

Sygn. akt: KIO 2136/17

## WYROK

z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: 1) MEDLINE Sp. z o.o. (Lider), 2) J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BAS J.D., ul. Górską 17/4, 92-114 Łódź (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, al. T. Kościuszki 4, 90-419 Łódź

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w Pakiecie V z dnia 10.10.2017 r. (pismo z 09.10.2017 r.), nakazuje również Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum Firm: 1) MEDLINE Sp. z o.o. (Lider), 2) J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BAS J.D., ul. Górską 17/4, 92-114 Łódź (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty w Pakiecie V z dnia 10.10.2017 r. (pismo z 09.10.2017 r.), jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Pakiecie V z uwzględnieniem oferty Odwołującego, uznanie, że w/w konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega w odniesieniu do lidera konsorcjum - firmy Medline Sp. z o.o. wykluczeniu z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Prawa Zamówień Publicznych,

ani też na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 Prawa Zamówień Publicznych, jak wskazał Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi, al. T. Kościuszki 4, 90-419 Łódź** w piśmie informującym o czynnościach będących podstawą wniesionego odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Medyczny w Łodzi, al. T. Kościuszki 4, 90-419 Łódź** i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) MEDLINE Sp. z o.o. (Lider), 2) J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BAS J.D., ul. Górska 17/4, 92-114 Łódź (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania,

7.2. zasądza od **Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, al. T. Kościuszki 4, 90-419 Łódź** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) MEDLINE Sp. z o.o. (Lider), 2) J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BAS J.D., ul. Górska 17/4, 92-114 Łódź (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2136/17**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa zaawansowanych symulatorów pacjentów, symulatorów USG, symulatora karetki, fantomów, modeli i trenażerów na potrzeby Centrum Symulacji Medycznych - sprawa nr ZP/45/2017. Pakiet V - zaawansowane symulatory pacjenta oraz stanowiska sterowania”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 119 - 239275 z 24.06.2017 r., przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, al. T. Kościuszki 4, 90-419 Łódź zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 03.10.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu – MEDLINE Sp. z o.o. ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”. W konsekwencji odrzucił jego ofertę w pakiecie V. W rezultacie unieważnił postępowanie w pakiecie V na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp.

W dniu 10.10.2017 r. (pismo z 09.10.2017 r.) Zamawiający unieważnił czynności podjęte w dniu 03.10.2017 r. polegające na wykluczeniu wykonawcy Medline Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Medline Sp. z o.o. oraz unieważnieniu postępowania.

Następnie także w dniu 10.10.2017 r. (pismo z 09.10.2017 r.) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu – Konsorcjum Firm: 1) MEDLINE Sp. z o.o. (Lider), 2) J.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: BAS J.D., ul. Górska 17/4, 92-114 Łódź (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Fabryczna 17, 65-410 Zielona Góra zwane dalej: „Konsorcjum Medline” albo „Odwołującym w sprawie KIO 2127 /17 oraz KIO 2136/17” wskazując w odróżnieniu od poprzedniego razu, że chodzi o niniejsze konsorcjum. W konsekwencji odrzucił jego ofertę w pakiecie V. W rezultacie unieważnił postępowanie w pakiecie V na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp. Powtórzył uzasadnienie prawne i faktyczne.

W dniu 12.10.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Medline wniosło odwołanie na czynności z 10.10.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.10.2017r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6, art. 24 ust. 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w pakiecie V z 09.10.2017r.,

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty (obie czynności z 09.10.2017r.),
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania oferty Odwołującego, a w konsekwencji tej oceny:
  - a) uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega, w odniesieniu do lidera konsorcjum - firmy Medline Sp. z o.o., wykluczeniu z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp, lub alternatywnie
  - b) uznania, że zachodzą przesłanki do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia lidera konsorcjum - firmy Medline Sp. z o.o. z 04.09.2017r. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp (wniosek z tzw. ostrożności procesowej).

W dniu 01.09.2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania w pakiecie V, w tym m.in. do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący w dniu 04 września 2017r. przestał Zamawiającemu wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym m.in. oświadczenie z 04.09.2017r. podpisane przez wiceprezesa zarządu lidera Odwołującego - firmy Medline Sp. z o.o., o treści: *„Reprezentując Medline Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Fabrycznej 17 w Zielonej Górze oświadczam, iż nie wydano wobec Medline Sp. z o.o. prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp.”*

W dniu 20.09.2017r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia szeregu oświadczeń i dokumentów, w tym m.in. oświadczenia lidera konsorcjum dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył m.in. dodatkowe oświadczenie lidera konsorcjum z dnia 25.09.2017r. podpisane przez prokurenta spółki, o treści: *„Firma Medline Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, przy ul. Fabrycznej 17 Oświadczam, że: Brak jest wydania wobec mnie prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp”*.

Następnie w dniu 03.10.2017r. Zamawiający przestał Odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w pakiecie V na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. W zawiadomieniu tym Zamawiający wskazał, że wykluczył z postępowania firmę Medline Sp. z o.o. jako wykonawcę, który złożył

ofertę nr 1 w pakiecie V. Jako podstawę prawną wykluczenia wskazano art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, ze względu na to, że zdaniem Zamawiającego, żadne ze złożonych przez firmę Medline Sp. z o.o. oświadczeń przywołanych powyżej nie potwierdza, iż urzędujący członkowie organu zarządzającego lub nadzorczego nie zostali prawomocnie skazani za wykroczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt (w treści zawiadomienia brak wskazania numeru punktu - należy się domyślać, że chodzi o pkt 5). Konsekwencją ww. wykluczenia było odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 6.10.2017 r. Wykonawca zawiadomił Zamawiającego o treści wniesionego odwołania, a następnie w dniu 9.10.2017 r. nadał odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

W odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie Zamawiający pismem z 09.10.2017 r., przekazany w dniu 10.10.2017 r. unieważnił czynności podjęte w dniu 03.10.2017 r. polegające na wykluczeniu wykonawcy Medline Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Medline Sp. z o.o. oraz unieważnieniu postępowania.

Jednym z zarzutów złożonego w dniu 06.10.2017 r. odwołania był bowiem ten, iż wykluczenie i konsekwentne odrzucenie oferty dotyczyło jedynie lidera konsorcjum, tj. Medline Sp. z o.o., a nie całego konsorcjum, do którego należy też J.D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BAS J.D..

Po czym kolejnym pismem datowanym 09.10.2017 r., przesłanym również 10.10.2017 r. Zamawiający ponownie wykluczył Wykonawcę, tym razem poprawnie określając go jako konsorcjum firm Medline Sp. z o.o. oraz J.D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BAS J.D. z analogicznym uzasadnieniem prawnym i faktycznym w stosunku do rozstrzygnięcia dnia 03.10.2017 r.

Zrodziło to konieczność złożenia kolejnego odwołania na ponowione rozstrzygnięcie postępowania. Na gruncie opisanego powyżej stanu faktycznego Odwołujący stwierdza co następuje:

1. W ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone w imieniu firmy Medline Sp. z o.o. przez wiceprezesa zarządu spółki w dniu 04.09.2017r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 01.09.2017r., pozwala Zamawiającemu na ustalenie braku podstaw do wykluczenia firmy Medline Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. Na cel złożenia tego oświadczenia, tj. potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, jednoznacznie wskazuje fakt przywołania wskazanego przepisu w treści złożonego oświadczenia. Dodatkowo na cel złożenia tego oświadczenia wskazuje jego umiejscowienie jako części obszernego, uporządkowanego pakietu oświadczeń i dokumentów Odwołującego, złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W tym kontekście należy również przywołać art. 65 § 1 K.c., zgodnie z którym oświadczenie woli

należy tłumaczyć z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało ono złożone - a w rozważanym przypadku nie ulega wątpliwości, iż celem złożenia oświadczenia było wykazanie braku podstaw do wykluczenia firmy Medline Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp. Tytułem uzupełnienia argumentacji wskazuję, iż cytowany przepis art. 65 § 1 k.c. będzie miał również zastosowanie do oświadczeń wiedzy, jakim jest sporne oświadczenie. Za orzecznictwem KIO stwierdzić bowiem należy, iż (np. KIO 2569/12) ze względu na daleko posunięty formalizm postępowania w sprawie zamówień publicznych i istotne konsekwencje składanych w toku tego postępowania oświadczeń wiedzy należy je zrównać z oświadczeniami woli. Wynika to również z treści art. Art. 65<sup>1</sup> k.c. zgodnie z którym „Przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń”.

2. W treści oświadczenia firmy Medline Sp. z o.o. z dnia 04.09.2017r. odniesiono sformułowanie „wobec Medline Sp. z o.o.” do osób wskazanych w treści art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp, tj. urzędujących członków organu zarządzającego i nadzorczego oraz prokurentów. Należy w tym miejscu podkreślić, iż biorąc pod uwagę okoliczność wskazaną powyżej w punkcie 1 oraz fakt, że za wykroczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp (do którego odwołuje się art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp), może zostać skazana wyłącznie osoba fizyczna, oczywistym jest, iż oświadczenie zostało złożone przez spółkę w odniesieniu do osób wchodzących w skład jej organu zarządzającego i nadzorczego oraz prokurentów. Z tych przyczyn za całkowicie nieuprawnione, zdaniem Odwołującego, uznać należy taką wykładnię oświadczenia spółki z 04.09.2017r., zgodnie z którą sformułowanie „wobec Medline Sp. z o.o.” literalnie odnosi się wyłącznie do samej spółki. Taka wykładnia oznaczałaby, iż wykonawca intencjonalnie złożył oświadczenie nie mające żadnego sensu, gdyż, jak wskazano powyżej, za wykroczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp, może zostać skazana wyłącznie osoba fizyczna. Nie ulega wątpliwości, że przez wzgląd na okoliczności przywołane powyżej, za właściwą należy uznać wykładnię, zgodnie z którą spółka złożyła oświadczenie w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia jej, jako osoby prawnej, z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp. Podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oznacza, iż Zamawiający zignorował fakt przywołania w treści oświadczenia konkretnego, zgodnego z treścią wezwania przepisu Pzp i oparł tę decyzję wyłącznie na nielogicznej wykładni treści oświadczenia.

3. Z uwagi na opisany powyżej w pkt 2 sposób sformułowania oświadczenia firmy Medline Sp. z o.o. z 04.09.2017r., Odwołujący ze zrozumieniem przyjąłby uzależnienie przez Zamawiającego uznania tego oświadczenia za prawidłowe od odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści tego oświadczenia, skierowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W odpowiedzi na takie wezwanie Odwołujący z oczywistych, opisanych powyżej

względów potwierdziłby jednoznacznie, iż jedyną właściwą wykładnią treści oświadczenia z dnia 04.09.2017r. jest wykładnia nakazująca traktować to oświadczenie jako złożone przez firmę Medline Sp. z o.o. w odniesieniu do braku prawomocnego skazania urzędujących członków jej organu zarządzającego, nadzorczego i prokurenta za wykroczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp. Nieskorzystanie przez Zamawiającego z art. 26 ust. 4 Pzp Odwołujący uznaje za bezpodstawne zaniechanie, które doprowadziło do przedwczesnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Z uwagi na zasadniczy cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy i zaspokojenie potrzeb zamawiającego, skorzystanie z ww. narzędzia należy uznać za obowiązek Zamawiającego.

4. W treści zawiadomienia z 09.10.2017r. Zamawiający wskazał jako podstawę wykluczenia Wykonawcy art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. W ocenie Odwołującego wskazanie to jest obarczone błędem, gdyż przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 5 dotyczy wyłącznie wykonawców będących osobami fizycznymi, tymczasem Medline Sp. z o.o. jest osobą prawną, zatem nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp.

Reasumując, Odwołujący wyraził przekonanie, że przedłożone Zamawiającemu oświadczenie firmy Medline Sp. z o.o. z 04.09.2017r. w swojej treści jasno wskazuje na brak podstaw do wykluczenia spółki z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 Pzp. Skonkretyzowana została podstawa prawna, a zatem w konsekwencji poprzez to i zakres oświadczenia. Z uwagi na fakt, iż treść oświadczeń woli, ale też wiedzy podlega wykładni, Zamawiający mógł i powinien dokonać wykładni złożonego przez lidera konsorcjum oświadczenia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, w jakich zostało złożone, a w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oświadczenia — skorzystać z instytucji wyjaśnień uregulowanej w art. 26 ust. 4 Pzp. Z tych przyczyn Odwołujący jest zdania, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 20.09.2017r., w zakresie dotyczącym uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp w odniesieniu do lidera konsorcjum, było bezpodstawne. Odwołujący podkreśla w tym miejscu, iż żaden z urzędujących członków organu zarządzającego, nadzorczego lub prokurentów firmy Medline Sp. z o.o. nie był nigdy skazany, ani tym bardziej prawomocnie skazany za wykroczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp.

Z uwagi na brak innych podmiotów w pakiecie V Zamawiający nie przekazywał kopii odwołania ani wezwania innym podmiotom. Żadne przystąpienia nie miały więc miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia w Pakiecie V, tym bardziej że jako jedyny złożył ofertę w tym pakiecie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, oferty Odwołującego dla Pakietu V, wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 01.09.2017 r., uzupełnienia z 04.09.2017 r. wraz z m.in. z informacją KRK dla osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (partner konsorcjum), informacją KRK dla osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta spółki (lidera konsorcjum), oświadczeniem osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (partner konsorcjum) z 04.09.2017 r., oświadczeniem firmy Medline Sp. z o.o. z 04.09.2017r. (lidera konsorcjum), wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 20.09.2017 r., uzupełnienia z 25.09.2017 r. wraz z m.in. z informacją KRK dla osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (partner konsorcjum), oświadczeniem osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (partner konsorcjum) z 25.09.2017 r., czy też oświadczeniem firmy Medline Sp. z o.o. z 25.09.2017r. (lidera konsorcjum), zawiadomienia z 03.10.2017r., odwołania z 06.10.2017 r. (o sygn. akt: KIO 2127/17 – wycofane /postanowienie o umorzeniu/, pisma Zamawiającego z 09.10.2017 r. (unieważnienie czynności z 03.10.2017 r.), jak i nowego rozstrzygnięcie postępowania przez Zamawiającego (zawiadomienia) z 09.10.2017 r.

Złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie oświadczenie nowej treści z 04.09.2017 r., Izba odczytuje w kategoriach poglądowych, gdyż nie może brać go pod uwagę, albowiem Izba bieżę pod uwagę jedynie stan sprawy na którym oparł swoje czynności Zamawiający w postępowaniu przetargowym.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.



Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego - art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6, art. 24 ust. 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania. Istotna jest przywołana w odwołaniu treść oświadczenia Odwołującego z 04.09.2017 r.: *„Reprezentując Medline Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Fabrycznej 17 w Zielonej Górze oświadczam, iż nie wydano wobec Medline Sp. z o.o. prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp.”*, jak i ostatecznie treść zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy w pakiecie V z 09.10.2017 r.: *„Zamawiający wymagał oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. Oświadczenie przesłane przez lidera konsorcjum firmę MEDLINE Sp. z o.o. w wyniku wezwania do złożenia dokumentów, jak również oświadczenie przesłane w wyniku wezwania do uzupełnienia nie potwierdzają, iż urzędujący członkowie organu zarządzającego lub nadzorczego MEDLINE Sp. z o.o. nie zostali prawomocnie skazani za wykroczenie o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5. W związku z powyższym zostały spełnione przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania”*. Nadto, Izba stwierdziła, że tak partner, jak i konsorcjum złożyli wymagane informacje KRK, tak dla osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, jak i urzędującymi członkami organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta spółki (nie były one kwestionowane przez Zamawiającego w ramach czynności tak z 03, jak i 09.10.2017 r.). Jednocześnie, partner konsorcjum złożył oświadczenie w zakresie wynikającym z art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp (pierwotne oświadczenie 04.09. 2017 r., a następnie po uzupełnieniu, jako osoba fizyczna oświadczenie z 25.09. 2017 r.: *„Oświadczam, że brak jest wydania wobec mnie prawomocnego wyroku sadu skazującego za wykroczenie za karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp”*). Powyższe ostateczne oświadczenie nie było kwestionowane przez Zamawiającego w ramach czynności tak z 03, jak i 09.10.2017 r.

Izba odnie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutów w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała, że w/w zarzuty zostały potwierdzone. Z uwagi na ich charakter oraz okoliczność, że unieważnienie postępowania w Pakiecie V na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp, jest konsekwencją wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz odrzucenia jego oferty (jedynej w Pakiecie V) na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp (Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą) zostały one rozpatrzone łącznie.

Odnośnie art. 24 ust. 5 pkt 5 oraz pkt 6 Pzp. Należy tytułem wstępu wskazać, że omawiane przesłanki dotyczą dwóch rodzajów podmiotów - osoby fizycznej (pkt 5) oraz urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo - akcyjnej lub prokurenta (pkt 6). W konsekwencji, Zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych;
- jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 5.

Przepis ten pozwala na wykluczenie wykonawcy w sytuacji prawomocnego skazania za wykroczenie (zatarcie skazania) - jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia (art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. c Pzp).

Wykroczenia przeciwko prawom pracownika - określa ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 poz. 1666 ze zm. zwana dalej: Kp) oraz niektóre ustawy szczególne, takie jak: - art. 22 ustawy z dnia 24 czerwca 1983 r. o społecznej inspekcji pracy (Dz. U. z 2015 r., poz. 567), albo art. 119 - 123 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia (Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 ze zm.). Dział XIII Kp: „Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika” definiuje katalog wykroczeń w art. 281-283. Zgodnie z art. 281 karze grzywny podlega ten, kto, będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu:

- 1) zawiera umowę cywilnoprawną w warunkach, w których zgodnie z art. 22 § 1 powinna być zawarta umowa o pracę; la) nie zawiadamia właściwego okręgowego inspektora pracy, w formie pisemnej lub elektronicznej, o zawarciu umowy o pracę, o której mowa w art. 251 § 4 pkt 4, wraz ze wskazaniem przyczyn zawarcia takiej umowy, w terminie 5 dni roboczych od dnia jej zawarcia;
- 2) nie potwierdza na piśmie zawartej z pracownikiem umowy o pracę przed dopuszczeniem go do pracy;
- 3) wypowiada lub rozwiązuje z pracownikiem stosunek pracy bez wypowiedzenia, naruszając w sposób rażący przepisy prawa pracy;
- 4) stosuje wobec pracowników inne kary niż przewidziane w przepisach prawa pracy o odpowiedzialności porządkowej pracowników;
- 5) narusza przepisy o czasie pracy lub przepisy o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem i zatrudnianiu młodocianych;
- 6) nie prowadzi dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników;
- 7) pozostawia dokumentację w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akta osobowe pracowników w warunkach grożących uszkodzeniem lub zniszczeniem.

Wykroczeniem jest również niewypłacenie w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, bezpodstawne obniżenie wysokości tego wynagrodzenia lub świadczenia albo dokonanie bezpodstawnych potrąceń, nieudzielenie przysługującego pracownikowi urlopu wypoczynkowego lub bezpodstawne obniżenie jego wymiaru, niewydanie pracownikowi świadectwa pracy (art. 282 kp) oraz naruszenie lub nieprzestrzeganie przepisów lub zasad bezpieczeństwa i higieny pracy (art. 283 kp).

Wykroczenia przeciwko środowisku znajdują się w wielu ustawach:

- dział II ustawy z dnia 2,7 kwietnia r. - Prawo ochrony środowiska;
- dział IX ustawy z dnia 18 lipca r. - Prawo wodne;
- art. 65-65g ustawy z dnia 22 czerwca r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych;
- art. 131 ustawy z dnia 16 kwietnia r. o ochronie przyrody;
- art. 21, 21a, 22, 28 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. o opakowaniach i odpadach opakowaniowych;
- dział X ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Wykroczenia przeciwko środowisku jest również w ustawie z dnia 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji, ustawie z dnia 11 września 2015 r. o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, ustawie z dnia 20 lipca 1991 r. o Państwowej Inspekcji Ochrony Środowiska, ustawie z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks

wykroczeń, ustawie z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu, ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, ustawie z dnia 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych, czy w ustawie z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach.

Analiza tej przesłanki pozwala stwierdzić, że istotny jest tylko prawomocny wyrok za wykroczenie, ale również wymiar kary – areszt, ograniczenie wolności lub kara grzywny nie niższa niż 3000 zł.

Podstawowym narzędziem potwierdzania niekaralności jest Krajowy Rejestr Karny. Nie obejmuje on jednak pełnego zakresu informacji objętych powyższym przepisem. W rejestrze odnotowuje się bowiem wyłącznie dane o osobach prawomocnie skazanych za wykroczenia – na karę aresztu. Obowiązek wskazania niezbędnych dokumentów ciąży na Zamawiającym. Pozostaje on przy tym związany zakresem określonym w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) zwane dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”. Zgodnie z niniejszym rozporządzeniem, stosownym dokumentem – poza informacją z Krajowego Rejestru Karnego (§ 5 pkt 1) – jest oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie – na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp (§ 5 pkt 7).

Zasadą prawa karnego jest odpowiedzialność osób fizycznych. Zatem, przykładowo kara grzywny nie jest nakładana na spółkę, lecz na konkretną osobę, uznaną przez organ za odpowiedzialną za naruszenie. Przy czym, Ustawodawca zaadresował powyższe zagadnienie, wskazując na możliwość wykluczenia spółki, w której skazany pełni określoną funkcję.

Złożenie nieprawdziwego oświadczenia podlega określonym sankcjom, obejmującym m.in. obligatoryjne wykluczenie z przetargu podmiotu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, jak również odpowiedzialność karną, jako tzw. oszustwo finansowe, o którym mowa w art. 297 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uwzględniła odwołanie uznając, że oświadczenia z 04.09.2017 r. złożone przez lidera konsorcjum na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp jest wystarczające na potrzeby wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu wobec Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp (Izba nie brała pod uwagę oświadczenia z 25.09.2017 r.). W ocenie Izby, złożone oświadczenie odnosiło się do lidera konsorcjum spółki i mimo, że literalnie nie cytowało treści przepisów, tj. - iż urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta nie skazano

prawomocnie za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenia przeciwko środowisku, za których popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności i lub karę grzywny nie niższa niż 3000 złotych, - to wskazywało wprost na art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, co jest wystarczające. W konsekwencji nie można twierdzić, że owe oświadczenie odnosiło się wyłącznie do samej spółki jako takiej albowiem jak Izba wskazywała w części wstępnej rozpatrywanych zarzutów – *„Ustawodawca zaadresował powyższe zagadnienie, wskazując na możliwość wykluczenia spółki, w której skazany pełni określoną funkcję”*.

Nadto, wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie narzucał w tym zakresie żadnego wzoru (powyższą okoliczność przyznał Zamawiający na rozprawie). W praktyce dostępne są różnego rodzaju wzory używające takich sformułowań, jak np:

*„Oświadczamy, że nie wydano wobec nas prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku na karę ograniczenia wolności lub grzywny nie niższej niż 3000 zł;”*;

*„Oświadczamy, że nie wydano wobec nas prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy”*.

*„Oświadczamy, że wobec Wykonawcy brak jest podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie braku wydania wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywnę w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy”*.

W samym zaś, Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. w § 5 pkt 7 – jest mowa ogólnie - o oświadczeniu Wykonawcy o braku wydania wobec niego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywnę – *„w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy”*.

W tym kontekście Izba jedynie podnosi, że partner konsorcjum złożył w analogicznym zakresie oddzielne oświadczenie jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BAS J.D., co ostatecznie miało miejsce i nie było kwestionowane przez Zamawiającego - w wyniku uzupełnienia – oświadczeniem z 25.09.2017 r.

W konsekwencji Zamawiający bezzasadnie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, a tym samym błędnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp w Pakiecie V.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....