

Sygn. akt: KIO 110/22

WYROK
z dnia 7 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2022 roku przez wykonawcę **BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy**,

przy udziale wykonawcy **Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36B, 43-100 Tychy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 oraz nr 2 i nakazuje zamawiającemu - Gminie Miasta Tychy - Tyskiemu Zakładowi Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy:
 - 1.1. unieważnienie, w ramach zadania nr 1 Postępowania, czynności wyboru oferty wykonawcy Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36B, 43-100 Tychy, jako oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego - BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy;
 - 1.3. uznanie wyjaśnień ceny rażąco niskiej wykonawcy Z. F. prowadzącego dzia-

łalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36B, 43-100 Tychy, za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- 1.4. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego - BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża po ½ odwołującego - BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy oraz zamawiającego - Gminę Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego - BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego - Gminy Miasta Tychy - Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy, na rzecz odwołującego - BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k., ul. Targiela 112, 43-100 Tychy, kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ½ wysokości wpisu od odwołania;
 - 3.3. koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika znosi się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) 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

Gmina Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach (dalej: „Zamawiający” oraz „TZUK”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie czystości w parkach i skwerach oraz na terenach administrowanych przez TZUK w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1, Zadanie nr 2” (znak sprawy: DO.261.1.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 13 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 199-519540.

W dniu 4 stycznia 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania w zakresie zadania nr 1.

Dnia 14 stycznia 2022 roku wykonawca BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Odwołujący” oraz „BIO-EKOS”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań TZUK w ramach zadania nr 1 postępowania, tj.:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych (dalej: „EKO-OGRÓD”);
- 3) wyboru w ramach zadania nr 1 oferty złożonej przez EKO-OGRÓD;
- 4) zaniechania ujawnienia dokumentów złożonych w postępowaniu przez EKO-OGRÓD i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w postaci wyjaśnień rażąco niskiej oraz wykazu osób;
- 5) zaniechania wezwania wykonawcy EKO-OGRÓD do uzupełnienia wykazu osób lub złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykazu osób złożonego przez EKO-OGRÓD.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na udzielenie wyjaśnień nie uzasadniających podanej w ofercie ceny i w konsekwencji przyjęcie, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska, w sytuacji w której

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez Odwołującego są rzetelne, w pełni wyjaśniają wszelkie okoliczności związane z założeniami kosztowymi przyjętymi przez Odwołującego i nie pozwalają uznać, że cena oferty Odwołującego obciążona jest ceną rażąco niską;

- 2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a EKO-OGRÓD, w tym wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz wykazu osób z uwagi na zastrzeżenie jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji w której EKO-OGRÓD nie wykazał skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) ewentualnie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO-OGRÓD pomimo tego, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO-OGRÓD, w sytuacji w której EKO-OGRÓD nie dysponuje osobą do pełnienia nadzoru nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe na stanowisku kierowniczym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości;
- 5) ewentualnie art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKO-OGRÓD do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKO-OGRÓD do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonego wykazu osób;
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO-OGRÓD z uwagi na zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w sytuacji, w której decyzją nr RKT-5/2021 z dnia 30 listopada 2021 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”) uznał, że EKO-OGRÓD zawarł porozumienie ograniczające konkurencję;
- 7) art. 226. ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO-OGRÓD z uwagi na fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do oświadczenia o braku zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy wykonawca

takie porozumienie zawarł, o czym świadczy decyzja Prezesa UOKIK nr RKT-5/2021 z dnia 30 listopada 2021 roku.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie, w ramach zadania nr 1 postępowania, czynności wyboru oferty wykonawcy EKO-OGRÓD jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy EKO-OGRÓD,
- 4) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca BIO-EKOS wskazał, że uzasadnienie odrzucenia jego oferty jest wewnątrznie sprzeczne i nie znajduje potwierdzenia w korespondencji wymienionej pomiędzy nim a Zamawiającym. Odwołujący podniósł, że TZUK z niezrozumiałych powodów przypisuje BIO-EKOS intencję zmiany oferty, w sytuacji w której czynność taka – z czego Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych doskonale zdaje sobie sprawę – jest niedopuszczalna. Odwołujący podkreślił, że w rzeczywistości w wyjaśnienia z dnia 24 listopada 2021 roku wkradła się niezamierzona omyłka pisarska, której zidentyfikowanie, prześledzenie i samodzielne rozwikłanie nie powinno nastęrczać Zamawiającemu najmniejszych trudności. W efekcie zaistniałej omyłki nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia BIO-EKOS były nierzetelne i implikowały konieczność odrzucenia oferty. Przeciwnie, wyjaśnienia Odwołującego były szczegółowe i w dostatecznym stopniu uzasadniały założenia przyjęte do oferty.

Odwołujący wskazał, że zaoferował Zamawiającemu świadczenie usług w zakresie opróżniania koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek w otoczeniu skate parku w miesiącach IV – IX za kwotę 11.960,00 zł brutto. Kwota ta wynika z pozycji nr 11 kosztorysu ofertowego złożonego przez BIO-EKOS w postępowaniu.

Na skutek wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 17 listopada 2021 roku Odwołujący rozbił powyższą pozycję cenową na tworzące ją poszczególne składniki cenotwórcze, co przedstawia poniższa ilustracja.

Pozycja kosztotwórcza opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku (IV-IX -	Wartość brutto	Udział	Opis
koszty personalne	2 632,65 zł	40%	przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za prace na poziomie 3612 zł miesięcznie przyjęta pozycja pozwala na opróżnianie jednego kosza przez 3 minuty
paliwo	526,53 zł	8%	przy założeniu ceny zakupu paliwa od firmy BORIM 4,852 zł na dzień składania ofert umożliwia zużycie na jeden przejazd 1,2 litra paliwa co w pełni zabezpiecza zapotrzebowanie dla danego zlecenia

amortyzacja / wartość odtworzeniowa sprzętu specjalistycznego	526,53 zł	8%	kwota zabezpiecza możliwości dzierżawy sprzętu oraz amortyzacji środków własnych
worki i sprzęt dodatkowy	329,08 zł	5%	zakupione worki służą do gromadzenia odpadów w czasie transportu
koszty unieszkodliwiania odpadów	1 250,51 zł	19%	zakładając koszt unieszkodliwienia odpadów z oczyszczenia ulic i placów na poziomie 390 zł kwota pozwala wywieźć około tony odpadów co w pełni zabezpiecza ilość zebranych nieczystości. Przyjęto, że masa zgromadzonych odpadów w jednym pojemniku nie przekracza kilograma
koszty ogólnozakładowe w tym ryzyko	987,24 zł	15%	koszty obejmują administrację oraz ryzyko inflacji i wzrostu cen towarów i usług
zysk	329,08 zł	5%	
suma ofertowa	11 960,00 zł	100%	

Odwołujący zaznaczył, że z powyższego zestawienia widać, iż poszczególne pozycje tabeli (koszty personalne, paliwo, amortyzacja, worki i sprzęt dodatkowy, koszty unieszkodliwiania odpadów, koszty ogólnozakładowe, w tym ryzyko, zysk) nie sumują się do kwoty 11.960,00 zł, tj. do kwoty pozycji cenowej „opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek w otoczeniu skate parku”. Na tym polega omyłka pisarska, którą popełnił BIO-EKOS. Tabelę z poprawnymi wartościami Odwołujący załączył do wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2021 roku – wyglądała ona następująco:

Pozycja kosztotwórcza opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku (IV-IX -	Wartość brutto	Udział	Opis
koszty personalne	4 784,00 zł	40%	przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za prace na poziomie 3612 zł miesięcznie przyjęta pozycja pozwala na opróżnianie jednego kosza przez 3 minuty
paliwo	956,80 zł	8%	przy założeniu ceny zakupu paliwa od firmy BORIM 4,852 zł na dzień składania ofert umożliwia zużycie na jeden przejazd 1,2 litra paliwa co w pełni zabezpiecza zapotrzebowanie dla danego zlecenia
amortyzacja / wartość odtworzeniowa sprzętu specjalistycznego	956,80 zł	8%	kwota zabezpiecza możliwości dzierżawy sprzętu oraz amortyzacji środków własnych
worki i sprzęt dodatkowy	598,00 zł	5%	zakupione worki służą do gromadzenia odpadów w czasie transportu
koszty unieszkodliwiania odpadów	2 272,40 zł	19%	zakładając koszt unieszkodliwienia odpadów z oczyszczenia ulic i placów na poziomie 390 zł kwota pozwala wywieźć około tony odpadów co w pełni zabezpiecza ilość zebranych nieczystości. Przyjęto, że masa zgromadzonych odpadów w jednym pojemniku nie przekracza kilograma
koszty ogólnozakładowe w tym ryzyko	1 794,00 zł	15%	koszty obejmują administrację oraz ryzyko inflacji i wzrostu cen towarów i usług
zysk	598,00 zł	5%	
suma ofertowa	11 960,00 zł	100%	

Odwołujący podkreślił, że omyłka zawarta w wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2021 roku była łatwa do zidentyfikowania, a Zamawiający mógł z łatwością ustalić prawidłowe wartości poszczególnych elementów kosztotwórczych składających się na sporną pozycję. Dzieje się tak dzięki zawarciu w powyższej tabeli kolumny pn. „udział”, wskazującej na procentowy udział poszczególnych kosztów w określonej pozycji kosztorysowej. Dla usługi opróżniania koszy w Parku Jaworek były to kolejno: 40% dla kosztów personalnych, 8% dla paliwa, 8% dla amortyzacji, 5% dla worków i sprzętu dodatkowego, 19% dla kosztów unieszkodliwiania odpadów, 15% dla kosztów ogólnozakładowych oraz 5% dla zysku. W ocenie BIO-EKOS wystarczyło, aby TZUK przemnożył wartość pozycji kosztorysowej (11.960,00 zł) przez poszczególne udziały wyrażone w procentach, a otrzymałby dzięki temu

prawidłowe wartości liczbowe dla poszczególnych składników kosztotwórczych. Odwołujący wskazał, że możliwość samodzielnego zidentyfikowania omyłki pisarskiej i ustalenia jej prawidłowego brzmienia jednoznacznie stoi na przeszkodzie temu, aby uznać jego wyjaśnienia za nierzetelne, wprowadzające Zamawiającego w błąd, stanowiące zmianę oferty czy też potwierdzające wystąpienie w ofercie ceny rażąco niskiej. Jednocześnie BIO-EKOS zaznaczył, że w kolejnych wyjaśnieniach przedłożonych TZUK (z dnia 14 grudnia 2021 roku) nie doszło do jakiegokolwiek zmiany oferty, gdyż Odwołujący w dalszym ciągu oferował taką samą wartość dla wykonania pozycji kosztorysowej (11.960,00 zł), z tą różnicą, że przedstawił poprawne wartości w poszczególnych wierszach spornej tabeli.

Odwołujący wskazał również, że wszystkie tabele w wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2021 roku skonstruował dokładnie w taki sam sposób tzn. przedstawił poszczególne elementy kosztotwórcze pozycji cenowej i przypisał im odpowiedni udział procentowy w ogólnej wartości danej pozycji. Zdaniem BIO-EKOS Zamawiający - mając wiedzę co do sposobu, w jaki Odwołujący skonstruował wyjaśnienia - mógł rozwikłać powody zaistnienia opisanej powyżej omyłki pisarskiej.

Ponadto w ocenie Odwołującego informacje przekazane przez EKO-OGRÓD w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają warunków, o których mowa w definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej: „u.z.n.k.”). BIO-EKOS wskazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z całą pewnością nie mają charakteru technicznego, technologicznego lub handlowego. Zdaniem Odwołującego EKO-OGRÓD nie wykazał także, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą. BIO-EKOS podkreślił, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez EKO-OGRÓD jest w tak dalekim stopniu ogólnikowe i sztampowe, że w zasadzie może posłużyć jako zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dowolnej informacji lub dokumentu składanego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, że najbardziej istotny jest fakt, że EKO-OGRÓD nie wykazał, iż informacje nie zostały podane do publicznej wiadomości, a tym bardziej – że wykonawca podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. EKO-OGRÓD nie przedstawił bowiem żadnej dokumentacji, która świadczyłaby o tym, że wykonawca podejmuje jakiegokolwiek czynności prowadzące do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

Odwołujący wskazał, że powyższe okoliczności świadczą o tym, iż po pierwsze intencją EKO-OGRÓD nie było zastrzeżenie informacji, które realnie stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz pozbawienie pozostałych wykonawców możliwości zapoznania się

z jego ofertą i jej weryfikacja pod kątem zaofierowania ceny rażąco niskiej, a po drugie że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne. BIO-EKOS zauważył, że podobne uchybienie Zamawiającego wystąpiło w odniesieniu do wykazu osób złożonego przez EKO-OGRÓD. Zostały w nim zanonimizowane dane osobowe personelu skierowanego do realizacji zamówienia, pomimo faktu, że – jak domyśla się Odwołujący – EKO-OGRÓD nie utajnił tej informacji, a jeśli to zrobił – to nieskutecznie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że niniejszy zarzut, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez BIO-EKOS dostępu do pełnych wyjaśnień w przedmiocie zaofierowanej ceny, objętego zarzutem naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym z ostrożności procesowej. Odwołujący zaznaczył, że w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, BIO-EKOS wnosi o nierozpatrywanie niniejszego zarzutu jako przedwczesnego. Przechodząc do istoty zarzutu Odwołujący wskazał, że z analizy oferty EKO-OGRÓD – w takim zakresie, w jakim jest ona możliwa – wynika, że EKO-OGRÓD zaofierował cenę rażąco niską, nie pozwalającą nawet na pokrycie kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia. BIO-EKOS zaznaczył, że EKO-OGRÓD zaofierował w poszczególnych pozycjach kosztorysowych rażąco niskie ceny, w związku z czym TZUK powinien odrzucić jego ofertę.

Kolejno Odwołujący podniósł, że EKO-OGRÓD złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie zadania nr 1, w którym wskazał osobę mającą pełnić nadzór nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości i jednocześnie potwierdzającą warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w dziale VI ust. 3.2.2.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”). BIO-EKOS nadmienił, że wykaz ten niezasadnie został zanonimizowany (w zakresie imienia i nazwiska). Odwołujący podkreślił, że EKO-OGRÓD w wyżej wymienionym wykazie wskazał, iż osoba skierowana do realizacji zadania nr 1 posiada doświadczenie w wykonywaniu prac na rzecz Zamawiającego. Jednak – jak zaznaczył Odwołujący – powołane przez EKO-OGRÓD dwie umowy realizowane były przez konsorcjum, w skład którego wchodził BIO-EKOS. Odwołujący podniósł, że osoby, jakie były powoływane do przedmiotowych zamówień na stanowiska kierownicze związane z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości były pracownikami BIO-EKOS, a nie pracownikami EKO-OGRÓD. Odwołujący wskazał, że EKO-OGRÓD nie dysponował oraz nie skierował do realizacji tych zamówień żadnej osoby, która wykonywałaby czynności na „*stanowisku kierowniczym związanym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości*”. Mając na uwadze powyższe BIO-EKOS uznał, że albo EKO-OGRÓD wskazał osobę, której doświadczenie nie pozwala przyjąć, że EKO-OGRÓD spełnia

warunki udziału w postępowaniu określone w dziale VI ust. 3.2.2.1 SWZ, albo wskazał osobę, którą realnie nie dysponuje i której nie może skierować do realizacji zamówienia. Odwołujący przyjął zatem, że EKO-OGRÓD nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i w chwili obecnej jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Ewentualnie - w ocenie BIO-EKOS - Zamawiający powinien wezwać EKO-OGRÓD do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonego wykazu osób, a w ostateczności do jego uzupełnienia.

Odnosząc się do ostatniej kategorii zarzutów tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 226. ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że EKO-OGRÓD oświadczył w złożonym przez siebie dokumencie JEDZ, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Powyższe stwierdzenie – w ocenie BIO-EKOS - nie jest jednak prawdziwe. Decyzją nr RKT-5/2021 z dnia 30 listopada 2021 roku Prezes UOKiK uznał, że EKO-OGRÓD zawarł z innymi podmiotami porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów i z tego tytułu nałożył na EKO-OGRÓD karę pieniężną w kwocie 132 225,00 zł. W ocenie BIO-EKOS powyższe jednoznacznie przesądza o tym, że wobec podmiotu EKO-OGRÓD zaszła podstawa wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawa Pzp. Ponadto, nieprawdziwe oświadczenie zawarte w JEDZ-u EKO-OGRÓD stanowi wprowadzenie w błąd TZUK co do istnienia wobec wykonawcy podstaw wykluczenia oraz miało to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że wykonawcy można przypisać co najmniej lekkomyślność w działaniu w powyższym zakresie. Zdaniem BIO-EKOS wskazane okoliczności oznaczają, że wobec EKO-OGRÓD zaktualizowały się także podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, co dodatkowo obliguje Zamawiającego do odrzucenia jego oferty.

