

**Sygn. akt: KIO 1122/19**

**WYROK**  
**z dnia 5 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez Odwołującego: K. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Kryspin” G. K. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Ciechle oraz BIO-EKOS GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tychach Nowych, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zaniechania ujawnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Ciechle oraz BIO-EKOS GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Tychach Nowych.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 300 zł 00 gr (słownie: trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie terenów zewnętrznych i budynków stanowiących własność Gminy Miasta Tychy administrowanych lub utrzymywanych przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 marca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 050-115004.

I. W dniu 17 czerwca 2019 r. K. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Kryspin” G. K. (dalej jako „Odwołujący”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BIO-EKOS Spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Ciechle oraz BIO-EKOS GROUP Spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Tychach Nowych (dalej jako „Konsorcjum BIO-EKOS” lub „Przystępujący”) jako oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 3 i 5, zaniechaniu wykluczenia z Postępowania Konsorcjum BIO-EKOS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz zaniechaniu ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum BIO-EKOS, pomimo tego, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą według przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) kryteriów oceny ofert.
- art. 24 ust. 1 pkt 17 i 16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum BIO-EKOS w sytuacji, gdy ww. wykonawcy wprowadzili Zamawiającego w błąd przedstawiając istotne informacje dotyczące doświadczenia w sprawowaniu nadzoru nad wykonywaniem usług nadzorowania prac w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje Zamawiającego oraz na wynik Postępowania.

- art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zastrzeżonych przez ww. wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie okoliczność ta nie została przez wykonawcę wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej.
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą jawności oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem oceny możliwości realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum BIO-EKOS, w stosunku do której Zamawiający miał wątpliwości, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dokonane przez Konsorcjum BIO-EKOS bez wymaganego uzasadnienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum BIO-EKOS,
- wykluczenia Konsorcjum BIO-EKOS z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu oraz wpływ na wynik Postępowania w zakresie oceny ofert według przyjętych kryteriów oceny ofert,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie Części 1, 2, 3 i 5,
- ewentualnie, z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie uznała wskazanego powyżej zarzutu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert według przyjętych kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem tego, że do oceny doświadczenia osób w zakresie sprawowania nadzoru nad wykonywaniem usług nie mogą zostać uwzględnione nadzory nad realizacją usług sprawowane na rzecz:
  - 1) Spółdzielni Mieszkaniowej PIAST w Katowicach przez Panią A. L.-P., Panią K. S. oraz Pana S. G. w okresie od 08 maja 2013 r. do 01 grudnia 2014 r.

- 2) MZBM Tychy przez Panią A. L.-P. oraz Pana S. G. w okresie 02 maja 2011 r. do 01 maja 2012 r.
- 3) Spółdzielni Mieszkaniowej GÓRNIK w Jaworznie przez Panią K. S. oraz Pana S. G. okresie 01 lipca 2011 r. do 31 marca 2015 r.

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie Części 1 zamówienia złożonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w dniu 23 i 29 kwietnia 2019 r. oraz w dniu 20 maja 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 i 26 kwietnia 2019 r. oraz z dnia 07 i 15 maja 2019 r. skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

#### Zarzut 1 i 2:

Odwołujący stwierdził, iż z analizy dokumentów złożonych w Postępowaniu przez Konsorcjum BIO-EKOS wynika, że:

1. W zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do nadzoru nad realizacją usługi w Spółdzielni Mieszkaniowej PIAST z Katowic wykazanych w poz. 5 tabeli w *Formularzach Ofertowych* Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia żądanego przez Zamawiającego doświadczenia nie posiadają następujące osoby: Pani A. L.-P., Pani K. S. oraz Pan S. G. . W poz. 5 tabeli *Formularzy Ofertowych* Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia Konsorcjum BIO EKOS oświadczyło, że wyżej wymienione osoby nadzorowały prace w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej w Spółdzielni Mieszkaniowej PIAST w Katowicach w okresie od 08 maja 2013 r. do 01 grudnia 2014 r. Okres wykonywania nadzoru do 01 grudnia 2014 r., co wynika z daty wystawionych przez Spółdzielnię Mieszkaniową PIAST z Katowic Referencji (Referencje wystawione w dniu 01 grudnia 2014 r.) załączonych zgodnie z wymaganiami do oferty na potwierdzenie oświadczenia zawartego w pkt 5 *Formularza ofertowego*. Wystawione w dniu 01 grudnia 2014 r. referencje nie mogły co oczywiste dotyczyć okresu po 01 grudnia 2014 r. Ze złożonego wraz z wyjaśnieniami Poświadczenia z dnia 16 maja 2019 r. wystawionego przez Spółdzielnię Mieszkaniową PIAST z Katowic wynika jednoznacznie, że Pani A. L.-P., Pani K. S. oraz Pan S. G. *pełnili funkcję osób nadzorujących prace związane z utrzymaniem czystości na terenie zarządzanych przez spółdzielnię, w szczególności na terenach wielorodzinnej zabudowy* w okresie od 01 stycznia 2015 r. do nadal, tj. 16 maja 2019 r. Z powyższego dokumentu - Poświadczenia wynika w sposób oczywisty, że Pani A. L.-P., Pan K. S. oraz Pan S. G. nie pełnili przedmiotowego nadzoru w okresie wskazanym w poz. 5 tabeli w *Formularzach Ofertowych* Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia, tj. od 08 maja 2013 r. do 01 grudnia 2014 r. W związku z powyższym okres od 08 maja 2013 r. do 01 grudnia 2014 r. nie może być zgodnie z zasadami określonymi w pkt 13.4.2. SIWZ

uznany za podstawę do przyznania Ofercie Nr 1 Konsorcjum BIO-EKOS punktów w kryterium oceny ofert *Doświadczenie osoby wskazanej do nadzoru* w zakresie Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia.

2. W zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do nadzoru nad realizacją usługi w Spółdzielni Mieszkaniowej GÓRNIK z Jaworzna wykazanych w poz. 2 tabeli w *Formularzach Ofertowych* Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia — doświadczenia nie posiadają Pani K. S. oraz Pan S. G. . W poz. 2 tabeli *Formularzy Ofertowych* Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia Konsorcjum BIO-EKOS oświadczyło, że następujące osoby: Pani A. L.-P., Pani K. S. oraz Pan S. G. nadzorowały prace w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej w Spółdzielni Mieszkaniowej GÓRNIK z Jaworzna w okresie od 01 lipca 2011 r. do 31 marca 2015 r. Ze złożonego wraz z wyjaśnieniami Poświadczenia z dnia 17 maja 2019 r. wystawionego przez Spółdzielnię Mieszkaniową GÓRNIK z Jaworzna wynika jednoznacznie, że w okresie od 01 lipca 2011 r. do 31 marca 2015 r. jedynie Pani A. L.-P. *pełniła funkcję nadzoru prac związanych z utrzymaniem czystości na terenie wielorodzinnej zabudowy mieszkalnej*. Z powyższego dokumentu - Poświadczenia wynika w sposób oczywisty, że Pani K. S. oraz Pan S. G. nie pełnili przedmiotowego nadzoru w okresie wskazanym w poz. 2 tabeli w *Formularzach Ofertowych* Części 1 i 3 zamówienia tj. od 01 lipca 2011 r. do 31 marca 2015 r.

3. Z posiadanych przez Odwołującego pisemnych oświadczeń osób (Pani T. G., Pani P. P., Pani W. B. oraz Pani U. M.) wykonujących czynności sprzątania na terenach MZBM Tychy w 2011 i 2012 roku wynika, że w okresie od 02 maja 2011 r. do 30 kwietnia 2012 r. nadzór nad realizacją usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej w MZBM Tychy sprawowała Pani E. L..

Dowody: oświadczenie Pani T. G. z dnia 13 czerwca 2019 r., oświadczenie Pani P. P. z dnia 14 czerwca 2019 r., oświadczenie Pani W. B. z dnia 13 czerwca 2019 r. oraz oświadczenie Pani U. M. z dnia 14 czerwca 2019 r. (załączniki do odwołania).

Odwołujący stwierdził, iż sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała przedłożone pisemne oświadczenia wyżej wymienionych osób za niewystarczające w zakresie udowodnienia, że Pan S. G. w okresie od maja 2011 r. do maja 2012 r. nie sprawował nadzoru nad realizacją prac w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej podległej MZBM Tychy przez okres 12 miesięcy, Odwołujący z ostrożności procesowej (jak wskazał) wnioskuje o powołanie wyżej wymienionych osób na świadków w przedmiotowej sprawie.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Pan S. G. nie posiada 12 miesięcy doświadczenia w sprawowaniu nadzoru nad realizacją prac w zakresie utrzymania czystości

na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej podległej MZBM Tychy wykazanego w pkt 5 poz. 1 Formularza Ofertowego Części 1 zamówienia. Okres od 02 maja 2011 r. do 01 maja 2012 r. nie może być zgodnie z zasadami określonymi w pkt 13.4.2. SIWZ uznany za podstawę do przyznania Ofercie Nr 1 Konsorcjum BIO-EKOS punktów w kryterium oceny ofert Doświadczenie osoby wskazanej do nadzoru w zakresie Części 1 zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający niezgodnie ze stanem faktycznym wynikającym w szczególności z zebranych dokumentów przyjął, że niżej wymienione osoby posiadają określone doświadczenie:

- 1) Pan S. G. w Części 1 zamówienia: doświadczenie wskazane w oświadczeniu złożonym przez Konsorcjum BIO-EKOS w poz. 1, 2 i 5 tabeli w *Formularzu Ofertowym* Części 1 zamówienia.
- 2) Pani A. L.-P. w Części 2 i 5 zamówienia: doświadczenie wskazane w oświadczeniach złożonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w poz. 5 tabeli w *Formularzach Ofertowych* Części 2 i 5 zamówienia.
- 3) Pani K. S. w Części 3 zamówienia: doświadczenie wskazane w oświadczeniu złożonym przez Konsorcjum BIO-EKOS w poz. 2 i 5 tabeli w *Formularzu Ofertowym* Części 3 zamówienia.

- podczas gdy osoby te we wskazanych okresach nie wykonywały czynności nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej przez okres 12 miesięcy.

Odwołujący stwierdził, iż w tym stanie rzeczy (w sytuacji, gdyby Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut przedstawienia nieprawdziwych informacji) Konsorcjum BIO-EKOS powinno otrzymać, zgodnie z zasadami określonymi w pkt 13.4.2. SIWZ w kryterium oceny ofert *Doświadczenie osoby wskazanej do nadzoru* odpowiednio:

- w zakresie Części 1: 0,00 pkt (łącznie: 80,00 pkt);
- w zakresie Części 2: 10,00 pkt (łącznie: 90,00 pkt);
- w zakresie Części 3 - 5,00 pkt (łącznie: 85,00 pkt);
- w zakresie Części 5: 10,00 pkt (łącznie: 90,00 pkt).

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w oparciu o zebrane materiały zobowiązany był wykluczyć Konsorcjum BIO-EKOS z udziału w Postępowaniu w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie istotnych informacji dotyczących doświadczenia w sprawowaniu nadzoru nad wykonywaniem usług nadzorowania prac w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej przez Panią A. L.-P., Panią K. S. oraz Pana S. G. . Wskazał, iż powyższe informacje mają istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu w zakresie oceny ofert, a

tym samym na wynik Postępowania - wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum BIO-EKOS.

#### Zarzut nr 3 i 4:

Odwołujący wskazał, iż w dniu 19 kwietnia 2019 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Konsorcjum BIO-EKOS z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie Części 1, 2, 3, 4 i 5 zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 23 kwietnia 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS udzieliło wyjaśnień. W treści pisma zawarty został zapis *UWAGA! Informacje zawarte w niniejszym wyjaśnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.* W trzech kolejnych pismach - wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - z dnia 29 kwietnia 2019 r. oraz z dnia 13 i 20 maja 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwoływało się do zastrzeżenia poczynionego w piśmie z dnia 23 kwietnia 2019 r. W dniu 7 czerwca 2019 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie Protokołu Postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami powstałymi po dniu otwarcia ofert w zakresie Części 1, 2, 3 i 5 zamówienia. W dniu 10 czerwca 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu „dokumentację przetargową” informując jednocześnie, że Konsorcjum BIO-EKOS zastrzegło, że informacje zawarte w odpowiedziach udzielonych na wezwanie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym ww. dokumenty nie zostały udostępnione.

Odwołujący wskazał, iż art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takiego wykazania — uzasadnienia zastrzeżenia poczynione przez Konsorcjum BIO-EKOS nie zawiera. Za takie uzasadnienie nie może być uznane zdawkowe stwierdzenie *UWAGA! Informacje zawarte w niniejszym wyjaśnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.* Na stronie 11 *Wniosku Komisji Przetargowej* z dnia 5 czerwca 2019 r. znajduje się lakoniczny zapis: *“Na podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, Zamawiający stwierdza, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską”.* Powyższe świadczy o tym, że skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiotowej sprawie nie była przedmiotem badania i oceny przez Zamawiającego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenie za skuteczne. Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w Postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym narusza art.



8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne utrzymywanie tajności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę, na które to okoliczności uwagę Zamawiającego mógłby zwrócić Odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów. Odwołujący zauważył, iż możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 1 lipca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. W treści ww. pisma Zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

#### Zarzut nr 1 i 2:

Zamawiający wskazał, iż z postanowienia zawartego w pkt. 13.4.2 SIWZ wynika, że dokumentem kształtującym treść oświadczenia wykonawcy w zakresie kryterium nr 2 jest wyłącznie formularz ofertowy, w którym wykonawca winien wskazać z imienia i nazwiska osobę wyznaczoną do nadzoru, nazwę podmiotu, na rzecz którego wykonywany był nadzór, datę wykonywania usługi objętej nadzorem (datyienne z umowy) oraz okres sprawowanego nadzoru. Natomiast warunkiem koniecznym dla przyznania punktów było przedłożenie wraz z ofertą dokumentów, potwierdzających, iż usługi, nadzorowane przez wskazaną osobę, były wykonane/ są wykonywane w sposób rzetelny i terminowy, analogicznie jak to mam miejsce w przypadku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej gdzie dla Zamawiającego wiążąca jest treść wykazów, a referencje lub inne dokumenty mają potwierdzać wyłącznie fakt należytego wykonania dostaw lub usług, szczegółowo opisanych przez wykonawcę w wykazie. Z treści wskazanego postanowienia SIWZ nie wynikała konieczność złożenia do Formularza ofertowego imiennych referencji wystawionych wyłącznie na osoby wskazane przez wykonawcę w treści oferty do pełnienia nadzoru. Przeciwnie, z treści SIWZ wynika, że dokumenty referencje składane przez wykonawców na potwierdzenie doświadczenia osoby wskazanej w formularzu ofertowym potwierdzały jedynie, że usługi były wykonane/ są wykonywane w sposób rzetelny i terminowy. Biorąc po uwagę powyższe, Zamawiający przyznawał punkty w zakresie kryterium nr 2 bazując na oświadczeniu wykonawcy zawartym w formularzu ofertowym i załączonych do wykazu referencjach bez względu na fakt czy z ich treści wynikało imię i nazwisko osoby

wskazanej przez wykonawcę do pełnienia nadzoru w treści formularza ofertowego. Powyższe rozwiązanie było podyktowane względami praktycznymi - wykonawcy nie mają wpływu na treść wystawianych referencji, które zwyczajowo odnoszą się wyłącznie do świadczonej usługi, jej okresu, jakości wykonania i wartości, a nie osób nadzorujących należyte wykonanie umowy.

Zamawiający wskazał również, iż zakres umowy, w celu zawarcia której prowadzone jest Postępowanie, jest bardzo szeroki. Powyższe miało miejsce również w przypadku uprzednio zawartych umów w zakresie „utrzymania terenów zewnętrznych”. Nie można zatem wykluczyć sytuacji, w której w ramach jednej umowy kilka osób sprawowało nadzór nad jej należyтым wykonaniem. Zamawiający nie zastrzegł również w postanowieniach SIWZ, aby w ramach kryterium nr 2 miał być oceniany nadzór nad umową sprawowany wyłącznie przez jedną osobę. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że umowy, których przedmiotem są szeroko rozumiane „usługi utrzymania terenów zewnętrznych” wymagają nadzoru sprawowanego przez większą liczbę osób. Zamawiający przykładowo wskazał na treść pisma Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś”, z którego wynika, iż w ramach jednej umowy nadzór pełniło 5 osób. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z umową z dnia 29 maja 2017 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym osobą wyznaczoną do nadzoru jest Pani K. G., natomiast faktyczny nadzór sprawują także dwie inne osoby, niewskazane w umowie (Pani I. C. oraz Pani B. W.).

Zdaniem Zamawiającego nieprawidłowym jest zatem przyjęcie założenia, że brak wskazania z imienia i nazwiska - w treści referencji lub w treści umowy - danej osoby oznacza, że osoba ta faktycznie nie pełniła nadzoru w zakresie wystarczającym do uzyskania doświadczenia ocenianego w ramach kryterium nr 2. Nie oznacza to również, że Konsorcjum BIO-EKOS wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając w treści formularza ofertowego nieprawdziwe informacje i powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

- *W odniesieniu do pozycji nr 5 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” w Katowicach:*

Zamawiający wskazał, iż z treści oświadczenia Konsorcjum BIO-EKOS zawartego w pozycji nr 5 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) czytanego łącznie z przedłożonymi referencjami złożonymi wraz z ofertą wynika, że usługa objęta umową nr KF/33/2013 realizowana była przez okres co najmniej 18 miesięcy, a zatem Konsorcjum BIO-EKOS wykazało, że osoby wymienione w treści formularza ofertowego tj. odpowiednio Pani A. L.-P., Pani K. S. oraz Pan S. G. posiadają doświadczenie warunkujące przyznanie po 5,00 pkt w ramach kryterium nr 2. Składając wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum BIO-EKOS jednocześnie potwierdziło oświadczenie złożone pierwotnie w treści oferty. Niezależnie od wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się z

pytaniem do uprzedniego zamawiającego tj. Spółdzielni Mieszkaniowej „Piast” w Katowicach: kto z ramienia Wykonawcy BIO EKOS pełnił nadzór nad realizacją prac w ramach umowy nr KF/33/2013, a więc umowy dla której referencje złożono wraz z ofertą. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, Spółdzielnia Mieszkaniowa „Piast” wskazała, że w ramach umowy nr KF/33/2013, której przedmiotem było koszenie i grabienie trawy oraz kompleksowe utrzymanie czystości terenów leżących w zasobach spółdzielni, nadzór pełniła m.in. P. A. L.-P., P. S. G., P. K. S. (pismo Zamawiającego z dnia 14 maja 2019 r., znak: DTE-341/289/05/2019 oraz odpowiedź Spółdzielni Mieszkaniowej „Piast”, z dnia 16 maja 2019 r., znak: L.dz.TAI/130/2019). Poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej „Piast” w Katowicach z dnia 16 maja 2019 r. załączone do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, a dotyczące innego okresu niż wynikający ze wskazania Konsorcjum BIO-EKOS w treści formularza ofertowego, z oczywistych względów nie było brane pod uwagę przez Zamawiającego przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium nr 2. Przyznając punkty w ramach pozycji nr 5, Zamawiający bazował wyłącznie na pierwotnym oświadczeniu Konsorcjum BIO-EKOS zawartym w formularzu ofertowym oraz referencjach złożonych wraz z ofertą. Ponadto ww. poświadczenie potwierdza wyłącznie fakt sprawowania nadzoru przez Panią A. L.-P., Panią K. S. oraz Pana S. G. w terminie od 01.01.2015 r. Nie sposób natomiast z jego treści wywieść negowania sprawowania nadzoru przez ww. osoby we wcześniejszym okresie, wskazanym przez Konsorcjum BIO-EKOS w treści formularza ofertowego.

- *W odniesieniu do pozycji nr 2 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Górnik” Administracji Domów Spółdzielczych nr 3 w Jaworznie:*

Zamawiający podkreślił, że uzupełnienie referencji warunkujących przyznanie punktów w ramach kryterium nr 2 nie było dopuszczalne w świetle postanowień SIWZ i żadne „dodatkowe” referencje, poświadczenia lub dokumenty złożone po terminie składania ofert nie były brane pod uwagę przez Zamawiającego w zakresie przyznawanych punktów. Tego rodzaju dokumenty Zamawiający, przy ocenie w ramach kryterium nr 2, traktował wyłącznie jako element wyjaśnień. Dlatego też Poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej „Górnik” z dnia 17 maja 2019 r. należało ocenić przez pryzmat oświadczenia wykonawcy zawartego w złożonych wyjaśnieniach tj. braku możliwości wymuszenia na wystawcy referencji zawarcia w dokumencie określonych treści, a nie jako dowód nadzorowania usługi w ramach umowy wyłącznie przez jedną osobę, tj. przez Panią A. L.- P. .

- *W odniesieniu do pozycji nr 1 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach (dalej także jako „MZBM Tychy”):*

Zamawiający wskazał, iż upływ czasu oraz bieżące brakowanie dokumentów spowodowało, że Zamawiający dysponuje wyłącznie edytowalną wersją umowy z dnia 2 maja 2011 r., nr DTE - 342/U/68/05/2011, na którą powołuje się Konsorcjum BIO-EKOS w treści formularza ofertowego i dla której wraz z ofertą przedłożono list referencyjny z dnia 7 września 2012 r. W treści ww. umowy, w § 4 ust 3 wskazano, że „3. Nad prawidłowym przebiegiem realizacji usług ze strony Wykonawcy nadzór pełni: K. S. tel. kom. (...)”. Niemniej jednak po szczegółowej weryfikacji dokumentów księgowych związanych z realizacją ww. umowy, będących w posiadaniu Zamawiającego, należy zdaniem Zamawiającego przyjąć, że oświadczenia Konsorcjum BIO-EKOS zawarte w treści formularza ofertowego, a dotyczące doświadczenia w sprawowaniu nadzoru przez Panią A. L.- P., Panią K. S. oraz Pana S. G. są zgodne ze stanem faktycznym. Powyższe założenie wynika z faktu, że Zamawiający dysponuje oryginałami „Protokołu potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/ 2011 z dnia 02.05.2011 r.” podpisanymi przez kilka różnych osób, które z ramienia Wykonawcy BIO-EKOS były wyznaczone do pełnienia nadzoru, a które to protokoły były załącznikami do oryginałów Faktur Vat Wykonawcy BIO-EKOS.

Jako dowody Zamawiający załączył do odwołania kopie następujących faktur vat wraz z protokołami potwierdzającymi należyte wykonanie obowiązków umownych:

- nr 9/2012 (gdzie Protokół potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/2011 z dnia 02.05.2011 r. oraz rozliczenie prac został podpisany przez Panią K. S.);
- nr 39/2012 (gdzie Protokół potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/2011 z dnia 02.05.2011 r. oraz rozliczenie prac został podpisany przez Panią K. S.);
- nr 81/2012 (gdzie Protokół potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/2011 z dnia 02.05.2011 r. oraz rozliczenie prac został podpisany przez Panią A. L. – P.);
- nr 142/2012 (gdzie Protokół potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/2011 z dnia 02.05.2011 r. oraz rozliczenie prac został podpisany przez Panią E. L.).

Ponadto Zamawiający wskazał, iż na Rejonie Obsługi Mieszkańców nr I, pomimo brakowania dokumentów, zachowały się kopie Faktur VAT wraz z protokołami potwierdzenia należytego wykonania zakresów obowiązków określonych w załączniku nr 3 do umowy nr DTE - 342/U/68/05/2011 z dnia 02.05.2011 r. oraz rozliczeniem prac podpisanymi przez kolejne osoby. Przykładowo Zamawiający wskazuje na faktury o następujących numerach: 269/2011,

270/2011, 271/2011, 272/2011, 273,2011, 274/2011, gdzie rozliczenie prac zostało podpisane przez Panią K. K. .

Zamawiający stwierdził, iż biorąc pod uwagę okoliczności szczegółowo opisane na str. 5 odpowiedzi na odwołanie (np. wskazanie w treści umowy jako osoby wyznaczonej do nadzoru jednej osoby, a faktycznego wykonywania nadzoru przez kilka innych osób) oraz fakt brakowania dokumentów ze względu na upływ czasu, Zamawiający nie ma dowodów, że Konsorcjum BIO-EKOS składając oświadczenia w treści formularza ofertowego, a dotyczące doświadczenia w sprawowaniu nadzoru przez Panią A. L.-P., Panią K. S. oraz Pana S. G., wprowadziło Zamawiającego w błąd. Przeciwnie szczegółowa analiza dokumentów lub kopii dokumentów, które nadal są w posiadaniu Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że faktyczny nadzór na wykonywaniem usługi realizowanej w ramach umowy z dnia 02.05.2011 r. nr DTE - 342/U/68/05/2011 pełniło kilka różnych osób i to nie tylko tych wynikających z treści oświadczenia Konsorcjum BIO-EKOS, złożonego w treści formularza ofertowego.

#### Zarzut nr 3 i 4:

Zamawiający poinformował, iż w wyniku ponownej analizy zdecydował o konieczności uwzględnienia żądania Odwołującego zwartego w pkt II.5 odwołania, tj. przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie Części 1 zamówienia złożonych przez Konsorcjum BIO-EKOS, które miało miejsce w piśmie z dnia 23.04.2019 r. (data wpływu do Zamawiającego: 25.04.2019 r.), kierowanym do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 kwietnia 2019 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował, iż uzasadnienie zastrzeżenia treści wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przekazane Odwołującemu drogą elektroniczną dnia 26 czerwca 2019 r. (dowód: wydruk ze skrzynki e-mail Zamawiającego). Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że Konsorcjum BIO-EKOS uzasadniło zastrzeżenie treści wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w piśmie z dnia 23 kwietnia 2019 r., a w kolejnych pismach powoływało się na pierwsze zastrzeżenie. Uwzględniając żądanie Odwołującego sprecyzowane w treści odwołania z dnia 17 czerwca 2019 r., Zamawiający przekazał zatem Odwołującemu pełną treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum BIO-EKOS.

Jednocześnie Zamawiający podtrzymał swoją decyzję w zakresie uznania wyjaśnień Konsorcjum BIO-EKOS składanych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako skutecznie zastrzeżonych. Powyższa decyzja podyktowana była faktem, że wyjaśnienia Konsorcjum BIO-EKOS zawierały szczegółowe wyliczenia wskazanych pozycji formularza ofertowego tj. konkretne dane cenotwórcze, w szczególności koszty

osobowe za jeden dzień pracy, zysk wykonawcy, koszt zużytego paliwa, koszt ubezpieczenia, koszty amortyzacji, koszty ogólnozakładowe, a więc koszty będące głównymi elementami cenotwórczymi. Ponadto załączone do wyjaśnień dowody tj. rachunek zysków i strat, lista środków trwałych oraz kalkulator obciążeń składowych pracodawcy są danymi wrażliwymi, które Konsorcjum BIO-EKOS ujawniło wyłącznie Zamawiającemu, celem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 18 czerwca 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Stanowisko w sprawie Konsorcjum BIO-EKOS przedstawiło w piśmie wniesionym do Prezesa Izby w dniu 1 lipca 2019 r. wskazując w szczególności, co następuje:

Zarzut nr 1 i 2:

W odniesieniu do pozycji nr 5 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Piast” w Katowicach Przystępujący stwierdził, iż w opisie kryterium Zamawiający wskazał, że dodatkowe punkty będą przyznawane za każdą wskazaną usługę (trwającą 12 miesięcy), a nie długość okresu świadczonej usługi (za każde dodatkowe 12 miesięcy wykonywania nadzoru). Okres wynikający z samego poświadczenia SM „Piast” dawał możliwość przyznania ofercie Przystępującego dodatkowej punktacji bez względu na daty wskazane w formularzu ofertowym. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja jest nieadekwatna do brzmienia zapisów SIWZ oraz nie potwierdza zasadności formułowanego zarzutu. Jako załącznik do pisma Przystępujący przedstawił poświadczenie od SM „Piast” stanowiące uzupełnienie wcześniejszego oświadczenia - potwierdzające fakt sprawowania nadzoru przez ww. osoby również w okresie od 08.05.2013 r. do 31.12.2014 r..

Następnie Przystępujący stwierdził, że treść złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci oświadczeń pań zatrudnionych jako sprzątaczkę budzi wiele zastrzeżeń - ich analiza może sugerować, że ich brzmienie było uzgadniane (identyczna treść oświadczeń, analogiczna forma graficzna - rozkład danych), osoby podpisujące oświadczenie nie posiadają wiedzy na temat kluczowych dla sprawy faktów (*„nadzór nad utrzymaniem czystości sprawowała Pani, której imienia nie pamiętam”* - vide: oświadczenie p. P. oraz p. B.), w oświadczeniach wskazano, że ww. osoby zostały zatrudnione do świadczenia usług sprzątnięcia w lutym (p. U. M.) / maju 2011 r. (p. P. P., p. W. B.), natomiast umowa Przystępującego ze spółdzielnią została zawarta 01 lipca 2011 r. (!) (umowa z dnia 01 lipca 2011 r. - załącznik nr 2 do niniejszego pisma Przystępującego). Innymi słowy ww. osoby poświadczyły, że brały udział w zamówieniu na rzecz SM „Górnik” zanim Przystępujący zawarł ze spółdzielnią umowę na wykonywanie usług utrzymania czystości. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, że

przedłożone przez Odwołującego dokumenty nie stanowią miarodajnego źródła wiedzy na temat podnoszonych w odwołaniu okoliczności, zatem nie powinny stanowić one podstawy do wydania przez Izbę orzeczenia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do faktu, że w poświadczeniu SM „Górnik” wskazano jedynie p. L. – P. Przystępujący wskazał, że - zgodnie z wymaganiami SIWZ - w toku postępowania wyjaśniającego złożył obszernie wyjaśnienia, w których opisał okoliczności związane z zaangażowaniem osób wskazanych do realizacji zamówienia w wykonywaniu nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości. Wyjaśnił, że pozyskanie od podmiotu zewnętrznego imiennego (personalnego) poświadczenia wykonywania określonych czynności w ramach konkretnego zamówienia - w sytuacji, w której to od wewnętrznej struktury zatrudnienia wykonawcy wynika przydział określonych zadań - w wielu przypadkach nie jest możliwe. Zamawiający nie określił wymogu legitymowania się doświadczeniem na określonym stanowisku, ale wykazanie, że personel wykonawcy posiada doświadczenie w wykonywaniu określonych czynności.

Przystępujący przedstawił dowody na potwierdzenie faktu, że p. S. oraz p. G. posiadają doświadczenie wskazane w formularzu ofertowym:

- oświadczenia członków Zarządu Przystępującego, że p. G., p. S. oraz p. L.-P. posiadają doświadczenie w sprawowaniu nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej na rzecz SM „Górnik”;
- oświadczenia własne p. L. – P., p. S. oraz p. G. potwierdzające, że legitymują się doświadczeniem w sprawowaniu nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej na rzecz SM „Górnik”.

#### Zarzuty nr 3 i 4:

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, iż Przystępujący nie zastrzegł w sposób skuteczny wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej z uwagi na brak uzasadnienia, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, Przystępujący wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego takie uzasadnienie zostało zawarte na stronach 20-22 wyjaśnień z dnia 23 kwietnia 2019 r. Przystępujący wskazał iż w ww. uzasadnieniu:

- opisał środki podjęte w celu zachowania poufnego charakteru zastrzeganych wyjaśnień,
- oświadczył, że dokumenty powstały na potrzeby postępowania (nie były wcześniej upubliczniane),
- wskazał dlaczego uważa, że mają one wartość gospodarczą, co zostało dopełnione stanowiskiem orzecznictwa KIO.

W ocenie Przystępującego ww. okoliczności potwierdzają, że dokumenty zasługują na status tajemnicy przedsiębiorstwa.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt. 13.4.2 SIWZ, na które powoływali się wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego, *Wykonawcy zostaną przyznane w przedmiotowym kryterium punkty za doświadczenie osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do nadzoru nad realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający przyzna Wykonawcy 5 pkt za każde doświadczenie wykazane w formularzu ofertowym dotyczące sprawowania nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej przez okres 12 miesięcy. Przez nadzór należy rozumieć sprawdzanie jakości, zakresu i terminu wykonywanych lub wykonanych prac. Na potwierdzenie zadeklarowanego przez Wykonawcę doświadczenia, Zamawiający wymaga przedłożenia referencji bądź innych dokumentów (w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem), potwierdzających, iż usługi, nadzorowane przez wskazaną osobę, były wykonane/są wykonywane w sposób rzetelny i terminowy.*

*W przypadku braku wpisania w formularzu ofertowym ww. doświadczenia, Zamawiający przyzna Wykonawcy w tym kryterium „0” punktów, w przypadku wskazania ilości większej niż 4 (12 miesięcy odpowiada ilości 1), Zamawiający przyzna Wykonawcy maksymalnie 20 punktów w tym kryterium.*

*W sytuacji braku dokumentów potwierdzających wykazane doświadczenie, Zamawiający przyzna w tym kryterium „0” punktów.*

Izba ustaliła, iż istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okoliczności faktyczne związane z przebiegiem Postępowania, wskazywane przez uczestników postępowania odwoławczego, znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania, tj. w szczególności:

- *W odniesieniu do pozycji nr 5 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Piast” w Katowicach:*

Konsorcjum BIO-EKOS w pozycji nr 5 tabeli (w zakresie części nr 1, 2, 3 i 5) wskazał, że odpowiednio Pan S. G. (1), Pani A. L.- P. (2 i 5), Pani K. S. (3) pełnili usługi nadzoru nad pracami utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej w



Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” w Katowicach w okresie od 8 maja 2013 r. do nadal. W odniesieniu do ww. pozycji nr 5 formularza ofertowego złożono referencję Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” z Katowic z dnia 1 grudnia 2014 r. potwierdzającą, że umowa nr KF/33/2013, której przedmiotem jest „Koszenie trawy wraz z jej grabieniem na zasobach Spółdzielni Mieszkaniowej „PIAST”, obowiązująca od dnia 8 maja 2013 r. do nadal, wykonywana jest z należytą starannością i terminowo.

Pismem z dnia 14 maja 2019 r. Zamawiający zwrócił się z pytaniem do Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” w Katowicach: kto z ramienia wykonawcy pełnił nadzór nad realizacją prac w ramach umowy nr KF/33/2013. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Spółdzielnia Mieszkaniowa „Piaś” wskazała, że w ramach ww. umowy nadzór pełniła m.in. P A. L.-P., P. S. G., P. K. S. (pismo Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” z dnia 16 maja 2019 r.).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 16 maja 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS między innymi złożyło dodatkowe Poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej „Piaś” z dnia 16 maja 2019 r. dotyczące Pani A. L.- P., Pana S. G. oraz Pani K. S. w odniesieniu do umów obowiązujących w okresie od 1 stycznia 2015 r. do nadal.

- *W odniesieniu do pozycji nr 2 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Górniki”:*

Konsorcjum BIO-EKOS w pozycji nr 2 tabeli (w zakresie części nr 1, 2, 3 i 5) wskazało, że odpowiednio Pan S. G. (1), Pani A. L.- P. (2 i 5), Pani K. S. (3) pełnili usługi nadzoru nad w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej w Spółdzielni Mieszkaniowej „GÓRNIKI” Administracja Domów Spółdzielczych nr 3 w Jaworznie w okresie od 1 lipca 2011 r. do 31 marca 2015 r. W odniesieniu do ww. pozycji formularza ofertowego złożono referencje Spółdzielni Mieszkaniowej „Górniki” potwierdzające wykonanie z należytą starannością oraz terminowo przez BIO-EKOS Spółka Cywilna z siedzibą w Nowym Chechle zamówienia w zakresie usług polegających na sprzątaniu i dozorowaniu stanu techniczno-użytkowego budynków oraz terenów przyległych do budynków spółdzielczych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 16 maja 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS między innymi złożyło dodatkowe Poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej „Górniki” z dnia 17 maja 2019 r. dotyczące Pani A. L.- P. .

Pismo Zamawiającego z dnia 17 maja 2019 r. do Spółdzielni Mieszkaniowej „Górniki” pozostało bez odpowiedzi.

- *W odniesieniu do pozycji nr 1 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach:*

Konsorcjum BIO-EKOS w pozycji nr 1 (w zakresie części nr 1, 2, 3 i 5) wskazało, że odpowiednio Pan S. G. (1), Pani A. L.- P. (2 i 5), Pani K. S. (3) pełnili usługi nadzoru w zakresie

utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej będących w zarządzie MZBM Tychy w okresie od 2 maja 2011 r. do 1 maja 2012 r. W odniesieniu do ww. pozycji formularza ofertowego złożono List Referencyjny MZBM Tychy z dnia 7 września 2012 r. potwierdzający należyte i terminowe wykonanie prac przez BIO-EKOS Spółka Cywilna na podstawie umowy z dnia 2 maja 2011 r., nr DTE - 342/U/68/05/2011.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 16 maja 2019 r. Konsorcjum BIO-EKOS podtrzymało oświadczenie zawarte w ww. zakresie w formularzu ofertowym, wskazując jednocześnie na brak możliwości świadczenia usług nadzoru wyłącznie przez jedną osobę.

Ponadto, na podstawie dowodów złożonych przez strony – w odniesieniu do *pozycji nr 1 tabeli (pkt 5 formularza ofertowego) tj. usługi wykonanej na rzecz Zamawiającego: Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach* Izba ustaliła, co następuje:

Dowody załączone przez Odwołującego do odwołania stanowią oświadczenia czterech pań pracujących w charakterze sprzątaczek na osiedlu A w Tychach. Ww. osoby oświadczyły, iż w okresie wskazanym w oświadczeniach (za wyjątkiem oświadczenia Pani T. G., w którym okres ten nie został wprost podany) nadzór nad wykonaniem prac sprawowała Pani E. L., natomiast w przypadku oświadczenia Pani P. P. oraz Pani W. B. wskazana została również inna pani, sprawująca nadzór w miesiącu maju 2011 r.

Izba uznała, iż ww. oświadczenia nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na potwierdzenie tego, iż wyłącznie Pani E. L. sprawowała nadzór nad realizacją prac w ramach umowy na rzecz Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach z następujących powodów:

Z treści ww. oświadczeń wynika, iż w ramach przedmiotowej umowy osobą sprawującą nadzór była wyłącznie (za wyjątkiem jednego miesiąca w przypadku dwóch oświadczeń) Pani E. L., tymczasem ze stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego (a zatem podmiotu, na rzecz którego umowa była wykonywana) i przedstawionych przez niego dowodów w postaci faktur Vat wraz z protokołami wynika, iż osób sprawujących faktyczny nadzór było kilka, w tym zarówno Pani K. S. jak i Pani A. L.-P. . Co więcej, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, Pani K. S. została wręcz wskazana jako osoba pełniąca nadzór w treści zawartej umowy. Zestawienie ww. dokumentów z treścią oświadczeń załączonych do odwołania doprowadziło Izbę do uznania, iż oświadczenia te mogą potwierdzać co najmniej wycinek okoliczności faktycznych związanych z realizacją umowy na rzecz MZBM Tychy, w odniesieniu do kręgu osób pełniących nadzór nad jej prawidłowym wykonaniem. Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż okres realizacji umowy oraz moment złożenia ww. oświadczeń dzieli 7 – 8 lat. Potwierdza to także fakt, iż w ramach stanowiska ustnego

przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie pełnomocnik Odwołującego wskazał, iż osobą sprawującą nadzór był jeszcze pan, który pojawiał się w czasie urlopu Pani L. – o którym jednak nie ma mowy w treści złożonych oświadczeń, mimo że w dwóch oświadczeniach wspomniano także panią, która pełniła nadzór przez pierwszy miesiąc realizacji umowy. Niezależnie od powyższego Izba wzięła również pod uwagę fakt, iż dwie z pań, które złożyły przedmiotowe oświadczenia, następnie występowały w toku postępowania odwoławczego w charakterze pełnomocników Odwołującego. Natomiast w odniesieniu do kwestii identycznego sposobu sformułowania ww. oświadczeń jak i analogicznej formy graficznej (rozkład danych), tj. kwestii podnoszonej przez Przystępującego, Izba uznała, iż po pierwsze treść tych oświadczeń nie jest identyczna, choć istotnie bardzo podobna, natomiast w zasadzie identyczna jest forma graficzna (rozkład danych). Powyższe w ocenie Izby nie stanowiło jednak wystarczającego powodu do zakwestionowania ww. oświadczeń. Izba wzięła bowiem pod uwagę fakt, iż jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy składające przedmiotowe oświadczenia są osobami wykonującymi pracę fizyczną (sprzątanie) i prawdopodobnie nie mającymi na co dzień do czynienia ze sporządzaniem pisemnych, sformalizowanych oświadczeń, w szczególności w celu złożenia takiego oświadczenia na potrzeby określonego postępowania. Ewentualna pomoc osoby trzeciej wyłącznie w sposobie sformułowania danego oświadczenia w okolicznościach niniejszej sprawy nie stanowiłaby jeszcze podstawy do stwierdzenia, że samo oświadczenie jest nieprawdziwe. Ponadto wymaga zauważenia, iż argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Przystępującego jest tym bardziej nietrafiona, gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż również treść jak i forma graficzna oświadczeń p. L.-P., p. S. oraz p. G., załączonych przez Przystępującego do pisma z dnia 1 lipca 2019 r., jest niemal identyczna.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków (Pani P. P. oraz Pani W. B.) z uwagi na fakt, iż zgodnie z wnioskiem Odwołującego dowód ten miał zostać przeprowadzony na okoliczność tego, że nadzór sprawowany był przez Panią E. L., a nie inne osoby, a ponadto na okoliczność tego, że treść oświadczeń nie została uzgodniona. Na pierwszą z ww. okoliczności zostały już przedstawione dowody w postaci oświadczeń załączonych do odwołania (w tym osób wskazywanych na świadków), natomiast w odniesieniu do kwestii sposobu sformułowania tych oświadczeń Izba uznała, iż jest to okoliczność brana przez Izbę pod uwagę w ramach dokonywanej oceny dowodów.

Podsumowując, Izba uznała, iż oświadczenia załączone przez Odwołującego do odwołania nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na potwierdzenie tego, iż wyłącznie Pani E. L. sprawowała nadzór nad realizacją prac w ramach umowy na rzecz Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach, a osobami pełniącymi taki nadzór nie były osoby wskazane przez Przystępującego w formularzu ofertowym. Izba wzięła w tym zakresie również

pod uwagę fakt, iż sam Zamawiający, a zatem podmiot, na rzecz którego przedmiotowe prace zostały zrealizowane, oświadczył, iż w świetle posiadanej dokumentacji jak i wzięwszy pod uwagę upływ czasu, nie może stwierdzić, aby oświadczenia zawarte w ww. zakresie w formularzach ofertowych przez Przystępującego były nieprawdziwe.

Odnosząc się natomiast do dowodów złożonych przez Przystępującego (załączonych do pisma procesowego z dnia 1 lipca 2019 r.) Izba stwierdziła, iż:

- poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej „PIAST” z dnia 18 czerwca 2019 r. potwierdza treść oświadczeń Przystępującego zawartych w pozycji nr 5 pkt 5 formularzy cenowych, jednakże w tym zakresie za wystarczające Izba uznała dokumenty złożone uprzednio w Postępowaniu, tj. referencję Spółdzielni Mieszkaniowej „Piastr” z Katowic z dnia 1 grudnia 2014 r. oraz odpowiedź tego podmiotu udzieloną na zapytanie Zamawiającego (odpowiedź z dnia 16 maja 2019 r.);
- umowa zawarta pomiędzy BIO-EKO S.C. a Spółdzielnią Mieszkaniową „Górnika” z dnia 1 lipca 2011 r. nie miała istotnego znaczenia dla sprawy, albowiem została przedstawiona na potwierdzenie daty zawarcia tej umowy, jednakże Przystępujący błędnie przyjął, iż załączone do odwołania oświadczenia dotyczą realizacji ww. umowy, tymczasem dotyczyły one umowy wykonanej na rzecz MZBM Tychy;
- Oświadczenia członków Zarządu Przystępującego zostały potraktowane jako stanowisko własne tej strony;
- Oświadczenia p. L.-P., p. S. oraz p. G. Izba uznała za dowody częściowo (ze względu na brak podania w nich dat pełnienia nadzoru) potwierdzające treść oświadczeń złożonych przez Przystępującego w formularzach ofertowych złożonych w Postępowaniu.

Ponadto, bezsporną była okoliczność doręczenia Odwołującemu przez Zamawiającego uzasadniania zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Przystępującego, co miało miejsce w wyniku częściowego uwzględnienia odwołania.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie, w zakresie w jakim nie nastąpiło umorzenie postępowania odwoławczego, nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Zarzuty nr 1 i 2:**

Izba uznała, iż podstawowe znaczenie dla oceny ww. zarzutów ma treść postanowienia zawartego w pkt 13.4.2 SIWZ, na które powoływali się wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego. Zgodnie z ustalonym w ww. postanowieniu sposobie oceny oferty wykonawcy, w zakresie kryterium doświadczenie osoby wyznaczonej przez wykonawcę do nadzoru nad

realizacją przedmiotu umowy, Zamawiający miał przyznać wykonawcy 5 pkt za każde doświadczenie wykazane w formularzu ofertowym dotyczące sprawowania nadzoru nad świadczeniem usług utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej przez okres 12 miesięcy. Na potwierdzenie zadeklarowanego przez wykonawcę doświadczenia Zamawiający wymagał złożenia referencji bądź innych dokumentów potwierdzających, iż usługi, nadzorowane przez wskazaną osobę, były wykonane/są wykonywane w sposób rzetelny i terminowy. Jak słusznie podkreślał Zamawiający na rozprawie, z treści ww. postanowienia SIWZ nie wynikało, iż przyznanie wykonawcy punktów za wskazane w formularzu ofertowym doświadczenie danej osoby było uzależnione od złożenia referencji potwierdzających należyte wykonanie prac przez tę osobę. W ww. postanowieniu SIWZ mowa jest jedynie o przedstawieniu referencji bądź innych dowodów potwierdzających rzetelne i terminowe wykonanie/wykonywanie usług, które były/są przez daną osobę nadzorowane – tj. potwierdzające rzetelne i terminowe wykonanie/wykonywanie usług w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej. Nie chodziło o przedstawienie referencji dotyczących usług sprawowania nadzoru, jak i nie były wymagane referencje, w treści których wymieniona była z imienia i nazwiska osoba wskazana przez wykonawcę w odniesieniu do danej części zamówienia. Należy podkreślić, iż Zamawiający w trakcie przeprowadzania czynności oceny ofert związany jest ustalonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem dokonywania tej oceny, a odstępstwo w tym zakresie jest całkowicie niedopuszczalne. Mając to na uwadze należy stwierdzić, iż Zamawiający zasadnie przyznał Przystępujący punkty w kryterium doświadczenie osoby wyznaczonej przez wykonawcę do nadzoru nad realizacją przedmiotu umowy – w ramach części 1, 2, 3 i 5 zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w pozycjach 1, 2 i 5 tabeli zawartej w formularzach ofertowych. Przystępujący w ww. pozycjach tabeli zawartej w formularzach ofertowych wskazał doświadczenie, za które zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 13.4.2 SIWZ powinny mu zostać przyznane punkty w ww. kryterium oraz złożył referencje potwierdzające rzetelne i terminowe wykonanie usług, które były nadzorowane, tj. usług w zakresie utrzymania czystości na terenach wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż treść ww. referencji w zakresie, w jakim nie została objęta zarzutami zawartymi w odwołaniu, a do której Odwołujący odnosił się dopiero na rozprawie, nie podlegała ocenie ze strony Izby.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż ww. sposób dokonywania oceny oferty ustalony przez Zamawiającego w treści specyfikacji nie zamyka innemu wykonawcy możliwości zakwestionowania prawdziwości oświadczeń zawartych w konkurencyjnej ofercie. Aby odwołanie w tym zakresie zostało uznane za skuteczne, odwołujący obowiązany jest przedstawić dowody jednoznacznie wskazujące na niezgodność z prawdą oświadczeń

złożonych przez konkurencyjnego wykonawcę. Powyższe nie miało jednak miejsca w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W przypadku doświadczenia wskazanego w pozycji 5 tabeli zawartej w formularzu ofertowym (Spółdzielnia Mieszkaniowa „PIAST”) Odwołujący opierał podniesiony w tym zakresie zarzut na okoliczności braku całkowitej zbieżności dat sprawowania nadzoru wskazanych w treści formularza ofertowego z datami wskazanymi w wystawionych referencjach. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż w celu przyznania punktów w przedmiotowym kryterium nie było wymagane złożenie referencji potwierdzających cały okres wskazany w formularzu ofertowym. Co więcej, w świetle ww. postanowienia SIWZ Zamawiający w ogóle nie wymagał potwierdzenia tego okresu treścią złożonych referencji – wystarczające było, aby referencja potwierdzała rzetelne i terminowe wykonanie usług, które były identyfikowalne w sposób umożliwiający powiązanie treści referencji z treścią oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym. W świetle powyższego pierwotnie złożone referencje dotyczące realizacji usług na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „PIAST” były wystarczające dla przyznania Przystępującemu punktów w przedmiotowym kryterium. Z kolei w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w pozycji 2 tabeli zawartej w formularzu ofertowym (Spółdzielnia Mieszkaniowa „Górnik”) Odwołujący opierał przedstawiony w tym zakresie zarzut na fakcie objęcia treścią poświadczenia z dnia 17 maja 2019 r., dodatkowo złożonego przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyłącznie Pani A. L. – P. . Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż okoliczność złożenia przez wykonawcę dodatkowego poświadczenia w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, przy uwzględnieniu ich treści, nie może stanowić wystarczającego dowodu potwierdzającego, że inne osoby wskazane w tym zakresie przez Przystępującego nie pełniły nadzoru. Wymagana w tym miejscu dodania, iż Izba nie odnosiła się do przedstawionych na rozprawie twierdzeń Odwołującego dotyczących niewystarczającej treści referencji Spółdzielni Mieszkaniowej „Górnik” (dokument bez daty), tj. nie dokonywała oceny pod kątem tego, czy ich treść jest wystarczająca dla przyznania Odwołującemu punktów w przedmiotowym kryterium, albowiem taki zarzut nie został podniesiony w odwołaniu. Natomiast w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w pozycji nr 1 tabeli zawartej w formularzu ofertowym Odwołujący podniesiony w tym zakresie zarzut opierał na treści załączonych do odwołania oświadczeń pań wykonujących prace na rzecz MZBM Tych w charakterze sprzątaczek. Powody, dla których Izba uznała, iż treść ww. oświadczeń nie może stanowić wystarczającego dowodu na potwierdzenie tego, iż wyłącznie Pani E. L. sprawowała nadzór nad realizacją prac w ramach umowy na rzecz Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Tychach, a osobami pełniącymi taki nadzór nie były osoby wskazane przez Przystępującego w formularzach ofertowych, zostały przedstawione we wcześniejszym fragmencie niniejszego uzasadnienia dotyczącego ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał nieprawdziwości oświadczeń złożonych przez Przystępującego w ramach części 1, 2, 3 i 5 zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w pozycjach 1, 2 i 5 tabeli zawartej w formularzach ofertowych oraz nie zakwestionował skutecznie prawidłowości sposobu dokonania oceny oferty Przystępującego w zakresie kryterium doświadczenie osoby wyznaczonej przez wykonawcę do nadzoru nad realizacją przedmiotu umowy – w odniesieniu do ww. pozycji tabeli zawartej w formularzach ofertowych. W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1) oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (zarzut nr 2) nie potwierdziły się.

#### Zarzuty nr 3 i 4:

W związku z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie o częściowym uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum BIO-EKOS w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zaniechania ujawnienia Odwołującemu wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego, Odwołujący nie przedstawił w treści odwołania ani żądania, ani argumentacji. W związku z powyższym podniesione w tym zakresie zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3) oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4) zostały uznane za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a) ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....