

Sygn. akt: KIO 2508/17

WYROK
z dnia 13 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 roku przez wykonawcę ENERIS Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Laguna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (pełnomocnik) oraz ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2508/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Związkowi Celowemu Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Laguna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (pełnomocnik) oraz ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy z uwagi na niewykazanie braku, przewidzianej przez Zamawiającego, fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego –ENERIS Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Związku Celowego Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - ENERIS Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski prowadzi postępowanie przetargowe na zadanie pn. „Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora I Związku Celowego Gmin MG-6.”

Dnia 27 listopada 2017r. do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Odwołującego się - ENERIS Surowce S.A. ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce wobec czynności i zaniechań Zamawiającego we wskazanym postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Laguna Sp. z o.o. oraz ATF Sp. z o.o. Sp. K (dalej jako: „Konsorcjum Laguna”) i dokonaniu wyboru oferty wskazanych wykonawców jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu wezwania Konsorcjum Laguna do wyjaśnień, czy obecne zaangażowanie zasobów technicznych i zawodowych tego wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze, w tym realizacją usługi na Sektor II i III Związku Celowego Gmin MG-6, może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

o czym Odwołujący dowiedział się z Ogłoszenia o wyniku przetargu z dnia 15 listopada 2017 r. przesłanego mu drogą elektroniczną (termin na wniesienie odwołania upływa zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 27 listopada 2017 r., jako że dzień 25 listopada stanowi sobota).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp oraz art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp i art. 7 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Laguna i przyjęcie, że dowody przedstawione przez wykonawcę w trybie art. 24 ust. 8 Pzp są wystarczające i wskazują na rzetelność wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia Konsorcjum Laguna z postępowania w sytuacji, gdy Konsorcjum Laguna nie wykazało, że podjęło konkretne i odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości naruszeniu prawa ochrony środowiska (**Zarzut nr I**);

2. naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp 1 i art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Laguna z postępowania podczas gdy na firmę ATF Sp. z o.o. Sp. K (jako na lidera Konsorcjum Laguna) została nałożona nowa kara pieniężna w wysokości 25 000 zł na skutek naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska, która to kara pieniężna stała się ostateczna przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty (**Zarzut nr II**);
3. naruszenie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia i wezwania Konsorcjum Laguna do wyjaśnień, czy zaangażowanie zasobów technicznych i zawodowych członków konsorcjum w inne przedsięwzięcia gospodarcze, w tym w realizację usług na Sektor II i III Związku Celowego Gmin Mg-6 nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia w Sektorze I (**Zarzut nr III**).

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty, a w ramach tej czynności wykluczenia Konsorcjum Laguna z postępowania,
- 3) w przypadku uznania przez Izbę zasadności Zarzutu nr III - wezwania Konsorcjum Laguna do wyjaśnień, czy zaangażowanie Konsorcjum Laguna do wyjaśnień, czy zaangażowanie zasobów technicznych i zawodowych tego członków tego konsorcjum nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia w Sektorze I, w tym w szczególności o wyjaśnienie (skoro w żadnym z sektorów Związku Celowego Gmin MG-6 zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Konsorcjum Laguna wykonawca ten nie będzie korzystał z podwykonawców):
 - a) ilu pracowników (w tym z podziałem na kierowców, ładowaczy i dyspozytorów) posiada każdy z konsorcjantów i w realizację jakich usług są zaangażowani i do kiedy;
 - b) ile pojazdów spełniających wymogi zamówienia posiada każdy z konsorcjantów i czy są one i do kiedy zaangażowane w realizację innych usług, w szczególności, ile pojazdów EURO 5 oraz EURO 6 o parametrach wymaganych w specyfikacji posiada faktycznie Konsorcjum Laguna; czy skorzystanie z deklarowanych pojazdów EURO 5 i EURO 6 w sektorach II i III, nie wyczerpuje realnego skorzystania z tych pojazdów w sektorze I.
 - c) ile kontraktów obsługiwać będzie Konsorcjum Laguna z terenu baz magazynowo transportowych wskazanych w ofercie i wykazanie, że realizacja tych wszystkich

usług umożliwi faktyczne skorzystanie z tej bazy także w zakresie usługi objętej niniejszym zamówieniem (tj. obsługi Związku Celowego Gmin MG-6 także w zakresie Sektora I).

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, za ofertą Konsorcjum Laguna. Oferta Odwołującego została przy tym sporządzona w sposób zgodny z wymogami prawa i SIWZ, w tym Odwołujący spełnia - w odróżnieniu od Konsorcjum Laguna - warunki udziału w niniejszym postępowaniu, a co za tym idzie, gdyby nie czynności i zaniechania Zamawiającego wskazane w niniejszym odwołaniu, to oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają więc interes Odwołującego i mogą doprowadzić do powstania po jego stronie szkody, tj. do utraty możliwości realizacji niniejszego zamówienia i związanej z tym utraty spodziewanych zysków.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Co do zarzutu nr I.

1. Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zapisy SIWZ.

Zgodnie z pkt VI SIWZ Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 Pzp, Zamawiający dodatkowo przewidział wykluczenie Wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3 000 złotych (art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp).

Konsorcjum Laguna, składając Zamawiającemu ofertę, w JEDZ składanym dla członka konsorcjum - firmę ATF Sp. z o.o. Sp. K nie zaznaczyło żadnej odpowiedzi w cz. III C, tj. odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca, wedle własnej wiedzy naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 13 października 2017 Konsorcjum Laguna do uzupełnienia - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 3 Pzp.

Konsorcjum Laguna wraz z pismem z dnia 17 października 2017r., złożonym Zamawiającemu w tym samym dniu, przedstawiło JEDZ dla firmy ATF Sp. z o.o. Sp. K (dalej jako: „ATF”), z którego wynika, że wykonawca ten naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska.

Jednocześnie w załączniku nr 1 do JEDZ, ATF wskazało, że zostały nałożone na spółkę cztery kary administracyjne w okresie i w wysokości wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, tj.:

- a) Decyzją WIOŚ nr 80/D/2016 z dnia 28 czerwca 2016r. kara administracyjna w wysokości 7 159 zł,
- b) Decyzją WIOŚ nr 12/D/2017 z dnia 31 stycznia 2017r. kara administracyjna w wysokości 8 240 zł,
- c) Decyzją WIOŚ nr 162/2016 z dnia 7 października 2016r. kara administracyjna w wysokości 3 000 zł,
- d) Decyzją WIOŚ nr 14/2017 z dnia 24 stycznia 2017r. kara administracyjna w wysokości 7 000 zł.

Dwie pierwsze kary zostały nałożone na ATF na podstawie art. 9za pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „u.c.p.g.”), tj. za przyjęcie przez ATF do przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych spoza regionu gospodarki odpadami.

Dwie pozostałe kary zostały nałożone na ATF na podstawie art. 194 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (dalej: „u.o.”), tj. za zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych bez wymaganego zezwolenia i wbrew zakazowi wynikającemu z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy.

ATF w załączniku nr 1 podjęło także próbę wykazania, że podjęło odpowiednie środki ku temu by tego typu naruszenia się nie powtórzyły, a które to środki są wystarczające do tego by uznać wykonawcę za rzetelnego. Próba ta, o czym szerzej poniżej, była nieskuteczna.

Tytułem wstępu do dalszych rozważań, Odwołujący wskazuje, że sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Laguna sprowadza się do stwierdzenia, że „wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ oraz najkorzystniejszą pod względem ocenianych kryteriów. Wobec takiego sformułowania uzasadnienia decyzji Zamawiającego, Odwołujący nie ma wiedzy, dlaczego Zamawiający uznał, że Konsorcjum Laguna nie podlega wykluczeniu, w szczególności zaś, jakie elementy wyjaśnień wykonawcy zadecydowały o uznaniu wyjaśnień (dowodów) przedstawionych przez wykonawcę w trybie art. 24 ust. 8 Pzp za wystarczające. W związku z powyższym, Odwołujący zmuszony jest odnieść się całościowo do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Laguna.

I tak:

2. Zakres zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

W kolejno przedkładanych przez Konsorcjum Laguna wyjaśnieniach, wykonawca konsekwentnie stał na stanowisku, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp znajduje zastosowanie tylko w sytuacji, gdy względem wykonawcy wydana została decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, nie zaś obowiązków wynikających z innych ustaw. Zdaniem wykonawcy,

użyty przez ustawodawcę we wskazanym przepisie zwrot „prawo ochrony środowiska” należy rozumieć jako wskazanie konkretnego aktu prawnego - ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, a co za tym idzie wskazany przepis nie może być poddawany wykładni rozszerzającej (cyt.): „Zdaniem Spółki przepisu art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający poprzez rozumienie pojęcia „prawa ochrony środowiska” jako wszystkich bliżej nieokreślonych zbiorów ustaw obejmujących nawet częściowo szeroko rozumiany przedmiot ochrony środowiska.”

Takie rozumienie wskazanego przepisu jest oczywiście niezasadne.

Po pierwsze, omawiany przepis stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy 2014/24/UE, zatem jego interpretacji należy dokonywać z poszanowaniem zasad i celów tej dyrektywy. Artykuł 57 ust. 4 lit. a Dyrektywy określa, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2. W myśl art. 18 ust. 2. Dyrektywy państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.

Przepisy Dyrektywy nie zawężają więc zastosowania omawianej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania do naruszenia obowiązków wynikających z konkretnego aktu prawnego - czy to wspólnotowego, czy to krajowego - odnosząc się do gałęzi prawa ochrony środowiska jako takiej.

Warto przy tym zaznaczyć, że akty prawne wprost wskazane w załączniku X (podane w tym załączniku międzynarodowe konwencje w zakresie prawa socjalnego oraz ochrony środowiska) na gruncie prawa polskiego są uwzględnione w różnych ustawach, w tym w zakresie „prawa ochrony środowiska” nie tylko w ustawie - Prawo ochrony środowiska. W świetle takiego brzmienia przepisu oraz z uwzględnieniem treści załącznika nr X do dyrektywy 2014/24/UE, nieuprawnione jest zawężenie sformułowania „prawo ochrony środowiska” występującego w Pzp wyłącznie do funkcjonującej w krajowym porządku prawnym ustawy o tym tytule.

Ponadto, interpretacji przepisów dyrektywy należy dokonywać z uwzględnieniem treści jej preambuły. Motyw 37 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach

udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Natomiast monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami niniejszej dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne (motyw 40). Zamiarem prawodawcy unijnego było zatem objęcie terminem „prawo ochrony środowiska” szeregu ustaw dotyczących tej dziedziny, które w poszczególnych państwach członkowskich, jak i w samej Unii, mogą być różnie nazwane. Obowiązujące w Polsce ustawa o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz ustawa o odpadach niewątpliwie wpisują się w ten zakres. Obowiązek wykładni pronunijnej i celowościowej został podkreślony zarówno przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i w orzecznictwie sądów powszechnych. W celu odpowiedzi na to pytanie należy zastanowić się, jak podkreślił Trybunał w swoim wyroku z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83, Von Colson i Kamann, Zb.Orz. str. 1891 punkt 26, że wynikające z dyrektywy zobowiązanie Państwa Członkowskiego do osiągnięcia rezultatu przewidzianego przez dyrektywę, oraz ich obowiązek na mocy art. 5 Traktatu do podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania jest wiążące dla wszystkich organów Państw Członkowskich, włączając sądy w ramach ich kompetencji. Wynika z tego, że stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po dyrektywie, sąd krajowy wezwany do przeprowadzenia ich wykładni zobowiązany jest zrobić to, w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu i przez to uzyskania zgodności z art. 189 akapit trzeci Traktatu (wyrok ETS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentación SA, pkt 8).

Po drugie, sposób wykładni omawianego przepisu prezentowany przez Konsorcjum Laguna pozostaje w oczywistej sprzeczności z zasadami wykładni systemowej i funkcjonalnej. Z zasad technik prawodawczych wynika, że ustawodawca chcąc odwołać się do konkretnego aktu prawnego przywołuje jego tytuł oraz miejsce publikacji. Do wymogu tego ustawodawca zastosował się w innych jednostkach redakcyjnych art. 24 Pzp, przykładem może tu być art. 24

ust. 1 pkt 23 Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przyjmując założenie, że ustawodawca działa racjonalnie nie sposób odmiennego sposobu odwołania się - zdaniem Konsorcjum - do konkretnego aktu prawnego uznać za pomyłkę ustawodawcy. Przeciwnie, należy założyć, że zastosowanie odmiennego sposobu skonstruowania przepisu jest celowym działaniem, które stanowi konsekwencję tego, że samo odwołanie ma inny zakres - w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp jest to odwołanie do konkretnego aktu prawnego, w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp do wskazanej dziedziny, gałęzi prawa. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie, że w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp zamiarem ustawodawcy było zawężenie regulacji wyłącznie do ustawy Prawo ochrony środowiska, jeśli nie wskazał on pełnego tytułu tej ustawy ani miejsca publikacji aktu prawnego.

Po trzecie, zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 1 u. O., ustawa o odpadach określa środki służące ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi zapobiegające i zmniejszające negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi oraz ograniczające ogólne skutki użytkowania zasobów i poprawiające efektywność takiego użytkowania. Z kolei ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o odpadach, regulując warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania jednego rodzaju odpadów - odpadów komunalnych (zob. art. 2 i art. 1a u.c.p.g.). Trudno więc przyjąć, jak chce tego Konsorcjum Laguna, że przepisy wskazanych ustaw nie należą do przepisów „prawa ochrony środowiska”.

Po czwarte, warto zauważyć, że także Krajowa Izba Odwoławcza nie miała dotychczas wątpliwości, że odwołanie zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp odnosi się do dziedziny prawa, nie zaś konkretnego aktu prawnego, czego wyrazem może być wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017r., sygn. akt KIO 1638/17, w którym Izba nakazała wykluczenie wykonawcy, na którego nałożona została, tak, jak na Konsorcjum Laguna, kara administracyjna za zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia (a więc kara wynikająca z przepisów ustawy o odpadach).

Reasumując powyższe, wskazać należy, że nałożenie na wykonawcę kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

3. Obowiązek przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy. Brak skuteczności środków podjętych przez ATF.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Warto przy tym zaznaczyć, że zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Redakcja art. 24 ust. 9 Pzp wskazuje, że zamawiający nie ma możliwości uznania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli ten w trybie art. 24 ust. 8 Pzp nie przedstawił dowodów potwierdzających, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności, że podjęte środki są odpowiednie dla zapobieżenia dalszym nieprawidłowościom. Jednocześnie, taka redakcja przepisu potwierdza, że w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca musi wskazać, jakie środki podjął, by móc wykazać kolejno stosownymi dowodami, że środki te są „odpowiednie.”

Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Laguna w dniu 17 października 2017 r., a w istocie przez jej członka - ATF.

I tak:

- a. Kary za przyjęcie do przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych spoza regionu.

Mowa tu o dwóch karach administracyjnych na łączną kwotę 15 399 zł nałożonych na ATF za przyjęcie do przetworzenia w instalacji należącej do ATF w okresie od 26 kwietnia do 30 czerwca 2013r. zmieszanych odpadów komunalnych spoza regionu gospodarki odpadami, w którym instalacja ATF funkcjonuje. Mechanizm działania ATF w obu przypadkach był taki sam - spółka odbierała zmieszane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpowiednio z gminy Tychowa i Rzecza, a następnie, wbrew obowiązującym przepisom prawa, przekazała je do zagospodarowania do własnej instalacji zlokalizowanej w innym regionie gospodarki odpadami i nie mającej w związku z tym statusu instalacji RIPOK. Warto przy tym zauważyć, że w każdym z tych przypadków niezależnie od kary administracyjnej wskazanej w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r., a nałożonej na ATF jako podmiot

zarządzający instalacją, właściwe gminy nałożyły na ATF jako podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości także dodatkowe kary na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 3 u.c.p.g. (vide uzasadnienie decyzji wydanych przez WIOŚ).

ATF w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r. bagatelizuje i wagę swojego przewinienia, wskazując m. in. na jego krótkotrwały charakter i małą ilość odpadów przyjętych w sposób nielegalny do przetworzenia, i swoją winę, wskazując na fakt, iż przewinienie wynikało ze zmiany przepisów.

Przewinienie polegające na przyjęciu do przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych spoza regionu gospodarki odpadami nie jest przewinieniem błahym, o czym świadczy m. in. fakt, iż ustawodawca przewidział za to naruszenie bardzo wysoką i określoną w sposób bezwzględny sankcję - 500 zł kary za każdą tonę (Mg) odpadów przetworzonych w sposób niezgodny z prawem (art. 9za pkt 1 u.c.o.p.). Sankcja jest przy tym tak wysoka, ponieważ podmiot, który dopuszcza się tego przewinienia łamie jedną z podstawowych zasad gospodarowania odpadami - zasadę bliskości nakazującą przetwarzanie odpadów w miejscu możliwie najbliższym miejscu ich wytworzenia, (art. 20 u.o.). Odwołujący wyjaśnia przy tym, że usprawiedliwieniem dla tego przewinienia nie mogą być zmiany obowiązujących przepisów prawa. Uchwała Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego Nr XVI/219/12 w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2012-2017 z uwzględnieniem perspektywy na lata 2018-2023, która określiła regiony gospodarki odpadami, została podjęta w dniu 29 czerwca 2012 r. i zaczęła obowiązywać z dniem 24 sierpnia 2012r., przy czym uchwała ta, do dnia popełnienia przez ATF przewinienia nie uległa zmianie w zakresie regionów gospodarki odpadami. Podmiot profesjonalnie zajmujący się gospodarowaniem odpadami komunalnymi treść tego aktu i przepisów ustawy o odpadach zakazujących przemieszczania zmieszanych odpadów komunalnych między regionami gospodarki odpadami miał obowiązek znać (zwłaszcza po tak długim okresie ich obowiązywania).

Odwołujący zarzuca kolejno, że w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r. ATF nie wskazał, jakie środki podjął w związku z zaistniałymi naruszeniami prawa. Nie znając środków „zaradczych” podjętych przez wykonawcę, Zamawiający nie mógł ocenić, czy są to środki konkretne i odpowiednie do zapobiegnięcia kolejnym naruszeniom prawa ochrony środowiska.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał jedynie, że jeszcze przed nałożeniem na niego kary (co miało miejsce ponad trzy lata po zdarzeniu - odpowiednio w czerwcu 2016r. i styczniu 2017r.) nieprawidłowości zostały przez niego usunięte. Wykonawca postawił przy tym tezę, że zastosowane przez niego środki „zaradcze” muszą być skuteczne, skoro

na wykonawcę nie została ponownie nałożona kara z art. 9za pkt 1 u.c.p.g., a kontrole prowadzone przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nie wykazały kolejnych nieprawidłowości.

Ze stwierdzeniem tym nie sposób się zgodzić.

Kary, o których mowa, zostały nałożone na ATF w związku z przyjęciem do zagospodarowania we własnej instalacji zmieszanych odpadów komunalnych, do czego ATF nie był uprawniony i co naruszało obowiązujące przepisy prawa. W przypadku omawianych kar nastąpiło to z równoczesnym naruszeniem przepisów zakazujących przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych poza regionem gospodarki odpadami, w którym odpady te zostały wytworzone.

Zaznaczenia wymaga jednak w tym miejscu, że przeprowadzone przez Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego w 2015 i 2016 roku kontrole instalacji ATF oraz powołana przez ATF kontrola WIOŚ, której ustalenia zawarte są w protokole kontroli nr DEL-KS 104/2016 załączonym do wyjaśnień, potwierdziły, że ATF w sposób niezgodny z prawem przyjmował i przetwarzał w swojej instalacji zmieszane odpady komunalne także w 2015 r. i 2016r. W tym przypadku nieprawidłowość ta nie wiązała wprawdzie

z przekroczeniem granic regionu gospodarki odpadami (stąd inne podstawy prawne kar nałożonych na Spółkę m. in. przez Gminę Mirosławiec), ale w istocie sama nieprawidłowość miała tożsamy charakter. W każdym z tych przypadków, ATF przyjął - z pominięciem wskazanych w aktach prawa miejscowego instalacji RIPOK - do przetworzenia we własnej instalacji zmieszane odpady komunalne, do czego nie był uprawniony w świetle obowiązujących przepisów prawa i co stanowiło złamanie podstawowych zasad gospodarowania odpadami komunalnymi. Naruszenia te powtarzały się przy tym w 2013 r. oraz w latach kolejnych, co najmniej mało prawdopodobnym czyni wdrożenie przez ATF jakichkolwiek środków „zaradczych”, a po drugie, jeśli środki takie zostały wdrożone, były one nieskuteczne.

Warto dodać, że także Gmina Świdwin w 2015 r. ukarała ATF karą administracyjną w wysokości 500 zł za przekazywanie w IV kwartale 2014r. i I półroczu 2015r. zmieszanych odpadów komunalnych do innej instalacji niż regionalna. Kara ta nie przekracza wprawdzie wysokości wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, jednak samo jej nałożenie na wykonawcę świadczy o braku wdrożenia przez wykonawcę środków zaradczych i permanentnym naruszaniu przez niego obowiązującego prawa.

Odwołujący zarzuca więc, że jedyny dowód przedstawiony wraz z wyjaśnieniami z dnia 17 października 2017r. - protokół kontroli WIOŚ nr DEL-KS 104/2016 nie stanowi dowodu na wdrożenie odpowiednich środków zaradczych. Z protokołu kontroli wynika bowiem, że w okresie objętym kontrolą, tj. od stycznia do czerwca 2016r., ATF nie przyjął wprawdzie

do przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych spoza regionu, ale niezgodnie z prawem przyjmował do przetworzenia we własnej instalacji zmieszane odpady komunalne w ramach swojego regionu (pkt protokołu zatytułowany „Przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych do instalacji zastępczych”) oraz dopuścił się czterech innych wskazanych w pkt 2 protokołu naruszeń przepisów prawa ochrony środowiska, w tym magazynował odpady zielone niezgodnie z zezwoleniem.

Trudno przyjąć, by tego typu zapisy protokołu kontroli WIOŚ miały świadczyć o rzetelności wykonawcy.

b. Kary za zbieranie odpadów bez wymaganych zezwoleń i z naruszeniem ustawowego zakazu.

Dwie kolejne kary, w łącznej wysokości 10 000 zł, zostały nałożone na ATF w trybie przepisów ustawy o odpadach i dotyczą zbierania przez ATF zmieszanych odpadów komunalnych bez wymaganego zezwolenia i wbrew zakazowi wynikającemu z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Także w tym przypadku ATF bagatelizują wagę swoich przewinień, wskazując, że kary dotyczą w zasadzie innego podmiotu (konsorcjum wykonawców), zbieranie odpadów miało miejsce w „dobrze zorganizowanych i technicznie wyposażonych stacjach przeładunkowych”, a Spółka (cyt. :) „bezzwłocznie podjęła działania niezbędne do szybkiego uregulowania stanu formalnoprawnego prowadzonej działalności. Podkreślenia wymaga, że w okresie objętym karą Spółka złożyła już wnioski o wydanie niezbędnych decyzji

i w przypadku niezwłocznego rozpoznania tych wniosków, Spółka dysponowałaby zezwoleniami na zbieranie odpadów, co w konsekwencji eliminowałoby stwierdzenie naruszenia.” Także w tym przypadku, zdaniem Spółki, skala naruszeń i czas ich trwania były znikome.

Odwołujący zarzuca w pierwszej kolejności, że uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów nie mogło „zalegalizować” bezprawnych działań przedsiębiorcy mających miejsce przed dniem wydania zezwolenia (zezwoleń nie ma mocy obowiązującej wstecz), a co za tym idzie nawet gdyby zezwolenia na zbieranie odpadów zostały wydane Spółce „od ręki” nie wyeliminowałyby to stwierdzenia naruszenia. Nadto, wyeliminowanie naruszenia wskazanego w decyzji nr 162/2016 nie mogło w ogóle nastąpić poprzez uzyskanie stosownego pozwolenia na zbieranie odpadów - kara administracyjna została nałożona na Spółkę w związku ze zbieraniem zmieszanych odpadów komunalnych na terenie innej nieruchomości niż ta, na której zostały wytworzone (na terenie działki 6/2 w miejscowości Kaliska Gmina Chojna), co jest działaniem zakazanym w świetle art. 23 ust. 2 pkt 5 u.o., a więc przedsiębiorca na takie działanie nie mógłby uzyskać zezwolenia (potwierdza to treść decyzji z dnia 17 czerwca 2016r., znak 15/XI-

OŚ/16, wydanej przez Starostę Gryfickiego, która nie dopuszcza na terenie wskazanej działki zbierania zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01).

Warto zaznaczyć przy tym, że w obu przypadkach, z uwagi na krótki okres zbierania odpadów (okres objęty kontrolą), organy zdecydowały się ostatecznie na wymierzenie ATF stosunkowo niskich kar, ale konsekwentnie w decyzjach wskazano, że (cyt.:) „stwierdzone w toku kontroli i opisane powyżej naruszenie stwarzało realne zagrożenie dla środowiska z uwagi na wsiąkanie do gruntu odcieków zawierających substancje niebezpieczne. Przypomnieć bowiem należy, że odpady były zbierane „na otwartej niezabezpieczonej przed czynnikami atmosferycznymi powierzchni nieruchomości (...), która nie była wyposażona w system ścieków przemysłowych, bowiem powierzchnia, na której znajdowały się odpady była nieszczelna”. ATF mówiąc o „odpowiednim” wyposażeniu technicznym stacji przeładunkowych pomija więc część istotnych dla oceny niniejszej sprawy okoliczności.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzuca, że także w tym przypadku ATF w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r. nie wskazał, jakie środki zaradcze podjął - jedynym środkiem zaradczym wykazany przez wykonawcę jest uzyskanie pozwolenia na zbieranie odpadów, przy czym zezwolenia te nie uprawniają wykonawcy do zbierania na działce 6/2 w miejscowości Kaliska Gmina Chojna zmieszanych odpadów komunalnych, co zresztą byłoby niezgodne z art. 23 ust. 2 pkt 5 u.o., a co za tym idzie to działanie nie wyeliminuje skutecznie ryzyka zaistnienia w przyszłości takiej sytuacji, że wykonawca będzie niezgodnie z prawem i udzielonymi zezwoleniami zbierał odpady komunalne. Taką sytuację mogą wyeliminować tylko konkretne działania organizacyjne, które zagwarantują, że przed przystąpieniem do zbierania odpadów komunalnych wykonawca będzie miał wszystkie wymagane zezwolenia, nie zaś, że zezwolenia takie będą uzyskiwane po przystąpieniu do wykonywania działalności i w reakcji na stwierdzone nieprawidłowości. Podjęcia takich działań, wykonawca nie wykazał.

Warto przy tym dodać, że niezgodne z prawem zbieranie odpadów stwierdzone zostało także w protokole kontroli WIOŚ nr DEL-KS 104/2016, zaś po wydaniu omawianych decyzji administracyjnych na wykonawcę nałożone zostały kolejne kary administracyjne z zakresu „prawa ochrony środowiska”, choćby kara, o której mowa poniżej. Okoliczność, iż kolejne kary dotyczą naruszenia innych przepisów „prawa ochrony środowiska” nie zmienia oceny niniejszej sprawy. Działania podejmowane w ramach procedury tzw. self - cleaning powinny wyeliminować naruszenia „prawa ochrony środowiska” jako takiego, a nie tylko przeciwdziałać naruszeniu konkretnego przepisu prawa. Innymi słowy, jeśli wykonawca chce wykazać swoją rzetelność nie może wykazać tylko tego, że nie została na niego nałożona kara administracyjna za naruszenie konkretnego przepisu prawa, ale musi

wykazać, że jego obecny sposób funkcjonowania jest zgodny z prawem i, że nie są na niego w ogóle nakładane kary za naruszenie obowiązków z zakresu „ochrony środowiska”.

Warto przy tym dodać, że wszystkie omówione powyżej oraz w punkcie poniżej naruszenia są związane z tą samą aktywnością wykonawcy ATF - z odbiorem i zagospodarowywaniem odpadów komunalnych, a więc z usługami, które są objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Tym bardziej więc nie sposób uznać, że wykonawca jest rzetelny, jeśli co prawda w kolejnych miesiącach nie narusza wymogów związanych z zagospodarowaniem odpadów komunalnych, ale niejako w to miejsce narusza „tylko” przepisy związane ze zbieraniem i transportem odpadów komunalnych, by w końcu „poprzestać tylko” na naruszaniu zasad odbioru odpadów komunalnych.

Zarzut nr II.

1. Kolejna ostateczna kara pieniężna wykonawcy ATF z zakresu prawa ochrony środowiska w toku postępowania.

W dniu 8 sierpnia Burmistrz Mirosławca decyzją nr GIŚ.733.2.5.2012.KCH nałożył na wykonawcę ATF karę pieniężną w wysokości 25 000 zł za odbieranie odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej w okresie od marca do maja 2017r.

Kara administracyjna, do której odnosi się wskazana decyzja Burmistrza Mirosławca jest kolejną wydaną w sprawie ATF i pozostaje w związku z dwoma wcześniejszymi naruszeniami przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, których dopuścił się ATF.

Dnia 17 listopada 2015 r. Burmistrz Mirosławca, w oparciu m. in. o wyniki kontroli przeprowadzonej przez Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie instalacji należącej do ATF oraz innych dowodów zgromadzonych w sprawie, nałożył na ATF (poprzednia nazwa PHU Eko Fiuk Sp. K) karę pieniężną w wysokości 2 000 zł (maksymalna kara, jaka może być nałożona na przedsiębiorcę na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 3 u.c.p.g.) za nie przekazanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych właściwej dla regionu ich wytworzenia. W pewnym uproszczeniu, ATF zagospodarowało zmieszane odpady komunalne odebrane z Gminy Mirosławiec w instalacji własnej, której nie przysługiwał status instalacji regionalnej (RIPOK), pomijając instalacje wskazane we właściwym wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako instalacje RIPOK.

ATF nie zaniechał naruszeń, mimo nałożenia wskazanej kary i mimo stosownych zaleceń pokontrolnych ze strony Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego.

Stąd, decyzją z dnia 13 grudnia 2016r., znak GIŚ.6232.4.2016.KCH, Burmistrz Mirosławca wykreślił ATF z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od

właścicieli nieruchomości (zgodnie z art. 9j ust. 2 wykreślenie z rejestru następuje także w przypadku, gdy stwierdzono, że przedsiębiorca po raz drugi przekazuje zmieszane odpady komunalne lub odpady zielone do instalacji innych niż regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych). W uzasadnieniu wskazanej decyzji czytamy, że ponowna kontrola Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego instalacji ATF (kontrola mająca miejsce w dniach 27.10.2016 - 03.11.2016r.) wykazała, że ATF nie zastosował się do zaleceń pokontrolnych z poprzedniej kontroli i także w II połowie 2015r. przedsiębiorca nie kierował zmieszanych odpadów komunalnych do przetworzenia do właściwych instalacji regionalnych. Potwierdzają to także ustalenia, powoływanego przez ATF w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r. złożone w ramach wyjaśnień w analogicznych postępowaniach na sektor II i III, protokołu kontroli nr DEL-KS 104/2016 WIOŚ Delegatura w Koszalinie z dnia 9-21.2016r. oraz inne zgromadzone w sprawie dowody.

Decyzja, o której mowa, stała się ostateczna w związku z decyzją wydaną przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w dniu 21.02.2017r. (znak SKO.4177.191.2017) utrzymującą w mocy decyzję organu I instancji. Wyrokiem z dnia 21.06.2017r. (II SA/Sz 379/17) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie oddalił skargę złożoną przez ATF.

Warto więc zaznaczyć w tym miejscu, że kara administracyjna wynikająca z decyzji Burmistrza Mirosławca nr GIŚ.733.2.5.2012.KCH z dnia 8 sierpnia 2017r. jest karą administracyjną za trzecie, kolejno następujące po sobie i pozostające w związku naruszenie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy czym fakt ukarania ATF karą jedynie za trzy miesiące wykonywania działalności regulowanej bez wymaganego prawem wpisu do rejestru działalności regulowanej wynikał wyłącznie z daty wszczęcia postępowania w sprawie. Warto przy tym dodać, że to, iż kara administracyjna wyniosła aż 25 000 zł jest to konsekwencją brzmienia art. 9x ust. 1 pkt 1 u.c.p.g., zgodnie z którym w takich przypadkach nalicza się karę w wysokości 5000 zł za pierwszy miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru oraz 10 000 zł za każdy kolejny miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru. Warto przy tym dodać, że jest to jedna z najwyższych kar przewidzianych przepisami u.c.p.g., co potwierdza, iż sam ustawodawca przewinienie to uznaje za poważne.

ATF w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017r. złożonych w analogicznych postępowaniach na Sektor II i III podkreślił, że (cyt.): „Spółka podjęła niezwłoczne i radykalne działania, których celem jest wyeliminowanie przyczyn leżących u podstaw wydanej decyzji”, przy czym działaniem tym miało być zawarcie w dniu 31 października 2017r. umowy cesji praw i obowiązków ze spółką LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. Warto więc zaznaczyć, że umowa ta została zawarta ponad 8 miesięcy po tym, gdy decyzja o wykreśleniu ATF z rejestru działalności regulowanej stała się ostateczna i ponad dwa tygodnie po tym, jak ostateczna stała się decyzja z dnia 8 sierpnia 2017r. nakładająca na ATF karę za prowadzenie działalności bez

wymaganego wpisu do rejestru (prawie 5 miesięcy po wszczęciu w tej sprawie postępowania administracyjnego).

W ocenie Odwołującego działania te są przy tym w istocie działaniami pozornymi. Odnotować należy, że spółka LOTOF SYSTEM Sp. z o.o., która przejęła zobowiązania od Spółki ATF, jest z nią powiązana osobowo i organizacyjnie, o czym świadczy nie tylko wspólna siedziba spółek, ale przede wszystkim fakt, iż współnikiem i osobą uprawnioną do reprezentowania spółki LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. jest p. A. F. - żona p. T. F. współnika Spółki ATF. Spółka LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. kontynuuje przy tym działalność ATF w Gminie Mirosławiec w oparciu o bazę magazynowo - transportową i samochody wykorzystywane przez ATF.

Trudno przyjąć, by faktyczna kontynuacja działalności ATF na terenie Gminy Mirosławiec poprzez utworzenie nowej spółki i przekazanie w jej użytkowanie wszystkich składników majątkowych wykorzystywanych dotychczas przez ATF do świadczenia usługi w Gminie Mirosławiec miało świadczyć o podjęciu (cyt. :) „radykalnych działań, których celem jest wyeliminowanie przyczyn leżących i podstaw wydanej decyzji.”

Przeciwnie, wykorzystując lukę w obowiązujących przepisach prawa ATF kontynuuje działalność w Gminie Mirosławiec na dotychczasowych zasadach. Wykonawca ATF nie podjął więc żadnych konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Na marginesie powyższego dodać należy, że Burmistrz Mirosławca wydał kolejną decyzję administracyjną wobec ATF, tj. karę administracyjną w wysokości 8 000 zł - tym razem za brak złożenia przez ATF wymaganych prawem sprawozdań z działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych prowadzonej na terenie Gminy. Według wiedzy Odwołującego, decyzja ta nie jest ostateczna, ale sam fakt jej wydania wskazuje na istnienie kolejnych naruszeń.

Powyższe pokazuje, że ATF w sposób powtarzalny od 2015 r. dopuszcza się naruszeń na terenie Gminy Mirosławiec obowiązujących przepisów prawa ochrony środowiska, co potwierdza, że wykonawca w sposób wręcz lekceważący podchodzi do realizacji obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Trudno przyjąć, by taki wykonawca był wykonawcą rzetelnym w rozumieniu przepisów Pzp, czy też by owa rzetelność została wykazana wyjaśnieniami z dnia 3 listopada 2017 r. Pamiętać przy tym należy, że wykonawca ATF na terenie gmin Zamawiającego - na terenie gmin tworzących Związek Celowy Gmin MG-6, będzie świadczył dokładnie te same usługi, jak te, przy realizacji których uchybienia wyżej opisane zostały stwierdzone.

W wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu w dniu 17 października 2017r., a także na późniejszym etapie postępowania ATF nie przyznał się, że Burmistrz Mirosławca decyzją nr GIŚ.733.2.5.2012.KCH nałożył na Spółkę karę pieniężną w wysokości 25 000 zł za odbieranie odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej

w okresie od marca do maja 2017 r., ani że kara ta wobec wydanej w dniu 16 października 2017r. decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego stała się ostateczna.

W zakresie tej nowej kary nie istnieje możliwość wezwania do uzupełnienia JEDZa oraz self-cleaningu z uwagi na uprzednie wezwanie już Konsorcjum Laguna do uzupełnienia odpowiednio tego oświadczenia i dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp).

W doktrynie i orzecznictwie utrwaliła się zasada jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów: Po pierwsze stwierdzić w tym zakresie należy, że zasada jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów, choć wprost, literalnie nie zapisana w przepisach ustawy, jest wywodzona z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i pogląd ten - wbrew twierdzeniom Przystępującego - jest ugruntowany w orzecznictwie w sprawie zamówień publicznych (Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów oraz sądów okręgowych) (wyrok z dnia 30 lipca 2013 r. KIO 1716/13).

Ewentualne ponowne wezwanie dotyczące tego samego warunku i tych samych dokumentów, stanowiłoby złamanie powyżej opisanej zasady. Jak potwierdza orzecznictwo: wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., w tym dokumentów podmiotowych, powinno mieć charakter jednokrotny, również z tego powodu, aby nie doprowadzić do konsultacji Zamawiającego z wykonawcami, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (wyrok z dnia 30 lipca 2013 r. KIO 1716/13).

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również w postępowaniach toczących się na podstawie znowelizowanej Pzp, co potwierdza wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2017 roku (KIO 172/17): Izba podkreśla, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, że nadużyciem jest kilkukrotne wzywanie do złożenia danego oświadczenia lub dokumentu oczywiście odnośnie do tego samego zakresu (...)

W niniejszej sprawie Konsorcjum Laguna było już wzywane do uzupełnienia. Mowa tu o wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia poprawnego oświadczenia JEDZ, w tym do złożenia tzw. self - cleaningu.

Zamawiający wyczerpał więc możliwości, jakie daje mu art. 26 ust. 3 Pzp i w tej sytuacji skierowanie do wykonawcy kolejnego wezwania byłoby działaniem niezgodnym z prawem.

Zarzut nr III

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów

technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r. (KIO 297/13; KIO 300/13) nie sposób odmawiać wykonawcy prawa do uczestnictwa w wielu postępowaniach, nie tylko u jednego zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że wykonawca może i powinien liczyć się z sytuacją, że w takim wypadku zasób ten może zostać uznany za niezdolny do wykorzystania w sposób zgodny z SIWZ w danym postępowaniu. Nie jest wystarczające wykazanie tego samego sprzętu jedynie formalnie w każdym z postępowań z osobna, jeśli ten sprzęt finalnie ma być wykorzystywany do pracy i efektywnie, w wymaganej w każdym z postępowań ilości, zaangażowany do realizacji każdego z zamówień

Z kolei z wyroku Izby z dnia 26 czerwca 2017 r. (KIO 1072/17; KIO 1076/17; KIO 1078/17; KIO 1090/17) wskazuje, że:

Z treści przepisu art. 22d ust. 2 p.z.p. wynika, iż ocena, czy w danym przypadku zachodzą przesłanki w nim wskazane, należy do zamawiającego. Zamawiający może to stwierdzić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem również na etapie oceny ofert.

Prawidłowość czynności zamawiającego w przedmiocie zastosowania art. 22d ust. 2 p.z.p., może być przedmiotem badania w toku postępowania odwoławczego. Decyzja zamawiającego, mimo że fakultatywna i cechująca się pewną dozą subiektywizmu, musi znajdować uzasadnienie w okolicznościach stanowiących jej podstawę.

Powyższe oznacza, że zasoby techniczne i zawodowe, które Konsorcjum Laguna wykazała powinny być wykorzystane przy realizacji zamówienia w sposób realny, przy czym zasoby wskazane w ramach warunków udziału w postępowaniu stanowią absolutne minimum niezbędne do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Laguna także w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II i III Związku Celowego Gmin MG-6, a także fakt, że wykonawca ATF obsługuje obecnie kilkadziesiąt innych gmin, powstaje uzasadniona i poważna wątpliwość, czy realizacja przez Konsorcjum Laguna tych usług oraz sektorów II i III Zamawiającego nie będzie miała negatywnego wpływu na realizację zamówienia w sektorze I.

Po pierwsze, Konsorcjum Laguna we wszystkich ofertach złożonych na sektor I, II i III zastrzegło samodzielną realizację zamówienia, tj. bez podwykonawców.

Po drugie, do obsługi wyłącznie zamówień dla Zamawiającego (sektory I-III) potrzebnych jest co najmniej 31 pojazdów (szczegółowo opisanych w załączniku do Odwołania - Porównanie zadeklarowanego potencjału dla sektora I-III) zgodnie z deklaracjami złożonym w Postępowaniu. Konsorcjum Laguna deklaruje zasób własny, lecz w ocenie Odwołującego nie jest to zasób możliwy do wykorzystania z uwagi na zaangażowanie wykonawcy ATF, w obsługę innych kontraktów, w tym sektorów II-III Zamawiającego. Wątpliwości budzi również, czy skorzystanie w deklarowanych pojazdach EURO 5 i EURO 6 w sektorach II i III, nie wyczerpuje realnego skorzystania z tych pojazdów w sektorze I. Konieczne jest zatem ustalenie, ile takich pojazdów zgodnie z wymogami Zamawiającego posiada Konsorcjum Laguna w ogóle. Jeśli bowiem łącznie w trzech sektorach zadeklarowano większą ilość takich pojazdów niż posiada Konsorcjum Laguna, to oznacza to, że zasób nie został udostępnionych w sposób realny. Sytuację tę może wyjaśnić wyłącznie wezwanie przez Zamawiającego do wskazanych w petitum odwołania wyjaśnień.

Po trzecie, duże możliwości budzi realność skorzystania przez Konsorcjum Laguna z deklarowanego personelu. Wykonawca Laguna według szacunkowych ustaleń Odwołującego posiada około 5 pracowników fizycznych, grupa kapitałowa ATF posiadała ok. 150 pracowników w 2015 r. (z czego jedynie część stanowią pracownicy wymagani przez Zamawiającego). Przy czym minimalne zaangażowanie personelu w zakresie trzech sektorów dla Zamawiającego wynosi 40 w zakresie kierowców, 20 w zakresie ładowaczy oraz 5 w zakresie dyspozytorów. Ogółem zatem wymaganych jest około 65 pracowników do realizacji zamówień w ramach sektorów I-III.

Podsumowując, Zamawiający nie zweryfikował, czy obecne zaangażowanie zasobów Konsorcjum Laguna, w tym w zakresie planowanej obsługi II i III sektora, nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia, zwłaszcza w okolicznościach, których Konsorcjum Laguna wyłączyło możliwość skorzystania z podwykonawców w ofercie, w tym w zakresie sektora I.

Na koniec Odwołujący wskazuje, że dowodem potwierdzającym opisane wyżej szczegółowo zarzuty i okoliczności faktyczne odwołania stanowi dokumentacja Postępowania, która winna zostać przedłożona Krajowej Izbie Odwoławczej przez Zamawiającego, załączone decyzje oraz dokumentacja analogicznych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego dla sektora II i III.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 01.12.2017 roku zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum:

1. ATF Sp. z o.o. Sp. k. Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec – LIDER KONSORCJUM
2. Laguna Sp. z o.o., Ul. Nadbrzeżna 21, 66-400 Gorzów Wielkopolski.

I wnieśli o oddalenie przedmiotowego odwołania w całości.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2017 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenia od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izba Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie, zaliczonego w poczet materiału dowodowego akt sprawy o sygnaturze KIO 2443/17 oraz KIO 2445/17 oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 listopada 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 15 listopada 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę akta sprawy, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, Izba podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

Art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp - *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych;*

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp –

Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Art. 24 ust. 9 ustawy Pzp - *Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.*

Art. 24 ust 12 ustawy Pzp –

Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 22d ust. 2 ustawy Pzp -

Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp –

Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 7 ustawy Pzp –

1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- 1a. *Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.*
2. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*
3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba ustaliła:

Przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w dniu 8 sierpnia 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 163-337192.

W treści SIWZ – Rozdział VI – Podstawy wykluczenia o których mowa w art. 24 ust 5 Pzp w pkt 1 ppkt. 7) Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3.000 złotych.

W terminie składania ofert, do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty złożone przez:

1. Konsorcjum firm ATF Sp. z o.o. Sp. k. LIDER, Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec oraz Laguna Sp. z o.o. Ul. Nadbrzeżna 21,66-400 Gorzów Wielkopolski z ceną 12.498.570,04 zł,
2. ENERIS Surowce S.A. ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce z ceną 17.327.904,00 zł.

Dnia 15 listopada 2017 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą była oferta złożona przez Konsorcjum firm ATF Sp. z o.o. Sp. k. LIDER, Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec oraz Laguna Sp. z o.o. Ul. Nadbrzeżna 21,66-400 Gorzów Wielkopolski (dalej Przystępujący).

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ oraz najkorzystniejszą pod względem ocenianych kryteriów.

W wyniku wezwania przez Zamawiającego z dnia 13 października 2017 w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt. 3 Pzp do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a Pzp niezbędnego do przeprowadzenia postępowania potwierdzającego brak podstaw wykluczenia, Przystępujący złożył m.in. cztery Decyzje Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (WIOŚ) wymierzające kary administracyjne za naruszenie prawa ochrony środowiska oraz oświadczenie złożone w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, w celu przeprowadzenia tzw. procedury samooczyszczenia. Decyzje wydane były dla podmiotu Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Spółka Komandytowa, Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec, które od dnia 1 marca 2017 roku, w wyniku przekształcenia posługuje się nazwą ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, adres Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec (dalej ATF) - Lider Konsorcjum.

Przystępujący złożył kopie następujących Decyzji:

1. Decyzja Nr 80/D/2016 z dnia 28 czerwca 2016 roku wydana na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska (Dz.U. z 2013 r. poz. 686 z późn. zm.), art. 9za pkt 1 w związku z art. 9zb ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 250), art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016r. poz. 23 z późn. zm.), wymierzająca karę w wysokości 7 150 zł (słownie: siedem tysięcy sto pięćdziesiąt złotych) za odebranie od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 spoza szczecineckiego regionu gospodarki odpadami komunalnymi, tj. z Gminy Recz w II kwartale 2013 roku o masie 14,3 Mg.
2. Decyzja Nr 12/D/2017 z dnia 31 stycznia 2017 roku wydana na podstawie art. art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1688), art. 9za pkt 1 w związku z art. 9zb ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2016 r. poz. 250 z późn. zm.), art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016r. poz. 23 z późn. zm.), wymierzająca karę w wysokości 8 240 zł (słownie: osiem tysięcy dwieście czterdzieści złotych) za odebranie od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 spoza szczecineckiego regionu gospodarki odpadami komunalnymi, tj. z terenu Gminy Tychowo w II kwartale 2013 roku (w okresie od 26.04 do 30.06.2013r.) w ilości 16,48 Mg.

3. Decyzja WIOŚ Nr 162/2016 z dnia 7 października 2016 roku wydana na podstawie art. 194 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013r. poz. 21 z późn. zm.), art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.) wymierzająca karę w wysokości 3 000 zł (słownie: trzy tysiące złotych) za zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych wbrew zakazowi zbierania poza miejscem wytwarzania zmieszanych odpadów komunalnych.
4. Decyzja WIOŚ Nr 14/2017 z dnia 26 stycznia 2017 roku wydana na podstawie art. 194 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2016 r. poz. 1987 z późn. zm.), art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.) wymierzająca karę w wysokości 7 000 zł (słownie siedem tysięcy złotych) za zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia.

Dnia 16 października 2017 roku Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Koszalinie na podstawie art. 233 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2017 poz. 1257), art. 9x ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porzdku w gminach (Dz.u. z 2017r. poz. 1289), art. 1 ust. 1 i art. 2 ustawy z dnia 12 października 1994 roku o samorządowych kolegiach odwoławczych (t.j. Dz.U. 2015r. poz. 1659) wydało decyzję ostateczną nr SKO.4178.2029.2017 nakładającą na Wykonawcę ATF Sp. z o.o. Sp. K. Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec (Lidera Konsorcjum) łączną karę pieniężną w wysokości 25.000,00 PLN, za odbieranie odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, w okresie od marca 2017 roku do maja 2017 roku.

Należy dodać, iż wykreślenie wykonawcy EKO-F. Sp. K. w Chojnicy z Rejestru Działalności Regulowanej nastąpiło Decyzją Burmistrza Mirosławca Nr GIŚ.6232.4.2016.KCH z dnia 13 grudnia 2016 roku, w wyniku dwukrotnego przekazania zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych do instalacji innych niż regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych.

Decyzją Starosty Stargardzkiego CS.6233.11.2.2016.LS2 z dnia 19 maja 2015 roku, na podstawie art. 23 ust. 10, art. 41 ust. 1, 2 i 3 pkt 2, art. 42 ust. 1, art. 43 ust. 1 i art. 44 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Dz.U. z 2013r. poz. 21 ze zmianami) oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016r. poz. 23), Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Spółka Komandytowa w miejscowości Chojnica 2 w gminie Mirosławiec, otrzymało zezwolenie na zbieranie odpadów.

Decyzją Starosty Gryfińskiego Nr 15/XI-OŚ/16 z dnia 17 czerwca 2016 roku, na podstawie art. 23 ust. 10, art. 41 ust. 1,2 i 3 pkt 2, art. 42 ust. 1, art. 43 ust. 1 i art. 44 ustawy z dnia 14 grudnia

2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013r. poz. 21, zmiany: z 2013r. poz. 1238, 888, z 2014r. poz. 695, 1101, 1322, z 2015r. poz. 122, 87, 1688, 1045, 2281, 933) oraz art. 104 i art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2016r. poz. 23) oraz art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 814) po rozpatrzeniu wniosku Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego EKO F. Sp. k z miejscowości Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec, udzielił zezwolenia na zbieranie odpadów.

Decyzją Starosty Stargardzkiego CS.6341.36.3.2016.LG1 z dnia 30 czerwca 2016 roku, na podstawie art. 45a ust. 1, art. 122 ust. 1 pkt 11, art. 123 ust. 2 i ust. 3 art. 125, art. 127 ust. 1, ust. 3a, ust. 6, art. 128 ust. 1 pkt 4, 9b i 11, art. 131 ust. 1, ust. 2 pkt 1 i 3 ora ust. 3, art.140 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001r. Prawo wodne (Dz.U. z 2015 r. poz.469 ze zmianami), art. 11 ustawy z dnia 7 czerwca 2001r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków (Dz.U. z 2015r. poz. 139 ze zmianami) oraz na podstawie art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz.23 ze zmianami), po rozpatrzeniu wniosku spółki Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO F. Sp. k z siedzibą w Chojnicy 2, przedsiębiorca otrzymał zezwolenie na wprowadzenie do urządzeń kanalizacyjnych ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego, z terenu bazy magazynowo-technicznej zlokalizowanej na terenie działki o numerze ewidencyjnym 1416 w obrębie Dolice w gminie Dolice.

Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska”, a zatem nie jak twierdzi Przystępujący, odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 roku - Prawo ochrony środowiska. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Odwołującego, że omawiany przepis stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy 2014/24/UE, zatem jego interpretacji należy dokonywać z poszanowaniem zasad i celów tej dyrektywy. W myśl art. 18 ust. 2. Dyrektywy państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.

Akty prawne wprost wskazane w załączniku X (podane w tym załączniku międzynarodowe konwencje w zakresie prawa socjalnego oraz ochrony środowiska) na gruncie prawa polskiego są uwzględnione w różnych ustawach, w tym w zakresie „prawa ochrony środowiska” nie tylko w ustawie - Prawo ochrony środowiska. Nie ma zatem podstawy do zawężającej interpretacji treści art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, poprzez rozumienie pojęcia „prawa ochrony środowiska” wyłącznie w odniesieniu do ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku - Prawo ochrony środowiska. Nałożenie zatem na wykonawcę kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 7 Pzp. W związku z powyższym, aby wykonawca w stosunku do którego zaistniały powyższe przesłanki wykluczenia mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia musi przeprowadzić skuteczną procedurę samooczyszczenia, o której mówi art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu I.

Izba wskazuje, iż instytucja samooczyszczenia polega na możliwości wykazania przez wykonawcę, że pomimo zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, jego postawa i działania podjęte w celu naprawienia szkody, zadośćuczynienia, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego itp. oraz podjęte konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe zapobiegą nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

W przypadku zaistnienia ww. przesłanek, Wykonawca może wykazać Zamawiającemu swoją rzetelność. W tym celu powinien on opisać jakie podjął środki a na ich potwierdzenie przedstawić odpowiednie dowody.

Przywołane w przepisie sposoby samooczyszczenia należy traktować jako przykładowe. Jednak samo sformułowanie tych przykładowych okoliczności wskazuje, że jeśli wykonawca wskazuje okoliczności potwierdzające jego rzetelność, powinny być one szczegółowe, opisane precyzyjnie i szczegółowo. Zawsze, wtedy kiedy to możliwe, wykonawca powinien poprzeć swoje twierdzenia dowodami. Na podstawie tych wyjaśnień i dowodów zamawiający oceni, czy postawa wykonawcy gwarantuje jego rzetelność i uczciwość, a co za tym idzie należyte wykonanie zamówienia. Na podstawie dowodów, wskazanych okoliczności oraz podjętych działań, Zamawiający dokona oceny czy mimo zaistniałych przesłanek wykluczenia, wykonawca daje rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego, a tym samym zapewnia rzetelność i uczciwość gwarantującą należyte spełnienie świadczenia oraz jego prawidłowe postępowanie w przyszłości.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych

przez Przystępującego i przyjęcie, że dowody przedstawione przez wykonawcę w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (jako tzw. samooczyszczenie) są wystarczające i wskazują na rzetelność wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, w sytuacji gdy Przystępujący nie wykazał, że podjął konkretne i odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości naruszeniu prawa ochrony środowiska.

Izba, po zapoznaniu się ze złożonymi przez Przystępującego wyjaśnieniami mającymi potwierdzać podjęcie przez wykonawcę skutecznych i realnych działań zapobiegających naruszeniom obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska doszła do przekonania, że Przystępujący nie przeprowadził skutecznie procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 3 października 2017 roku (które wpłynęły do Zamawiającego 17 października 2017 roku) Przystępujący twierdzi, że nałożone na niego kary administracyjne, nie dotyczyły czynów skierowanych przeciwko środowisku, lecz stanowiły wyłącznie delikt administracyjny. Dalej Przystępujący wyjaśnia, że nałożone kary dotyczyły naruszeń o znikomej skali i obejmowały znikomy czas trwania. Obecnie Przystępujący posiada już wszystkie wymagane prawem decyzje administracyjne, co zapewnia prawidłowe działanie w zakresie zbierania odpadów i eliminację nieprawidłowych działań w przyszłości. W wyniku przeprowadzonych kontroli przez WIOŚ, w Protokole Kontroli Nr DEL-KS 104/2016 nie stwierdzono żadnych zaleceń ani naruszeń, co świadczy w ocenie Przystępującego o poprawieniu i skutecznym wyeliminowaniu naruszeń.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż Przystępujący pomimo nałożenia na niego kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, podjął skuteczne środki do wykazania swojej rzetelności korzystając z instytucji samooczyszczenia.

Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8 Pzp musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą uczciwość i solidność wykonawcy. Dowodami takimi mogą być przykładowo informacje o podjętych działaniach naprawczych, o przeprowadzonych audytach i kontrolach oraz dowody wdrożenia działań naprawczych.

W analizowanym stanie faktycznym administracyjne kary pieniężne wymierzone przez Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (dalej WIOŚ) w wysokości 7150 zł Decyzją Nr 80/D/2016 z dnia 28 czerwca 2016 roku oraz w wysokości 8 240 zł Decyzją Nr 12/D/2017 z dnia 31 stycznia 2017 roku zostały wymierzone dwukrotnie za naruszenia z tej samej podstawy prawnej, w analogicznych okolicznościach faktycznych, tj. za

odebranie od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 spoza szczecineckiego regionu gospodarki odpadami (...) w II kwartale 2013 roku.

Kara pieniężna w wysokości 3 000 zł wymierzona Decyzją WIOŚ Nr 162/2016 z dnia 7 października 2016 roku wymierzona została za zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych wbrew zakazowi zbierania poza miejscem wytwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, a kara w wysokości 7 000 zł wymierzona Decyzją WIOŚ Nr 14/17 z dnia 26 stycznia 2017 roku wymierzona została za zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 3 października 2017 roku (data wpływu do Zamawiającego 17 październik 2017), Przystępujący dokonał jedynie wyjaśnienia powyższego stanu faktycznego, dotyczącego wskazania okoliczności uzasadniających wydanie decyzji nakładających kary. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca oprócz np. naprawienia szkody czy wyczerpujących wyjaśnień stanu faktycznego winien udowodnić podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom (...) lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Tymczasem Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet nie złożył wyjaśnień w zakresie jakie podjął środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy. Przystępujący wskazał na potwierdzenie swojej rzetelności Protokół Kontroli Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nr DEL-KS 104/2016, w którym nie sformułowano żadnych zaleceń ani żądań pokontrolnych, z czego wywodzi, iż brak stwierdzenia naruszeń jest dowodem na skuteczne wyeliminowanie dalszych nieprawidłowych postępowania. W treści ww. protokołu nie ma informacji o działaniach podjętych przez wykonawcę, a jedynie informacja o braku uwag. Informacja taka nie może być uznana za tożsamą czy równoważną do działań podjętych przez wykonawcę, zapobiegających wyeliminowaniu na przyszłość dalszym nieprawidłowościom.

To, że w danym momencie nie stwierdzono nieprawidłowości, nie oznacza, iż wykonawca podjął skuteczne działania na przyszłość celem niedopuszczenia do ich powstania.

W świetle powyższych okoliczności, nie można uznać iż przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia i działania potwierdzają jego rzetelność i solidność oraz wykazują, że Przystępujący daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Przystępujący nie przedstawił dowodów w jaki sposób zamierza przeciwdziałać zaistniałym naruszeniom w przyszłości.

Przystępujący, po wymierzeniu pierwszej kary pieniężnej winien podjąć działania zapobiegające takim nieprawidłowościom, działania zmierzające ku temu, by kolejny raz nie dopuścić do ich

powstania. Tymczasem, Przystępujący nie podjął żadnych działań w tym kierunku i w konsekwencji zostały mu wymierzone kolejne kary administracyjne, łącznie z wykreśleniem z Rejestru Działalności Regulowanej.

W ocenie Izby działania podjęte w ramach procedury samooczyszczenia mają stanowić dowód na to, że wykonawca przedsięwziął niezbędne i realne działania lub zaniechania, które w przyszłości pozwolą mu uniknąć podobnych naruszeń i których wdrożenie, korzystając z ww. instytucji, obowiązany jest udowodnić Zamawiającemu.

Z analizowanego stanu faktycznego wynika, iż Przystępujący nie wykazał skutecznych działań podjętych w celu samooczyszczenia, określonych w art. 24 ust. 8 Pzp, co w konsekwencji skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego z postępowania.

W zakresie zarzutu II.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 12 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania podczas gdy na firmę ATF Sp. z o.o. Sp. K. (Lidera Konsorcjum) została nałożona nowa kara pieniężna w wysokości 25.000,00 PLN na skutek naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska, która to kara stała się ostateczna przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego utrzymująca w mocy decyzję Burmistrza Mirosławca z dnia 8 sierpnia 2017 roku, została doręczona Przystępującemu w dniu 17 października 2017 roku, w godzinach popołudniowych. Tymczasem pismem z dnia 13 października 2017 r. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ do dnia 17 października do godziny 12.00.

Informacja, o wydaniu przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Koszalinie decyzji ostatecznej z dnia 16 października 2017 roku nr SKO.4178.2029.2017 utrzymującej w mocy decyzję organu pierwszej instancji, nakładającą na Wykonawcę ATF Sp. z o.o. Sp. K. Chojnice 2, 78-650 Mirosławiec (Lidera Konsorcjum) łączną karę pieniężną w wysokości 25.000,00 PLN, za odbieranie odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, w okresie od marca 2017 roku do maja 2017 roku, została złożona Zamawiającemu dnia 3 listopada 2017 roku, w wyniku wezwania z dnia 31 października 2017 roku, w prowadzonym równolegle postępowaniu pn. „Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku Celowego Gmin MG – 6” (KIO 2443/17). Na wniosek Odwołującego, do akt niniejszej sprawy jako dowód, została włączona dokumentacja sprawy o sygn. KIO 2443/17, dotycząca ww. postępowania. Z dokumentacji wynika, iż w dacie i godzinie składania uzupełnionych dokumentów tj. 17 października 2017 roku do godz. 12:00, Przystępujący nie miał wiedzy

o wydaniu przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Koszalinie decyzji ostatecznej, którą otrzymał tego samego dnia, ale o godzinach popołudniowych. Zatem składając dokument JEDZ oraz oświadczenia i wyjaśnienia w dniu 17 października 2017 roku, nie mógł odnieść się w nich do ww. decyzji. Tym samym, wiedzy o ww. decyzji nie miał również Zamawiający.

W konsekwencji, w ocenie Izby, Zamawiający nie był uprawniony przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powoływać się na dokumenty lub oświadczenia złożone w innym postępowaniu, bez wyraźnego odwołania się do nich przez Przystępującego (wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w postępowaniu w ramach Sektora II dotyczące ostatecznej decyzji SKO).

W żadnym ze złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie dokumentów - ani w JEDZ-u, ani w oświadczeniach składanych na wezwanie, Przystępujący nie odwoływał się do dokumentów złożonych w innym postępowaniu (tj. w postępowaniu dotyczącym Sektora II), zatem Zamawiający nie miał podstawy, aby się do nich odnieść w ramach przedmiotowego postępowania.

Odwołujący, w zakresie naruszenia art. 24 ust. 12 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i art. 7 oparł swą argumentację na informacjach, które nie wynikały z dokumentów złożonych przez Przystępującego w tym konkretnym postępowaniu, a których Zamawiający nie był uprawniony oceniać, odwołując się do dokumentów złożonych przez Przystępującego w ramach innego postępowania. Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału, opiera się na dokumentacji zgromadzonej w danym postępowaniu, a z dokumentacji tej nie wynikała przesłanka do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, na którą powołał się Odwołujący w zarzucie II.

W związku z powyższym, zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba nie rozpatrywała zarzutu nr III, dotyczącego naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia i wezwania Konsorcjum Laguna do wyjaśnień, czy zaangażowanie zasobów technicznych i zawodowych członków konsorcjum w inne przedsięwzięcia gospodarcze, w tym w realizację usług w Sektorze II i III Związku Celowego Gmin Mg-6 nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia w Sektorze I, wobec jego wycofania przez Odwołującego na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....