W dniu 28 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. TZUK wskazał, że porównanie tabeli z dnia 24 listopada 2021 roku oraz tabeli z dnia 14 grudnia 2021 roku dowodzi temu, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2021 roku dokonał modyfikacji wartości czynników kosztotwórczych tj. kosztów personalnych, kosztów paliwa, kosztów ogólnozakładowych oraz zysku. W ocenie TZUK wobec takiego stanu rzeczy należy podnieść, że przedmiotowe wyjaśnienia miały charakter uzupełnienia, a nie uszczegółowienia treści już istniejącej, gdyż BIO-EKOS przedłożył de facto nowe obliczenia. Informacja przedstawiona przez Odwołującego w zestawieniu tabelarycznym z dnia 24 listopada 2021 roku została zmodyfikowana, a nie uszczegółowiona czy

doprecyzowana. Co więcej, zdaniem Zamawiającego popełnione przez BIO-EKOS błędy dowodzą temu, że pierwotne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają prawidłowości obliczenia ceny oferty Odwołującego. TZUK wskazał, że gdyby nawet przyjąć, że zaistniały w niniejszej sytuacji błąd ma charakter omyłki, to poprawianie omyłek odnosi się do ofert, ale nie do innych dokumentów, w tym wyjaśnień w ramach rażąco niskiej ceny. Zamawiający w toku procedury badania rażąco niskiej ceny nie jest uprawniony do dokonywania korekt tych wyjaśnień, także w odniesieniu do błędów rachunkowych. Zamawiający podniósł, że z uwagi na fakt, że to na wykonawcy spoczywa ciężar przedstawienia czynników kosztotwórczych składających się na sumę ofertową, to wbrew twierdzeniom Odwołującego, wszelka „ingerencja” TZUK w przedstawione w wyjaśnieniach wartości kosztów byłaby niedozwolona. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w sposób niezrozumiały stara się przerzucić ciężar dowodowy wynikający z treści art. 224 ustawy Pzp z siebie na TZUK, jednak to nie na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że suma ofertowa i składające się na nią koszty zostały prawidłowo przez wykonawcę skalkulowane. Wobec tego Zamawiający ponownie podkreślił, że w istocie rzeczy błędna kalkulacja ceny przedstawiona przez Odwołującego w piśmie z dnia 24 listopada 2021 roku stanowi wyraz nieprawidłowo wyliczonej ceny oferty BIO-EKOS. Ponadto Zamawiający stwierdził, że EKO-OGRÓD zdołał wykazać, że część informacji ma charakter techniczny, organizacyjny i handlowy. W ocenie TZUK BIO-EKOS wskazał w uzasadnieniu swojego wniosku jakie informacje mają dla niego szczególne znaczenie gospodarcze, oraz jakie wdrożył zabezpieczenia, aby informacje te chronić.

Odnosnie zarzutu ewentualnego tj. naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający podkreślił, że EKO-OGRÓD zdołał wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie posiada cech ceny rażąco niskiej. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia EKO-OGRÓD były dokładne i spójne, zrozumiałe oraz transparentne dla TZUK. Nie budziły one dalszych wątpliwości zarówno co do kwestii obliczeń matematycznych jak i kwestii merytorycznych.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący nieuzasadnionego wyboru oferty EKO-OGRÓD wobec niedopełnienia przez niego warunków formalnych Zamawiający wskazał, że w dniu 3 stycznia 2022 roku EKO-OGRÓD przedłożył TZUK na wezwanie z dnia 21 grudnia 2021 roku podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób na spełnienie warunku, o którym mowa w dziale VI ust. 3.2.2.1 SWZ. W wykazie EKO-OGRÓD oświadczył, iż osobą, która zostanie skierowana do pełnienia nadzoru nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości, tj. usuwaniem wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń komunalnych jest Pan G. K., który jest zatrudniony przez EKO-OGRÓD. EKO-OGRÓD wskazał również, iż osoba ta posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe w ciągu ostatnich 5 lat (liczone jako suma miesięcy) na stanowisku kierowniczym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości, wskazując w wykazie, umowy które w ramach konsorcjum realizowała dla

Zamawiającego. Biorąc pod uwagę zakres czasowy wskazany w wykazie TZUK uznał, iż Pan G. K. spełniał wymogi wskazane warunkiem. Ponadto TZUK nadmienił, że Odwołując zupełnie pominał fakt, iż Zamawiający nie wymagał, aby osoba wskazana do nadzoru w czasie zdobywania doświadczenia była pracownikiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Tym samym - w ocenie TZUK – nawet gdyby Pan G. K. nie był pracownikiem EKO-OGRÓD w czasie nabywania doświadczenia, spełniał warunki postępowania wskazane w SWZ na dzień składania ofert. Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie postanowił udostępnić Odwołującemu wykaz osób, które zostały skierowane przez EKO-OGRÓD do wykonania zadania nr 1 w ramach prowadzonego postępowania.

Ponadto zdaniem Zamawiającego chybiony jest także zarzut dotyczący rzekomo nieprawdziwego oświadczenia złożonego przez EKO-OGRÓD w przedmiocie porozumienia ograniczającego konkurencję. Zamawiający zaznaczył, że złożone przez EKO-OGRÓD oświadczenie JEDZ na dzień 11 listopada 2021 roku nie było dotknięte wadą prawną. TZUK podkreślił również, decyzja Prezesa UOKiK nr KT-5/2021 z dnia 30 listopada 2021 roku na dzień składania niniejszej odpowiedzi na odwołanie jest nieprawomocna. W ocenie Zamawiającego z tych też względów wszelkie kategoriowe oceny zdarzeń będących podstawą do wydania niniejszej decyzji są nieuzasadnione.

Wykonawca Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych (dalej: „Przystępujący”) wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący prezentując swoje stanowisko na rozprawie podał, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, gdyż są całkowicie pozbawione podstaw prawnych.

Odnosnie zarzutu nr 1 odwołania EKO-OGRÓD podniósł, że w jego ocenie Zamawiający nie mógł z własnej inicjatywy poprawić w tabeli pozycji nr 11 z uwagi na to, iż wartości w kolumnie pn. „udział” nie były stałe (procenty wskazywał sam Odwołujący). Przystępujący stwierdził, że wszystkie wyliczenia powinny wyjść od wartości jednostkowych. Odwołujący nie wskazał natomiast żadnego wzoru obliczeń, sposobu wyliczenia ceny. Wobec powyższego EKO-OGRÓD uznał, że TZUK nie miał uprawnienia do korekty wyjaśnień. Przystępujący podkreślił, że ponowne wezwanie do wyjaśnień było składane w celu uszczegółowienia, natomiast – jego zdaniem - w niniejszym przypadku doszło do zmiany ich treści.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, iż w jego ocenie zastrzeżenie było prawidłowe i wykazał on, iż w EKO-OGRÓD istnieją mechanizmy dotyczące ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci dokumentacji. EKO-OGRÓD złożył do akt umowy zawarte przez Przystępującego z Panem G. K. na okoliczność zawarcia klauzul stanowiących ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa z osobami, które wykonują czynności na jego rzecz.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu EKO-OGRÓD wskazał, że Pan G. K. spełnia wymagania Zamawiającego odnośnie warunku, o którym mowa w dziale VI ust. 3.2.2.1 SWZ tj. posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie na stanowisku kierowniczym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości. Przystępujący złożył do akt plik dokumentów, w którym znajdowały się m.in.: umowy zlecenia zawarte z Panem G. K., korespondencja mailowa pomiędzy TZUK a EKO-OGRÓD, w tym Panem G. K., protokoły oględzin, umowy konsorcjum z dnia 14 lutego 2020 roku oraz 22 lutego 2021 roku, umowa Nr TZUK.272.15.2020 z dnia 28 lutego 2020 roku, umowa Nr TZUK.272.29.2020 z dnia 30 kwietnia 2020 roku wraz z aneksem nr 1, umowa Nr TZUK.272.33.2021 z dnia 6 kwietnia 2021 roku, które miały potwierdzać powyższą okoliczność.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp EKO-OGRÓD wskazał, że nie można stwierdzić, iż w JEDZ zostało złożone nieprawidłowe oświadczenie. Zaznaczył, iż decyzja Prezesa UOKIK została doręczona Przystępującemu dnia 2 grudnia 2021 roku, natomiast JEDZ został złożony w dniu 12 listopada 2021 roku. Przystępujący podniósł również, że przedmiotowa decyzja została przez niego zaskarżona w dniu 21 grudnia 2021 roku, a zatem nie jest to decyzja prawomocna. Ponadto EKO-OGRÓD wskazał na brzmienie przepisu art. 111 pkt 4 ustawy Pzp i na upływ czasu o którym tam mowa tj. *„na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”*. Przystępujący podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym możemy stwierdzić, iż domniemane porozumienie zostało zawarte w 2015 r. co wynika z treści decyzji Prezesa UOKIK. BIO-EKOS powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2254/21, KIO 1640/21 oraz KIO 573/21) na potwierdzenie tego, że okres 3-letni należy liczyć od momentu zawarcia porozumienia, a nie uzależniać go od wydania decyzji, gdyż nie wiadomo po jakim czasie taka decyzja stanie się ostateczna. EKO-OGRÓD podkreślił, że w niniejszym przypadku po pierwsze decyzja nr RKT-5/2021 z dnia 30 listopada 2021 roku została zakwestionowana, a po drugie upłynął okres 3-letni, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie

Zamawiającego zgłosił wykonawca Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1 i 2, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, na który składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przekazana przez Zamawiającego oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego w toku niniejszego postępowania.

W formularzu ofertowym Odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SWZ i jej załącznikami za cenę brutto w kwocie 758 938,67 zł. W kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 3A do SWZ BIO-EKOS w pozycji nr 11 „opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skyte parku (IV-IX – wtorek, czwartek i sobota)” wskazał kwotę 11 960,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 17 listopada 2021 roku na podstawie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do „(...) złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny (...)”. Ponadto TZUK zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie cen zawartych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego (stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego) tj.: w pozycjach nr 2, nr 7, nr 11, nr 12, nr 13 i nr 14.

Pismem z dnia 24 listopada 2021 roku Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na wezwanie z dnia 17 listopada 2021 roku. Oprócz ogólnych wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania zamówienia BIO-EKOS przedstawił szczegółowe rozbięcie cenowe poszczególnych pozycji z kosztorysu ofertowego, co do których TZUK zgłosił swoje wątpliwości w wyżej wymienionym piśmie.

Kolejno w dniu 10 grudnia 2021 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1, art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 ustawy Pzp ponownie wezwał Odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał w piśmie, że „(...) w ocenie Zamawiającego są one niewystarczające i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (...). W związku z powyższym, TZUK zwrócił się z żądaniem przedłożenia przez BIO-EKOS dodatkowych wyjaśnień – m. in. w zakresie pozycji nr 11 kosztorysu ofertowego. Jak wskazał Zamawiający „W zakresie wskazanych w wyjaśnieniach Wykonawcy wartości brutto zawartych w tabeli pn. „Pozycja kosztotwórcza opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku (IV-IX-”, których suma nie jest tożsama z wartością brutto wskazaną w pozycji „suma ofertowa” tabeli, a tym samym również w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę”.

W odpowiedzi na powyższe w dniu 14 grudnia 2021 roku Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pismo, w którym wyjaśnił rozbieżności pomiędzy wartością pozycji „opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku” zawartą w kosztorysie ofertowym, a szczegółowym rozbiciem cenowym tej pozycji zawartej w wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2021 roku. BIO-EKOS podał co następuje: „W załączeniu przesyłam pozycję kosztotwórczą „opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na w/w otoczeniu skate parku (IV-IX)” prawidłowo została wskazana wartość procentowa, natomiast nie dokonano prawidłowego przemnożenia w kolumnie wartość brutto. Brak tożsamości mnożenia wynika z przeniesienia nieprawidłowej wartości z programu Excel i nie ma wpływu na pozycje cenowe w kosztorysie (nie dochodzi do zmiany oferty)”.

W efekcie opisanej powyżej wymiany korespondencji pomiędzy stronami, Zamawiający w dniu 4 stycznia 2022 roku zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego. Jak wyjaśniał TZUK, powodem odrzucenia było to, że wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2021 roku „potwierdziły, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, tj. doszło do błędnego oszacowania sumy kosztów, która w konsekwencji nie dopełniła wyniku sumowania. Wykonawca w drugich wyjaśnieniach całkowicie zmienił sposób szacowania kosztów zwiększając je w tabeli pn. „Pozycja kosztotwórcza opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku (IV-IX)” w pozycjach dotyczących paliwa, amortyzacji/wartości odtworzeniowej sprzętu specjalistycznego, worków i sprzętu dodatkowego, kosztów unieszkodliwiania odpadów, kosztów ogólnozakładowych z ryzykiem oraz zysku. Dokonał on tym samym niedozwolonej modyfikacji poprzednich wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w dniu 25 listopada 2021 roku”. Biorąc pod uwagę powyższe, w tym przede wszystkim fakt dokonania przez BIO-EKOS modyfikacji a nie wyjaśnienia kalkulacji kosztowej w stosunku do tej podanej w pierwszych wyjaśnieniach Zamawiający odrzucił ofertę zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2021 roku wezwał Przystępującego do

złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 29 listopada 2021 roku w zakresie:

- 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 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – jeżeli dotyczy;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie przez EKO-OGRÓD kosztorysu ofertowego we wskazanym w wezwaniu zakresie (pozycje: nr 1, nr 2, nr 4, nr 7, nr 13, nr 14).

Pismem z dnia 29 listopada 2021 roku Przystępujący złożył wyjaśnienia ceny rażąco niskiej oraz zastrzegł, że dane zawarte w niniejszym piśmie i załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i w związku z tym złożył wniosek o utajnienie ich w niniejszym postępowaniu. W dalszej części odniósł się do budzących wątpliwości Zamawiającego okoliczności.

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 roku Zamawiający postanowił odtajnić następujące informacje znajdujące się w dowodach przedłożonych przez Przystępującego:

- załączony skan ze strony www.olx.pl dotyczący pojazdu „Bus Doka 7 osób skrzynia Kiper Wywrotka Wynajem Wypożyczalnia Śląskie” opatrzony datą 27 września 2021 roku;
- załączony skan cennika za 2022 rok usług świadczonych przez Master – Odpady i Energia Sp. z o.o. w Tychach.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający podkreślił, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można uznać informacji powszechnie znanych, o braku cech indywidualnych, do których dostęp ma każdy poprzez dostęp przez stronę internetową. Takie informacje zdaniem Zamawiającego nie stanowią żadnej wartości gospodarczej.

Zgodnie z działem VI ust. 3.2.2.1 SWZ „(...) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował co najmniej: 1 osobą dla każdej z Części (Zadania) do pełnienia nadzoru nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości, tj. usuwaniem wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń komunalnych, posiadającą co najmniej 12 miesięczne doświadczenie zawodowe w ciągu ostatnich 5 lat (liczone jako suma miesięcy) na stanowisku kierowniczym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości (...)”.

W celu wykazania spełniania wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu EKO-OGRÓD złożył wykaz osób, które będą skierowane przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia, w którym wskazał osobę do pełnienia nadzoru nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości – Pana G. K. . Przystępujący wymienił umowy, przy których realizacji brał udział Pan G. K. „*na stanowisku kierowniczym związanym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości*” tj.: „*2020 – utrzymanie parków i skwerów i terenów pozaparkowych TZUK Tychy, 2021 – utrzymanie czystości na terenach parkowych TZUK Tychy, 2020 – VI-XII, 2021 V – nadal*”. W kolumnie pn. „*Podstawa dysponowania*” Przystępujący wskazał „*zatrudniony w EKO-OGRÓD*”. Początkowo dane personelu skierowanego do realizacji zostały zamówienia zostały zanonimizowane. Zamawiający udostępnił przedmiotowy wykaz z pełnymi danymi wraz z odpowiedzią na odwołanie z dnia 28 stycznia 2021 roku.

Z pliku dokumentów przedstawionych przez Przystępującego w toku rozprawy wynika, że EKO-OGRÓD zawarł z Panem G. K. umowy zlecenia, których przedmiotem było wykonanie prac polegających m.in. na nadzorze i kontroli prac związanych z utrzymaniem terenów zielonych. Zgodnie z treścią wspomnianych umów Pan G. K. w okresie od dnia 18 maja 2020 roku do dnia 31 grudnia 2021 roku wykonywał wyżej wymienione czynności na rzecz EKO-OGRÓD tj. konsorcjanta odpowiedzialnego za realizację zamówień dla TZUK. Ponadto z treści załączonych przez Przystępującego wiadomości mailowych wynika, że Zamawiający kontaktował się z Panem G. K. bezpośrednio jako z osobą nadzorującą zawarte z TZUK umowy z ramienia EKO-OGRÓD.

Zgodnie z działem III ust. 2.1 SWZ „*(...) Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje m.in.:*

2.1. dla Zadania nr 1:

2.1.1.powierzchniowe oczyszczanie terenu,

2.1.2.opróźnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków na śmieci,

2.1.3.oczyszczanie terenu z psich odchodów w parkach i skwerach,

2.1.4.wywóz i utylizacja uszkodzonych betonowych koszy na śmieci,

2.1.5.wyciąganie betonowych koszy na śmieci ze stawów, osadników i potoków,

2.1.6.oczyszczanie terenów ze śmieci wielkogabarytowych,

2.1.7.zamiatanie alejek, chodników i placyków wybrukowanych,

2.1.8.porządkowanie terenów ze śmieci oraz ich wywóz po imprezach masowych,

2.1.9.oczyszczanie powierzchni alejek, chodników i placyków wybrukowanych oraz powierzchni pól piaskowych z darni, traw i chwastów (...)”.

W dokumencie JEDZ datowanym na dzień 10 listopada 2021 roku Przystępujący oświadczył, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W dniu 30 listopada 2021 roku Prezes UOKiK wydał decyzję nr RKT-5/2021, w której treści uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez EKO-OGRÓD oraz cztery inne podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert złożonych w przetargu nr 1/DDT/27/15 zorganizowanym w 2015 roku przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów na zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2015/2016, 2016/2017 i 2017/2018. Przedmiotowa decyzja została zaskarżona przez Przystępującego w dniu 21 grudnia 2021 roku.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w zakresie nr 1 i 2 zasługiwało na uwzględnienie, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Odnosnie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Izba wskazuje, że Zamawiający błędnie przyjął, że złożone wyjaśnienia potwierdziły, iż oferta BIO-EKOS zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy doszło do niedozwolonej modyfikacji, a nie wyjaśnienia kalkulacji kosztowej w stosunku do tej podanej w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2021 roku, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie wskazanych powyżej przepisów. Należy zauważyć, że TZUK nie kwestionuje prawidłowości kwot wskazanych w wyjaśnieniach, a jedynie fakt, że doszło do błędnego oszacowania pozycji kosztotwórczych w pozycji nr 11 kosztorysu ofertowego pn. „*Opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skate parku*”, która w konsekwencji nie dopełniła wyniku sumowania tj. kwoty 11 960,00 zł. Po dodaniu wszystkich kwot wskazanych w kolumnie pn. „*Wartość brutto*” w pozycji nr 11 wspomnianego wyżej kosztorysu otrzymujemy bowiem kwotę 6 581,62 zł. Faktycznie w niniejszej sprawie doszło do omyłkowego wprowadzenia danych w poszczególne pozycje cenotwórcze (koszty personalne, paliwo, amortyzacja, worki i sprzęt dodatkowy, koszty unieszkodliwiania odpadów, koszty ogólnozakładowe, w tym ryzyko, zysk), jednak w kolumnie pn. „*udział*” znajdują się wartości procentowe, które sumują się do 100% i są niezmiennie/tożsame w pierwszych (z dnia 24 listopada 2021 roku) i drugich (z dnia 14 grudnia 2021 roku) wyjaśnieniach. Po przemnożeniu wartości pozycji kosztorysowej nr 11 tj. kwoty 11 960,00 zł przez poszczególne udziały wyrażone w procentach uzyskujemy prawidłowe wartości liczbowe dla określonych składników cenotwórczych, a suma poszczególnych pozycji wskazuje wówczas na wartość 11 960,00 zł. Izba zauważyła, że w niniejszym przypadku Odwołujący rzeczywiście omyłkowo przyjął błędną podstawę do wyliczeń poszczególnych składników kosztotwórczych tj. kwotę z pozycji nr 2 kosztorysu ofertowego pn. „*oczyszczanie*

terenów z psich odchodów, w miesiącach IV-X”, która również była przedmiotem wyjaśnień BIO-EKOS

Izba podkreśla, że Odwołujący od początku szacował koszty wykonania usługi w taki sposób, w jaki zostało to przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2021 roku. Ponadto na żadnym etapie wyjaśniania ceny rażąco niskiej nie uległa zmianie pozycja kosztorysowa nr 11 pn. *„Opróżnianie koszy na śmieci wraz z wymianą worków w Parku Jaworek na/w otoczeniu skyte parku”* - od samego początku wynosiła ona 11 960,00 zł.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba uznała, że omyłka, która pojawiła się w wyjaśnieniach Odwołującego nie świadczy o tym, że wyjaśnienia są niewiarygodne i nierzetelne. Tak jak każdemu wykonawcy może zdarzyć się popełnienie omyłki w ofercie, tak samo może wystąpić omyłka w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze oświadczenia BIO-EKOS złożone podczas rozprawy Izba uznała, że jego intencją nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a popełniona przez Odwołującego omyłka nie wynikała z rażącego niedbalstwa.

Wobec powyższego w ocenie Izby nie potwierdziło się, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a EKO-OGRÓD, w tym wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz wykazu osób z uwagi na zastrzeżenie jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba wskazuje, co następuje. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie udostępnił wykaz osób, które zostały skierowane przez Przystępującego do wykonania zadania nr 1 w ramach postępowania. Wobec powyższego Izba nie nakazała odtajnienia wspomnianego wykazu osób i stwierdziła, że orzekanie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Odnosząc się z kolei do utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Izba podziela stanowisko Odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez EKO-OGRÓD jest nieskuteczne z uwagi na to, iż nie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,
- 2) informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

Ponadto w ocenie Izby niezwykle istotnym z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania (np. przedkładanie w toku rozprawy umów zawartych z osobami, które wykonują czynności na rzecz Przystępującego, zawierających klauzule poufności) powinna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z przewidzianej przepisami prawa ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Niewykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem uznać za równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu (por. wyrok KIO z dnia 20 lipca 2021 roku o sygn. akt KIO 1530/21).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2290/20 wskazała, że „(...) *Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)*”.

Z treści orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wynika również, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 roku o sygn. akt KIO 807/15).

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi posiadającymi wartość gospodarczą oraz, że

nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność tych informacji. Przede wszystkim EKO-OGÓRD nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że podejmuje jakiegokolwiek działania prowadzące do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy. Przystępujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego przedstawił umowy zawarte z osobami, które wykonują czynności na rzecz EKO-OGÓRD, zawierające klauzule poufności, jednak zdaniem Izby była to spóźniona próba wykazania, że podejmuje on czynności prowadzące do zachowania informacji w tajemnicy. Izba po raz kolejny podkreśla, że zasadność utajnienia informacji musi być potwierdzona już w momencie ich składania. Wobec powyższego należy stwierdzić, że etapem, na którym przywołane powyżej dowody powinny zostać złożone był etap składania wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe w zakresie zarzutu ewentualnego naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKO-OGÓRD pomimo tego, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę Izba wskazuje, że pozostawia ten zarzut bez rozpoznania, gdyż Odwołujący dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość do konstruowania zarzutów względem Zamawiającego.

