

WYROK
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 6 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Eneris Surowce S.A z siedzibą w Kielcach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim**

przy udziale wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia **Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. /pełnomocnik wykonawców/ i ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w toku ponownego badania i oceny ofert wezwanie przystępującego do uzupełnienia następujących dokumentów: 1/ oświadczenia zawartego w części III C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy wykonawcy tworzący konsorcjum przystępującego naruszyli swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy – rubryka Tak Nie , 2/ oświadczeń w zakresie części III C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dla każdego z członków konsorcjum przystępującego w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24

1

ust. 5 pkt 1, 2, 3, 4, 6, 8 ustawy pzp w związku z postanowieniami Rozdziału VI ust. 1 pkt 1 – 6 oraz 8 siwz.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim**:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eneris Surowce S.A z siedzibą w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Eneris Surowce S.A z siedzibą w Kielcach** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Celowy Gmin Mg-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi postępowanie na odbiór oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 21 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 117-235896.

ENERIS Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach wniósł odwołanie dotyczące czynności wyboru oferty konsorcjum wykonawców: Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. oraz ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Mirosławcu (dalej jako „Konsorcjum”) i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz niewykluczenia i nieodrzużenia oferty Konsorcjum. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 13 września 2017 r.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wobec dokonania wskazanych niżej czynności i zaniechań Zamawiającego oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego na skutek bezprawnych działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę w postaci braku możliwości uzyskania Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru oferty Konsorcjum pomimo tego, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;

2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum mimo tego, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia z Postępowania;

3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; ewentualnie (wyłącznie w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów):

4. zaniechanie wezwania Konsorcjum do:

- przedłożenia oryginału odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla firmy Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp., który został przedłożony w Postępowaniu, jako że przedłożona kopia dokumentu jest nieczytelna w zakresie daty wystawienia odpisu z Krajowego Rejestru Karnego i w tym zakresie dokument ten budzi wątpliwości co do swojej prawdziwości i zgodności z wymogami prawnymi oraz

- uzupełnienia dokumentu - odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego Laguna sp. z o.o. Pani E.Sz., który to dokument nie został przedłożony w Postępowaniu;

3

- uzupełnienia oświadczenia zawartego w części III C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dla każdego z członków Konsorcjum, w tym w zakresie odpowiedzi przez wykonawcę ATF sp. z o.o. sp. k. na pytanie, czy wykonawcy, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy - rubryka Tak Nie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

(A) (w zakresie zarzutu nr 1) art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że Konsorcjum to podlega wykluczeniu z Postępowania, ponieważ wobec Konsorcjum ziszcila się przesłanka wykluczenia z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7) ustawy Pzp, a dokonanie tzw. self-cleaning z uwagi na literalne brzmienie art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w Postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) dokonanie self-cleaning na obecnym etapie Postępowania powinno zostać uznane za niedopuszczalne;

(B) (w zakresie zarzutu nr 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że jego oferta powinna uzyskać najwyższą punktację w ramach kryteriów oceny ofert, a wykonawca ten nie podlega wykluczeniu;

(C) (w zakresie zarzutu nr 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczenia w zakresie:

- art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, tj. że prokurent spółki Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. nie został prawomocnie skazany za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

- art. 24 ust. 1 pkt 21) ustawy Pzp, tj. że wobec spółki Laguna sp. z o. o. jako podmiotu zbiorowego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
- art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem VI ust. 1 pkt 7) SIWZ (dodatkowe podstawy wykluczenia), tj. że wobec Laguna sp. z o.o. oraz ATF sp. z o.o. Sp. k. nie wydano ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeśli wymierzono karę pieniężną nie niższą niż 3 000 złotych;
- naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 1,2,3,4,6,8 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem VI ust. 1 pkt 1-6 oraz 8 SIWZ, tj. brak złożenia w odpowiednim zakresie oświadczeń przez członków Konsorcjum w zakresie części III C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

4

ewentualnie (wyłącznie w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów):

(D) (w zakresie zarzutu nr 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania Konsorcjum to uzupełnienia następujących dokumentów:

- odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego Laguna sp. z o.o. Pani E.Sz., który to dokument nie został przedłożony w Postępowaniu;

oświadczenia zawartego w części III C JEDZ - wykonawców Laguna sp. z o.o. oraz ATF sp. z o.o. sp. k.- w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy wykonawcy, wedle własnej wiedzy, naruszyli swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy - rubryka Tak Nie;

- oświadczeń w zakresie części III C JEDZ dla każdego z Konsorcjantów, tj. w zakresie podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1,2,3,4,6,8 ustawy Pzp w zw. z R. VI ust. 1 pkt 1 -6 i 8 SIWZ

(E) (w zakresie zarzutu nr 4) § 5 pkt 1) oraz § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ w związku z brakiem wezwania Konsorcjum do przedłożenia oryginału odpisu z KRK dla firmy Laguna sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp. który został przedłożony w Postępowaniu jako kopia poświadczona za zgodność z oryginałem, jako że przedłożona kopia dokumentu jest nieczytelna w zakresie daty wystawienia i przedłożony dokument jako nieczytelny budzi wątpliwości co do swojej prawdziwości i zgodności z wymogami prawnymi.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie dotychczasowej czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie (wyłącznie w razie nieuwzględnienia powyższych żądań):

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie

i oceny ofert w i nakazanie dotychczasowej czynności badania Postępowaniu

Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do przedłożenia: • oryginału odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla firmy Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. który został przedłożony jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem w Postępowaniu;

- odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego Laguna sp. z o.o.

Pani E.Sz., który to dokument nie został przedłożony w Postępowaniu;

- oświadczenia zawartego w części III C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wykonawców Laguna sp. z o.o. oraz ATF sp. z o.o. sp. k.- w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy wykonawcy wedle własnej wiedzy, naruszyli swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy - rubryka Tak Nie;

5

• oświadczeń w zakresie części 111 C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dla każdego z Konsorcjantów, tj. w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 1,2,3,4,6,8 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem VI ust. 1 pkt 1 -6 oraz 8 SIWZ.

UZASADNIENIE (uzupełnienie faktyczne i prawne zarzutów odwołania)

1. Zamawiający, zgodnie z wymogami ustawy Pzp, Rozporządzenia o dokumentach wymagał wykazania przez każdego z wykonawców biorących udział w Postępowaniu, aby

przedłożyli dokumenty na potwierdzenie, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, a dokładnie informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21. Konsorcjum nie przedłożyło wymaganego dokumentu z KRK dla prokurenta spółki Laguna sp. z o.o. a przedłożona kopia odpisu z KRK dla pomiotu zbiorowego - Laguna sp. z o.o. jest nieczytelna odnośnie daty, na którą następuje potwierdzenie niekaralności (zgodnie również z Rozdziałem X ust. 2 pkt 1) SIWZ.

2. Jednocześnie zgodnie z Rozdziałem VI ust. 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że będzie badał dodatkowe przesłanki wykluczenia wykonawców, w tym przewidział wykluczenie wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3 000 zł.

3. Zamawiający w Rozdziale X ust. 1 SIWZ wskazał wyraźnie, że należy przedłożyć:

1) JEDZ, w formie jednolitego dokumentu, sporządzonego pisemnie, zgodnie z wzorem według instrukcji stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ, wypełniony w zakresie dotyczącym informacji o Wykonawcy (Część II), a także:

a) w zakresie niepodlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 PZP - w Części III (Podstawy wykluczenia) sekcję A: Podstawy Związane z wyrokami za przestępstwo; Sekcję B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne; i Sekcję C: Podstawy z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi /.../

2) W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, ww. dokument składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i każdy z Wykonawców wykazuje brak podstaw wykluczenia, oraz w odpowiednim zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

4. Zamawiający w instrukcji wypełnienia JEDZa wprawdzie nie wskazał na wypełnienie rubryki, w której wykonawca oświadcza się w tym zakresie. W ocenie Odwołującego nie ma to jednak znaczenia, gdyż z treści ww. postanowień Rozdziału X ust. 1 pkt 1) a) SIWZ oraz samego formularza JEDZ jednoznacznie wynika, że jeśli mają zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym, to wykonawca powinien wypełnić

6

oświadczenia zawarte w części III C JEDZ. W przedmiotowym Postępowaniu dotyczy to m.in. odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy - rubryka Tak Nie.

5. Również z instrukcji wypełnienia JEDZ opublikowanej przez UZP (s. 30-31) wynika jasno, że tą część Jedz wypełnia wykonawca, gdy podstawa wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 1-8 ustawy Pzp zostały przewidziane przez zamawiającego (co miało miejsce, jak ww. w Postępowaniu).

6. W tym miejscu z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że jeśli Izba uznałaby, że obecnie nie ma możliwości wezwania każdego z członków Konsorcjum do złożenia ww. oświadczeń w JEDZ, to Odwołujący wnioskuje o unieważnienie Postępowania na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 7) z uwagi na to, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można bowiem zweryfikować, czy wykonawca podlega wykluczeniu w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 1-8 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem VI ust. 1 pkt 1-8 SIWZ, w tym przesłanką związaną wydaniem ostatecznej decyzji administracyjnej, w tym w zakresie prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono karę pieniężną na niższa niż 3 000 zł nie może zostać zweryfikowana, co narusza również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu. Powyższe naruszenie Zamawiającego ma wpływ na wynik Postępowania, jako że mogło wpłynąć na krąg wykonawców, którzy wzięli udział w Postępowaniu. Wykonawcy, wobec których zachodziły ww. przesłanki wykluczenia mieli uzasadnione obawy przypuszczać, że zostaną wykluczeniu z Postępowania i nie wzięli w nim udziału.

7. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Szczecinie, Delegatura w Koszalinie na konsorcjanta ATF sp. z o.o. sp. k. (dawniej: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO FIUK sp. k.) nałożone zostało w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert 5 ostatecznych kar administracyjnych w zakresie prawa ochrony środowiska, w tym 4 kary o wysokości co najmniej 3 000 zł:

- decyzja nr 33/D/2015 z dnia 2 lipca 2015 r. znak DI.7062.1.22.2.2015.JKU, która stała się ostateczna z dniem 21 Lipca 2015 r. (kara w wysokości 500 zł);
- decyzja nr 80/D/2016 z dnia 28 czerwca 2016 r., znak DI.7062.1.36.4.2016JKU stała się ostateczna z dniem 30 lipca 2016 r. (kara w wysokości 7 150 zł); odebranie od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 spoza szczecińskiego regionu gospodarki odpadami komunalnymi;

7

- decyzja nr 162/2016 z dnia 7 października 2016 r., znak WI.7062.1.53.2.2016.IP i stała się ostateczna z dniem 2 sierpnia 2017 r. (kara w wysokości 3 000 zł); za zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych wbrew zakazowi zbierania poza miejscem wytwarzania zmieszanych odpadów komunalnych;
- decyzja nr 14/2017 z dnia 26 stycznia 2017 r., znak WI.7062.1.3.2017.PI stała się ostateczna z dniem 28 lutego 2017 r. (kara w wysokości 7 000 zł); za zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia;
- decyzja nr 12/D/2017 z dnia 31 stycznia 2017 r., znak DI.7062.1.77.6.2016 JKU, która stała się ostateczna z dniem 8 marca 2017 r. (kara w wysokości 8 240 zł); za odebranie od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 spoza szczecińskiego regionu gospodarki odpadami.

Dowód: Pisma WIOŚ w Szczecinie, Delegatura w Koszalinie z dnia 14 września 2017 r. oraz z dnia 5 września 2017 r.

Powyższe wskazuje na regularne nieprawidłowości po stronie firmy ATF sp. z o.o. sp.k. Zgodnie z motywem 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych: Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

W ocenie Odwołującego ww. przypadki znaczących nieprawidłowości powinny budzić poważne wątpliwości Zamawiającego co do wiarygodności Konsorcjum, w szczególności firmy ATF sp. z o.o. sp.k.

8. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie wezwanie do uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie wskazania, że wobec wykonawcy ATF sp. z o.o. sp.k. wydano, między innymi, ostateczne decyzje administracyjne 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, nie umożliwi Konsorcjum dokonanie tzw. self-cleaning. Wynika to z art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Instytucja self-cleaning nie stanowi oświadczeń lub dokumentów wykonawcy, które mogą podlegać uzupełnieniu stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp przepis ten wskazuje na możliwość przedstawienia dowodów na to, że wykonawca podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności.

8

9. Co więcej, przeciwko tezie, iż self-cleaning może być dokonany w późniejszym terminie niż wraz ze złożeniem oferty (tj. po upływie terminu składania) przemawia zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji (obie przewidziane w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Dokonanie self-cleaning po upływie terminu składania ofert oznaczałoby bowiem, że wykonawca mógłby - w tak zwanym między czasie - przedsięwziąć środki w celu naprawienia naruszenia, co stoi w całkowitej sprzeczności z tymi zasadami. Jak słusznie bowiem wskazała KIO na gruncie dawnego art. 24 ust. 2a ustawy Pzp (KIO 343/16): Dla wszystkich uczestników Dostępowania winien być jednakowy termin. na wykazanie się zaistnieniem przesłanek ekskulacyjnych z art. 24 ust 2a zdanie drugie pzp., m.in. na tej podstawie znając treść ogłoszenia zawierającą fakultatywną przesłankę wykluczenia zawarta w tym przepisie, wykonawcy będą każdorazowo decydować, czy brać udział w postępowaniu i złożyć ofertę.

Odwołujący zwraca również uwagę, że brzmienie uchylonego ust. 2a art. 24 ustawy Pzp nie wskazywało, podobnie jak art. 24 ust. 8 ustawy Pzp na termin, w jakim należy zastosować środki samoczyszczające. Z ogólnych zasad postępowania, tj. ww. zasady równego traktowania i zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu wywodzono konieczność dokonania tej procedury najpóźniej z upływem terminu składania ofert.

10. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, że skoro instytucja self-cleaning może zdecydować o ocenie, czy wykonawca podlega wykluczeniu, możliwość dokonywania self-cleaningu na dalszych etapach postępowania (tj. po upływie terminu składania ofert), to może ona stanowić obejście przepisów w zakresie przesłanek zatrzymania wadium i tym samym stanowić narzędzie do dokonywania zmów przetargowych. Jeśli bowiem wykonawcy będący w zmwie przetargowej nie zaznaczyliby w ramach przesłanek wykluczenia podlegających self-cleaning twierdzenia TAK/NIE w JEDZ i następnie zostaliby wezwani do uzupełnienia oświadczenia, w tym w zakresie self-cleaning, to zaznaczając TAK (tj. potwierdzając, że zachodzi przesłanka wykluczenia) jeden dokonałby self-cleaningu a drugi nie, to ten który tego nie dokonał będzie mógł doprowadzić do wykluczenia z postępowania bez ryzyka utraty wadium. Jeśli jednak podmioty, które co do zasady podlegają wykluczeniu bez dokonania procedury samoczyszczenia mogłyby jej dokonać najpóźniej do upływu terminu składania ofert, to ryzyko zmów przetargowych będzie wyłączone.

Przy czym Odwołujący wyjaśnia, że chociaż w niektórych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej ubocznie wskazano na możliwość uzupełnienia self-cleaning po upływie terminu składania ofert, to mając na uwadze ww. literalną i celowościową wykładnię art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 4a Ustawy Pzp oraz zasadę równego traktowania wykonawców i konieczności zapewnienia uczciwej konkurencji w Postępowaniu, kwestia to powinna podlegać ponownej i gruntownej ocenie Izby.

9

Na koniec Odwołujący wskazuje, że dowodem potwierdzającym opisane wyżej szczegółowo zarzuty i okoliczności faktyczne odwołania stanowi dokumentacja Postępowania, która winna zostać przedłożona Krajowej Izbie Odwoławczej przez Zamawiającego oraz ww. pisma WIOŚ w Szczecinie.

Wykaz załączników: pismo WIOŚ w Szczecinie z dnia z 4 września 2017 r., pismo WIOŚ w Szczecinie z dnia 14 września 2017 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że dnia 29 września 2017 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zawiadamiając o tym wykonawców oraz zawiadamiając ich o powtórzeniu czynności oceny i badania ofert. Zamawiający dnia 2 października 2017 r. wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, konsorcjum do przedłożenia odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego Laguna sp. z o.o. E.Sz..

Zamawiający jest w toku dokonywania powtórzonej czynności oceny i badania ofert w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Dnia 13 września 2017 r. dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty i do realizacji zamówienia wybrano konsorcjum Laguna sp. z o. o. oraz ATF sp. z o.o. sp. k., który to wykonawca, w ocenie zamawiającego spełnił warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę zgodną z treścią siwz oraz najkorzystniejszą pod względem ocenianych kryteriów.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego, zamawiający podniósł, co następuje.

Zamawiający zauważa, że wykonawcy mogli wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 i 3 ustawy pzp. Oznacza to, że konsorcjum na gruncie przepisu jest traktowane jako wykonawca zbiorowy (choć nie posiada ono podmiotowości i struktury organizacyjnej oraz majątki i nie podlega rejestracji, a każdy z członków zachowuje swoją odrębność). W myśl art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć wykonawcę wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 zł. Skoro odwołujący zarzuca konsorcjum ziszczenie się przesłanki wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 pzp to byłoby to możliwe, gdyby temu konsorcjum wymierzoną karę pieniężną jw. Z przedłożonych,

września 2017 r. wynika okoliczność, że wymienione w pismach decyzje w sprawie kar pieniężnych dotyczą tylko i wyłącznie ATF sp. z o.o. sp. k.

Zamawiający podniósł, że jak wskazuje orzecznictwo obowiązujące przepisy wymagają przeprowadzenia tzw. procedury samooczyszczenia się wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m. in. art. 24 ust. 5 pzp może przedstawić dowody, 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 nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Zgodnie z art. 24 ust. 9 pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia (ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający wskazuje, że podstawy wykluczenia z postępowania obowiązują w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 ustawy pzp tj. do momentu zawarcia umowy. Zamawiający wyjaśnia, że w czasie badania i oceny ofert nie dysponował informacjami, aby wykonawcy wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, z wymierzoną tą decyzją karą pieniężną nie niższą niż 3000 zł. Z taką wiedzą dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności zamawiający podniósł, że jego ocenie nietrafne jest również twierdzenie o uznaniu za niedopuszczalne dokonanie self-cleaningu na obecnym etapie postępowania. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że zastosowanie procedury sanacyjnej będzie uzależnione wyłącznie od woli i inicjatywy wykonawcy, na którym ciąży obowiązek złożenia zamawiającemu stosownym wyjaśnień i materiału dowodowego, co wykonawca powinien zrobić bez dodatkowego wezwania. Wykonawca może zainicjować procedurę sanacyjną zarówno ze złożeniem ofert, jak i na późniejszym etapie postępowania, np. w wyniku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Procedura ta nie

może być wszczęta później niż przed wyborem oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem, gdy zamawiający zastosował tzw. procedurę odwróconą (art. 24aa pzp).

Zamawiający wskazał na postanowienia siwz dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. w R. VII ust. 6 i 8: „6. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy pzp oraz, o których mowa w Rozdziale VI siwz.

8. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, jednolity dokument, o którym mowa w Rozdziale X niniejszej siwz składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.”

W rozdziale X „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie podleganiu wykluczeniu ust. 1 pkt 1 i 2:

„1. W zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pzp (Rozdział V siwz) oraz, że nie podlega

wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp należy przedłożyć:

- 1) JEDZ, w formie jednolitego dokumentu, sporządzonego pisemnie, zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej, wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, według instrukcji stanowiącej załącznik nr 2 do siwz, wypełniony w zakresie dotyczącym informacji o wykonawcy (część II), a także:
 - a) W zakresie niepodlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pzp – w części III (Podstawy wykluczenia) sekcję A: Podstawy związane z wyrokami za przestępstwo; sekcję B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne; i sekcję C: Podstawy z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi;
 - b) W zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia – określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział V siwz) w – Części IV: Kryteria kwalifikacji sekcję α (alfa): Ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji.

12

2) W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, ww. dokument składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i każdy z wykonawców wykazuje brak podstaw wykluczenia, oraz w odpowiednim zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu.” Zamawiający wyjaśnia nadto, że stosownie do art. 25a ust.

6 ustawy pzp w przypadku

wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, jednolity dokument lub oświadczenie składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokonując badania podmiotowego oferty konsorcjum zamawiający dokonał sprawdzenia spełniania warunku wstępnego poprzez złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jak i braku podstaw wykluczenia; JEDZ złożył każdy z wykonawców i nie budziły one zastrzeżeń zamawiającego.

Ponadto, w myśl art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W wyniku wezwania wykonawca nie przedłożył dokumentu KRK dla prokurenta podmiotu Laguna sp. z o.o. a zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia w tym zakresie, Tym samym zamawiający dnia 29 września 2017 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwał do przedłożenia odpisu z KRK dla prokurenta E.Sz. i w chwili obecnej jest w toku dokonywania powtórzonej czynności oceny i badania ofert. Odnośnie odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego – Laguna sp. z o.o. zamawiający wyjaśnił, że jest mu wiadomym z urzędu, że odpis z KRK jest dokumentem aktualnym na dzień jego składania, bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora III Związku Celowego Gmin MG-6” nr 2017/S 117 – 235898 podmiot Laguna sp. z o.o. złożył odpis z KRK z czytelną datą, na która następuje potwierdzenie niekaralności. W przedmiocie braku złożenia w odpowiednim zakresie oświadczeń przez członków konsorcjum w zakresie części III C JEDZ zamawiający wskazał, że odwołujący nie ma racji, że nie ma znaczenia, iż zamawiający w instrukcji wypełnienia JEDZ-a nie wskazał na wypełnienie rubryki, w której wykonawca oświadcza się w tym zakresie. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dołączyli do oferty tylko oświadczenia własne na formularzu JEDZ, w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz. Wynika to z art. 25a ust. 1 i 2 pzp. Zamawiający w załączniku nr 2 do siwz określił Instrukcję wypełnienia JEDZ. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 6 pzp siwz zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. SIWZ stanowi najistotniejszy dokument zamówienia, na podstawie którego wykonawcy poznają warunki

13

prowadzenia postępowania. Złożone przez wykonawców oferty były ocenione wyłącznie na podstawie wymagań zawartych w SIWZ. Oznacza to, że nie wskazanie przez zamawiającego wypełnienia rubryk części III C JEDZ, poza wyraźnie zaznaczonymi, oznaczało pozostawienie ich niewypełnionymi. Mając powyższe na uwadze zamawiający uznał, że odwołanie i poniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym.

Strony postępowania odwoławczego złożyły następujące oświadczenia:

Odwołujący podtrzymał odwołanie. Przypomniawszy, że w specyfikacji wskazano na fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy odpowiadające przepisom art. 24 ust. 5 pzp. Podtrzymał zarzuty odwołania zauważając, że wykonawca powinien wypełnić i ewentualnie uzupełnić rubryki w JEDZ III c, gdyż niezależnie od instrukcji wypełnienia tego dokumentu obowiązek taki wynika wprost z treści przepisu, specyfikacji i instrukcji wypełnienia JEDZ powszechnie obowiązującej. Wskazał także na instrukcję wypełnienia JEDZ opublikowaną przez Prezesa UZP. Wskazał na postanowienia SIWZ w szczególności na str. 6, 7 i 10 zauważając, iż w rozdziale VII pkt 6 wskazano, iż postanowienia dot. wykonawców i przesłanek wykluczenia dot. także wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i dot. one każdego z tych wykonawców.

Odwołujący zauważył, że pomimo żądań nie otrzymał od zamawiającego informacji o stanie prowadzonego postępowania, w tym co do czynności oceny dokumentów złożonych przez przystępującego. Podkreślił i przypomniał, że brak jest informacji w przedstawionym zakresie w złożonym dokumencie JEDZ co do wszystkich 8 zastrzeżonych w tym postępowaniu przesłanek wykluczenia (rozdział VI pkt 1 SIWZ).

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej pisemnej odpowiedzi. Wskazał, że dnia 02.10.2017 r. przystępujący złożył mu dokumenty dot. czynności self cleaningu i dokument ten będzie badany w toku kolejnych czynności postępowania. Uznał, że złożenie dokumentów czyni zbędnym wzywanie wykonawców do składania dowodów w tym zakresie. Stwierdził, że SIWZ jako podstawowy dokument postępowania określa całościowo sposób i zakres dokumentów, których złożenia wymaga się wraz z ofertą. Przypomniał, że zgodnie z art. 24 ust 12 pzp wykluczenie wykonawcy może nastąpić na każdym etapie postępowania. Zauważył, że obecnie po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej znajduje się na etapie badania i oceny oferty najwyższej ocenionej. W pozostałym zakresie podtrzymał stanowisko i argumenty zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

14

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał częściowo zasadność podniesionych zarzutów, tym samym twierdzenie że wybrany wykonawca nie przedstawił niezbędnych dowodów na potwierdzenie spełniania wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie Izby nastąpiło z uwzględnieniem stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania tj. zgodnie z postanowieniem przepisu art. 191 ust. 4 ustawy pzp. W szczególności ma tu znaczenie okoliczność, iż zamawiający dnia 29 września 2017 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zawiadamiając o tym wykonawców oraz zawiadamiając ich o powtórzeniu czynności oceny i badania ofert. Następnie dnia 2 października 2017 r. wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, konsorcjum do przedłożenia odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta samoistnego Laguna sp. z o.o. E.Sz. i obecnie jest w toku dokonywania powtórzonej czynności oceny i badania ofert w postępowaniu.

Tym samym bezprzedmiotowe jest nakazywanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro on sam czynność tę po wszczęciu postępowania odwoławczego wykonał. Wynik czynności badania i oceny jest, oczywiście nieznany, natomiast wobec potwierdzenia się części zarzutów odwołania, rozstrzygnięcie wskazuje zamawiającemu na obowiązek zażądania od wykonawcy (konsorcjum) określonych informacji, w tym zawartych w dokumencie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. W tym miejscu istotne jest wskazanie, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wynikające z treści ustawy jako obligatoryjne, a także fakultatywne, lecz z mocy postanowień zamawiającego zawartych w siwz, także obowiązkowe dla wykonawców, odnoszą się w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do każdego z tych wykonawców ze skutkiem odnoszonym do konsorcjum składającego ofertę. 15

Niesporne jest, że zamawiający w Rozdziale X ust. 1 SIWZ wskazał, że należy przedłożyć: JEDZ, w formie jednolitego dokumentu, zgodnie z wzorem według instrukcji stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ, wypełniony w zakresie dotyczącym informacji o Wykonawcy (Część II), a także: w zakresie niepodlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 PZP - w Części III (Podstawy wykluczenia) sekcję A: Podstawy Związane z wyrokami za przestępstwo; Sekcję B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne; i Sekcję C: Podstawy z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi /.../, a przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, ww. dokument składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i każdy z Wykonawców wykazuje brak podstaw wykluczenia, oraz w odpowiednim zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Fakt, iż zamawiający w instrukcji wypełnienia dokumentu nie wskazał na wypełnienie rubryki, w której wykonawca oświadcza się w tym zakresie w ocenie składu orzekającego nie ma jednak znaczenia, gdyż z treści postanowień Rozdziału X ust. 1 pkt 1) a) SIWZ oraz samego formularza JEDZ jednoznacznie wynika, że jeśli mają zastosowanie podstawy wykluczenia, to wykonawca powinien wypełnić oświadczenia zawarte w części III C JEDZ. W przedmiotowym postępowaniu dotyczy to m.in. odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy - rubryka Tak Nie. Zważywszy na przedstawiony stan sprawy, rozstrzygnięto, jak wyżej.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie należało uwzględnić i na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: