ujawnione do wiadomości publicznej, co do których zgodnie z oświadczeniem wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Wobec powyższego, w świetle dotychczasowego orzecznictwa dane przedstawione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w zakresie sposobu kalkulacji ceny, stanowią informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., jednocześnie wykonawca wyraził wolę zachowania tej informacji w poufności i podjął w tym celu niezbędne działania. Tym samym, Zamawiający nie był uprawniony do ich ujawnienia w świetle art. 18 ust. 1-3 u.p.z.p.

### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2022/S 166-471667 z dnia 2022.08.30.

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, dotyczących zadania nr II w postępowaniu, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na naruszeniu:

1. art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. al. Przyjaźni 9, Opole 45-573, która podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem i której wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

2. art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis Opole sp. z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis Opole sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Remondis Opole sp. z o.o.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Mega-Wat sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kasprowicza 145/110A, 01-949 Warszawa, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Remondis Opole sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, al. Przyjaźni 9, Opole 45-573.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2022 r. (pismo z dnia 2 grudnia 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.



Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,**

**odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. jako oferty złożonej z rażąco niską ceną oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, tj. w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są zdaniem Izby niezasadne.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej. Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego. Dodatkowych okoliczności podnoszonych w postępowaniu odwoławczym oraz dowodów przedstawionych przez Przystępującego, Izba nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto należy wskazać, że przedmiotem orzekania Izby nie jest całokształt wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ale ocena tych wyjaśnień przez Zamawiającego w zakresie, w jakim zostało to zakwestionowane w odwołaniu i w granicach zakreślonych tam podstaw faktycznych zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 24 października 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy PZP o udzielenie wyjaśnień dot. ceny całkowitej oferty w każdej części, która jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania - o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Przystępujący w dniu 31 października 2022 r. udzielił wyjaśnień zarówno w zakresie części I i II. Część II dotyczyła oczyszczania miasta w zakresie: całoroczne oczyszczanie pasów drogowych miasta Opola w Rejonie II (zarzuty odwołania dotyczyły Rejonu II).

Izba zważa, że Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że:

**„ Zaoferowana cena oferty 12 miesięcy: 1 899 775,10 zł netto + 23% VAT = 2 336723,37 zł brutto**

W rozumieniu art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.) zaoferowana cena nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Kalkulacja poszczególnych elementów oferty została sporządzona w oparciu o posiadane przez Wykonawcę doświadczenie oraz z uwzględnieniem zastosowania wysoko wydajnego sprzętu oraz zatrudnienia doświadczonego personelu.

Poniżej przedstawimy kalkulację zasadniczych, w tym przede wszystkim gwarantowanych cen jednostkowych:

e) wynagrodzenie ryczałtowe za 1 (miesiąc) całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca – **78 000 zł/miesiąc netto**

W kalkulacji tej usługi Wykonawca założył dyżur prowadzony w punkcie dyspozytorskim firmy w Opolu, przez załogi składające się z:

- operatora sprzętu (mikrociągnika) oraz dwóch pracowników ręcznego oczyszczania pracujące w systemie zmianowym, tj. 3 załogi w ciągu doby. Dodatkowo do dyżuru wliczono 3 zmiany pracy dyspozytora (koordynatora), z którym możliwa będzie stała łączność zamawiającego. Dla przedmiotowego zadania ujęto zaangażowanie dyspozytora w zakresie ¼ etatu, uwzględniając, iż Wykonawca realizuje szereg innych umów w zakresie zimowego oczyszczania, w tym oczyszczanie zimowe jezdni na terenie całego miasta Opolu oraz szereg mniejszych umów, dla których w pozostałej części zaangażowany będzie dyżurujący dyspozytor.

Przewidziane rozwiązanie pozwoli na wypełnienie oczekiwań Zamawiającego w zakresie niezwłocznej reakcji i rozpoczęcia usuwania skutków nieoczekiwanej zmiany pogody i konieczności usuwania skutków opadu i/ lub śliskości.

Niezależnie od prowadzonego dyżuru wykonawca, bazując na wieloletnim doświadczeniu w zakresie prowadzenia działań w zakresie zimowego utrzymania czystości na wszystkich elementach pasa drogowego planuje większe zaangażowanie pracowników oparte na prognozach pogody sprawdzanych w systemie 6-godzinny, przy czym koszty dodatkowych powołanych do pracy pracowników pokrywane będą z wynagrodzenia za rzeczywiste oczyszczania zimowe w zakresie odśnieżania i posypywania lub tylko posypywania (poz. 5 i 6 formularza cenowego)

Załącznik: prognozy pogody, na podstawie których wykonawca planuje pracę w okresie zimy

W załączeniu przedstawiamy szczegółową kalkulację ceny minimalnej koniecznej do zastosowania przy przyjętym rozwiązaniu realizacji całodobowej dyspozycyjności wykonawcy.

Z kalkulacji ceny minimalnej dyspozycyjności wynika, iż w stosunku do złożonej oferty pozostaje jeszcze pewien zapas w kwocie 2 484,92 zł.

Wykonawca znajduje się w tym przypadku w tej szczególnie dogodnej sytuacji pozwalającej na optymalne zarządzanie czasem pracy, iż aktualnie realizuje na terenie miasta Opola szereg umów w zakresie zimowego utrzymania terenów – na terenie miasta Opola; tak w zakresie terenów miejskich jak i pasów drogowych i terenów spółdzielni mieszkaniowych – powyższe stwarza bardzo korzystne warunki optymalizacji doboru czasu pracy pracowników realizujących usługi jak i zapewnia wyjątkowo korzystne ceny zakupu materiałów koniecznych do realizacji usług. Jak wskazuje kalkulacja -n samą obsługę dyspozytora można przewidzieć w postaci jednego pracownika obsługującego kilka umów, co pozwala wliczyć do konkretnej kalkulacji tylko część etatu.

Umowy:

1. Zawarta z Miastem Opole, reprezentowanym przez Miejski Zarząd Dróg w Opolu na „Oczyszczanie miasta w zakresie: „zimowego oczyszczania nawierzchni jezdni na ulicach miasta Opola” – umowa zawarta na okres 01.10.2022r. do 30.04.2023r.
2. Zawarta ze Spółdzielnią Mieszkaniową w Opolu na „Zimowe utrzymanie jezdni, ciągów pieszo- jezdnych , chodników i parkingów polegającą na zgarnięciu śniegu, lodu oraz na zwalczaniu ślizgawicy na terenie Spółdzielni Mieszkaniowej w Opolu” – umowa zawarta na okres: od 15.10.2021r. do 30.04.2023r.
3. Zawarta z Opolską Spółdzielnią Mieszkaniową „Przyszłość” w Opolu na: „Wykonanie prac związanych z zimowym oczyszczaniem dróg i parkingów będących w zasobach Administracji Osiedla „Centrum”: - umowa zawarta na okres: 01.11.2022r. do 30.04.2023r.

Załącznik: pierwsze strony umów zawartych na równoległą realizację usług w zakresie utrzymania zimowego na terenie miasta Opola.

f) wynagrodzenie za oczyszczanie 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 w zakresie mechanicznego zamywania, ręcznego zamywania i usuwania zanieczyszczeń – **0,10 zł/m<sup>2</sup> netto**

Przyjęto kalkulację dla minimalnej ilości gwarantowanej powierzchni oczyszczania miesięcznie – 400 000m<sup>2</sup>. Przy zwiększeniu ilości zleceń proporcjonalnie zwiększone

zostanie zaangażowanie sprzętu i pracowników przy uwzględnieniu optymalnej wydajności zadysponowanego sprzętu.

W załączeniu przedstawiamy szczegółową kalkulację ceny minimalnej koniecznej do zastosowania przy przyjętym minimalnym gwarantowanym zakresie oczyszczania 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.

*Załącznik:*

- faktury zakupu zmiatarki chodnikowej oraz samochodów dostawczych
- faktury zakupu paliwa

g) wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi – **0,14 zł/mb netto**

Wykonawca założył, zgodnie z opisem wynikającym ze specyfikacji warunków zamówienia, w tym formularza ofertowego konieczność zakupu materiału do zimowego oczyszczania

- soli do utrzymania zimowego;
- piasku do utrzymania zimowego;

Wykonawca realizując umowy na terenie Miasta Opola w zakresie zimowego utrzymania elementów pasa drogowego, dróg i parkingów terenów pozostałych dysponuje bardzo dużym zapasem materiału zakupionym jeszcze w ubiegłym roku, tj. po cenach wyjątkowo korzystnych, tj. w zakresie soli poniżej 300 zł/ tonę, w zakresie piasku poniżej 26,00 zł/ Mg.

Aktualnie wykonawca złożył zamówienie uzupełniające z wykorzystaniem równie dogodnych zaoferowanych warunków uwzględniających ilość kupowanego materiału

Wykonawca planuje do wykorzystania głównie mieszankę soli z piaskiem w proporcjach 1: 3.

*Załącznik:*

- faktury zakupu oraz zamówienie na dostawę uzupełniającą materiałów uszorstniających;
- zdjęcie posiadanego zapasu materiałów.

Do realizacji usługi przewidziane są przede wszystkim mikrociągniki z zamontowanymi pługami i posypywarkami oraz zamiatarko – oczyszczarki ze szczotkami.

W załączeniu przedstawiamy szczegółową kalkulację ceny minimalnej zapobiegania śliskości terenu w formie posypywania środkami uszorstniającymi.

Kalkulacja sporządzona została w oparciu o godzinę pracy uwzględniając, iż w tym przypadku zakres koniecznych do wykonania prac nie jest gwarantowany i jest ściśle uzależniony od warunków pogodowych

*Załącznik:*

*- faktury zakupu mikrociągnika*

h) wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie odśnieżania i posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi – **0,15 zł/mb netto**

Kalkulacja dla tej usługi przyjęta została przy zastosowaniu tych samych nakładów kosztotwórczych (zaangażowania ludzi i sprzętu) jak w zakresie składowej – posypywania terenów, przy czym przyjęto mniejszą wydajność dla 1 godziny pracy 1 załogi złożonej z mikrociągnika z operatorem oraz dwóch pracowników ręcznego oczyszczania z zamiatarko oczyszczarkami ze szczotką a także samochodu dostawczego z kierowcą w udziale 50%) - z odśnieżaniem wolniejsze tempo realizacji usługi – do 3000 mb/ h, przy jednoczesnym zmniejszeniu ilości materiału uszorstniającego zużytego w czasie 1 godziny do 1 Mg.

- Oczyszczanie pozimowe powierzchni w zakresie: mechaniczne zmiatanie, ręczne zmiatanie, usuwanie zanieczyszczeń, zgrabienie drobnych gałęzi i zalegających liści – zaoferowana cena – 0,12 zł/ m<sup>2</sup> oczyszczonej powierzchni.

W przypadku oczyszczania pozimowego przyjęto kalkulację analogiczną jak dla oczyszczania letniego zwiększoną o 10% w zakresie zaangażowanie sprzętu i osób do oczyszczania zleconej powierzchni oraz wzrost ilości zebranych odpadów zmiotek do 12 Mg miesięcznie z minimalnej gwarantowanej powierzchni.

Również pozostałe ceny jednostkowe

- wynagrodzenie za oczyszczanie terenów zieleni oraz poboczy nieutwardzonych w zakresie usuwania zanieczyszczeń, zgrabienia drobnych gałęzi i zalegających liści – 0,09 zł/m<sup>2</sup> netto

- wynagrodzenie za oczyszczanie chodników, placów w zakresie mechanicznego zmywania (dotyczy Rynku i ul. Krakowskiej oraz Pl. Sebastiana) – 1,93 zł/m<sup>2</sup> netto
- wynagrodzenie za interwencyjne oczyszczanie powierzchni – 0,10 zł/m<sup>2</sup> netto
- wynagrodzenie za usunięcie, załadunek, wywóz i utylizację zanieczyszczeń gabarytowych – 890,00 zł/Mg netto
- wynagrodzenie za interwencyjne usuwanie skutków nagłych zdarzeń – 275,00 zł/szt. wraz z należnym podatkiem VAT.

zostały skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich składników kosztotwórczych tj. niezbędnej liczby osób i sprzętu, z uwzględnieniem:

- wynagrodzenia w zakresie prawa pracy, w tym głównie rozporządzenia o płacy minimalnej,
- kosztów amortyzacji użytego sprzętu;
- kosztów wynagrodzeń związanych z zastępstwami w przypadku urlopów, zwolnień chorobowych i opieki;
- kosztów zagospodarowania odpadów zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy o odpadach
- kosztów pośrednich
- zysku na poziomie 9 – 12%

Wykonawca oświadcza i zapewnia, iż zaoferowana cena dla Rejonu I i II pokrywa wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z SWZ i zapewnia możliwość realizacji zamówienia w pełnym zaoferowanym zakresie. W ocenie Wykonawcy zarówno cena całej oferty złożonej przez Remondis Opole Sp. z o.o., w przedmiotowym postępowaniu, jak również ceny jednostkowe oraz cena minimalnego zakresu gwarantowanego przez Zamawiającego obejmują wszystkie koszty niezbędne do rzetelnego wykonania usługi zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. Zarówno cena oferty jak i cena jednostkowa są wiarygodne, uwzględniają korzystne, właściwe Wykonawcy czynniki i nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potwierdzamy, że cena oferty uwzględnia wszystkie czynniki kosztotwórcze, jak również gwarantuje Wykonawcy osiągnięcie zysku (co również zostało wykazane w załączonej Kalkulacji wraz z dowodami)”.

Izba zważa, że istota sporu sprowadzała się do Wykazu cen – Rejon II (załącznik nr 3), stanowiący załącznik nr 1A (formularz cenowy) do SWZ w ramach poz. 1: „wynagrodzenie ryczałtowe za 1 (miesiąc) całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca” oraz poz. 5 i 6 stanowiącymi odpowiednio: „Wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi” i



„Wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie chodników, placów, ścieżek rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych, przejść podziemnych, kładek dla pieszych i schodów w zakresie odśnieżania i posypania nawierzchni środkami uszorstniającymi”.

Izba zważa, że zgodnie ze wzorem umowy w § 4 ust. 1 Zamawiający wymagał, iż: „Za wykonanie przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy:

- a) wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące 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);
- b) wynagrodzenie ryczałtowe za każdy miesiąc utrzymania całodobowej dyspozycyjności Wykonawcy w zakresie świadczenia usługi związanej z zimowym utrzymaniem pasów drogowych, określone na podstawie ceny jednostkowej podanej Ofercie Wykonawcy stanowiącej załącznik nr 2 do niniejszej umowy i ujętej w ust. 3 ppkt a), za okres od 1 grudnia do 31 marca.

Biorąc powyższe pod uwagę, rację ma Przystępujący, że zimowe utrzymanie dróg w ramach przedmiotowego postępowania miało polegać na rozliczaniu usług faktycznie wykonanych, ponieważ „Poz. 5 i 6 (koszty akcji) jest to wynagrodzenie obmiarowe, a poz. 1 to wynagrodzenie ryczałtowe (dyspozycyjność)”.

Izba zważa, że z wyjaśnień Przystępującego wynika, iż zaoferował wynagrodzenie ryczałtowe za 1 (miesiąc) całodobowej dyspozycyjności w okresie od 1 grudnia do 31 marca – 78 000 zł/miesiąc netto oraz wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie w zakresie posypania nawierzchni w wysokości 0,14 zł za 1 mb i wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie w zakresie odśnieżania i posypania nawierzchni w wysokości 0,15 zł za 1 mb.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że Odwołujący w ramach Wykazu cen – Rejon II w poz. 1 (wynagrodzenie ryczałtowe) zaoferował cenę jednostkową w wysokości 321 000 zł netto za 1 miesiąc, natomiast w poz. 5 wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie w zakresie posypania nawierzchni w wysokości 0,05 zł za 1 mb i w poz. 6 wynagrodzenie za zimowe oczyszczanie w zakresie odśnieżania i posypania nawierzchni w wysokości 0,05 zł za 1 mb.

W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że pozycje 1, 5 i 6 w Wykazie cen stanowiły odrębne pozycje, ale ze względu na to, że Zamawiający „nie narzucał kosztów osobowych, w których pozycjach mają być umieszczone”, to wykonawcy w różny sposób podeszli do kalkulacji. Przystępujący podszedł do tego w ten sposób, że koszty osobowe

rozdzielił na całodobową dyspozycyjność (poz. 1) i pozostałe pozycje zimowego oczyszczania związane z czynną akcją (poz. 5 i 6).

Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący nienależycie skalkulował wynagrodzenie ryczałtowe, ponieważ z wymagań określonych w SWZ przez Zamawiającego nie wynika, ażeby wszystkie koszty zimowego utrzymania (poz. 5 i 6) powinny znaleźć się w poz. 1 (dyspozycyjność).

Odnosnie całodobowej dyspozycyjności, Izba zważa, że zgodnie z pkt 2.8. OPZ, całodobowa dyspozycyjność oznaczała „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 i dyspozycyjnego 24h/dobę,
- zapewnić sprzęt i pracowników do wykonania usługi w czasie i zgodnie ze standardami opisanymi w pkt. III OPZ”.

Natomiast, zgodnie z Ogólnymi warunkami realizacji zamówienia w ust. 1 lit. b OPZ: „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.”

Izba zwraca uwagę, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że: „W kalkulacji tej usługi Wykonawca założył dyżur prowadzony w punkcie dyspozytorskim firmy w Opolu, przez załogi składające się z:

- operatora sprzętu (mikrociągnika) oraz dwóch pracowników ręcznego oczyszczania pracujące w systemie zmianowym, tj. 3 załogi w ciągu doby. Dodatkowo do dyżuru wliczono 3 zmiany pracy dyspozytora (koordynatora), z którym możliwa będzie stała łączność zamawiającego. Dla przedmiotowego zadania ujęto zaangażowanie dyspozytora w zakresie  $\frac{1}{4}$  etatu, uwzględniając, iż Wykonawca realizuje szereg innych umów w zakresie zimowego oczyszczania, w tym oczyszczanie zimowe jezdni na terenie całego miasta Opolu oraz szereg mniejszych umów, dla których w pozostałej części zaangażowany będzie dyżurujący dyspozytor”.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Przystępujący na potrzeby wyliczenia ceny przyjął, że poza dyspozytorem (koordynatorem) realizowany będzie również dyżur prowadzony w punkcie dyspozytorskim firmy w Opolu przez załogi składające się z operatora sprzętu (mikrociągnika) oraz dwóch pracowników ręcznego oczyszczania pracujące w systemie zmianowym, tj. 3 załogi w ciągu doby. Tym samym, zdaniem Izby nie oznacza to, że w ramach wyceny dyspozycyjności miałyby znaleźć się pełna obsada wszelkiego sprzętu opisanego w SWZ, jak twierdzi Odwołujący, ponieważ takie wymaganie nie wynika z SWZ, a więc wykonawcy, w tym Przystępujący mieli swobodę co do ilości operatorów sprzętu na potrzeby wyliczenia kosztów dyspozycyjności.

Izba zważy, że obliczenia wynagrodzeń pracowników dokonane przez Odwołującego (załącznik nr 1 i 2 - tabelki stanowiące załączniki do odwołania) zostały wykonane o błędne założenie, że pracownicy dyżuru (tj. operator sprzętu, dwóch pracowników ręcznego oczyszczania oraz dyspozytor (koordynator) przez cały czas pracy wyłącznie świadczą dyżur, a nie realizują w ogóle akcji zimowego utrzymania. Celem bowiem dyżuru (dyspozycyjności), co akcentował Przystępujący w piśmie procesowym oraz na rozprawie, było zapewnienie szybkiej reakcji na zimowe zdarzenia wymagające natychmiastowej interwencji, a nie realizacja samej gotowości (dyspozycyjności). Tym samym Izba zgadza się z Przystępującym, że „Nie może być tak, aby gotowość przeradzała się w całkowitą bierność, a cały personel do zimowego utrzymania jest wynagradzany wyłącznie w zakresie gotowości, dyspozycyjności”, przy czym, jak wcześniej Izba podkreśliła, Zamawiający nie narzucał kosztów osobowych, w których pozycjach mają być umieszczone, pozostawiając to do dyspozycji wykonawcom. W związku z powyższym, zdaniem Izby, nie oznacza to też, że wszystkie dodatki (np. dodatki za pracę w nocy) powinny się znaleźć w poz. 1 (dyspozycyjność), ponieważ mogły się one

znaleźć również w poz. 5 i 6 Wykazu cen.

Nadto Izba zważa, że SWZ nie zabraniało wykonawcom, aby personel przeznaczony do realizacji akcji czynnej w oczekiwaniu (gotowość, dyspozycyjność) na akcję realizował w czasie poza nią w sposób nie kolidujący z wymaganym czasem reakcji (w formularzu oferty - załącznik nr 1 do SWZ Przystępujący wskazał 60 minut) inne świadczenia na podstawie innych umów (wskazane w wyjaśnieniach umowa z Miastem Opola oraz dwie umowy na rzecz Spółdzielni mieszkaniowych). Tym samym Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne, który stwierdził, że „aktualnie realizuje na terenie miasta Opola szereg umów w zakresie zimowego utrzymania terenów – na terenie miasta Opola; tak w zakresie terenów miejskich jak i pasów drogowych i terenów spółdzielni mieszkaniowych – powyższe stwarza bardzo korzystne warunki optymalizacji doboru czasu pracy pracowników realizujących usługi jak i zapewnia wyjątkowo korzystne ceny zakupu materiałów koniecznych do realizacji usług. Jak wskazuje kalkulacja -n samą obsługę dyspozytora można przewidzieć w postaci jednego pracownika obsługującego kilka umów, co pozwala wliczyć do konkretnej kalkulacji tylko część etatu”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Przystępujący w wyjaśnieniach oświadczył, iż: „Niezależnie od prowadzonego dyżuru wykonawca, bazując na wieloletnim doświadczeniu w zakresie prowadzenia działań w zakresie zimowego utrzymania czystości na wszystkich elementach pasa drogowego planuje większe zaangażowanie pracowników oparte na prognozach pogody sprawdzanych w systemie 6-godzinnym, przy czym koszty dodatkowych powołanych do pracy pracowników pokrywane będą z wynagrodzenia za rzeczywiste oczyszczania zimowe w zakresie odśnieżania i posypywania lub tylko posypywania (poz. 5 i 6 formularza cenowego)”. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby nie oznacza to, jak twierdzi Odwołujący, że Przystępujący przewidział jakiegokolwiek „dotrudnianie” pracowników w momencie zgłoszenia zlecenia do przystąpienia do akcji oraz że po 6 godzinach dokonuje rekrutacji pracowników i w ciągu 1 godziny przeprowadza badania lekarskie i kurs BHP. Byłoby to, zdaniem Izby, podejście nieracjonalne, ale i wręcz absurdalne.

Nie bez znaczenia pozostaje również powołanie się przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach na posiadane doświadczenie. Należy zauważyć, że wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych usług, w tym u tego samego Zamawiającego, ma takie znaczenie, że Wykonawca wykorzystując nabytą wiedzę potrafi precyzyjnie wyszacować faktyczne koszty wykonania zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący przywołał stosowne umowy.

Dodatkowo Izba wskazuje, że dowody wniesione przez Odwołującego do odwołania w postaci załącznika nr 3, 4 i 5 oraz dowody wniesione na posiedzeniu, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

Konkludując, w ocenie Izby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami (zdjęcia zaplecza warsztatowego zlokalizowanego na terenie bazy transportowej Remondis, pierwsze strony decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów oraz cennik instalacji zewnętrznej, pierwsze strony umów zawartych na równoległą realizację usług w zakresie utrzymania zimowego na terenie miasta Opola, informacja z otwarcia ofert w postępowaniu 2020 r., informacja o wyborze ofert w postępowaniu 2020 r., prognozy pogody na podstawie, których wykonawca planuje pracę w okresie zimy, faktury zakupu zamiatarki chodnikowej oraz samochodów dostawczych, faktury zakupu paliwa, faktury zakupu oraz zamówienie na dostawę uzupełniającą materiałów uszorstniającymi, zdjęcie posiadanego zapasu materiałów, faktury zakupu mikrociągnika), są obszerne, rzetelne i wykazują realność ceny oferty, w tym zysk na poziomie 9-12 %.

Tym samym zarzuty Odwołującego co do tego, że oferta Przystępującego została złożona z rażąco niską ceną oraz w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę.

## **II.**

Odnosnie zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Remondis Opole sp. z o.o., jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny z jednoczesnym zastrzeżeniem jako tajemnicy

przedsiębiorstwa szczegółowej kalkulacji kosztów) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące Zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, w stosunku do niej działania w celu utrzymania jej w poufności.

Jednocześnie, Izba zwraca uwagę, że „tajemnica” nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca (wykonawca) powierza informację.

Izba zważa, że sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub jego treść jest na tyle ogólnikowa, że nie pozwala na ochronę, powinna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne. Jednakże, w ocenie Izby, nie mamy do czynienia z taką sytuacją w realiach niniejszej sprawy.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 3730/21, KIO 3732/21, zgodnie z którym: „ W ocenie składu orzekającego, na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać „wykazania” z „udowodnieniem”, zwłaszcza w sytuacji, gdy Pzp zawiera regulacje o charakterze

materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowodnienia określonych okoliczności. W art. 110 ust. 2 Pzp przewidziano udowodnienie zamawiającemu braku podstaw wykluczenia w warunkach tzw. samooczyszczenia. Wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą niektóre przesłanki wykluczenia, może się uchylić od tej konsekwencji podejmując czynności potwierdzające jego rzetelność. Podobne regulacje zawiera art. 224 ust. 2 Pzp wskazujący na konieczność żądania złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Analogicznych postanowień nie ma w art. 18 ust. 3 Pzp, który wymaga wykazania tajemnicy. Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże w ocenie Izby wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych dokumentach. W związku z tym z jednej strony w zdecydowanej większości przypadków przy wykazywaniu zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uciec od dokumentów, które mają potwierdzić prawidłowość takowego uzasadnienia, z drugiej natomiast strony dokumenty czy też dowody nie są konieczne dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia. W związku z tym ocena prawidłowości skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od indywidualnego stanu danej sprawy i powinna uwzględniać przede wszystkim charakter i rodzaj zastrzeganych informacji, adekwatność uzasadnienia zastrzeżenia oraz podane przez zastrzegającego środki służące weryfikacji argumentów zawartych w tym uzasadnieniu. W kontekście zakresu inicjatywy dowodowej należy zwrócić uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega utajnieniu. Tak więc musi być sporządzone w sposób z jednej strony umożliwiający weryfikację zastrzeżenia, ale zarazem taki, aby nie ujawniało metod chroniących poufne dane. W rezultacie nie można oczekiwać aby przedsiębiorca dokładnie scharakteryzował narzędzia wykorzystywane do zabezpieczenia danych, albowiem stwarzało by to ryzyko ich sforsowania. To zaś niweczyłoby wszystkie starania w celu ich ukrycia. Odwołujący stwierdził, że należało przedstawić polityki bezpieczeństwa oraz zdjęcia „sejfów, alarmów, zamków” itd. W okolicznościach przedmiotowej sprawy walor dowodowy zdjęć należało uznać za znikomy. Aby były wiarygodne musiałyby zostać wykonane w odpowiednim ujęciu. Na tle elementów pozwalających ustalić lokalizację sejfu w siedzibie spółki. Tymczasem doświadczenie życiowe podpowiada, iż sejfy są z reguły maskowane, tak aby nie były widoczne po wtargnięciu do pomieszczenia osób nieuprawnionych. Nie sposób oczekiwać aby takie dokładne informacje musiały być składane zamawiającemu”, a Izba w pełni się zgadza ze stanowiskiem tamtejszego składu orzekającego.

Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że: „Przystępujący nie udowodnił, że kalkulację należy utajnić”, bowiem w ocenie Izby art. 18 ust. 3 ustawy PZP mówi o

„wykazaniu”, który polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, a nie dowodów dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia. Zdaniem Izby, w realiach niniejszej sprawy, samo oświadczenie Przystępującego uzasadniające zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa szczegółowej kalkulacji kosztów, może stanowić dowód właśnie uzasadniający zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa szczegółowej kalkulacji kosztów. Nadto Odwołujący nie wykazał powodów, dla których skonkretyzowanym oświadczeniom oraz informacjom Przystępującego w zakresie przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wartości gospodarczej informacji, braku powszechnej znajomości tych informacji osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo podjęciu przez Przystępującego działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, należało odmówić wiarygodności i mocy dowodowej.

Odwołujący zarzuca Przystępującemu, że udostępnił w ramach postępowania m.in. konkretne faktury z podaniem nazw kontrahentów oraz cen jednostkowych, konkretną wizualizację maszyn, wnętrza swojej bazy i zaplecza technicznego czy skany pierwszych stron umów z innymi podmiotami na usługi utrzymania czystości, nie oznacza zdaniem Izby, że szczegółowa kalkulacja kosztów stanowiąca, tak naprawdę, know-how przedsiębiorstwa i wartość gospodarczą, miałyby być odtajniona. Izba zwraca uwagę, że sam fakt, iż Odwołujący ma dostęp do faktur nie oznacza, że takimi samymi lub bardzo podobnymi rabatami jest w stanie dokonać np. zakupów paliwa czy soli drogowej.

Co istotne, na co szczególną uwagę zwróciła Izba, jest to, że Przystępujący dokonał zastrzeżenia nie w zakresie całego dokumentu wyjaśnień ceny wraz ze wszystkimi załącznikami, ale wyłącznie w jego wąskim zakresie, tj. jedynie w odniesieniu do szczegółowej kalkulacji (wyliczenia ceny), a w pozostałym zakresie treść złożonych wyjaśnień jest jawna i była dostępna Odwołującemu. Potwierdza to oświadczenie złożone przez Przystępującego na rozprawie, że: „zastrzegł wyłącznie szczegółową kalkulację. Dowody przedstawione przez Przystępującego w wyjaśnieniach są świadomie ujawnione, ponieważ nie zawierają szczegółów kalkulacji stawek, a wyłącznie wskazują na dostępny Przystępującemu poziom kosztów zakupu materiałów oraz wyposażenie, jakie posiada”.

Izba wskazuje, że z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika między innymi, iż szczegółowa kalkulacja zawiera przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, przy czym nie są to wyłącznie czynniki i założenia przyjęte na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również okoliczności związane z działalnością



operacyjną Wykonawcy, wykorzystywane w ramach jego bieżącej działalności stanowiąc know-how dokonywania wyceny tego rodzaju przedmiotu zamówienia przez Przystępującego.

Nadto Izba zwraca uwagę, że Przystępujący stosuje również politykę bezpieczeństwa informacji poprzez np. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami zawierane z pracownikami mającymi dostęp do informacji poufnych, w tym marketingowych, takich jak kalkulacje cen, składane oferty, podpisywane umowy na świadczenie usług oraz umowy na dostawy, stosowane rozwiązania logistyczne i dane wrażliwe, a także w umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, zastrzeżone informacje (szczegółowa kalkulacja kosztów) mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą (wartość gospodarcza zastrzeganych informacji została określona na ok. 4 mln zł), stanowiącą dla Przystępującego źródło zysku lub też zaoszczędzenie określonych kosztów, a tym samym zastrzeżona szczegółowa kalkulacja kosztów może stanowić o przewadze konkurencyjnej Przystępującego w stosunku do innych wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....