Odnosząc się z kolei do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy EKO-OGÓRD z uwagi na to, że Przystępujący nie dysponuje osobą do pełnienia nadzoru nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe na stanowisku kierowniczym z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości Izba wskazuje, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego - Przystępujący w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie zadania nr 1 wskazał osobę, która posiada doświadczenie zawodowe zgodne z wymogami zawartymi w dziale VI ust. 3.2.2.1 SWZ tj. Pana G. K. . Podczas rozprawy EKO-OGÓRD złożył jako dowody w sprawie umowy zlecenia zawarte przez Przystępującego z Panem G. K., z których wynika, że Pan G. K. w okresie od 18 maja 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. wykonywał na rzecz EKO-OGÓRD czynności nadzoru i kontroli prac związanych z utrzymaniem terenów zielonych, zgodnie z zakresem prac, które należały do Przystępującego (Konsorcjanta 2) w ramach umów realizowanych dla TZUK. Ponadto EKO-OGÓRD załączył korespondencję mailową pomiędzy Panem G. K. a Zamawiającym, protokoły oględzin z wykonanych czynności oraz umowy konsorcjum. Izba oceniła wyżej wymienione dowody za wiarygodne. Z ich treści jednoznacznie bowiem wynika, że Pan G. K. wykonywał czynności kierownicze związane z nadzorem nad pracami związanymi z utrzymaniem czystości tj. usuwaniem wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń komunalnych. W toku rozprawy Zamawiający potwierdził, że kontaktował się z Panem G. K. bezpośrednio jako z osobą nadzorującą umowy realizowane na rzecz TZUK z ramienia Przystępującego. Zamawiający wskazywał m. in. na wiadomość mailową z dnia 28 sierpnia 2020 roku (strona 27 pliku dokumentów), z której wy-

nika jakie czynności wykonywał Pan G. K. . Z kolei Przystępujący powoływał się na protokół oględzin (strona 63 pliku dokumentów), z którego wynika, że w czasie oględzin był obecny Pan G. K. – pracownik EKO-OGRÓD. Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Odwołującego podczas rozprawy, zgodnie z którą wykonywanie prac związanych z utrzymaniem terenów zielonych jest całkiem inną czynnością niż usuwanie wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń komunalnych, o którym mowa w dziale VI ust. 3.2.2.1 SWZ. W ocenie Izby rację należy przypisać Przystępującemu, który stwierdził, że z treści umów zlecenia wynika, iż do zakresu prac Pana G. K. należy nadzór i kontrola prac związanych z utrzymaniem terenów zielonych, a zatem jest to zakres szerszy i mieszczą się w tym również podnoszone przez BIO-EKOS czynności usuwania wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń komunalnych. Wobec powyższego Izba uznała przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy dokumenty w postaci pism TZUK z dnia 12 i 17 stycznia 2022 roku za dowody niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto Izba wskazuje, że w zakresie czynności związanych z utrzymaniem terenów zielonych niewątpliwie mieszczą się czynności objęte przedmiotem zamówienia dla zadania nr 1, o których mowa w dziale III ust. 2.1 SWZ. Co więcej, czynności nadzoru i kontroli wchodzą w zakres pojęcia kierownictwa.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w dziale VI ust. 3.2.2.1. SWZ i tym samym brak jest podstaw do wzywania EKO-OGRÓD do uzupełnienia czy wyjaśnienia złożonego wykazu osób.

Przechodząc do ostatniej grupy zarzutów dotyczących zawarcia przez Przystępującego z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji Izba wskazuje, że z treści decyzji Prezesa UOKIK z dnia 30 listopada 2021 roku wynika, że do porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków złożonych ofert doszło w przetargu zorganizowanym w 2015 roku przez Gminę Miasto Tychy Miejski Zarząd Ulic i Mostów. Wobec powyższego Izba uznała za prawidłowe twierdzenia EKO-OGRÓD, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy upłynął 3-letni okres, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przytoczonego przepisu Zamawiający wyklucza wykonawcę z uwagi na zawarcie niedozwolonego porozumienia z innymi wykonawcami na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W niniejszym stanie faktycznym należy przyjąć, że do zdarzenia tj. zawarcia porozumienia doszło w 2015 roku, co wynika z treści decyzji Prezesa UOKIK, a zatem upłynęły trzy lata od zawarcia niedozwolonego porozumienia i tym samym wygasła przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba podziela stanowiska wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych przez Przystępującego w trakcie rozprawy (sygn. akt: KIO 2254/21, KIO 1640/21, KIO 573/21), zgodnie z którymi

ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmony przetargowej”. Gdyby tak było, ustawodawca wyraźnie wskazałby to w treści przepisu. Podstawą wyliczenia 3-letniego okresu eliminacji z rynku zamówień publicznych powinien być zatem moment, w którym doszło do zmony przetargowej. Izba przyznała rację Przystępującemu, że nie należy uzależniać biegu 3-letniego okresu z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp od wydania decyzji Prezesa UOKiK, gdyż decyzja taka jest zaskarżalna i nie wiadomo po jakim czasie stanie się ostateczna. W ocenie Izby wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce w sytuacji, gdy sam zamawiający stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia, a zatem nie jest konieczne potwierdzenie wystąpienia powyższych okoliczności przez inny organ.

Mając na uwadze powyższe Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty EKO-OGRÓD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba uznała, że nie ziszczy się również przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w sytuacji gdy wygasła przesłanka wykluczenia z postępowania z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezasadne jest bowiem przyjęcie, że Przystępujący wskazując w JEDZ, iż nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji - w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa bądź lekkomyślności lub niedbalstwa - co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez TZUK w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: