

WYROK

z dnia 12 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2020 roku przez wykonawcę **FBserwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wiązów, Plac Wolności 37, 57-120 Wiązów**

przy udziale wykonawcy **Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław pomimo, iż w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość – w wyniku rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, w tym znajdujących się w domenie publicznej i dotyczących nienależytego wykonania przez tego wykonawcę umów w przedmiocie odbierania odpadów z zamawiającym miastem Bydgoszcz oraz wydania wobec tego wykonawcy decyzji w sprawie zakazu wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

2. uwzględnić odwołanie częściowo w zakresie zarzutu niezastosowania i zaniechania wykluczenia wykonawcy Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław z postępowania pomimo, iż wprowadził zamawiającego w błąd nie informując, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) oraz oświadczając, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843), pomijając przy tym, iż została na niego nałożona ostateczna kara za naruszenie przepisów ochrony środowiska przez Prezydenta Miasta Łodzi w wysokości 5 700 zł oraz, iż wydano wobec niego decyzję o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej na terenie miasta Łodzi; uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcy Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław i przyjęcie, że dowody przedstawione przez tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) są wystarczające i wskazują na rzetelność tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on, że podjął konkretne i odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na naruszaniu przepisów ochrony środowiska oraz nie przedstawił zamawiającemu informacji o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 5 700 zł przez Prezydenta Miasta Łodzi i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław na podstawie art. 24 ust. 5 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 poz. 1579),
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Wiązów, Plac Wolności 37, 57-120 Wiązów** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **FBserwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Gminy Wiązów, Plac Wolności 37, 57-120 Wiązów** na rzecz **FBserwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Bielany Wrocławskie** kwotę **11 100, 00 zł** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych Miasta i Gminy Wiązów”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Wiązów (dalej „zamawiający”) wykonawca FB Serwis z Bielan Wrocławskich (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. (dalej „przystępujący”) jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 8 oraz art 24 ust. 9, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez przystępującego i przyjęcie, że dowody przedstawione przez tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp są wystarczające i wskazują na rzetelność tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on, że podjął konkretne i odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na naruszaniu przepisów ochrony środowiska oraz nie przedstawił zamawiającemu informacji o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 5700 zł przez Prezydenta Miasta Łodzi;
2. art. 24 ust. 5 pkt 2, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, w tym znajdujących się w domenie publicznej i dotyczących m.in. nienależytego wykonania przez tego wykonawcę umów w przedmiocie odbierania odpadów z zamawiającym miastem Bydgoszcz oraz wydania wobec przystępującego decyzji w sprawie zakazu wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zarzut został przez odwołującego cofnięty na posiedzeniu),
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd nie informując, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz oświadczając, iż

zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy Pzp, pomijając przy tym, iż została na niego nałożona ostateczna kara za naruszenie przepisów ochrony środowiska przez Prezydenta Miasta Łodzi w wysokości 5 700 zł oraz zataił, iż wydano wobec niego decyzję o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej na terenie miasta Łodzi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia przystępującego z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 7 w zw. z art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający zastrzegł w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia, a wśród nich przesłankę, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy Pzp, tj. zastrzegł 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 3000 złotych.

Podał, że przystępujący wskazał w swojej ofercie, iż zachodzą wobec niego podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp z powodu nałożenia administracyjnych kar pieniężnych (dalej „AKP”) za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska – wydano wobec niego trzy decyzje, które stały się ostateczne w okresie ostatnich 3 lat dotyczące zdarzeń z 2015/2016 i 2017 roku.

Podał także, iż przystępujący poinformował zamawiającego o nałożeniu na niego AKP decyzją administracyjną z czerwca 2019 r., wskazując, iż decyzja ta nie jest ostateczna gdyż postępowanie w sprawie jej wydania wznowiono. Odwołujący wskazał, że decyzją tą została na przystępującego nałożona kara w wysokości 388.957,50 zł w związku ze zbieraniem odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia.

Uzupełnił, iż Decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 lutego 2020 r. „*odmówiono uchylenia decyzji wymierzającej*” AKP.

Wskazał nadto, iż w treści oferty przystępujący oświadczył, iż ma zamiar złożyć odwołanie od tej decyzji w terminie do dnia 18 marca 2020 r, podkreślając że termin ten już upłynął, co – wedle odwołującego – w sposób oczywisty potwierdza co najmniej nieaktualność danych przedstawionych przez przystępującego.

Dowód: oferta przystępującego w aktach postępowania.

Uznał, że 3 wskazanymi przez przystępującego decyzjami nałożono na przystępującego kary w związku ze zbieraniem odpadów, a jedną w związku ze zbieraniem odpadów stanowiących zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

Ocecił, że przystępujący przedstawił informacje rzekomo mające udowodnić, iż nie podlega wykluczeniu.

Podkreślił, iż przystępujący winien poddać się tzw. samooczyszczeniu, poprzez podanie argumentacji dotyczącej powziętych środków naprawczych i zapobiegawczych na przyszłość, w odniesieniu do każdej z nałożonych na niego AKP, ponieważ wystarczy nałożenie jednej kary, aby wykonawca podlegał wykluczeniu.

Stwierdził, że okoliczności dotyczące nałożenia kary, a także podjętych działań mających zapobiegać naruszeniom w przyszłości, należy szczegółowo nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić w drodze tzw. *self-deaning*.

W ocenie odwołującego zamawiający bezkrytycznie podszedł do tzw. samooczyszczenia przystępującego. Uznał, że wyjaśnienia i przedstawione przez przystępującego dowody nie czynią zadość wymaganiu wykazania rzetelności wykonawcy, a jedynie potwierdzają, iż przystępujący od lat narusza przepisy prawa ochrony środowiska.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 1811/18 odwołujący podniósł, iż „(...) *zasadniczo więc [oceniając self-deaning – uzupełnienie własne] zamawiający bada, m.in. czy wykonawca podjął konkretne środki techniczne, kadrowe, organizacyjne, odpowiednie do zapobiegania kolejnym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Katalog przesłanek zmierzających do wykazania rzetelność wykonawcy w ramach procedury self-deaning jest otwarty. Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody – wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. (...).*”

Wskazał dodatkowo, że „*Jednocześnie konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-deaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją*

rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust 8. Ponieważ zakres potencjalnych przypadków zastosowania samooczyszczenia jest bardzo szeroki, a liczba możliwych stanów faktycznych jest właściwie nieograniczona, ocena prawidłowości wdrożenia przez wykonawcę self-cleaning może przysparzać wielu trudności zamawiającym. Brak jest bowiem możliwości wskazania wspólnego mianownika dla prawidłowo zastosowanej procedury samooczyszczania. Każdy przypadek musi zostać oceniony indywidualnie. Skoro zatem krajowy ustawodawca powierzył ocenę skuteczności procedury self-cleaning zamawiającym, to powinni oni dążyć do maksymalnej obiektywności przy weryfikacji wdrożonych przez wykonawcę środków naprawczych” (J. Jamicka, Komentarz do art. 24 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Jaworska (red.) 2019, wyd. 7, Legalis).

Uzupełnił, że koncepcja self-cleaningu opiera się z jednej strony na zasadzie proporcjonalności, z drugiej nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wskazał, że wykluczeniu zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 9 ustawy Pzp nie będzie podlegać wykonawca, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8 tego artykułu.

Stwierdził na powyższej podstawie, że dowody na rzetelność przedstawiane przez wykonawcę podlegają zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy ostateczne przesądzenie, czy można uznać je za wystarczające. Swoboda oceny zamawiającego jest przy tym ograniczona wytycznymi, które ma spełnić wykonawca, aby skorzystać z dobrodziejstwa instytucji self-cleaningu.

Podniósł, że przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje, iż składający samooczyszczenie wykonawca powinien co najmniej:

1. udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody,
2. wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny oraz współpracę z organami ścigania oraz
3. wyczerpująco wyjaśnić podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Podkreślił, że wykonawca winien przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą uczciwość i solidność wykonawcy.

Odwołujący stanął na stanowisku, że:

1. choć z oświadczenia przystępującego wynika, iż wszystkie kary zostały „uregulowane” to na potwierdzenie tego faktu wykonawca przedstawił jedynie oświadczenie prokurenta spółki w sytuacji, gdy najprostszym dowodem jest przedstawienie potwierdzeń przelewu AKP, czego przystępujący nie uczynił – oznacza to, że przystępujący nie udowodnił wykonania podstawowego działania tj. naprawienia szkody,
2. przystępujący nie przedstawił w zakresie 3 decyzji wyczerpującego opisu stanu faktycznego co oznacza, iż zamawiający nie miał możliwości samodzielnej oceny szczególnych okoliczności czynu wykonawcy, w rozumieniu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp; stwierdził, że przedstawienie zarysu stanu faktycznego i szersze omówienie dotyczy jedynie decyzji, co do której przystępujący twierdzi, że nie jest ostateczna; przystępujący nie przedstawił jakiegokolwiek informacji dotyczących współpracy z organami administracji,
3. w odniesieniu do podjętych działań o charakterze technicznym, organizacyjnym czy kadrowym, że duża ich część została podjęta w roku 2020, a większość dowodów na potwierdzenie działań pochodzi od samej spółki, w tym są to oświadczenia jej prokurenta; z wyjaśnień nie wynika także, jak podjęte konkretne działania mają zapobiegać kolejnym naruszeniom.

Za niezrozumiały uznał argument zatrudnienia przez przystępującego doradcy restrukturyzacyjnego (doradztwo w zakresie kontrolingu) dla przeciwdziałania ponownemu naruszeniu przepisów ochrony środowiska, ponieważ zgodnie z ustawą z 15 czerwca 2007 r. o licencji doradcy restrukturyzacyjnego doradca restrukturyzacyjny specjalizuje się w zakresie zagadnień związanych z prawem upadłościowym, a nie ochroną środowiska, doradca taki może wykonywać w szczególności czynności doradztwa restrukturyzacyjnego, które obejmują udzielanie porad, opinii i wyjaśnień oraz świadczenie innych usług z zakresu restrukturyzacji i upadłości.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie przedstawił także żadnych procedur, które rzekomo wdrożył, w szczególności procedur kontrolingowych, tj. procedur wewnętrznej kontroli finansowej. Uznał, że przystępujący nie podjął nawet próby udowodnienia jak procedury kontroli finansowej zapobiegają naruszeniom przepisów ochrony środowiska.

Skonstatował że w sytuacji powtarzających się naruszeń, z których każde zakończyło się wydaniem decyzji administracyjnej o nałożeniu AKP (pierwsze z naruszeń miało miejsce w roku 2015) podjęcie środków technicznych organizacyjnych i kadrowych, należy oceniać w kontekście ich skuteczności na przestrzeni ostatnich prawie 5 lat; nie można uznać, iż

wykonawca jest wiarygodny i rzetelny, jeśli pomimo rzekomego wprowadzenia szeregu środków zaradczych wielokrotnie narusza przepisy ochrony środowiska, w szczególności przepisy dotyczące tego samego rodzaju działalności, tj. zbierania odpadów.

Podsumował, że podejmowane środki zaradcze nie były skuteczne, a zatem nie były adekwatne dla zapobiegania dalszym naruszeniom.

Dodatkowo stanął na stanowisku, że ocena samooczyszczenia wykonawcy powinna być dokonywana również z perspektywy przedmiotu zamówienia w szczególności zamawiający winien zweryfikować, czy w zakresie przedmiotu zamówienia występują czynności, przy realizacji których wykonawca w przeszłości naruszył przepisy prawa skutkujące nałożeniem AKP.

W ocenie odwołującego zamawiający przyjął za niebudzące wątpliwości informacje przystępującego, iż nie zamierza zbierać odpadów w ramach realizacji umowy, pomimo, iż wykonawca ten informuje o zamiarze przeładunku odpadów; jeśli wykonawca dopuścił się wielokrotnie naruszenia skutkującego nałożeniem AKP w związku ze zbieraniem odpadów, a w ramach realizacji umowy wykonawca ma zamiar przeładowywać odpady, to zamawiający powinien określić wagę naruszeń wykonawcy jako wyższą.

Stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem przeładunek odpadów obejmuje także ich zbieranie, a zatem przystępujący zamierza zbierać odpady.

Wskazał, że w zakresie przedmiotu zamówienia leży także prowadzenie PSZOK, co nastąpi po uzyskaniu niezbędnych zezwoleń (to, iż zgodnie z art. 45 ust. 11 pkt. 11 ustawy o odpadach gmina prowadząca PSZOK jest zwolniona z obowiązku uzyskania zezwolenia, może oznaczać, iż zamawiający przewiduje zbieranie odpadów w ramach realizacji umowy).

W ocenie odwołującego zamawiający nie dokonał krytycznej oceny podjętych przez przystępującego środków, na co wskazuje w szczególności zaniechanie wyjaśnienia przedstawionej zamawiającemu informacji o zamiarze wniesienia odwołania od decyzji WIOŚ dotyczącej wznowienia postępowania w sprawie AKP z 2019 r. w marcu 2020 r., podczas gdy oferta została złożona 21 lipca 2020 r., tj. 4 miesiące później.

Podkreślił, że przystępujący zataił przed zamawiającym, iż decyzją nr 1/KT/2019 z dnia 6 lutego 2019 r. Prezydent Miasta Łodzi nałożył na niego AKP w wysokości 5 700 złotych na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 5, art. 9zb ust. 1 i art. 9zd ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej „UCPG”) związku ze złożeniem przez przystępującego z pięćdziesięciosiedmiodniowym opóźnieniem sprawozdania półrocznego, o którym mowa w art. 9n UCPG. Uzupełnił, że decyzja ta ma charakter ostateczny – została podtrzymana przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze, a ponadto 25 września 2019 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi oddalił skargę przystępującego na decyzję SKO, co oznacza to, iż wobec przystępującego wydano jeszcze

jedną karę za naruszenie przepisów ochrony środowiska, której przystępujący w ofercie nie ujawnił.

Wskazał, iż wykładnia pojęcia „przepisy prawa ochrony środowiska” do którego nawiązuje art. 24. ust. 5 pkt 7) ustawy Pzp była przedmiotem rozważań KIO, która opowiada się za szerokim rozumieniem tego pojęcia, w tym uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach i UCPG – wyrok z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, w którym Izba nakazała wykluczenie wykonawcy, na którego nałożona została kara administracyjna za zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia.

Podsumował, że nałożenie 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 z art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, uzupełniając, że taką wykładnię art. 24 ust. 5 pkt. 7 prezentuje sam przystępujący, wskazując w ofercie AKP nałożone na podstawie ustawy o odpadach oraz ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym.

Odwołujący podał dalej, że 4 czerwca 2019 r. Prezydent Miasta Łodzi wydał decyzję nr 2/KW/2019 w sprawie zakazu wykonywania przez przystępującego działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Łodzi.

Stwierdził, że decyzja ta nie dotyczy wprawdzie AKP, ale wskazuje, iż przystępujący w sposób systematyczny narusza przepisy ochrony środowiska, w tym regulującego analogiczną działalność jak objęta przedmiotem postępowania.

Uznał, że powyższe potwierdza, iż wprowadzone przez przystępującego środki nie były wystarczające dla zapobiegnięcia naruszeniu przepisów ochrony środowiska i należy odmówić przystępującemu przymiotu rzetelnego wykonawcy. Zamawiający nie uczynił zadość swojemu ustawowemu obowiązkowi do rzetelnego zbadania przedłożonych wyjaśnień. Zwrócił uwagę, że nawet gdyby zamawiający nie posiadał informacji o zatajonych przez przystępującego AKP, to i tak, na podstawie przedłożonych dokumentów, charakteryzujących się dużym poziomem ogólności i pozostających w wewnętrznej sprzeczności (choćby w zakresie zarzutu odwoływania się do minionych dat) nie powinien był uznać procedury *self cleaning* za skuteczną.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wskazał, że wykonawca ten zataił przed zamawiającym informacje dotyczące wystąpienia wobec niego określonych w SIWZ postępowania przesłanek wykluczenia, tj. nałożenia kolejnej AKP oraz zawinionego

poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co oznacza, że winien zostać z postępowania wykluczony – miał bowiem informacje dotyczące zaistnienia wobec niego konkretnych przesłanek wykluczenia i informacje te zataił, co najmniej w wyniku niedbalstwa.

Powołał się na wyrok KIP, zgodnie z którym *„Dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynność. Nawet gdyby zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium (uwzględniając stan wiedzy posiadanej przez zamawiającego) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, to samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych są przesłankami obligatoryjnymi wykluczenia na gruncie ustawy krajowej, co oznacza że zamawiający nie może odstąpić od czynności wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Przy czym przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mógł, a nie czy miał wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Wystarczające jest dla wykluczenia wykonawcy, to aby podana informacja mogła jedynie potencjalnie wpłynąć na decyzje zamawiającego. Przyjęcie stanowiska, że ocena istotnego wpływu jest zależna od stanu wiedzy zamawiającego rodzi niebezpieczne skutki, gdyż uzależnia ocenę kłamstwa od tego czy zamawiający dał się okłamać, czy też nie. Każde kłamstwo świadczy o nierzetelności wykonawcy, a przyjęcie, że nie można wykluczyć wykonawcy, którego kłamstwo wykrył zamawiający, prowadziłoby do przerzucania na zamawiających odpowiedzialności, za informacje podawane przez wykonawców. Zamówienia publiczne są realizowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych, wykonania zadań państwa wobec obywateli, stąd też wykonawca, który pozyskuje takie zamówienia, tym bardziej musi być wykonawcą rzetelnym i zdolnym do wykonania zamówienia”* (wyrok z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. KIO 104/20).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przy piśmie z dnia 19 sierpnia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” wraz z załącznikami – pismo zamawiającego z dnia 9 września 2020 r., „Odpowiedzi przystępującego na odwołanie” – pismo z dnia 7 października 2020 r., złożonych przez odwołującego na rozprawie przywołanych w dalszej części uzasadnienia decyzji, a także oświadczeń i stanowisk stron

oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp i zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd nie informując, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz oświadczając, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy Pzp, pomijając przy tym, iż została na niego nałożona ostateczna kara za naruszenie przepisów ochrony środowiska przez Prezydenta Miasta Łodzi w wysokości 5 700 zł oraz, iż wydano wobec niego decyzję o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej na terenie miasta Łodzi potwierdził się częściowo.

Wobec złożenia przez odwołującego na posiedzeniu oświadczenia, iż cofa zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał w konsekwencji (odwołujący zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp postawił jako konsekwencja zatajenia zawinionego poważnego naruszenia przez przystępującego obowiązków zawodowych), że zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp w części dotyczącej zaniechania wykluczenia przystępującego z tego powodu, że ten wprowadził zamawiającego w błąd nie informując, że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby – w pozostałym zakresie – ustalił i zważył, co następuje.

W ofercie (wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ) przystępujący nie podał, że wydano decyzje:

1. Nr 1/KT/2019 z dnia 6 lutego 2019 r. Prezydenta Miasta Łodzi nakładającą na przystępującego karę pieniężną w wysokości 5 700 zł,
2. Nr 2/KW/2019 z dnia 4 czerwca 2019 r. Prezydenta Miasta Łodzi w sprawie zakazu wykonywania przez przystępującego działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący udowodnił, składając kopię decyzji Nr 1/KT/2019 oraz kopię odpisu wyroku WSA w Łodzi sygn. akt II Sa/Łd 514/18 z dnia 25 września 2019 r., że ostateczną decyzją administracyjną Nr 1/KT/2019 z dnia 6 lutego 2019 r. Prezydenta Miasta Łodzi nałożono na przystępującego karę pieniężną w wysokości 5 700 zł.

W treści tejże decyzji wskazano, że została wydana na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 5 oraz art. 9zb ust. 1 i art. 9zd ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.).

Kara w wysokości 5 700 zł została nałożona na przystępującego „za przekazanie z pięćdziesięciodniowym opóźnieniem sprawozdania półrocznego, o którym mowa w art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.

W decyzji wskazano, iż „Przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie umożliwiają miarkowania wysokości kary za złożenie sprawozdania po terminie bądź odstąpienia od jej wymierzenia. Jednocześnie dla tej kary wyłączona została konieczność brania pod uwagę przy jej ustalaniu stopnia szkodliwości czynu, zakresu naruszenia oraz dotychczasowej działalności podmiotu – zapis art. 9zc ust. 1 ustawy.”

W decyzji przywołano także fragment decyzji z dnia 4 stycznia 2019 r. (znak: SKO.4177.76.2018) Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Łodzi: „(...) naruszenie prawa nie może zostać uznane za znikome. Półroczne sprawozdania zawierają szereg bardzo ważnych dla miasta Łodzi informacji dotyczących mas: poszczególnych rodzajów odbieranych odpadów komunalnych, w tym odpadów ulegających biodegradacji, oraz sposobie ich zagospodarowania, mas odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi oraz mas odpadów budowlanych i rozbiórkowych przygotowanych do ponownego użycia poddanych recyklingowi i innym proces odzysku. Zawarte w sprawozdaniu półrocznym informacje o ww. masach odpadów są dla gminy Łódź niezwykle istotne w kontekście obowiązków nałożonych przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. (...) Informacje zawarte w sprawozdaniach półrocznych umożliwiają gminie zorientowanie się w istniejącej do końca lipca bieżącego roku (termin składania sprawozdań) oraz podjęcie we właściwym czasie odpowiednich działań, które umożliwią osiągnięcie wymaganych wskaźników do końca danego roku. W tym zakresie bardzo istotna jest również informacja, iż dany podmiot nie prowadzi odbioru odpadów, ponieważ nie wykaże on odpowiednich mas odpadów, w

związku z tym Miasto będzie miało informację, że potencjalne masy odpadów od tego podmiotu będą musiały zostać uzupełnione masami pochodzącymi od innych podmiotów.”

Odwołujący udowodnił także, składając kopię ww. decyzji Nr 2/KW/2019, że zakazano przystępującemu wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Nie miała ona jednak znaczenia dla zastosowania przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp skoro nie dotyczy ona nałożenia kar pieniężnych.

Informacji o nałożeniu ww. kary pieniężnej przystępujący zamawiającemu nie przedstawił.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć 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. Wykluczenie wykonawcy na wskazanej podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym – są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, wystarczającym jest, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wskazać należy, że do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie przystępującego.

Kara pieniężna w wysokości 5 700 zł nałożona została na przystępującego ostateczną decyzją administracyjną Nr 1/KT/2019 z dnia 6 lutego 2019 r. Prezydenta Miasta Łodzi, decyzją o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów ochrony środowiska – („zaliczenie” wskazanej w tejże decyzji ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach ustawy do przepisów ochrony środowiska nie było przez uczestników kwestionowane).

Uzupełniająco skład orzekający Izby wskazuje, iż w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2508/17, zgodnie z którym „(...) dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ZamPublU 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. (...) 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 ZamPublU, 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 ZamPublU.”

Waga naruszenia wynika z przywołanego powyżej fragmentu decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Łodzi.

Podkreślić jednocześnie należy, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp nie zawęża przesłanki wykluczenia ze względu na organ wydający decyzję toteż dywagacje co do tego, czy Prezydent Miasta Łodzi jest organem ochrony środowiska pozostają bez znaczenia.

Istotna jest wysokość nałożonej kary (tu: kara w wysokości 5700 zł bezspornie jest większa niż 3000 zł) oraz charakter naruszenia – obowiązków wynikających z przepisów ochrony środowiska.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący winien poinformować zamawiającego w ramach złożonych wyjaśnień, iż ww. decyzją ostateczną nałożono na niego karę pieniężną. Nie czyniąc tego, przystępujący, co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, która miała istotny wpływ na decyzję zamawiającego (zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego, poddał jego ofertę ocenie i uznał ją za najkorzystniejszą), co prowadzić winno do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Skoro zamawiający nie wykluczył przystępującego z tego względu to uznać należy, że dopuścił się naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zarzut błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez przystępującego i przyjęcie, że dowody przedstawione przez tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp są wystarczające i wskazują na rzetelność tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on, że podjął konkretne i odpowiednie środki dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na naruszaniu przepisów ochrony środowiska oraz nie przedstawił zamawiającemu informacji o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 5 700 zł przez Prezydenta Miasta Łodzi potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych Miasta i Gminy Wiązów (pkt 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”).

W pkt. 5a SIWZ „Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5” zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z m.in. z przepisów prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

Zamawiający przewidział tzw. procedurę odwróconą (art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp), tj. przewidział, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.”).

Jednym z opracowanych przez zamawiającego wzorów był załącznik nr 7 do SIWZ „*Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy*” (pkt 20 „*Załączniki do specyfikacji*”).

Pismem z dnia 16 lipca 2020 r. przystępujący skierował do zamawiającego wniosek o usunięcie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, podnosząc że „*może ona eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy są w stanie należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne, co wpływałoby niekorzystnie na poprawę konkurencyjności w tym postępowaniu. Podmioty działające na rynku odbioru odpadów komunalnych prowadzą równocześnie inne działalności związane z gospodarką odpadami, np. zbieranie odpadów czy ich przetwarzanie. Zdarza się, że w ramach tych pobocznych działalności na podmioty nakładane są administracyjne kary pieniężne, które chociaż nie są bezpośrednio związane z przedmiotem tego postępowania, uniemożliwiają wykonawcom wzięcie udziału.*”

Zamawiający, pismem z dnia 20 lipca 2020 r. odpowiedział, że „*Zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia.*”

Termin składania ofert upłynął 21 lipca 2020 r. o godz. 9⁰⁰. (pkt 11 SIWZ „*Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert*”).

Oferty złożyło trzech wykonawców w tym odwołujący i przystępujący.

Przystępujący w załączonym do oferty wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ oświadczył, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp oraz, że podjął środki zaradcze.

Przystępujący oświadczył: „*Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy PZP (...) . Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze:*

Wobec wykonawcy zachodzi fakultatywna podstawa do wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 7 pzp w zakresie w jakim odnosi się do naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska, tj. na wykonawcę nałożono następujące kary administracyjne (wymierzone na podstawie decyzji administracyjnych, które stały się ostateczne w ciągu trzech ostatnich lat):

(i) 5.000 zł za niepoinformowanie Prezydenta Miasta Wałbrzycha o miejscu zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 23 czerwca l .2017;

(ii) 5.000 zł za naruszenie warunków zezwolenia na zbieranie odpadów w Wałbrzychu przy ul. Uczniowskiej 21 decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu z 24 czerwca 2017 r., znak DW-DI.7062.2.2017.id;

(iii) 50.000 zł za zbieranie odpadów bez zezwolenia w Nysie przy ul. Morcinka 66e decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Środowiska z 16 listopada 2017 r., znak DI 0-420/509/2016/amz.

Po pierwsze, PHU Komunalnik sp. z o.o. uregulowało wszystkie powyższe kary administracyjne, co samo przez się świadczy o skuteczności samooczyszczenia (jako substytutu wyrządzonej „szkody” na środowisku). W załączeniu przedkładamy oświadczenie prokurenta spółki Pana M. D. odpowiedzialnego za dokonywanie płatności, że wszystkie z wyżej wymienionych kar zostały uregulowane. Po drugie, w stosunku do każdego z naruszeń objętych przedmiotowymi decyzjami PHU Komunalnik sp. z o.o. podjęła działania osobowe, organizacyjne i prawne, których celem jest zapobieżenie w przyszłości wystąpieniu podobnych naruszeń. Spółka przeszła kompleksowy audyt wewnętrzny i uzyskała normę ISO, którą przedkładamy w załączeniu. Wprowadzono zatem ogólne procedury wewnętrznego kontrolingu, które minimalizują ryzyko wystąpienia naruszeń w przyszłości. Dodatkowo od stycznia br. zatrudniono doradcę restrukturyzacyjnego, którego celem jest wdrożenia jeszcze bardziej szczegółowych procedur kontrolingu. W załączeniu przesyłamy umowę ze wspomnianym specjalistą zanonimizowaną co do jego danych osobowych, jak i kwoty należnego wynagrodzenia. Ponadto od marca bieżącego roku nawiązano także trwałą współpracę z radcą prawnym specjalizującym się w szeroko rozumianym prawie ochrony środowiska, który również będzie odpowiedzialny za minimalizację ryzyk związanych z naruszeniami prawa. W załączeniu przedkładamy zanonimizowaną umowę z tą osobą, z utajnioną również kwotą wynagrodzenia. Przechodząc do szczegółowych rozwiązań względem poszczególnych naruszeń, to po zdarzeniu objętym decyzją (i) wydano wewnętrzne zarządzenia (w załączeniu) wyznaczające osoby, które zobowiązane są z ramienia spółki do informowania właściwych podmiotów o rozpoczęciu działalności zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. O skuteczności tego rozwiązania najdobitniej świadczy fakt, że jak dotąd PHU Komunalnik sp. z o.o. nie wymierzono analogicznej kary administracyjnej. Na dowód przestrzegania rzeczonoego obowiązku informacyjnego w załączeniu przedkładam oświadczenie Pana A. C. – dyrektora oddziału Wałbrzych. Szczególną uwagę należy zwrócić na to, że w decyzji (i) Dolnośląskiego WIOŚ wprost wskazano, że naruszenie nie wywołało negatywnego wpływu na środowisko, a nadto wymierzono karę administracyjną w najmniejszej z możliwych wysokości. W załączeniu przedkładamy przedmiotową decyzję. Dodatkowo w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia publicznego PHU Komunalnik sp. z o.o. nie będzie prowadził zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego lecz przekazywał go bezpośrednio lub z

wykorzystaniem przeładunku do właściwej instalacji. Odnośnie decyzji (ii) również wyznaczono osobę odpowiedzialną za przestrzeganie warunków zezwolenia na zbieranie odpadów w Wałbrzychu. W załączeniu przedkładamy stosowne zarządzenie Prezesa Zarządu i sprawozdanie tej osoby z wykonania zarządzenia. O skuteczności tego rozwiązania najdobitniej świadczy fakt, że jak dotąd PHU Komunalnik sp. z o.o. nie wymierzono analogicznej kary administracyjnej. Na dowód przestrzegania warunków zezwolenia na zbieranie odpadów w załączeniu przedkładam oświadczenia Pana A. C. – dyrektora oddziału Wałbrzych. Szczególną uwagę należy zwrócić na to, że w decyzji (ii) Dolnośląskiego WIOŚ wprost wskazano, że naruszenie nie wywołało negatywnego wpływu na środowisko, a nadto wymierzono karę administracyjną w prawie najniższej z możliwych wysokości. W załączeniu przedkładamy przedmiotową decyzję. Dodatkowo zaznaczam, że w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia publicznego PHU Komunalnik sp. z o.o. nie będzie zbierał odpadów, gdyż będą one przekazywane bezpośrednio lub z wykorzystaniem przeładunku do właściwej instalacji. Co się zaś tyczy decyzji (iii) to wyjaśnić należy, że dotyczy ona stanu z przełomu 2015 i 2016 roku. Po kontroli z lutego 2016 r. PHU Komunalnik sp. z o.o. zrezygnowała z uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów w Nysie i zaprzestała całkowicie wykorzystywania terenu zlokalizowanej tam bazy magazynowo-transportowej do magazynowania odpadów. PHU Komunalnik sp. z o.o. utworzyła alternatywne miejsca, w których prowadzi działalność zbierania odpadów, co wprost wynika z wpisu do BDO. Taki stan rzeczy trwa po dzisiaj, na dowód czego przedkładam oświadczenie prokurenta spółki – Pana M. D. . Wprowadzenie rzeczzonego rozwiązania organizacyjnego pozwoliło na trwałe wyeliminować ryzyko zbierania odpadów bez stosowanego zezwolenia. Najdobitniej o jego skuteczności świadczy natomiast fakt, jak dotąd na PHU Komunalnik nie nałożono kary administracyjnej za zbieranie odpadów na terenie bazy magazynowo-transportowej w Nysie. Dodatkowo zaznaczam, że w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia publicznego PHU Komunalnik sp. z o.o. nie będzie zbierał odpadów, gdyż będą one przekazywane bezpośrednio lub z wykorzystaniem przeładunku do właściwej instalacji. Specyficzna sytuacja dotyczy natomiast kary administracyjnej w wysokości 388.957,50 zł za zbieranie odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17 czerwca 2019 r. Kara ta nie jest bowiem wykonalna. Mianowicie na mocy postanowień Dolnośląskiego WIOŚ z 9 i 21 października 2019 r., które przedkładam w załączeniu, wznowiono postępowanie administracyjne w sprawie wymierzenia tej kary oraz zawieszono jej wykonanie. Taki stan rzeczy utrzymywał się w momencie złożenia oferty, i utrzymuje się nadal, z tą jednak różnicą, iż 4 marca 2020 r. pełnomocnikowi PHU Komunalnik sp. z o.o. doręczono decyzję Dolnośląskiego WIOŚ z 17 lutego 2020 r. odmawiającą uchylecia decyzji wymierzającej rzeczoną karę administracyjną. Decyzja ta (z 17 lutego 2020 r.) nie jest jednak

ostateczna, gdyż służy od niej odwołanie w administracyjnym toku instancyjnym (zob. pouczenie decyzji). PHU Komunalnik sp. z o.o. wniesie takie odwołanie, ale ma na to jeszcze czas (do 18 marca br.). Na potwierdzenie oświadczenie pełnomocnika o terminie odebrania decyzji z 17 lutego 2020 r. Niezależnie od powyższego pragnę zaznaczyć, że także i w tym przypadku PHU Komunalnik sp. z o.o. podjęła skuteczne działania eliminujące ryzyko podobnych naruszeń w przyszłości. Wyjaśnić bowiem należy, że zbieranie odpadów na nieruchomości (w prawnorzeczowym ujęciu) w Boguszowie Gorcach prowadzone było na części użyczonej innemu podmiotowi i prowadzone było przez ten właśnie podmiot (Atest sp. z o.o.). Żeby w przyszłości nie narażać się na powołany zarzut PHU Komunalnik sp. z o.o. rozwiązała umowę z Atest sp. z o.o. W załączeniu przedkładamy umowę z Atest sp. z o.o., w której jest mowa o tym, że to ta spółka będzie zbierać odpady na użyczonej części oraz wypowiedzenie tej umowy. Jednocześnie przedkładamy oświadczenie prokurenta spółki Pana M. D., potwierdzające trwałe zaprzestanie zbierania odpadów w Boguszowie Gorcach. Dodatkowo zaznaczam, że w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia publicznego PHU Komunalnik sp. z o.o. nie będzie zbierał odpadów, gdyż będą one przekazywane bezpośrednio lub z wykorzystaniem przeładunku do właściwej instalacji. Wszystkie powyższe rozwiązania osobowoorganizacyjne, w szczególności te ogólne wymienione na początku, dają gwarancję eliminacji ponownych naruszeń skutkujących hipotetycznie możliwością wymierzenia PHU Komunalnik sp. z o.o. kar administracyjnych. Na wypadek, i z daleko idącej ostrożności, gdyby powyższe wyjaśnienia, a w szczególności zaś przedłożone dowody były dla zamawiającego niewystarczające, wnoszę o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Pana M. D. większościowego udziałowca spółki na wszystkie okoliczności wskazane wyżej. Przypominam przy tym, że „przykładowy charakter środków pozwala przyjąć, że wykonawca w celu wykazania rzetelności może przedstawić inne środki np. oświadczenia, wyjaśnienia, dokumenty z zeznań świadków, wdrożenie procedury naprawczej” – za M. Sieradzka, Komentarz do art. 24 w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. I, 201 8 r.”

Nie załączył żadnego dowodu.

Pismem z dnia 22 lipca 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia m.in. dokumentów (łącznie 17 pozycji), na które powoływał się przystępujący w oświadczeniu (wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ).

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia:

1. oświadczenia prokurenta spółki Pana M., że wszystkie kary zostały zapłacone;
2. kserokopii uzyskanej normy ISO;
3. kserokopii umowy z doradcą restrukturyzacyjnym;
4. kserokopii umowy z radcą prawnym;

5. kserokopii wewnętrznych zarządzeń dotyczących wyznaczenia osób, które zobowiązane są do informowania właściwych podmiotów o rozpoczęciu działalności zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;
6. oświadczenia Pana A. C. dotyczące przestrzegania obowiązku informowania;
7. kserokopii decyzji administracyjnej WIOŚ dotyczącej wymierzenia najmniejszej kary administracyjnej (i);
8. kserokopii zarządzenia dotyczącego wyznaczenia osoby przestrzegającej warunki zezwolenia wraz ze sprawozdaniem z wykonania zarządzenia;
9. oświadczenia Pana A. C. dotyczące przestrzegania warunków zezwolenia na zbieranie odpadów;
10. kserokopii decyzji administracyjnej WIOŚ dotyczącej wymierzenia prawie najmniejszej kary administracyjnej (ii);
11. oświadczenia prokurenta spółki Pana M. D. o miejscach, w których prowadzi działalność zbierania;
12. kserokopii decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17.06.2019r.;
13. kserokopii postanowienia Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 9 i 21 października 2019r.;
14. kserokopii decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17.02.2020r.;
15. kserokopii odwołania od decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17.02.2020r.;
16. kserokopii umowy z Atest sp. z o. o. oraz kserokopię wypowiedzenia tej umowy;
17. oświadczenia prokurenta spółki Pana M. D. potwierdzające trwałe zaprzestanie zbierania odpadów w Boguszowie Gorcach.

Do pisma z dnia 31 lipca 2020 r., będącego odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z 22 lipca 2020 r. przystępujący załączył wskazane w wezwaniu zamawiającego dokumenty.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza się wykonawcę (...) 7) 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 brzmi: „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.”

Zgodnie zaś z przepisem 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 art. 8.”

Zgodnie z art. 16 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego „Decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie lub ustawach szczególnych.”

Warto w tym miejscu przytoczyć fragment wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 18 września 2014 r. sygn. I SA/OI 564/14, zgodnie z którym "pewność obrotu prawnego wymaga, by decyzje ostateczne były co do zasady trwałe. W systemie prawa polskiego każda ostateczna decyzja administracyjna korzysta z domniemania prawidłowości. Organ, który wydał decyzję wadliwą, jest tą decyzją związany do czasu jej zmiany w sposób przewidziany prawem. Wszelkie decyzje ostateczne organów administracyjnych, zgodnie z zasadą ich trwałości, mogą być weryfikowane zupełnie wyjątkowo, tylko i wyłącznie w określonych trybach nadzwyczajnych. Doniosłość tej zasady powoduje, że stabilizacja porządku prawnego jest wartością większą niż potrzeba eliminowania z obrotu prawnego wadliwych decyzji”.

Uzupełniająco wskazać należy, że zmiana treści decyzji ostatecznej wymaga wydania nowej decyzji.

Z przepisu art. 24 ust. 5 pkt 7 i art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wynika, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu aktualizuje się (o ile w SIWZ zamawiający przewidział zastosowanie tej przesłanki oraz, o ile wykonawca nie przedstawi dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności), gdy wobec wykonawcy wydano decyzję administracyjną:

1. ostateczną,
2. o naruszenie obowiązków wynikających z przepisów m.in. ochrony środowiska,
3. którą wymierzono karę pieniężną nie niższą niż 3 000 zł

Przystępujący oświadczył w ofercie (wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ), że nałożono na niego 3 kary pieniężne o wysokości nie niższej niż 3 000 zł na podstawie 3 decyzji administracyjnych, które stały się ostateczne w ciągu ostatnich trzech lat, w odniesieniu zaś do czwartej decyzji (z dnia 17 czerwca 2019 r.) oświadczył: *„Specyficzna sytuacja dotyczy natomiast kary administracyjnej w wysokości 388.957,50 zł za odbieranie odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17 czerwca 2019 r. Kara ta nie jest bowiem wykonalna (...)”*

Dostrzec należy, że w decyzji z dnia 17 lutego 2020 r. podano – w odniesieniu do decyzji z dnia 17 czerwca 2019 r. – *„że decyzja została doręczona stronie w dniu 19 czerwca 2019 r. Strona natomiast złożyła odwołanie od decyzji w dniu 5 lipca 2019 r. (termin wniesienia odwołania upłynął bezskutecznie w dniu 3 lipca 2019 r.). Postanowieniem z dnia 12.08.2019 r. znak DP-420/685/2109/sj Główny Inspektor Ochrony Środowiska stwierdził uchybienie terminu do wniesienia odwołania. Pismem z dnia 20 września 2019 r. (data wpływu do tut. organu 30.09.2019 r.) P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. złożył wniosek o wznowienie postępowania administracyjnego zakończonego ostateczną decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 czerwca 2019 r.”*

Uwzględniając to, jak należy rozumieć decyzję ostateczną (art. 16 § 1 k.p.a.), fakt, że przystępujący uchybił terminowi na wniesienie odwołania od decyzji z 17 czerwca 2019 r. oraz fakt, że przystępujący nie przedstawił nowej decyzji stwierdzić należy, że decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nakładająca na przystępującego karę pieniężną w wysokości 388 957,50 zł za zbieranie odpadów na terenie działki 470/1 przy ul. Kosynierów 1 w Boguszowie Gorcach bez wymaganego zezwolenia jest ostateczna i korzysta z domniemania prawidłowości.

Nie budzi także wątpliwości składu orzekającego Izby, że ww. decyzja z dnia 17 czerwca 2019 r. jest decyzją o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska (art. 194 ust. 4, art. 196 oraz art. 199 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia) oraz, że wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3 000 zł (kara – 388 957,50 zł).

Jak sam ocenił to przystępujący w ofercie (wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ) uregulowanie wszystkich kar administracyjnych świadczy o skuteczności samooczyszczenia.

W przypadku ww. ostatecznej decyzji z dnia 17 czerwca 2019 r. przystępujący nie uregulował nałożonej tą decyzją kary w wysokości aż 388 957,50 zł („aż” porównując do wskazanego w ustawie dolnego progu 3 000 zł), co już przesądza o nieskuteczności samooczyszczenia – przystępujący nie udowodnił naprawienie szkody.

Podkreślenia wymaga, że w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp mowa o decyzji ostatecznej, nie zaś o decyzji prawomocnej, czy wykonalnej jako tej, której wydanie aktualizuje obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Dodatkowo (w odniesieniu do obowiązku dowiedzenia naprawienia szkody) skład orzekający Izby wskazuje, dzielając w tym zakresie stanowisko odwołującego, iż złożenie jedynie przez prokurenta przystępującego oświadczenia o uregulowaniu nałożonych kar pozostałymi 3 decyzjami nie stanowi dowodu ich zapłaty. Dowodem takim, którego przedstawienie nie stanowi jakiegokolwiek problemu byłyby potwierdzenia przelewu w określonej wysokości na konta właściwych organów.

Skoro przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazuje jako dowód na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności naprawienie szkody, a przystępujący naprawienia szkód nie udowodnił (w tym kary w wysokości aż 388 957,50 zł) to zamawiający, uznając wyjaśnienia przystępującego w zakresie uregulowania nałożonych kar pieniężnych za wystarczające naruszył przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: