

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie 18 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 sierpnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę P. U. K. „F.-B.” sp. z o.o. z siedzibą w K., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto i Gminę M., przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy E.M. sp. j. z siedzibą w N.,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. wykluczenie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp,
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto i Gmina M. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i Zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy M. w okresie od 1 lipca 2017 r. do 30 czerwca 2020 r.”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 marca 2017 r. pod nr 2017/S 056-103754.

28 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy „E.” M. sp. j. z siedzibą w N. (dalej „Wykonawca E.”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) 7 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „F.-B.” sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej „Odwołujący”).

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E, pomimo wydania wobec niego decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska i wymierzeniu tą decyzją kary pieniężnej w wysokości 10.000 zł,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E, która w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania oraz zataiła informacje w tym zakresie,
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E., który w wyniku lekkomyślności oraz niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,
4. art. 26 ust. 3 Pzp przez jego wadliwe zastosowanie i wezwanie na jego podstawie Wykonawcy E. do ponownego złożenia Jednolitego Europejskiego

Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”), celem umożliwienia temu wykonawcy skorzystania z instytucji tzw. samooczyszczenia oraz konwalidacji zawartych w treści tego dokumentu nieprawdziwych informacji w zakresie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania,

5. art. 24 ust. 8 Pzp przez zastosowanie procedury tzw. samooczyszczenia w odniesieniu do Wykonawcy E w sytuacji, w której skorzystanie z jej dobrodziejstwa warunkowane jest złożeniem przez wykonawcę stosownego zastrzeżenia najpóźniej w treści JEDZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, a następnie jej powtórzenia,
2. wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E.,
3. uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E. w sposób bezpośredni pozbawia Odwołującego uzyskania zamówienia i skutkuje powstaniem szkody po jego stronie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp

W pkt 10 SIWZ Zamawiający wskazał: „[...]Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców w przypadku nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 9.4 oraz w przypadku nie wykazania braku podstaw do wykluczenia określonego w pkt 9.4.4 – 9.4.6[...]”.

Stosownie do pkt 9.4.4 lit. j) SIWZ: „w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawca złoży oświadczenie o braku podstaw wykluczenia (jednolity dokument) oraz przedłoży na wezwanie Zamawiającego następujące dokumenty i oświadczenia: „[...]Oświadczenia, że w stosunku do Wykonawcy, którego reprezentuję nie wydano ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust 5 pkt 7 PZP[...]”.

Tożsame warunki wskazane zostały w treści ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja VI.3 litera j).

Z powyższego wynika, że jedną z przesłanek wykluczenia z Postępowania stanowił art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca E. złożył w treści załączonego do oferty JEDZ (str. 10-11) następujące oświadczenia:

„[...]”

- wedle własnej wiedzy, nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy w związku z powyższym nie ma potrzeby wykazywania środków w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia („samooczyszczenie”)

(...)

- potwierdza, że nie jest winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia oraz nie zataiła tych informacji względem Zamawiającego, [...]”.

Ponadto, Wykonawca E. złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (1) oświadczenie z 26 kwietnia 2017 r. dotyczące niewydania wobec spółki ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska oraz (2) oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, gdzie w tiret 5 powtórzył oświadczenie o braku wydania ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska.

Tymczasem, stosownie do decyzji administracyjnej z dnia 9 stycznia 2013 r. (znak: IL.7062.71.5.2013) wydanej przez Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, na Wykonawcę E. nałożona została kara pieniężna w wysokości 10.000 zł za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska. Decyzja organu wyższej instancji, wydana na skutek odwołania od ww. decyzji wniesionego przez Wykonawcę E, wydana została z kolei 4 stycznia 2017 r. Od decyzji organu wyższej instancji nie została wniesiona skarga administracyjna.

Odwołujący wyjaśnił, że w treści odwołania z dnia 29 maja 2017 r. złożonego na pierwotną czynność badania i oceny ofert sformułował zarzuty naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy E z Postępowania. Jak wynika z wyroku Izby z 21 czerwca 2017 r, sygn. akt KIO 1087/17 Izba częściowo uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i nakazała wezwanie Wykonawcy E do udzielenia wyjaśnień, czy i kiedy decyzja administracyjna z 9 stycznia 2013 r. stała się ostateczna. Jednocześnie, w odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Izba uznała je za przedwczesne.

W odpowiedzi na wezwanie ze strony Zamawiającego, podjęte w celu wykonania ww. wyroku, Wykonawca E. w piśmie z 11 lipca 2017 r. wskazała, że decyzja z 9 stycznia 2013 r. stała się ostateczna w dniu 4 stycznia 2017 r. Tym samym potwierdził okoliczność, że nie upłynęły 3 lata od dnia, w którym decyzja ta stała się ostateczna (art. 24 ust. 7 pkt 2 Pzp).

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak zostało już powyżej podniesione, w treści załączonego do oferty JEDZ Wykonawca E. złożył oświadczenia, że wedle jego wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, itd. oraz że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia i nie zataił tych informacji względem Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że składając w dniu 25 kwietnia 2017 r. ofertę, mając pełną świadomość co do okoliczności i skutków wydania wobec niej decyzji administracyjnej z dnia 9 stycznia 2013 r., Wykonawca E. złożył nieprawdziwe informacje dotyczące okoliczności związanych z istnieniem wobec niego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Następnie powtórnie złożył nieprawdziwe informacje składając w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty i oświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia.

Nie wymaga dowodu okoliczność, w której podanie przez Wykonawcę E. nieprawdziwych informacji w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp nastąpiło co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Podanie tych informacji miało z kolei istotny wpływ na wynik Postępowania, skoro oferta Wykonawcy E została uznana za najkorzystniejszą.

Następnie Odwołujący stwierdził, że stosownie do treści art. 24 ust. 5 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Uwzględniając wskazane powyżej okoliczności zasadne jest przyjęcie, że podanie przez Wykonawcę E. nieprawdziwych informacji dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp miało charakter zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że Wykonawca E. nie był świadom istnienia przedmiotowej decyzji, a jeżeli by tak było, to świadczyłoby to wręcz o jego rażącym niedbalstwie. Skoro, jak choćby wynika z ponownie złożonego przez Wykonawcę E. JEDZ, podjął on natychmiast po uprawomocnieniu się decyzji z dnia 9 stycznia 2013 r. szereg działań naprawczych, to nie sposób przyjąć, że nie miał ona wiedzy, co do istnienia tej decyzji. Znamienne jest ponadto, że Wykonawca E. zapewniał Zamawiającego o braku wydania przedmiotowej decyzji zarówno w treści JEDZ, jak również w treści jednoznacznego oświadczenia składanego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp. Podanie nieprawdziwej informacji nastąpiło zatem dwukrotnie w różnych momentach, najpierw w treści JEDZ, a następnie w treści dokumentów składanych na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Nie można w tych okolicznościach tłumaczyć działania wykonawcy, jako spowodowanego np. niewiedzą pracownika składającego ofertę.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 6 oraz 26 ust. 3 Pzp

W wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1087/17, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy E. do podania informacji, kiedy decyzja z dnia 9 stycznia 2013 r. stała się ostateczna. Równocześnie, w treści tego orzeczenia Izba w sposób jednoznaczny określiła konsekwencje prawne ewentualnego potwierdzenia się, że nie upłynęły 3 lata od dnia, w którym ww. decyzja stała się ostateczna.

Z powyższego wynika, że w okolicznościach potwierdzenia się, że nie upłynęły 3 lata od dnia, w którym decyzja z 9 stycznia 2013 r. stała się ostateczna, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Wykonawcę E. z Postępowania. Jak zostało już bowiem uprzednio wskazane nie złożył on stosownego zastrzeżenia w zakresie procedury samooczyszczenia zarówno w treści JEDZ, jak i w treści dokumentów złożonych na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp.

Tymczasem, wbrew zapadłemu orzeczeniu oraz z rażącym naruszeniem Pzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę E., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia JEDZ celem umożliwienia mu skorzystania z instytucji „samooczyszczenia”, co Zamawiający wprost przyznał w treści wezwania z dnia 18 lipca 2017 r. Zamawiający w sposób całkowicie dowolny stwierdził w piśmie z 27 lipca 2017 r., jakoby: „[...]wyrok izby nie wskazał w sposób jednoznaczny na brak możliwości wezwania do uzupełnienia JEDZ i złożenia wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia[...]”. Izba jednoznacznie stwierdziła, że możliwość

skorzystania z procedury samooczyszczenia jest warunkowana złożeniem stosownego oświadczenia w JEDZ, albo najpóźniej wraz z dokumentami złożonymi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Wykonawca E. nie tylko nie złożył stosownego oświadczenia w JEDZ, ale również w składanych następnie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumentach. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp, wbrew decyzji Zamawiającego, nie stanowi podstawy do poprawienia uprzednio złożonych przez Wykonawcę E. dokumentów i oświadczeń, w których zawarte były nieprawdziwe informacje zarówno w zakresie braku potrzeby skorzystania przez tego wykonawcę z procedury samooczyszczenia, jak i braku podstaw do jego wykluczenia z Postępowania.

Należy ponadto przypomnieć, że w omawianym wyroku Izba wskazała, że zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp będzie mogła zostać rozpoznana po potwierdzeniu się, iż nie upłynęły 3 lata od dnia, w którym decyzja z dnia 9 stycznia 2013 r. stała się ostateczna. W obecnej sytuacji konieczne jest wykluczenie Wykonawcy E na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z powodu podania w JEDZ oraz dokumentach złożonych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nieprawdziwych informacji. Wykluczenie na tej podstawie nie może zostać konwalidowane przez wezwanie Wykonawcy E, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do ponownego złożenia dokumentów, z których usunięte zostałyby nieprawdziwe informacje. Tymczasem Zamawiający dokonał takiej czynności, czym umożliwił Wykonawcy E usunięcie nieprawdziwych informacji.

Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Argumentował, że Przystępujący nie miał potrzeby wprowadzania go w błąd, jako że wzorowo przeprowadził procedurę samooczyszczenia. Podkreślił również, że mając na względzie dobro Postępowania i różnicę w cenie ofert Odwołującego i Przystępującego umożliwił Wykonawcy E uzupełnienie JEDZ, w tym przedstawienie dowodów na samooczyszczenie, co nie narusza przepisów Pzp i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca E, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez ww. (dalej również „Przystępujący”) przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła Wykonawcę E. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 17 sierpnia 2017 r. Przystępujący wniósł o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 4 i 5 odwołania, tj. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7, art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 8 Pzp,

2. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 2 i 3, tj. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ze względu na art. 189 ust. 3 pkt 3 i 4 Pzp.

W przypadku, gdy Izba nie uwzględni żądania, o którym mowa w pkt 2, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania ze względu na wydanie wobec niego decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska i wymierzeniu decyzją kary pieniężnej w wysokości 10.000 zł, Przystępujący stwierdził, że zarzut ten jest niezasadny.

Odwołujący w uzasadnieniu podnoszonego zarzutu wskazuje, że w pierwotnie złożonym JEDZ Przystępujący złożył oświadczenie, że wedle własnej wiedzy, nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, co dodatkowo potwierdził oświadczeniem złożonym na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Tymczasem, jak przypomina Odwołujący, w rzeczywistości wobec Przystępującego została wydana decyzja Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2013 r. (znak: IK.7062.71.5.2013) nakładająca karę pieniężną w wysokości 10.000 zł za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska, która została podtrzymana przez decyzję Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 4 stycznia 2017 r. (znak: (...)). Przedmiotowa decyzja stała się ostateczna.

Odwołujący wskazał, że okoliczności zostały wyjaśnione przez Przystępującego w piśmie z dnia 11 lipca 2017 r., potwierdzając datę ostateczności decyzji, co rzekomo ma prowadzić do wniosku, że wobec Przystępującego zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. W ocenie Odwołującego, skoro na Przystępującego w ciągu ostatnich 3 lat została nałożona kara pieniężna w drodze decyzji administracyjnej przekraczająca kwotę 3.000 zł, to w związku z powyższym Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Wykonawca E. podkreślił, że Odwołujący formułując i uzasadniając przedmiotowy zarzut zupełnie pomija okoliczność złożenia przez Przystępującego poprawionego dokumentu JEDZ w dniu 24 lipca 2017 r. w zakresie informacji dotyczących podstaw do wykluczenia oraz złożonych wraz z uzupełnionym JEDZ dowodów potwierdzających przeprowadzenie szeregu działań zmierzających do tzw. samooczyszczenia się przez wykonawcę.

Analizując uzasadnienie zarzutu Wykonawca E. stwierdził, że Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 1087/17, tj. fakt złożenia w pierwotnym JEDZ oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, w tym w zakresie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp oraz okoliczność wydania decyzji nakładającej na Przystępującego karę pieniężną w wysokości 10.000 zł za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska. Dodatkowo Odwołujący przywołuje okoliczność złożenia przez Przystępującego wyjaśnień w dniu 11 lipca 2017 r. w zakresie ostateczności decyzji GIOS z dnia 4 stycznia 2017 r., co powoduje, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego aktualizuje się i przestaje być przedwczesny.

Mimo wszystko, Odwołujący konsekwentnie pomija okoliczność złożenia dowodów oraz wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia Przystępującego, które uznał Zamawiający. Co więcej, nie kwestionuje złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz dowodów, co pozwala na stwierdzenie, że w ocenie Odwołującego dokonane przez Przystępującego samooczyszczenie było skuteczne, a podjęte przez niego środki były wystarczające do wykazania jego rzetelności. Odwołujący nie zarzuca również Zamawiającemu nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień i dowodów dotyczących *self-cleaningu* Przystępującego. Podstawą wykluczenia Przystępującego, w ocenie Odwołującego, jest sam fakt wystąpienia okoliczności nałożenia na niego kary środowiskowej w wysokości 10.000 złotych decyzją administracyjną, która stała się ostateczna w 2017 r.

Przy dokonywaniu oceny podniesionego zarzutu, należy mieć na uwadze art. 180 ust. 3 Pzp, z którego wynika brak możliwości modyfikowania zarzutów na dalszym etapie postępowania odwoławczego oraz ograniczenie rozpatrywania sporu przez Izbę w zakresie granic postawionych zarzutów. To prowadzi do wniosku, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Przystępującego tylko ze względu na potwierdzenie się informacji o dacie uzyskania ostateczności decyzji środowiskowej, a pomija samą kwestię dokonanego przez Przystępującego samooczyszczenia. Zatem Izba powinna rozpatrywać wskazany spór w granicach określonych przez Odwołującego, on sam zaś na dalszym etapie postępowania odwoławczego nie będzie mógł rozszerzyć swoich zarzutów o dokonanie ewentualnej nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień i dowodów w zakresie *self-cleaningu*.

Przystępujący stoi na stanowisku, że choć decyzja Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 4 stycznia 2017 r., potwierdzająca słuszność nałożenia na niego kary pieniężnej, stała się ostateczna w dacie jej podpisania, to fakt złożenia przez niego uzupełnionego oświadczenia w JEDZ, jak również wyjaśnień i dowodów potwierdzających

dokonanie samooczyszczenia, niweluje wystąpienie przesłanki do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia i dowody za wystarczające, dokonana przez niego ocena nie została w żaden sposób zakwestionowana, w związku z powyższym, Przystępujący stwierdza, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana w sposób prawidłowy, a zarzut podniesiony przez Odwołującego jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutów nr 2 i 3, tj. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących braku podstaw do wykluczenia, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, Wykonawca E. wskazał, że przedmiotowe zarzuty nie powinny być rozpatrywane, gdyż podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Zostały one wniesione po terminie, jak również Odwołujący powołuje się na okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 1087/17 dotyczącego tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, wniesionego przez tego samego odwołującego.

Przystępujący wyjaśnił, że w odwołaniu złożonym w dniu 29 maja 2017 r., Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp „[...]poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia[...]” (str. 2 odwołania z 29 maja 2017 r.). W uzasadnieniu faktycznym zarzutu, Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył w treści JEDZ oświadczenie, że nie występują wobec niej przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, pomimo że „[...]w okresie ostatnich 3 lat, wydana została ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, za co została wymierzona kara pieniężna nie niższa niż 3 000 zł[...]” (str. 5 ww. odwołania).

Analiza treści przedmiotowego odwołania wskazuje, że Odwołujący ponownie podnosi tożsamy zarzut wraz z tym samym wnioskiem oraz uzasadnieniem faktycznym.

Odwołujący po raz kolejny przedstawia te same okoliczności faktyczne, które były przedmiotem rozpatrywania przez Izbę w poprzednim postępowaniu odwoławczym i które stanowią uzasadnienie dla zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, tj. złożenie przez Wykonawcę E. w JEDZ oświadczenia, że nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa środowiska, a co za tym idzie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, pomimo wydanej decyzji administracyjnej nakładającej na niego karę

pieniężną powyżej 3.000 zł. Odwołujący nawet nie uzasadnia w odwołaniu, z jakich przyczyn podaje ponownie te same okoliczności na potwierdzenie swoich zarzutów, nie podaje również nowych okoliczności zaistniałych w postępowaniu, które uzasadniałyby powtórzenie tych samych zarzutów. Mając na uwadze powyższe, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 3 pkt 16 i 17 Pzp nie mogą zostać uwzględnione, ponieważ dotyczą okoliczności stanowiących przedmiot poprzedniego postępowania odwoławczego (Izba oddaliła zarzut, str. 12 wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1087/17).

Jednocześnie, przedmiotowe zarzuty należy uznać również za wniesione po terminie. Odwołujący, podobnie jak w przypadku pierwszego z omówionych zarzutów, pomija zupełnie okoliczność uzupełnienia przez Przystępującego dokumentu JEDZ w zakresie oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z Postępowania i dokonaniu przez niego samooczyszczenia przez złożenie wyjaśnień i dowodów. Bynajmniej Odwołujący nie zarzuca również Przystępującemu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez złożenie nieprawdziwych wyjaśnień i dowodów w zakresie *self-cleaning*. Podstawą faktyczną zarzutu Odwołującego jest natomiast oświadczenie Przystępującego złożone pierwotnie w JEDZ, przed jego uzupełnieniem w dacie 24 lipca 2017 r. Powyższe oznacza, że Odwołujący kwestionuje oświadczenie złożone przez Przystępującego w Postępowaniu, które było w dacie złożenia odwołania już nieaktualne. Zostało bowiem zastąpione nowym, uzupełnionym JEDZ, w którym Przystępujący wskazał, że występuje wobec niego przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, jednakże dokonał on szeregu działań potwierdzających jego rzetelność, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp. Warto przypomnieć, że w chwili uzupełnienia wadliwego dokumentu w procedurze na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dotychczasowy dokument nie jest brany pod uwagę, a zastępuje go dokument uzupełniany. W tym przypadku oznaczało to, że wiążącym dla Zamawiającego i Przystępującego był uzupełniony JEDZ zawierający oświadczenie o podleganiu wykluczeniu i podjęciu działań w kierunku samooczyszczenia, zaś dotychczasowe oświadczenia Wykonawcy E w tym zakresie stały się nieaktualne.

Mając na uwadze powyższe, jak również wyżej prezentowane uwagi dotyczące treści zarzutów oraz zakazu ich modyfikowania, należy stwierdzić, że przedmiotowe zarzuty zostały wniesione po terminie, ponieważ dotyczą okoliczności, które w momencie wniesienia odwołania nie miały miejsca. Odwołujący powołuje się na oświadczenie złożone przez Przystępującego w JEDZ, pomijając okoliczność uzupełnienia i dokonania zmiany w tym oświadczeniu. Tym samym, zarzut ten jest nie tylko bezprzedmiotowy, ponieważ dotyczy nieaktualnego oświadczenia w JEDZ, ale przede wszystkim został wniesiony po terminie.

Niezależnie od przesłanek odrzucenia występujących wobec przedmiotowych zarzutów, Przystępujący stwierdził, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp są bezzasadne i podlegają oddaleniu.

Po pierwsze, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp są bezprzedmiotowe, ponieważ dotyczą oświadczenia złożonego przez Przystępującego w JEDZ, które zostało uzupełnione w ramach przewidzianej w ustawie procedury na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, Odwołujący zarzuca Przystępującemu wprowadzenie Zamawiającego w błąd i podanie informacji, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, choć w okresie ostatnich 3 lat została wobec niego wydana decyzja administracyjna nakładająca karę pieniężną przekraczającą 3.000 zł. Jednakże Odwołujący zupełnie pomija fakt, że Wykonawca E. w toku Postępowania przyznał oraz szczegółowo wyjaśnił okoliczności związane z nałożoną na niego karą pieniężną, jak również przedstawił dowody (wyjaśnienia z dnia 31 lipca 2017 r. oraz uzupełniony JEDZ z dnia 24 lipca 2017 r.). Nie można zatem uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, skoro przedstawił prawdziwe informacje, co więcej, potwierdzone dowodami. Nie można w ostateczności uznać, że oświadczenie złożone przez Przystępującego pierwotnie w JEDZ, tj. że nie podlega podstawom do wykluczenia, w tym określonej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, miało wpływ na wynik Postępowania, ponieważ Przystępujący oświadczenie to zmienił, uzupełnił i przedstawił dodatkowo dowody potwierdzające podjęcie działań zmierzających do samooczyszczenia. Z całą pewnością należy stwierdzić, iż pierwotnie złożone oświadczenie w JEDZ nie stanowiło podstawy oceny Przystępującego i nie miało wpływu na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, ponieważ zostało zastąpione nowym oświadczeniem złożonym w JEDZ oraz nowymi wyjaśnieniami. Zamawiający dokonując ponownie wyboru oferty Przystępującego miał pełną świadomość, że została wydana wobec niego decyzja administracyjna Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 4 stycznia 2017 r., która stała się ostateczna w chwili jej podpisania, i która nakładała na niego karę pieniężną w wysokości 10.000 zł za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska. Jednocześnie Zamawiający miał pełną wiedzę na temat działań podjętych przez Przystępującego w celu potwierdzenia jego rzetelności oraz podjętych w przedsiębiorstwie środków naprawczych zapobiegających przyszłym naruszeniom.

Nie można również przyznać Odwołującemu racji w zakresie oceny zamiarów Przystępującego przy składaniu oświadczeń w JEDZ. Odwołujący stwierdził, jakoby Wykonawca E. z pełną świadomością wprowadził Zamawiającego w błąd, podając mu informację, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Abstrahując od faktu, że zarzut dotyczy oświadczenia nieaktualnego i uzupełnionego w toku postępowania, należy zauważyć, że okoliczności sprawy nie wskazują w żaden sposób, jakoby Przystępujący z pełną świadomością miał wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Dla oceny, czy Przystępujący podlega przesłance wykluczenia wyrażonej art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp konieczne było ustalenie daty ostateczności decyzji nakładającej na Przystępującego karę pieniężną. Należy podkreślić, że przedmiotowa kwestia, z nakazu Izby, była przedmiotem wyjaśnień pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym. W wyroku KIO 1087/17 Izba poleciła posiłkowanie się zaświadczeniem odpowiedniego urzędnika (str. 14 wyroku) w celu ustalenia daty ostateczności decyzji. W tych okolicznościach Przystępujący miał prawo nie mieć wiedzy na temat dokładnej daty ostateczności decyzji nakładającej karę pieniężną, ponieważ nie jest profesjonalistą w zakresie prawa administracyjnego. Co więcej, nie można zarzucić mu niedbalstwa, ani celowego działania zmierzającego do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, skoro natychmiast po otrzymaniu zaświadczenia Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 10 lipca 2017 r., potwierdzającego datę ostateczności decyzji, Przystępujący uzupełnił na wezwanie Zamawiającego nowe oświadczenie JEDZ oraz dowody na samooczyszczenie. W nowym, uzupełnionym na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, JEDZ Przystępujący przyznał, że występuje wobec niego przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

W związku z powyższym, należy uznać przedmiotowe zarzuty za bezprzedmiotowe i niezasadne, które powinny podlegać oddaleniu. Odwołujący nie uzasadnił, ani nie udowodnił, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie oświadczenia o braku przesłanek do wykluczenia, co mogło mieć wpływ na wynik Postępowania. Warto zauważyć, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp są związane ze szczególnym obowiązkiem udowodnienia okoliczności faktycznych uzasadniających ich wyartykułowanie w odwołaniu. Ponieważ Odwołujący nie podołał obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z art. 190 ust. 1 Pzp, nie można tych zarzutów w żaden sposób uwzględnić.

Odnosząc się do zarzutów nr 4 i 5, tj. zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 8 Pzp przez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz zastosowanie procedury samooczyszczenia, Przystępujący podniósł, że są one niezasadne, wnosząc o ich oddalenie.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, rzekomo wbrew treści wyroku KIO 1087/17, wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie występowania przesłanek do wykluczenia, dzięki czemu umożliwił mu

skorzystanie z procedury samooczyszczenia. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego było niezgodne z przepisami Pzp, ponieważ możliwość skorzystania z procedury *self-cleaningu* występuje najpóźniej w momencie składania oświadczeń i dokumentów na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, ponieważ przeczą temu przepisy ustawy Pzp.

Przystępujący przytoczył art. 26 ust. 3 Pzp i wyjaśnił, że przepisy art. 25a ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 Pzp odnoszą się do dokumentu JEDZ oraz innych dokumentów o charakterze podmiotowym, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak występowania podstaw do wykluczenia. Zatem JEDZ, jak również inne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, mogą być uzupełnione na wezwanie Zamawiającego jeśli wykonawca nie złożył tych dokumentów lub oświadczeń, były one niekompletne, zawierały błędy lub budziły wątpliwości zamawiającego. Wyjątkiem od tej reguły są sytuacje, w których wezwanie do uzupełnienia byłoby bezcelowe, ponieważ oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie miałyby być unieważnione. Zaistniały zatem wszystkie przesłanki określone w art. 26 ust. 3 Pzp, które uzasadniały wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów:

Należy przy tym pamiętać, że Zamawiający jest obowiązany do stosowania art. 26 ust. 3 Pzp w każdym przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest zawsze obligatoryjne dla Zamawiającego. W związku z powyższym nie można Zamawiającemu czynić zarzutu z czynności, do których podjęcia był zobowiązany na mocy przepisów.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, JEDZ w zakresie oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia oraz dokumenty składane w celu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, mogą być składane na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający przed podjęciem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić mu uzupełnienie, poprawienie lub wyjaśnienie wszystkich dokumentów i oświadczeń, które służą potwierdzeniu spełnienia przez niego warunków, bądź braku występowania podstaw do wykluczenia. Bez wszechstronnej analizy dokumentów i oświadczeń, ocena ta może być wybiórcza, a w ostateczności błędna, ponieważ Zamawiający bazując na swojej wiedzy, nigdy nie będzie stuprocentowo pewny, iż dany wykonawca powinien zostać wykluczony. Skoro w tym przypadku Zamawiający dochował należytej staranności w tym zakresie, należy uznać, że jego działania były prawidłowe.

Idąc dalej, o braku możliwości uzupełniania JEDZ oraz dokumentów w zakresie samooczyszczenia nie można wnioskować również z wyroku w sprawie KIO 1087/17, co próbuje udowodnić Odwołujący. Na uzasadnienie warto przywołać fragment wyroku, zgodnie z którym „[...]Jest niedopuszczalne, po pierwsze powołanie się na zastosowanie tej procedury na etapie postępowania odwoławczego, po drugie przy jednoczesnym braku – nadał – jednoznacznej i wiarygodnej informacji odnośnie decyzji z 2013r.[...]” (str. 13 wyroku).

Wskazane zdanie było konkluzją dla rozstrzygnięcia Izby w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, które Izba oddaliła. Wskazane zdanie Izby dotyczy dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego potwierdzających podjęcie środków naprawczych w celu samooczyszczenia. Izba stwierdziła w powyższym zdaniu, iż stosowanie procedury *self-cleaning* w postępowaniu odwoławczym jest niedopuszczalne (w domyśle: powinna ona mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), a ponadto na tamtym etapie postępowania było przedwcześnie, ponieważ brak wiedzy na temat daty ostateczności decyzji nakładającej karę pieniężną, uniemożliwiał stwierdzenie, czy Przystępujący w ogóle podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Nakazy Izby w sentencji oraz treść uzasadnienia wyroku KIO 1087/17 wyraźnie wskazywały, że najpierw jest konieczne wiarygodne i jednoznaczne ustalenie, czy Przystępujący w ogóle podlega wykluczeniu, zaś kwestie dalszych kroków – decyzji o wykluczeniu, czy możliwość wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, Izba pozostawiła już do dyspozycji Zamawiającemu. Stąd nie można uznać argumentacji Odwołującego, który próbuje wywołać wrażenie, że Izba w wyroku KIO 1087/17 sugerowała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z Postępowania po uzyskaniu informacji o dacie ostateczności decyzji administracyjnej.

Ostatecznie zaś nie można zgodzić się z ostatnim argumentem Odwołującego, że Zamawiający w sposób niedozwolony wezwał Przystępującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów i oświadczeń, które zawierały nieprawdziwe informacje (tj. JEDZ). Należy wskazać, że Izba w wyroku KIO 1087/17 nie potwierdziła zarzutów Odwołującego, jakoby Przystępujący składając pierwotnie w JEDZ oświadczenie, iż nie podlega przesłankom wykluczenia, wprowadził Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Wręcz przeciwnie, zarzuty naruszenia tych przepisów zostały oddalone. W związku z tym, twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje są

daleko idące, zwłaszcza w kontekście występujących w sprawie wątpliwości dotyczących daty ostateczności decyzji administracyjnej nakładającej karę pieniężną.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ, umożliwiając mu tym samym skorzystanie z procedury *self-cleaningu*. Odwołujący nie kwestionuje w sposób merytoryczny samej procedury, w tym złożonych dokumentów oraz przeprowadzonej ich oceny.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. ogłoszenia o zamówieniu,
2. SIWZ,
3. protokołu Postępowania,
4. oferty Wykonawcy E,
5. pisma Zamawiającego z 5 maja 2017 r. (wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp),
6. pisma Wykonawcy E z 12 maja 2017 r. z załącznikami (odpowiedź na ww. wezwanie),
7. pisma Zamawiającego z 18 maja 2017 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej),
8. odwołania ze sprawy o sygn. akt KIO 1087/17,
9. pisma Zamawiającego z 12 czerwca 2017 r. (wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w toku poprzedniego postępowania odwoławczego),
10. pisma Wykonawcy E z 16 czerwca 2017 r. z załącznikami (odpowiedź na ww. wezwanie),
11. pisma Zamawiającego z 7 lipca 2017 r. (wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w wykonaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1087/17),

12. pisma Przystępującego z 10 lipca 2017 r.,
13. pisma Wykonawcy E z 11 lipca 2017 r. z załącznikami (odpowieź na wezwanie z pkt 9),
14. pisma Zamawiającego z 18 lipca 2017 r. (uchylenie decyzji, o której mowa w pkt 7),
15. pisma Zamawiającego z 18 lipca 2017 r. (wezwanie Wykonawcy E z art. 26 ust. 3 Pzp),
16. pisma Przystępującego z 24 lipca 2017 r. z załącznikami (odpowieź na ww. wezwanie),
17. pisma Zamawiającego z 27 lipca 2017 r. (powtórne zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej)

Jednocześnie Izba oddaliła wniosek Wykonawcy E o zaliczenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy KIO 1087/17, czyli *de facto* o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt tej sprawy wskazując, że obowiązkiem Przystępującego było precyzyjne wskazanie zawartych w nich dokumentów, z których przeprowadzenia dowodów oczekuje.

W oparciu o ww. dokumenty ustalono następujący stan faktyczny.

Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp (pkt 10 SIWZ). W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o przesłankę wynikającą ze wzmiankowanego przepisu wykonawca miał obowiązek złożyć JEDZ oraz oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu (pkt 9.4.4 *in principio* SIWZ, pkt 9.4.4 lit. j SIWZ oraz Sekcja VI.3.j ogłoszenia o zamówieniu).

Wykonawca E. w dniu 26 kwietnia 2017 r. złożył ofertę w Postępowaniu. W załączonym do oferty JEDZ oświadczył m.in., że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa środowiska (Część III, Sekcja C JEDZ, str. 8).

Mając na względzie fakt, że oferta Przystępującego oceniona została jako najkorzystniejsza Zamawiający – pismem z 5 maja 2017 r. – wezwał Wykonawcę E, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, m.in. (pkt 13 wezwania) do złożenia oświadczenia, że w stosunku do niego nie zachodzi przesłanka do wykluczenia przewidziana w pkt 9.4.4 lit. j SIWZ, tj. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. W odpowiedzi Przystępujący złożył oświadczenia datowane na 26 kwietnia i 12 maja 2017 r., że nie podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu. Oferta Wykonawcy E w dniu 18 maja 2017 r. została wybrana jako najkorzystniejsza.

Wynik Postępowania zaskarżony został przez Odwołującego, który w odwołaniu zarzucił m.in. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp przez

zaniechanie wykluczenia Wykonawcy E, mimo że została wobec niego wydana ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów o ochronie środowiska, na podstawie której nałożono na niego karę w wysokości 10.000 zł, a nadto naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy E pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający – pismem z 12 czerwca 2017 r. – wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, czy istnieją podstawy do wykluczenia go z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp (pkt 2 wezwania).

Wykonawca E. złożył wyjaśnienia informując o nałożeniu na niego kary decyzją z 9 stycznia 2013 r. wydaną przez Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska („WIOŚ”) oraz przedstawiając dowody na samooczyszczenie (pismo Wykonawcy E z 16 czerwca 2017 r.).

Izba – wyrokiem z 21 czerwca 2017 r. – uwzględniła odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ostateczności decyzji nakładającej na niego karę. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp zostały oddalone, tym niemniej w uzasadnieniu skład orzekający stwierdził, że były one wówczas przedwczesne i nie odnosząc się merytorycznie do podstaw wykluczenia wynikających ze wzmiankowanych przepisów.

Pismem z 7 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę E. do wyjaśnienia, czy od decyzji WIOŚ zostało wniesione odwołanie, a jeśli tak to kiedy wydana została decyzja organu drugiej instancji, a nadto – czy od decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska („GIOŚ”) złożono skargę do WSA oraz ewentualnie skargę kasacyjną do NSA.

W odpowiedzi, pismem z 11 lipca 2017 r., Wykonawca E. wyjaśnił, że od decyzji WIOŚ złożył odwołanie, jednakże decyzja została utrzymana przez GIOŚ i stała się ostateczna z dniem jej podpisania, tj. 4 stycznia 2017 r.

Jednocześnie, pismem z 10 lipca 2017 r. Przystępujący zapytał Zamawiającego, czy wezwie go do uzupełnienia JEDZ i umożliwi przedstawienie dowodów na samooczyszczenie? Wykonawca E. argumentował, że na każdym etapie Postępowania zamawiający może skorygować podjętą uprzednio czynność w razie stwierdzenia jej wadliwości.

Zamawiający – pismem z 18 lipca 2017 r. – unieważnił czynność wyboru oferty Przystępującego i tego samego dnia wezwał go, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia JEDZ w zakresie Części III lit. c tiret pierwsze i do przedstawienia wyjaśnień dotyczących instytucji samooczyszczenia. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający podkreślił brak związku pomiędzy ukaraniem Przystępującego a jego aktualną sytuacją. Stwierdził również, że „[...]wezwanie do uzupełnienia JEDZ oraz ewentualne przyjęcie wyjaśnienia samooczyszczenia pozwoli w sposób zgodny z prawem i racjonalny dokonać wyboru oferty, która jest tańsza od następnej oferty o prawie 500 000,00 zł, zwłaszcza, że wydatki w ramach przedmiotowego zamówienia w całości pochodzą z opłat wnoszonych przez mieszkańców Gminy[...]”. Zamawiający wskazał również, że daje Wykonawcy E szansę udowodnienia, czy wydana decyzja ma wpływ na obecny stan prowadzonego przez niego zakładu.

Przystępujący za pismem z 24 lipca 2017 r. przesłał Zamawiającemu poprawiony JEDZ, w którym oświadczył, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, a nadto, w ramach procedury samooczyszczenia, złożył wyjaśnienia i przedstawił dowody mające potwierdzać jego rzetelność.

Powyższe stanowiło podstawę ponownego wyboru oferty Wykonawcy E jako najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego z 27 lipca 2017 r.).

W przedstawionych powyżej okolicznościach stanu faktycznego Izba uznała odwołanie za uzasadnione.

Na wstępie, w zakresie wniosku Przystępującego o częściowe odrzucenie odwołania (tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, Izba stwierdziła, że był on bezpodstawny.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych przez Wykonawcę E. podstaw odrzucenia skład orzekający wyjaśnia, że *clou* problemu zawiera się w stwierdzeniu o przedwczesności przedmiotowego zarzutu na etapie postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 1087/17. Z zapadłego w tamtej sprawie wyroku wynika, że rozstrzygnięcie o nim wymaga ustalenia przez Zamawiającego dodatkowej, istotnej okoliczności, co faktycznie miało miejsce w wykonaniu orzeczenia Izby.

Należy również zauważyć, że przyjęcie koncepcji zarzutu spóźnionego prowadziłoby *ad casum* do absurdalnych wręcz wniosków. Skoro bowiem Izba we wcześniejszym wyroku stwierdziła, że zarzut postawiony został przed terminem, to – biorąc pod uwagę związanie stron i uczestników postępowania odwoławczego tym orzeczeniem i jednocześnie przyjmując, że w przedmiotowej sprawie zarzut miałyby być postawiony po terminie –

należałoby zadać pytanie w jakim, zdaniem Przystępującego, terminie Odwołujący powinien był wnieść odwołanie zawierające zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, aby uznać go za wniesiony w terminie? Co więcej, konsekwencją zaaprobowania stanowiska Wykonawcy E byłoby *de facto* wyłączenie w tej sprawie spod kognicji Izby oceny kwestii wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego.

W zakresie drugiej z przesłanek odrzucenia odwołania skład orzekający stwierdza, że okoliczności, na które powołuje się Odwołujący nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1087/17. Trzeba mieć na względzie, że rozpoznanie związanego z nimi zarzutu ograniczone zostało w istocie do stwierdzenia o jego przedwczesności, czemu towarzyszyło przedstawienie poglądów składu orzekającego na procedurę samooczyszczenia. Nie można zatem uznać, że zarzut ten został rozstrzygnięty co do ich istoty, tj. że poprzednim wyrokiem przesądzono kwestię wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez przedstawienie mu informacji nieprawdziwych. Okoliczność, że Izba zarzut oddaliła wynika z faktu, że przepisy o postępowaniu odwoławczym przewidują, zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, dychotomię rozstrzygnięć o odwołaniu (odpowiednio – zarzutach odwołania).

Przechodząc do *meritum* skład orzekający uznał za zasadne odniesienie się do poprzedniego wyroku zapadłego na gruncie Postępowania, którego treść była przedmiotem interpretacji stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 1087/17, omawiając instytucję samooczyszczenia, nie wykluczył możliwości poprawienia zawartego w JEDZ oświadczenia przez wskazanie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z jednoczesnym umożliwieniem takiemu wykonawcy przedstawienie dowodów na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Istotne jest jednak, że w przedmiotowej sprawie na przeszkodzie zastosowaniu przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji – art. 24 ust. 8 Pzp, stało wprowadzenie Zamawiającego w błąd uzasadniające wykluczenie Wykonawcy E z Postępowania, co zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia. Powyższa konstatacja znajduje oparcie w ugruntowanych poglądach doktryny prawa zamówień publicznych oraz w orzecznictwie Izby i należy ją odnosić również do instytucji samooczyszczenia, jeżeli jej przeprowadzenie poprzedzone było posłużeniem się nieprawdą (zatajeniem prawdy).

Ergo, nie zasługuje na aprobatę pogląd, zgodnie z którym zamawiający w każdym przypadku ma obowiązek umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów na potwierdzenie jego rzetelności. Przywoływany przez Zamawiającego i Przystępującego na poparcie tego stanowiska wyrok Izby w sprawie o sygn. akt

KIO 2199/16 okazał się nieadekwatny do przedmiotowej sprawy. Uważna lektura tego orzeczenia prowadzi do wniosku, że odwołujący się wykonawca został przez zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp nie złożony w JEDZ żadnego oświadczenia w przedmiocie tej przesłanki wykluczenia i nie będąc wezwany do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie. *Ad casum* Wykonawca E. złożył w JEDZ oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, a nadto umożliwiono mu zmianę tego oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia JEDZ.

Nie jest również tak, jak usiłował przekonywać Przystępujący, że przesłanki do jego wykluczenia z Postępowania (w szczególności na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp) przestały istnieć z uwagi na unieważnienie poprzedniego wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej i wezwanie do uzupełnienia JEDZ. Skład orzekający stwierdza, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której ze względu na czynności zamawiającego względem danego wykonawcy dochodzi w rzeczywistości do zdezaktualizowania się kwestii oceny podstaw do jego wykluczenia z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Stanowiłoby to bowiem nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy, który – co istotne – zachowuje się wobec zamawiającego nierzetelnie.

W konsekwencji Izba uznała, że czynność wezwania Wykonawcy E do złożenia poprawionego JEDZ i przedstawienia dowodów na samooczyszczenie oraz towarzysząca jej ocena przedstawionych dowodów, a w konsekwencji – wybór oferty Przystępującego dokonane zostały z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i jako takie nie mogą wywierać skutków prawnych w płaszczyźnie oceny zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Stąd, argumentacja Wykonawcy E, że Odwołujący nie odniósł się do skuteczności samooczyszczenia i nie podważył przedstawionych na tą okoliczność dowodów była prawnie obojętna.

Na marginesie, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego uzasadniającego wezwanie Wykonawcy E w trybie art. 26 ust. 3 Pzp należy zauważyć, że – po pierwsze – nie stanowi o jego zasadności okoliczność, że wzywany wykonawca złożył ofertę z najkorzystniejszą ceną, po drugie zaś, że z treści wezwania wynika, iż Zamawiający przesądził kwestię pozytywnej oceny samooczyszczenia jeszcze przed otrzymaniem dowodów mających je potwierdzać.

Przechodząc do omówienia wzmiankowanych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podkreślenia wymaga, że bezsprzecznie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu

przez Wykonawcę E. informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Zawarte w załączonym do oferty JEDZ oświadczenie było, wobec ostatecznej decyzji GIOŚ utrzymującej w mocy decyzję WIOŚ nakładającą na Przystępującego karę 10.000 zł za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, obiektywne niezgodne z rzeczywistością. Wywołało ono u Zamawiającego mylne przekonanie, że Wykonawca E. nie podlega wykluczeniu z Postępowania, co z kolei doprowadziło do wyboru złożonej przez niego oferty.

W następstwie przedstawionych powyżej zapatrywań konieczne stało się ustalenie stopnia naganności działania Przystępującego. Rozstrzygając to zagadnienie Izba przyjęła, że działał on w warunkach rażącego niedbalstwa z następujących przyczyn.

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (zob. A. Olejniczak: *Komentarz do art. 415 K.c.* [w:] A. Kidyba (red.): *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el.). W konsekwencji przyjęć należy, że niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 K.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.

Wykonawca E, biorąc wyłącznie pod uwagę datę wpisu do rejestru przedsiębiorców, jest podmiotem doświadczonego, funkcjonującym na rynku od 2008 r., a powstałym z przekształcenia istniejącej wcześniej spółki cywilnej. Decyzja WIOŚ, na podstawie której wymierzona została mu kara pieniężna dotyczyła prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów bez wymaganego zezwolenia, a zatem kwestii rudymenarnych, biorąc pod uwagę profil działalności wykonawcy. Przystępujący nie kwestionował, że wiedział zarówno o fakcie wszczęcia i prowadzenia postępowania administracyjnego w przedmiocie tego deliktu, wydania decyzji przez organ pierwszej instancji, wniesienia odwołania od tej decyzji przez ówczesnego pełnomocnika, a nawet – o treści rozstrzygnięcia zapadłego w instancji odwoławczej. Jediną okolicznością, o której Wykonawca E. nie miał pojęcia była data, w której decyzja GIOŚ stała się ostateczna. Izba uznała, że właśnie wspomniana niewiedza świadczy o rażącym niedbalstwie Przystępującego. Nie sposób

uznać za zachowanie choćby przeciętnie staranne złożenie w JEDZ oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w warunkach postępowania administracyjnego, w którym zapadły dwie niekorzystne dla Wykonawcy E. decyzje, mogące stanowić przeszkodę w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Bezdyskusyjnym obowiązkiem Przystępującego było czuwanie nad przebiegiem toczącego się postępowania administracyjnego, zwłaszcza przed GIOŚ, skoro jego wynik miał być przesądzający o ostateczności decyzji stanowiącej podstawę wykluczenia z Postępowania. Co więcej, nawet jeśli Wykonawca E. nie dochował wspomnianego obowiązku, to mógł chociażby ustalić datę, w której decyzja stała się ostateczna, zwłaszcza mając w perspektywie zamiar ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym przewidziana została związana z tą kwestią podstawa wykluczenia.

Jak wynika z przytoczonych powyżej ustaleń faktycznych ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 marca 2017 r., zaś termin składania ofert upływał 26 kwietnia 2017 r. Zestawiając te daty z datą wydania decyzji przez GIOŚ należało dojść do wniosku, że Przystępujący miał sporo czasu na poczynienie odpowiednich ustaleń. Hipotetycznie możliwa była nawet sytuacja, że przedmiotowego ustalenia Wykonawca E. nie dokonałby przed wszczęciem Postępowania, czy przed upływem terminu składania ofert, a chociażby w okresie poprzedzającym odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, które wystosowane zostało do niego 5 maja 2017 r., albo nawet tuż przed udzieleniem odpowiedzi na nie (*ad casum* – przed 12 maja 2017 r.). Żadna z powyższych okoliczności nie miała jednak miejsca – Wykonawca E. dwukrotnie (w JEDZ i w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp) złożył nieprawdziwe oświadczenie.

Dopiero po ujawnieniu w poprzednim postępowaniu odwoławczym istnienia podstawy ewentualnego wykluczenia z Postępowania Przystępujący podjął niezbędne kroki w celu ustalenia relewantnych okoliczności (*vide* pismo Wykonawcy E z 16 czerwca 2017 r.). Działanie takie ocenić należało jako oczywiście spóźnione i podjęte wyłącznie ze względu na ingerencję podmiotu trzeciego, tj. Odwołującego.

Nie stanowił usprawiedliwienia naganności zachowania Wykonawcy E żaden z argumentów podniesionych przez niego na rozprawie, czy w piśmie procesowym. Przede wszystkim nie może on zasłaniać się okolicznością, że nawet Izba w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 1087/17 nie była w stanie ustalić daty ostateczności decyzji organu drugiej instancji. Dokonywanie takich ustaleń nie leży w kompetencji Izby. Kwestia ta powinna zostać wyjaśniona, we własnym interesie, przez samego Przystępującego jako strony postępowania administracyjnego, względnie – w interesie prawidłowości czynności podejmowanych w Postępowaniu –

przez Zamawiającego. Nie zwalnia Przystępującego z odpowiedzialności twierdzenie, że nie jest on specjalistą z zakresu prawa administracyjnego. Nawet jeśli przyjąć, że wykonawca nie powinien posiadać choćby elementarnej wiedzy w tej dziedzinie, to niewątpliwie jego obowiązkiem jest zapewnienie sobie fachowej pomocy, co jednak w żaden sposób nie zwalnia go z powinności trzymania pieczy nad przebiegiem powierzonych profesjonalnemu pełnomocnikowi sprawy. Stąd argumentacja, że Wykonawca E. korzysta aktualnie z innego pełnomocnika, który nie miał wiedzy o przebiegu omawianego postępowania administracyjnego, czy obarczanie odpowiedzialnością za nieustalenie daty, w której decyzja instancji odwoławczej stała się ostateczna pracownika Przystępującego nie mogły się ostać.

Reasumując, w świetle przytoczonych okoliczności nie sposób uznać, że składając oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Wykonawca E. nie przewidywał, że w rzeczywistości może być inaczej, wobec czego działanie jego było niedbałe w stopniu rażącym, a skoro wprowadziło Zamawiającego w błąd, to doszło do zaktualizowania się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Nie sposób twierdzić przy tym, że Odwołujący nie udowodnił podstaw wykluczenia, w szczególności działania w warunkach rażącego niedbalstwa. Trudno bowiem – odnosząc się do przytoczonej wcześniej definicji tego pojęcia – wyobrazić sobie dowód na okoliczność, że, przykładowo, Wykonawca E. nie godził się na bezprawny skutek swojego działania. Ustalenie czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu zachowanie Przystępującego było naganne wymagało, w tej sprawie, wyłącznie interpretacji faktów.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że zachowanie Wykonawcy E. można również zakwalifikować na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że gdyby Przystępujący nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, to jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza (późniejsze czynności Zamawiającego Izba – jak wspomniano – pominęła). Bezsprzecznie wybór oferty Wykonawcy E. zrealizował wynikającą z ww. przepisu przesłankę istotnego wpływu, a skoro skład orzekający przypisał Przystępującemu rażące niedbalstwo, to działał on również w warunkach „zwykłego” niedbalstwa (*argumentum a maiori ad minus*), uzasadniającego wykluczenie go z Postępowania także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw.

z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: