

Sygn. akt: KIO 1087/17

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2017 r.** przez wykonawcę **P.U.K. F.-B. Sp. z o.o.**, (...)w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto** i **Gmina Morawica, ul. Spacerowa 7, 26-026 Morawica**

przy udziale wykonawcy **E.M. Sp. Jawna, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.05.2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego - E.M. Sp. Jawna, (...) na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. c) i art. 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych do wyjaśnień co do tego czy i kiedy decyzja administracyjna z dnia 09.01.2013 r. (znak: IK.7062.71.5.2013) stała się ostateczna oraz do wyjaśnienia czy Przystępujący i**

ewentualnie kiedy składał środki zaskarżenia od niniejszej decyzji do sądu administracyjnego. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto i Gmina Morawica, ul. Spacerowa 7, 26-026 Morawica** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **P.U.K. F.-B. Sp. z o.o.**, (...)tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Miasto i Gmina Morawica, ul. Spacerowa 7, 26-026 Morawica** na rzecz **P.U.K.F.-B. Sp. z o.o.**, (...)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 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbiór i Zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica w okresie od 1 lipca 2017 r. do 30 czerwca 2020 r.*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 056-103754 z 21.03.2017 r., przez Miasto i Gmina Morawica, ul. Spacerowa 7, 26-026 Morawica zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 18.05.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty E.M. Sp. Jawna, (...) zwana dalej: „*E.M. Sp. Jawna*” albo „*E.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - P.U.K. F.-B. sp. z o.o., (...)zwana dalej: „*P.U.K. F.-B. sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 29.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) P.U.K. F.-B. sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 18.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.05.2017 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. Art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo wydania wobec niej ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska i wymierzenia tą decyzją kary pieniężnej nie niższej niż 3.000,00 zł;
3. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
  - 1) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
  - 2) Wykluczenie z postępowania firmy E.;
  - 3) Uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

1. Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 9.4.1) zwanej dalej: „*SIWZ*” wskazał, iż uzna za spełniony warunek w zakresie kompetencji lub uprawnień

do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: „(...) jeżeli Wykonawca posiada zezwolenie na transport odpadów, o którym mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) i znajduje się w Rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Morawica **wszystkich rodzajów odpadów będących przedmiotem usługi**”. Tym samym Zamawiający wymagał, aby Wykonawca, już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, posiadał zezwolenie i wpis do rejestru działalności regulowanej odpowiednio w zakresie transportu odpadów oraz odbierania odpadów w zakresie wszystkich rodzajów odpadów będących przedmiotem zamówienia. Co także istotne Zamawiający precyzyjnie określił te rodzaje odpadów wymieniając je enumeratywnie w treści Tabeli nr 1 oraz Tabeli Nr 2 Załącznika nr 7 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia): „3.2 Wykonawco jest zobowiązany do odebrania, transportu i zagospodarowania **wskazanych w tabeli nr 1** opisanych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Morawica.

**Tabela nr 1 siwz. Rodzaj odpadów objętych przedmiotem zamówienia.**

| <b>Lp</b> | <b>Rodzaje odpadów</b>  |
|-----------|---|
| 1.        | Zmieszane odpady komunalne  |
| 2.        | Papier i tektura, opakowania z papieru i tektury                                |
| 3.        | Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe |
| 4.        | Szkło, opakowania ze szkła  |
| 5.        | Meble i inne odpady wielkogabarytowe  |
| 6.        | Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny                                       |
| 7.        | Popiół  |
| 8.        | Metale (w tym opakowania z metalu)  |
| 9.        | Odpady ulegające biodegradacji  |

3.3. Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia i obsługi Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, zwanego dalej PSZOK. PSZOK prowadzi zbiórkę dostarczonych we własnym zakresie przez właścicieli wszystkich nieruchomości zamieszkałych odpadów wymienionych w **tabeli nr 2**.

**Tabela nr 2 siwz. Rodzaj odpadów objętych przedmiotem zamówienia.**

| <b>Lp.</b> | <b>Rodzaje odpadów</b>      |
|------------|-----------------------------|
| 1.         | Metale, opakowania z metali |
| 2.         | Zużyte opony                |

|    |  |
|----|--|
| 3. | <i>Przeterminowane leki i <b>chemikalia</b> (w tym zużyte oleje silnikowe i filtry</i> |
| 4. | <i>Meble i inne odpady wielkogabarytowe</i>  |
| 5. | <i>Zużyte baterie i akumulatory</i>  |
| 6. | <i>Budowlane i rozbiórkowe z remontów</i>  |
| 7. | <i>Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny</i>                                       |
| 8. | <i>Odpady zielone</i>  |
| 9. | <i>Popiół</i>  |

Zgodnie z pozycją nr 3 Tabeli nr 2 jako jeden z rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia wymienione zostały przeterminowane leki i chemikalia (w tym zużyte oleje silnikowe i filtry olejowe). Tymczasem, z treści wpisu do działalności regulowanej firmy E. wynika, iż w dniu wyznaczonym na składanie ofert, tj. 26.04.2017 r. posiadała ona wpis do działalności regulowanej jedynie w obszarze następujących rodzajów odpadów: 13 02 04\*; 13 02 05\*; 13 02 06\*; 13 02 07; 13 02 08\*; 15 01 01; 15 01 02; 15 01 03; 15 01 04; 15 01 05; 15 01 06; 15 0107; 15 0109; 15 0110\*; 15 0111; 16 01 03\*;16 01 07\*; 17 01 01; 17 01 02; 17 01 03; 17 01 07; 17 01 80; 17 02 01; 17 02 02; 17 02 03; 17 03 02; 17 04 01; 17 04 02; 17 04 03; 17 04 04; 17 04 05; 17 04 06; 17 04 07,17 04 11; 17 06 04; 17 08 02; 17 09 04; 20 0101; 20 01 02; 20 01 08; 20 0110; 20 0111\*; 20 0113\*; 20 0114\*; 20 0115\*; 20 0117\*; 20 01 19\*; 20 01 21\*; 20 01 23\*; 20 01 25; 20 01 26\*; 20 01 27\*; 20 01 28; 20 01 29\*; 20 01 30; 20 01 31; 20 01 32; 20 0133\*; 20 01 34; 20 01 35\*; 20 01 36; 20 01 37\*; 20 01 38; 20 01 39; 20 01 40; 20 01 41; 20 01 80; 20 01 99; 20 02 01; 20 02 02; 20 02 03; 20 03 01; 20 03 02; 20 03 03; 20 03 06; 20 03 07; 20 03 99. Zauważył, iż żaden z powyższych kodów nie obejmuje chemikaliów. Chemikalia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. 2014 poz. 1923) określone są pod kodami: 16 05 06,16 05 07,16 05 08,16 05 09,18 01 06,18 01 07,18 02 05,18 02 06. Z powyższego wynika, iż firma E., na dzień składania ofert, nie posiadała wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów w zakresie chemikaliów, które były objęte przedmiotem zamówienia. W konsekwencji oznacza to, iż ww. wykonawca nie spełniał postawionych warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Podkreślić należy, iż warunki udziału w postępowaniu winny być oceniane na dzień składania ofert.

2. Dodatkowo wskazał, iż firma E. w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w części IV - Kryteria kwalifikacji złożyła oświadczenie o spełnieniu wszystkich wymaganych kwalifikacji, jak również iż figuruje w odpowiednim rejestrze zawodowym tj. posiada wpis (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia) do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości

z terenu gminy Morawica. Tym samym składając powyższe oświadczenia, wiedząc o swojej sytuacji podmiotowej, a więc działając w wyniku rażącego niedbalstwa lub nawet zamierzonego działania wprowadziła w błąd Zamawiającego, tym samym firma E. winna zostać wykluczona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, względnie pkt 17 Pzp.

3. Jak wynika z treści SIWZ (pkt 9.4.4 lit. j) Zamawiający sformułował przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Według wiedzy Odwołującego, w oparciu o posiadane informacje i dokumenty (m.in. dokumentację przebiegu i efektów kontroli oraz wystąpienia, stanowiska, wnioski i opinie styczeń - grudzień 2016 r.) wobec firmy E., w okresie ostatnich 3 lat, wydana została ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska za co wymierzona została kara pieniężna nie niższa niż 3.000,00 zł. Pomimo tej okoliczności firma E. zarówno w treści JEDZ-a, jak również oświadczenia złożonego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp zaprzeczyła istnieniu w stosunku do niej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Uwzględniając powyższe, stwierdził, że firma E. podlega wykluczeniu nie tylko w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, ale również art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji.

Zamawiający w dniu 30.05.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) E.M. Sp. Jawna zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

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

W dniu 20.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przystępujący złożył pismo procesowe. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Zamawiającemu na posiedzeniu. W zakresie zarzutów nr 1 i 2, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pragnę podnieść, iż przedmiotowe zarzuty są niezasadne i powinny zostać oddalone. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż Zamawiający zaniechał wykluczyć Przystępującego z postępowania, ponieważ rzE.o Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na transport odpadów oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w gminie Morawica w zakresie odbioru odpadów komunalnych zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach

(dalej: u. o. c. p. g.). W tym zakresie, Odwołujący wskazał, iż brak Przystępującemu uprawnień dotyczących chemikaliów. Ponadto, Odwołujący zarzucił, iż wobec Przystępującego występuje przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, ponieważ wobec niego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska za co wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. Przystępujący stanął na stanowisku, iż oba zarzuty są niezasadne i powinny zostać oddalone. Po pierwsze, niniejsze zarzuty są bezprzedmiotowe, ponieważ obie kwestie: związana z posiadaniem wymaganych zezwoleń i wpisu do rejestru oraz przesłanką wykluczenia z postępowania były przedmiotem wyjaśnień, o które zwrócił się Zamawiający do Przystępującego w dniu 12.06.2017 r. W dniu 16.06.2017 r. Przystępujący złożył obszernie wyjaśnienia, informując Zamawiającego, iż posiada wymagane zezwolenie na transport odpadów oraz wpis do rejestru działalności regulowanej w gminie Morawica w zakresie odbioru odpadów komunalnych zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u. o. c. p. g.) w zakresie chemikaliów. Ponadto, Przystępujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż w istocie została wobec niego wydana decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska za co wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych, jednakże kara została już uiszczona, a ponadto Przystępujący podjął szereg działań zmierzających do zapobieżenia późniejszym naruszeniom. Na skutek jego działań, od momentu wydania wskazanej decyzji, Przystępujący nie był już później karany. Wszystkie powyższe okoliczności zostały Zamawiającemu szczegółowo wyjaśnione i udowodnione, co prowadzi do wniosku, iż wskazane zarzuty są bezprzedmiotowe i pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W związku z powyższym, Skład Orzekający weźmie również pod uwagę czynność dokonaną przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, tj. wezwanie do wyjaśnień wystosowane do Przystępującego w zakresie podnoszonych zarzutów. Jednocześnie, poddane ocenie zostaną również wyjaśnienia Przystępującego oraz przedkładane przez niego dowody. Ponieważ Przystępujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia w tym zakresie, zarzuty Odwołującego pozostają bez wpływu na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp. /dowód: wezwanie Zamawiającego z 12.06.2017 r. do złożenia wyjaśnień; dowód: wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w dniu 16.06.2017 r. (stanowiące w części tajemnicę przedsiębiorstwa)/. Tym samym, niezasadne są również wnioski Odwołującego o wykluczenie Przystępującego z postępowania, ponieważ Przystępujący wykazał w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również podjęte przez niego działania self- cleaning są wystarczające dla potwierdzenia jego rzetelności. W szczególności dokonał wyczerpującego

wyjaśnienia stanu faktycznego oraz udowodnił podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W związku z powyższym, wobec Przystępującego aktualizuje się dyspozycja art. 24 ust. 9 Pzp, to jest, nie podlega on wykluczeniu.

Jednocześnie Przystępujący zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej zwanej dalej: „UZNK” konkurencji przedkładany dowód w postaci wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w dniu 16.06.2017 r. wraz z dołączonymi dokumentami: oświadczenia wspólnika z 16.06.2017 r., decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z 13.05.2014 r., certyfikat ISO oraz Polityki Zintegrowanego Systemu Zarządzania. Nie ulega wątpliwości, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi podjęte działania w ramach self - cleaning stanowią informację o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa i są dokumentami wewnętrznymi Przystępującego. Znajdujące się tam dane zawierają np. informacje dotyczące posiadanych nieruchomości, certyfikatów, podjętych działań organizacyjnych przez spółkę, systemu zarządzania w ramach prowadzonej działalności. W świetle powyższego, przedmiotowe informacje noszą cechy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, a zatem spełniają pierwszą z przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 UZNK. Ponadto, podjęto wobec tych informacji działania, które miały na celu zachowanie ich poufności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, (np. wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 6 czerwca 2003 r., IV CKN 211/01; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., ICKN 304/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00). Ponieważ informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach nie były udostępniane szerszemu kręgowi osób, dlatego zasadne jest zastrzeżenie wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego, wskazał, iż zarzut ten jest bezzasadny. Odwołujący podnosi, iż skoro Przystępujący oświadczył w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na transport odpadów



oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz nie podlega wykluczeniu w związku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, to oświadczenia te należy potraktować jako złożenie nieprawdziwych informacji, wprowadzających Zamawiającego w błąd. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Nie zgodził się z zarzutami Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący niesłusznie zarzucał brak posiadania zezwolenia na transport odpadów oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w gminie Morawica w zakresie odbioru odpadów komunalnych zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u. o. c. p. g.) w zakresie chemikaliów, co Przystępujący wyczerpująco wyjaśnił Zamawiającemu. Nie można zatem uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje, skoro spełnia o warunki udziału w postępowaniu, skoro zarzut Odwołującego w tym zakresie był błędny i niezasadny.

W zakresie oświadczenia Przystępującego złożonego w JEDZ odnośnie braku podstaw do wykluczenia w związku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, należy wskazać, że Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ na wezwanie do złożenia wyjaśnień, przedłożył stosowne informacje oraz dowody dotyczące stanu faktycznego oraz podjętych działań w ramach self - cleaning. Sam Przystępujący wyjaśnił również wyczerpująco, dlaczego w JEDZ nie podano informacji na temat wydanej decyzji administracyjnej: wynikało to z niewiedzy pracownika, ponieważ wydana decyzja dotyczyła naruszeń sprzed kilku lat, podczas gdy od momentu jej wydania wprowadzono wiele zmian po stronie wykonawcy. W związku z powyższym, nie można stwierdzić, iż Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazał na orzecznictwo KIO, która podkreśla, iż fakt wprowadzania w błąd zamawiającego przez wykonawcę powinno być udowodnione ponad wszelką wątpliwość. Same domniemania, iż wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje nie stanowią przesłanki do jego wykluczenia. W tym zakresie, należy być przekonany i potwierdzić dowodami, iż informacja podana przez wykonawcę nie była wynikiem omyłki, jest niezgodna ze stanem rzeczywistym oraz była złożona świadomie i w celu uzyskania zamówienia publicznego. Takie stanowisko wynika m.in.: z wyroku KIO z 09.03.2017 r., sygn. akt: KIO 345/17; z wyroku KIO z 23.02.2017 r., KIO 279/17, sygn. akt: KIO 280/17; wyroku SO w Warszawie z 19.07.2012 r., sygn. akt: IV Ca 683/12, czy też wyroku KIO z 17.05.2016 r., sygn. akt: KIO 673/16.

Dodał, że skoro Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia i w związku z tym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, to tym samym powinien udowodnić wystąpienie wskazanych okoliczności. Zgodnie z wyrokiem SO w Katowicach z 09.07.2009 r., sygn. akt XIX Ga 223/09. Odwołujący, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp powinien był wykazać, iż Przystępujący złożył informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, było to działanie wynikające z winy umyślnej, bądź z rażącego niedbalstwa oraz miały wpływ na wynik postępowania oraz decyzje Zamawiającego. Zauważył, że Odwołujący tego nie wykazał. Ponadto biorąc pod uwagę, że Odwołujący przedstawił informacje Zamawiającemu zgodne z prawdą, jak również złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które powodują, iż złożone odwołanie nie ma wpływu na wynik postępowania, tym samym nie zachodzą przesłanki o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego 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, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, zał. Nr 7 do SIWZ tabela nr 3, oferty Przystępującego, wezwania z 05.05.2017 r. w trybie art. 26 ust.1 Pzp oraz odpowiedzi z 12.05.2017 r wraz ze wszystkimi dołączonymi załącznikami, jak i Informacji dla Wykonawców nr 1 z 12.04.2107 r. – odpowiedz na pytanie 2, czy też informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18.05.2017 r. Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego wezwanie z 12.06.2017 r oraz udzielone wyjaśnienia z 16.06.2017 r. wraz ze wszystkim załączonym tam załącznikami /część z nich stanowi tajemnice przedsiębiorstwa co ostało wskazane w przywołanych wyjaśnieniach/ - całość załączona do pisma procesowego Przystępującego złożonego przed otwarciem posiedzenia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym na posiedzeniu przez Odwołującego:

- 1) Decyzja administracyjna z 09.01.2013 r. (znak: IK.7062.71.5.2013) wraz z informacją o jej uprawomocnieniu;
- 2) 2- wa oświadczenia złożone przez Przystępującego i dołączone w odpowiedzi na wezwania z art. 26 ust.1 Pzp /złożone wraz z pismem 12.05.2017 r./ (Izba wymienia niniejsze oświadczenia ponownie, aby uniknąć uznania, że nie zostały one dostrzeżone);
- 3) Wyciąg z załącznika do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r (poz. 1923) – katalog odpadów ze wskazaniem odpadów niebezpiecznych.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego oraz pismo procesowe Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. Art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo wydania wobec niej ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska i wymierzenia tą decyzją kary pieniężnej nie niższej niż 3.000,00 zł;
3. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy E. pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego. Uznając, że kluczowe znaczenia w zakresie zarzutu pierwszego ma kwestia prawidłowego zakwalifikowania chemikaliów do właściwej grupy według przywołanego Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 09 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów, w kontekście załącznika nr 7 do SIWZ i złożonej na wezwanie zaświadczenia z 20.05.2013 r.

o zmienia wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Morawica. Odnośnie pozostałych zarzutów, kluczowa jest kwestia, czy w JEDZ-u lub też na wezwanie złożono oświadczenia o zaistnienie przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i ewentualnym zastosowaniu procedury samooczyszczenia. Naturalnie istotne jest również czy istniały podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu. Izba oddaliła zarzut. Uznając, że odpady powstające w gospodarstwach domowych, w tym właśnie tego rodzaju chemikalia klasyfikuje się w grupie 20. Izba podkreśla, że zgodnie z przywołanym powyżej rozporządzeniem odpady klasyfikuje się według źródła ich powstania. Chemikalia w kontekście tabeli nr 3 i tabeli z Informacji dla Wykonawców nr 1 z 12.04.2107 r. – odpowiedź na pytanie 2 zostały zaliczone do grupy 20 przez Zamawiającego. W tym kontekście Izba podnosi że Zamawiający miał wiedzę pochodzącą z postępowania przetargowego oraz wynikającą z powszechnie obowiązujących przepisów w tym zakresie i nie musiał posiłkować się uzyskanymi wyjaśnieniami z 16.06.2017 r. Co do zasady takie wyjaśnienia powinny być uzyskane w toku powtórnego badania i oceny ofert, jednakże z uwagi na art. 24 ust. 12 Pzp i konieczność rozważenia ewentualnego uwzględnienia odwołania należy uznać je za dopuszczalne. Izba jednakże podnosi, że uznała te wyjaśnienia i dowody dotyczące tego zarzutu za materiały dodatkowe i nie brała ich pod uwagę, gdyż oceniała czynność zaskarżoną na podstawie dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego w dacie jej zaistnienia (18.05.2017 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie pierwszego trzeciego. Izba oddaliła zarzut. Uznając, że ten zarzut ma na tym etapie z uwagi na nakazane wezwanie charakter przedwczesny. Przy czym, wymaga zastrzeżenia, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa procedury samooczyszczenia jest warunkowana złożeniem stosownego oświadczenia w JEDZ-u, albo najpóźniej (biorąc pod uwagę że potwierdzenie ma w JEDZ-u charakter wstępny) wraz z dokumentami złożonymi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Podobnie zostało wskazane w publikacji PARP z 2016 r.: „(...)Z samooczyszczenia skorzystać można tylko w odniesieniu do konkretnie wskazanych podstaw wykluczenia. Pierwszą ich grupę stanowią podstawy wykluczenia z postępowania w związku popełnieniem przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–14. Kolejne przesłanki dotyczą działań wykonawcy ściśle związanych z konkretnym

postępowaniem tj. wprowadzeniem w błąd zamawiającego, próbą bezprawnego wpływu na zamawiającego, udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania oraz zawarciem przez wykonawcę niedozwolonego porozumienia naruszającego konkurencję. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8 musi udowodnić zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą solidność i uczciwość wykonawcy. W omawianym przepisie ustawodawca wskazuje przykładowe kategorie czynności mieszczących się w tym katalogu dowodów. Ponieważ wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie (jEdZ), że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy zaistnieje przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 13–14 oraz 16–20, wykonawca musi oświadczyć, że podlega wykluczeniu z postępowania (por. rozdział 2.1). Chcąc skorzystać z art. 24 ust. 8 musi do oferty i oświadczenia dołączyć dowody potwierdzające jego rzetelność mimo podlegania wykluczeniu z postępowania. Mogą to być wszystkie dokumenty potwierdzające podjęcie działań naprawczych, w szczególności informacje o przeprowadzonych audytach i kontrolach oraz dowody wdrożenia wynikających z nich rekomendacji. Z możliwości określonych w art. 24 ust. 8 nie może skorzystać wykonawca, wobec którego orzeczono prawomocnie zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia i zakaz ten obowiązuje.(...)”. („Zamówienia publiczne po nowemu – poradnik dla małych i średnich przedsiębiorców”, autorzy: F. Łapecki, G. Wicik, recenzent: prof. dr hab. Ryszard Szostak, redakcja: Paweł Sikorski, Wyd. PARP 2016, str. 32). Powyższy fragment biorąc pod uwagę, że art. 24 ust. 8 Pzp odnosi się także do art. 24 ust. 5 Pzp ma także zastosowanie w sytuacji zaistnienia przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Jest niedopuszczalne, po pierwsze powołanie się na zastosowanie tej procedury na etapie postępowania odwoławczego, po drugie przy jednoczesnym braku – nadal – jednoznacznej i wiarygodnej informacji odnośnie decyzji z 2013 r. (Przystępujący na rozprawie, a dokładnie jego pełnomocnicy oświadczyli, że nie mają w tym zakresie żadnej wiedzy, gdyż nie prowadzili tej sprawy. Nie wiedzieli, czy od tej decyzji była składana skarga do sądu administracyjnego, czy stała się ostateczna i uprawomocniała się oraz w jakiej dacie miało to miejsce).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego. Izba częściowo uwzględniła zarzut, w tym kontekście uznając konieczność wezwania we wskazanym trybie do wyjaśnień. W tym zakresie, Izba kierowała się konsekwencjami potwierdzenia się też Odwoływającego. Nadto, Odwoływający uprawdopodobnił stan rzeczy skutkujący wykluczeniem Przystępującego z udziału

w postępowaniu. Jednakże biorąc pod uwagę przesłanki art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. c Pzp, tj. decyzja ostateczna /wyrok prawomocny. Istniejące możliwości złożenia lub też nie skargi do sądu administracyjnego zmieniające termin od którego należy liczyć wskazany w przepisie czasookres zaistniała konieczność nakazania wezwania do wyjaśnień. Z całą pewnością nie chodzi we wskazanym przepisie o datę wydania danej decyzji administracyjnej. Należy także zauważyć, że istnieje możliwość błędnego nadania klauzuli przez urzędnika, jak i jedynie techniczny i deklaratoryjny jej charakter (to względem dostarczonej przez Odwołującego decyzji administracyjnej z 09.01.2013 r. (znak: IK.7062.71.5.2013) wraz z informacją o jej uprawomocnieniu, tzn. nadana klauzulą o jej prawomocności przez urzędnika /pieczętka przybitą przez urzędnika z informacją). Z proceduralnego punktu widzenia prawidłowe jest wydanie zaświadczenia na wniosek strony.

Z ostatecznością decyzji mamy do czynienia w przypadku określonym w art. 16 k.p.a. Natomiast decyzje prawomocne to takie decyzje, które zostały utrzymane w mocy w postępowaniu sądowym a więc, od których skargę oddalono czy odrzucono, a także takie, które nie zostały zaskarżone w tym postępowaniu z powodu upływu terminu do wniesienia skargi – za wyrokiem WSA z 28.10.2008 r., VII SA/Wa 1274/08, LEX 519731.

Dodatkowo za wyrokiem WSA w Krakowie z 29.09.2009 r., II SA/Kr 606/08, przepisy regulujące postępowanie administracyjne, w tym kodeks postępowania administracyjnego, nie przewidują procedury nadawania klauzuli ostateczności decyzjom administracyjnym; w szczególności klauzula taka nie jest nadawana w drodze decyzji lub postanowienia. Treść art. 12 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) - dalej k.p.a., wskazuje, że warunkiem ostateczności decyzji było to, aby nie mogła być ona zaskarżona w drodze zwykłych środków przewidzianych w toku instancji. Dlatego też wadliwe nadanie klauzuli stwierdzającej ostateczność decyzji nie jest objęte zasadą trwałości decyzji administracyjnej (art. 16 k.p.a.). Czynność taka rodzi jedynie możliwe do obalenia domniemanie, że decyzja administracyjna jest ostateczna.

Inaczej mówiąc decyzja administracyjna doręczona stronom postępowania, od której nie złożono odwołania funkcjonuje w obrocie jako ostateczny akt administracyjny, nawet wówczas gdy formalnie nie nadano jej klauzuli. Decyzja taka korzysta z zasady ochrony trwałości, a jej skutkiem jest domniemanie legalności i mocy obowiązującej. Inaczej jest w przypadku decyzji organu odwoławczego. Decyzja ta z mocy prawa z chwilą jej wydania ma walor ostateczności, kończy ona postępowanie administracyjne i nadawanie jej odrębnie jakiegokolwiek klauzuli jest zbędne.

Przy czym, decyzja ostateczna niekoniecznie musi być już prawomocna. Ostateczna jest wówczas, jak już było podnoszone powyżej, gdy nie przysługują od niej środki odwoławcze w toku instancji administracyjnych, o czym jednoznacznie stanowi art.16 §1 k.p.a. Natomiast prawomocną decyzja staje się wówczas, gdy nie przysługują już od niej środki zaskarżenia do sądu administracyjnego. Co do stwierdzenia, że decyzja jest ostateczna (albo że jest prawomocna), Kodeks nie przewiduje żadnej specjalnej procedury. Jest to potwierdzenie stanu prawnego i ewentualnie faktów z których on wynika, a zatem forma zaświadczenia jest jak najbardziej prawidłowa (art. 217 k.p.a.).

Zamawiający musi wykluczyć wykonawcę z postępowania, jeżeli od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia (w tym wypadku z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp) upłynęło, w zależności od rodzaju przestępstwa, mniej niż 3 lub 5 lat (w kontekście przesłanek art. 24 ust. 7 pkt 1 i 2 Pzp). W związku z powyższym, gdy dana osoba została skazana za przestępstwo, które skutkuje ex lege koniecznością wykluczenia z postępowania, to jeśli od uprawomocnienia się wyroku wydanego w tym zakresie minęło więcej niż, odpowiednio, 3 lub 5 lat, Zamawiający nie ma możliwości wykluczyć wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Analogicznie, w kontekście przesłanek art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. c) Pzp od dnia w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w uproszczeniu, z uwzględnieniem tego co Izba wskazała powyżej, może zaistnieć taka sytuacja, że bieg tego terminu 3 letniego będzie należało liczyć od daty gdy decyzja stała się ostateczna /Wojewódzki, Główny Inspektor/ i nie skorzystano że skargi do sądu administracyjnego, albo od daty wydany wyrok przez sąd administracyjny, który się uprawomocnił (w tym drugim wypadku dopiero wtedy decyzja będzie ostateczna, jak i prawomocna).

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. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 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 dopuszczanej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....