

WYROK

z dnia 15 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2019 r. przez wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. LEKARO J. Z. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Piaseczno,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1209/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie odnoszącym się do powierzchni umożliwiającej stworzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie bazy magazynowo - transportowej z uwagi na cofnięcie odwołania w tym zakresie.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonych przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie oświadczeń i dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 maja 2019 r. dotyczących części 2 oraz wyjaśnień ww. wykonawcy z dnia 20 maja 2019 r.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża w części % Zamawiającego - Gminę Piaseczno, a w części % Odwołującego - wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. LEKARO J. Z.:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Piaseczno na rzecz Odwołującego - wykonawcy J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. LEKARO J. Z. kwotę 4650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1209/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Piaseczno [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno (znak postępowania: 29/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 051 - 117538.

W dniu 27 czerwca 2019 r. wykonawca J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. LEKARO J. Z. [dalej „Odwołujący” lub „LEKARO”] wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno mimo, iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu tudzież co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (tj. decyzje o wykluczeniu lub wyborze oferty tego wykonawcy) poprzez złożenie oświadczeń: - o wywiązaniu się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne (zawartym w JEDZ) i - o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych mimo istnienia zaległości w zakresie płatności podatków i opłat na dzień składania tych oświadczeń;

2. art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno mimo, iż wykonawca ten naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków i opłat, których zarówno na dzień składania ofert jak i na dzień uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp nie uregulował;
3. art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie wyjaśnień wykonawcy PUK Piaseczno jako procedury samooczyszczenia w stosunku do PUK Piaseczno i dopuszczenie do jej zastosowania pomimo, braku ich złożenia we właściwym terminie oraz braku przyznania się wykonawcy do zaistnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem;
4. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie za wystarczające, w celu udowodnienia okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 8 w stosunku do przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez PUK Piaseczno;
5. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezweyryfikowanie, względnie błędne zweryfikowanie informacji i dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w toku postępowania jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezachowanie zasady jawności postępowania;
6. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny mimo istnienia ku temu podstaw;
7. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia zarzutów, względnie niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty PUK Piaseczno jako najkorzystniejszej;
2. ponowienia badania i oceny ofert;
3. wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
4. odtajnienia oświadczeń i dokumentów mających potwierdzać okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp a złożonych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 8 maja 2019 r. (znak pisma RZP.271.29.2019.IT.778), odpowiedzi wykonawcy na pismo wykonawcy LEKARO przekazane jako załącznik w ww. piśmie oraz uzasadnienia objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z ewentualnie przedłożonymi dowodami.

W zakresie zarzutów od pierwszego do czwartego Odwołujący wskazał na treść punktu 5.5 SIWZ, gdzie Zamawiający zawarł fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Wskazał, iż wykonawca PUK Piaseczno w dniu 12 kwietnia 2019 r. oświadczył, iż wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby (Część III, litera B JEDZ). Jednocześnie oświadczenie to zostało opatrzone poniższą klauzulą: - Niżej podpisany(-a)(-i) oficjalnie oświadcza(-ją), że informacje podane powyżej w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd. W dniu 20 maja 2019 r. złożył oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716), zgodnie z punktem 6.4 SIWZ. Tymczasem z treści pisma Zamawiającego z 28 maja 2019 r. wynika, iż istniały w tym dniu, po stronie wykonawcy PUK Piaseczno zaległości z tytułu opłat od podatku od środków transportowych oraz za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. Co istotne fakt istnienia tych zaległości nie był kwestionowany przez wykonawcę PUK Piaseczno na żadnym etapie postępowania, a informacja o zaległościach pochodziła z daty po złożeniu ww. oświadczeń. W konsekwencji na dzień składania ofert, a także na dzień złożenia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca znajdował się w sytuacji w której naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków i opłat, których jednocześnie w ww. terminach nie uregulował. Odwołujący wskazywał na błędną interpretację art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przedłożoną w treści wyjaśnień wykonawcy z dnia 31 maja 2019 r. zgodnie z którą: „Również w analizowanym przypadku stwierdzić należy, iż uregulowanie zaległości podatkowych po złożeniu oferty (oświadczenia) wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy.” Oznaczałoby, to iż bez względu na okoliczności, nawet jeśli przyczyna braku zapłaty byłaby zawiniona przez wykonawcę, a uregulowanie zaległości nastąpiłoby po terminie na składanie ofert, po wezwaniu Zamawiającego albo w wyniku okoliczności wskazanych przez konkurencyjnych

wykonawców to wykonawca spłacając zaległe podatki, opłaty lub składki nie podlegałyby wykluczeniu. Teza ta jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i z poglądami doktryny. Tytułem przykładu: „Należy jednak zaznaczyć, że zarówno spłata zaległych należności, jak i zawarcie odpowiedniego porozumienia, powinno nastąpić przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika to z brzmienia przepisu, a jednocześnie powinno być potwierdzone złożeniem w postępowaniu wstępnego oświadczenia w tym zakresie.” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019). Tym samym ziszcza się przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp a Zamawiający był zobowiązany do jej zastosowania wykluczając wykonawcę.

Jednocześnie wykonawca składając Zamawiającemu oświadczenia o wywiązaniu się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne (zawartym w JEDZ) i o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych złożonym na wezwanie Zamawiającego, wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu tudzież co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (tj. decyzje o wykluczeniu lub wyborze oferty tego wykonawcy). Tym samym wypełniły się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a Zamawiający był zobowiązany do jej zastosowania wykluczając wykonawcę.

Dalej Odwołujący uzasadniał, iż wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca w treści przedłożonych wyjaśnień jako powody powstania zaległości wskazuje na: 1) błędny numer konta do zapłaty za podatek od środków transportowych przekazany przez „zewnętrzne biuro rachunkowe”; 2) brak poinformowania ze strony Miasta o prawidłowym numerze do zapłaty za podatek od środków transportowych; 3) brak informacji ze strony biura rachunkowego o jakiegokolwiek zaległości z tytułu opłaty za zagospodarowanie odpadami komunalnymi; 4) brak dostępu do ksiąg podatkowych i finansowych celem weryfikacji prawidłowości obciążeń podatkowych (tudzież opłat).

Odwołujący podkreślał, iż opisane okoliczności nie mogą być brane pod uwagę jako okoliczności wskazane w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp bowiem: Procedura self-cleaningu zakłada dobrowolność wykonawcy w przyznaniu się do okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy, a następnie opisanie okoliczności i wskazania dowodów, które będą zapobiegały możliwym podobnym naruszeniom „na przyszłość”, gdy tymczasem w treści złożonych wyjaśnień wykonawca jedynie kwestionuje same okoliczności istnienia przesłanek wykluczenia, nie próbując przy tym nawet poprawić złożonych oświadczeń, jak również nie wskazując, iż przywołane okoliczności wypełniają normę wskazaną w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp - wyjaśnienia mają charakter spóźnione.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz poglądami doktryny wykazanie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp powinno nastąpić w najwcześniejszym możliwym momencie, tj. w tym wypadku w treści JEDZ, a inicjatywa w tym względzie winna pochodzić od wykonawcy (a nie „być wymuszona” wezwaniem Zamawiającego). Podobnie J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019: „Samooczyszczenie powinno zostać dokonane w określonej procedurze. Niewątpliwie inicjatywa w zakresie wszczęcia tej procedury należy do wykonawcy, który wskazując na zaistnienie podstawy wykluczenia, powinien od razu podać informacje o podjętych działaniach naprawczych. Informacje te powinny znaleźć się w (...) JEDZ (w postępowaniach o wartości zamówienia równej lub większej od progów unijnych). (...) w JEDZ wykonawca musi zakreślić, a następnie wypełnić, odpowiednie pozycje III części formularza. Zakreślając odpowiedź „tak” co do istnienia którejkolwiek z podstaw wykluczenia wykonawcy, chcąc brać udział w postępowaniu, powinien zakreślić też odpowiedź „tak” na pytanie, czy przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Następnie powinien opisać przedsięwzięte środki. O istnieniu podstawy wykluczenia oraz o podjętych działaniach mających na celu oczyszczenie się wykonawcy zamawiający powinien zatem dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy.” Tym samym przedłożone wyjaśnienia nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego jako wypełniające procedurę „self-cleaningu” a wykonawca winien zostać wykluczony z tytułu ziszczenia się okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż wykonawca nie może powoływać się, iż nie był świadomy, iż zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, a okoliczności te ujawniły się dopiero po złożeniu oferty/wezwaniu Zamawiającego.

Przeciwnie w świetle przedłożonych dokumentów, wbrew twierdzeniu wykonawcy PUK Piaseczno, również w świadomości zarządu, na dzień składania ww. oświadczeń istniała świadomość istnienia zaległości w zapłacie opłat. Odwołujący informuje w tym miejscu, iż złożył zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstw z art. 297 § 1 k.k. m.in. w związku ze złożeniem ww. nieprawdziwych oświadczeń przez osoby działające w imieniu wykonawcy PUK Piaseczno sp. z o.o. Również przywołane okoliczności faktyczne dotyczące zaniechań biura rachunkowego tudzież Zamawiającego w braku informacji o prawidłowym rachunku bankowym nie mogą stanowić o braku zawinienia

Wykonawcy w przekazaniu Zamawiającemu obiektywnie błędnej informacji o braku zaległości podatkowych co mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Za zobowiązania podatkowe w szerokim rozumieniu odpowiedzialny jest przedsiębiorca (wykonawca), który prowadząc w sposób profesjonalny i zawodowy przedsiębiorstwo jest zobowiązany do ustanowienia takiej struktury w ramach tej działalności, która pozwoli na spełnianie wymogów publicznoprawnych w ustalonych terminach. Wykonawca powierzając podmiotowi trzeciemu prowadzenie ksiąg, rachunkowość etc. w tym oddając temu podmiotowi dokumenty księgowe, akceptuje ryzyka z tym związane, w tym możliwość błędnego poinformowania o rachunku do wpłat, o wysokości opłaty/podatku czy o samym obowiązku zapłaty. Konsekwencje uchybień ponosi jednakże zawsze przedsiębiorca. Tymczasem wykonawca, w treści swoich wyjaśnień, w istocie różnicuje swoją sytuację prawną, w zależności od tego czy księgowość miałaby mieć charakter wewnętrzny czy zewnętrzny. Gdyby bowiem księgowość była zatrudniona w ramach struktury firmy to księgi podatkowe byłyby dostępne, informacja o błędnym rachunku byłaby Wykonawcy znana, a audyt mógłby wykryć wcześniej informację o zaległej opłacie za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. Taki pogląd nie zasługuje na akceptację. Z ostrożności, omawiając zarzut nr 4 wskazać również należy, iż wykonawca nie wykazał wszystkich okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, a w szczególności dotyczących wyczerpującego stanu faktycznego (Wykonawca nie przedłożył żadnej z umów z biurem rachunkowym celem weryfikacji zakresu obowiązków i potwierdzenia okoliczności wykazywanych w wyjaśnieniach) oraz podjęcia środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy (wykonawca nie wskazał żadnego podjętego środka mającego zapobiegać tego rodzaju uchybieniom na przyszłość).

Odnosząc się do zarzutu piątego Odwołujący przedstawił wywód prawny dotyczący art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że wykonawca zastrzegł, bez wyjątku, iż wszystkie informacje i dokumenty potwierdzające okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający to zastrzeżenie w pełni uznał, nie przekazując żadnych dokumentów Odwołującemu. Takie działanie Zamawiającego każe przypuszczać Odwołującemu, iż w istocie Zamawiający nie przeprowadził żadnej weryfikacji zastrzeżenia przez wykonawcę dokumentów jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie zbadał czy przekazane informacje i dokumenty: 1) stanowią w istocie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą 2) czy informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) czy uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Punktem wyjścia jest zbadanie samego uzasadnienia objęcia konkretnych informacji i danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności przedłożenia nie tylko informacji ale i dowodów w szczególności w odniesieniu do przesłanek zawartych w ww. punktach 2) i 3). Wskazał, iż samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w żadnym wypadku nie może zostać uznane za zawierające informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W orzecznictwie KIO powszechnie przyjmuje się, że uzasadnienie to nie może zostać skutecznie zastrzeżone, m.in. w wyroku o sygn. akt: KIO 443/18.

Odwołujący zakwestionował skuteczność wykazania się przez wykonawcę PUK Piaseczno stosownymi dokumentami okoliczności wskazanych w ww. punktach 2 i 3 co do wszystkich informacji i dokumentów objętych zarzutem. Odwołujący wskazał także, iż część informacji i dokumentów, które prawdopodobnie znalazły się w treści przedmiotowego uzupełnienia może być tożsama z wcześniej złożonymi i jawnymi informacjami jak również może mieć wpływ na badanie pod kątem tajemnicy przedsiębiorstwa innych informacji i dokumentów z tymi ujawnionymi dokumentami powiązanymi. Tytułem przykładu dotyczy to informacji zawartych w części IV JEDZ a dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczących wpisu do rejestru GIOŚ, wpisu do BDO i zezwolenia na zbieranie odpadów identyfikowalnych na podstawie przedłożonych numerów, informacji o usługach świadczonych na rzecz podmiotów publicznych (co w konsekwencji uniemożliwia zastrzeżenie informacji zawartych w referencjach, których celem jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia), informacji o samochodach wraz z numerami rejestracyjnymi, wysokości polisy. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, iż badaniu podlegają konkretne dane i informacje, a nie treść dokumentów „co do całości”. Tym samym istnieje możliwość częściowego odtajniania konkretnych informacji. Tytułem przykładu utajniona (o ile dane te nie są powszechnie znane i przedsiębiorca podjął odpowiednie działania w celu utrzymania ich poufności co wykazał w treści złożonych wyjaśnień) może być informacja o wartości składek, ale zakres ubezpieczenia w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia już nie. Ponadto należy wskazać, iż wszystkie oświadczenia wykonawcy składane w toku postępowania, takie jak oświadczenie o braku zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, z istoty rzeczy, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Dotyczy to także zaświadczeń z ZUS, US, odpisów KRK. Ponadto

dokumenty objęte punktami 11-13 dotyczące zaświadczeń i zezwoleń wydawanych w procedurze administracyjnej także nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem dostęp do tych dokumentów można uzyskać m.in. w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej a więc mają one charakter jawny. Również umowy lub promesa umowy z Instalacjami do Przetwarzania Odpadów Komunalnych, w całości nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa a ewentualnie jedynie niektóre z jej zapisów. Wiedza o posiadaniu lub braku posiadania umowy ma na rynku charakter powszechny a część zapisów wynika wprost z przepisów powszechnie obowiązujących. Trudno też uznać za informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informację posiadającą wartość gospodarczą informacje wynikające z certyfikatów i dowodów rejestracyjnych pojazdów. Również odniesienie się przez wykonawcę do wątpliwości przedłożonych przez Odwołującego winno zostać odtajnione. Przykładowo informacje dotyczące spełnienia wymogów rozporządzenia przez pojazdy czy przez bazę magazynowo-transportową nie mogą być utajnione. Już sam fakt przekazania konkretnych informacji stanowi o powszechnej wiedzy nt. oferowanych pojazdów i warunków technicznych Bazy. To samo dotyczy zarzutu dotyczącego możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący zakwestionował wykazanie się przez wykonawcę PUK Piaseczno dowodami na okoliczność ziszczenia się przesłanek wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ww. punkty 1-3) w ramach wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. W konsekwencji wszystkie ww. informacje i dokumenty winny być odtajnione jako nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż Zamawiający w żaden sposób nie informował wcześniej, odrębnie, wykonawców o zakończeniu procedury badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa PUK Piaseczno.

W zakresie zarzutu szóstego Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę PUK Piaseczno wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, iż oferent nie posiada własnej instalacji zagospodarowania odpadów, przez co narażony jest na wyższe cen zagospodarowania odpadów w instalacjach, które mają obecnie miejsce na rynku gospodarki odpadami. Co więcej z uwagi na brak posiadania własnej instalacji jego koszty zwiększone są o marżę płaconą zarządcy instalacji zagospodarowującej odpady oraz transport odpadów z własnej bazy do instalacji zagospodarowującej odpady. Z uwagi na niewielką różnicę ceny jednostkowej względem drugiego oferenta, który posiada własną instalację zlokalizowaną w tym samym miejscu co baza magazynowo - transportowa, oferta PUK Piaseczno może być zaniżona i może nie pokrywać kosztów świadczenia usługi. Tym samym koniecznym było rozpoczęcie procedury wyjaśnień dotyczącej rażąco niskiej ceny czego Zamawiający zaniechał.

W przedmiocie zarzutu siódmego Odwołujący podniósł, że po pierwsze, wykazane przez PUK Piaseczno pojazdy nie spełniają wymogu określonego w § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż pojazdy tj. Peugeot Boxer czy Fiat Ducato nie mają funkcji wyładowczej, a tym samym czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, co jest niezgodne z treścią warunku: „Wszystkie

pojazdy, którymi Wykonawca będzie dysponował w celu realizacji zamówienia muszą: (...) d) być wyposażone w czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów (...)”. Po drugie, Odwołujący wskazał, iż baza magazynowo- transportowa PUK Piaseczno zlokalizowana na działkach przy ul. Technicznej 6 (nr 9/13, 9/14, 9/15 obręb 21) nie posiada odpowiedniej powierzchni umożliwiającej zarówno stworzenie PSZOK jak również parkowanie pojazdów niezbędnych do obsługi sektora I, II

i III. Baza nie spełnia wymogów dla zwiększonej liczby pojazdów i uniemożliwia realizację odbiorów łącznie z sektorów I, II i III. Co więcej baza PUK Piaseczno nie posiada odpowiedniej liczby miejsc parkowych wymaganej przez § 2 ust. 5 pkt a) Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Tym samym wskazana baza nie spełnia warunku określonego na s. 3 SIWZ: „Zdolność techniczna lub zawodowa Wykonawca musi wykazać, iż do wykonania zamówienia dysponuje następującym potencjałem technicznym: Dla część 1-2 a) bazą magazynowo - transportową, spełniającą wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122)”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 lipca 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w punktach od pierwszego do czwartego odwołania Zamawiający wskazał, że dokonał prawidłowej, zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa oceny złożonych ofert, a następnie w taki sam sposób dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wstępnym potwierdzeniem, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji jest oświadczenie wykonawcy, które w postępowaniach powyżej progu unijnego przybiera formę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. W przypadku zwykłej procedury oceny ofert (art. 26 ust. 1 i 2) zamawiający najpierw bada oświadczenia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw do wykluczenia, następnie zaś dokonuje oceny ofert i na końcu wzywa do złożenia odpowiednich oświadczeń lub dokumentów wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie z ugruntowanymi poglądami komentatorów, oświadczenie składane na podstawie art. 25a ust. 1, w tym składane na formularzu JEDZ, podlega uzupełnieniu. Stanowi o tym jednoznacznie art. 26 ust. 3, który określa, że oświadczenie może być uzupełnione w przypadku, gdy nie zostanie złożone, jest niekompletne zawiera błędy lub budzi wątpliwości.

Podkreślał, że przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia wadliwego lub niezłożonego oświadczenia. Zamawiający może odstąpić od obowiązku wezwania tylko wtedy, gdy oferta, do której dołączono oświadczenie, podlega odrzuceniu albo gdy postępowanie podlega unieważnieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 wezwanie może ograniczać się tylko do żądania wyjaśnienia wątpliwości, jakie może budzić treść złożonego oświadczenia. Jest to istotne w świetle pomijania przez przepis art. 26 ust. 4 oświadczenia wykonawcy składanego w trybie art. 25a ust. 1. (tak J. Pieróg (w) Komentarz J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019 do art. 25a PZP). Analogiczne stanowisko przedstawiono również w komentarzu do art. 25a PZP, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Komentarz Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019.

Następnie Zamawiający przywołał brzmienie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp i wskazał, że do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 stosuje się przepis art. 24 ust. 8 dotyczący procedury sanacyjnej, w wyniku której wykonawca może uchronić się przed wykluczeniem (tak J. Pieróg w komentarzu do art. 24 PZP (w) Komentarz J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019). Niezależnie od tego w samym przepisie stanowiącym podstawę wykluczenia zastrzeżono, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli dokonał zaległych płatności albo zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Dalej Zamawiający zwrócił uwagę na brzmienie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 28 maja 2019 r. wezwał PUK Piaseczno do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących wątpliwości co do wniesionych oświadczeń w zakresie niezalegania z podatkami i opłatami lokalnymi. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 31 maja 2019 r. PUK Piaseczno złożył stosowne, obszerne wyjaśnienia. Po dokonaniu ich analizy, uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy, Zamawiający uznał, że brak podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. PUK Piaseczno w złożonych wyjaśnieniach wskazał okoliczności w jakich powstały przedmiotowe zaległości, na potwierdzenie czego przedłożył stosowne dokumenty. Co więcej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zaległości te zostały niezwłocznie w całości uregulowane wraz z należnymi odsetkami. Wykonawca oświadczył, że w chwili składania oświadczenia nie miał wiedzy o istnieniu jakichkolwiek zaległości, natomiast niezwłocznie po powzięciu tych informacji podjął niezbędne działania w celu ich usunięcia.

Uwzględniając powyższe Zamawiający wskazał, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołania jakoby Zamawiający naruszył dyspozycję art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę jako procedury samooczyszczenia i dopuszczenie jej zastosowania, pomimo braku przyznania się wykonawcy do istnienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia oraz braku złożenia wyjaśnień „we właściwym terminie”, jak również art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez uznanie za wystarczające, w celu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 1811/18, zgodnie z którym „(...) art. 24 ust. 8 PZP nie nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu, „niezwłocznego po uzyskaniu takiej wiedzy” przyznania faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z przepisu tego nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia (...). Punktem granicznym dla możliwości wszczęcia przedmiotowej procedury jest jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Niezwłoczność działania wykonawcy nie jest przesłanką ustawową lecz jest uzasadniona możliwością poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z przetargu. To on ponosi ryzyko pozyskania wiadomości przez zamawiającego o podaniu nieprawdziwej wiadomości i wyciągnięciu konsekwencji. Dopóki jednak zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia. Innymi słowy, brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli

w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadzać może zamawiającego w błąd, to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać.”

Również, w ocenie Zamawiającego, uwzględniając powyższe okoliczności, brak podstaw do uznania, jakoby działanie Przystępującego wyczerpało przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Przystępujący w treści swojego pisma z dnia 09 lipca 2019 r. szczegółowo odniósł się do powyższych zarzutów, powołując się na bogate orzecznictwo w tej kwestii, a także zapisy regulacji unijnych, w tym miejscu nie ma potrzeby powielania tej argumentacji.

W zakresie zarzutu piątego i szóstego Zamawiający przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż dla części 2 za najkorzystniejszą wybrana została oferta Przystępującego za cenę brutto 18.549.918,45 zł (cena jednostkowa za 1 tonę 1.018,48 zł). Oferta została uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryterium: cena 60 pkt, realizacja przedmiotu zamówienia samochodami spełniającymi normy emisji spalin co najmniej EURO 5 - 40 pkt określonych w SIWZ. Łączna ilość punktów - 100 pkt. Oferta Odwołującego przewidywała cenę brutto 19.998.242,93 zł (cena jednostkowa za 1 tonę - 1098,00 zł). Porównanie cen oferowanych przez poszczególnych wykonawców nie daje podstaw do stwierdzenia jakoby oferta PUK Piaseczno zawierała rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy, jak również jakoby budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez tego wykonawcę.

Niezależnie od powyższego, w związku z pismem PPHU Lekaro J. Z. wskazującym na wątpliwości co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, Zamawiający pismem z dnia 08 maja 2019 r., wystąpił do PUK Piaseczno w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o ustosunkowanie się do podnoszonych kwestii. Wykonawca złożył wyjaśnienia zastrzegając, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu. Wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający dokonał prawidłowej oceny skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i zasadnie utajnił ten dokument. Zasada jawności jest jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, jednakże nie ma ona charakteru bezwzględnego. Zasada ta doznaje bowiem ograniczenia m. in. w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu siódmego Zamawiający wskazał, że PUK Piaseczno złożył stosowne wyjaśnienia i przedłożył wymagane dokumenty, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu (posiadanie określonych pojazdów i bazy magazynowo-transportowej). Dokumenty te zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegały ujawnieniu. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że wbrew stanowisku Odwołującego, zgodnie z treścią § 2 ust. 2 pkt 5 lit. a Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. 2013 poz. 122), baza magazynowo-transportowa ma być wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, przy czym przepis ten nie określa wymaganej liczby miejsc, czy też ich powierzchni. Tym samym sformułowany na tej podstawie wniosek odwołania należy uznać za błędny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 lipca 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 lipca 2019 r. po stronie

Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę PUK Piaseczno wraz z wyjaśnieniami z dnia 20 i 31 maja 2019 r. oraz pisma Zamawiającego skierowane do PUK Piaseczno z dnia 8 i 28 maja 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 lipca 2019 r.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 w części odnoszącej się do powierzchni umożliwiającej stworzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie bazy magazynowo - transportowej.

Z uwagi na powyższe wykonawca PUK Piaseczno oświadczył, iż cofa wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 7 w ww. zakresie.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 5.5 SIWZ Zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy w ww. okolicznościach Zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę m.in. oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716).

Zgodnie z postanowieniami punktu 5 SIWZ, w części dotyczącej zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca musiał wykazać, iż do wykonania zamówienia dysponuje następującym potencjałem technicznym:

Dla części 1-2

- a) bazą magazynowo - transportową, spełniającą wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122),
- b) flotą samochodową zapewniającą prawidłową i terminową realizację zamówienia, w tym co najmniej:

dla części 2 (sektor III- Północny)

- samochodem specjalistycznym przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych, bezpylnym z funkcją kompaktującą - co najmniej 5 szt.,
- samochodem (typu hakowiec) wyposażonym w specjalne urządzenia hakowe do odbioru kontenerów o pojemności od 5 m³ do 30 m³ - co najmniej 2 szt.,
- samochodem posiadającym HDS do opróżniania pojemników typu „dzwony” - co najmniej 1 szt.,
- samochodem skrzyniowym - co najmniej 1 szt.,
- samochodem przystosowanym do zbierania odpadów niebezpiecznych - 1 szt.,
- samochodem umożliwiającym odbiór odpadów z posesji, do których jest utrudniony dojazd z powodu np.: wąskich ulic, wjazdów, niskich bram, remontów i budowy dróg i itp. - 1 szt.

Nadto Zamawiający wskazał, iż wszystkie pojazdy, którymi wykonawca będzie dysponował w celu realizacji zamówienia muszą:

- a) spełniać normy emisji spalin o wartościach zgodnych z normą minimum EURO IV,
- b) posiadać system monitorowania pracy umożliwiający automatyczną rejestrację czasu pracy i przebytej drogi pojazdów,
- c) być wyposażone w monitoring na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju,
- d) być wyposażone w czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów,
- e) posiadać narzędzia umożliwiające sprzątanie terenu po opróżnieniu pojemników.

Termin składania ofert upłynął w dniu 15 kwietnia 2019 r.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek VAT wynosiła 23 910 000 zł brutto. W części 2 zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z ceną 18 549 972,00 zł (po poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie PUK Piaseczno 18 549 918,45 zł brutto), cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg wszystkich rodzajów odpadów - 1 018,48 zł netto, JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej z ceną 27 320 004,00 zł, cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg wszystkich rodzajów odpadów - 1 500 zł netto oraz LEKARO z ceną 19 998 242,93 zł, cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg wszystkich rodzajów odpadów - 1 098,00 zł netto.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w części 2 zamówienia stanowiła kwotę 21 956 055,13 zł. Tym samym cena oferty Przystępującego stanowiła ok. 78 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 85 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Z kolei w punkcie 17 formularza oferty PUK Piaseczno oświadczył, że baza magazynowo - transportowa spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) i znajduje się pod adresem 05 - 500 Piaseczno, ul. Techniczna 6.

W części III lit. B JEDZ wykonawca PUK Piaseczno, w odpowiedzi na pytanie, „czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby”, udzielił odpowiedzi „TAK”.

Nadto w części IV lit. C: zdolność techniczna i zawodowa, pkt 3) JEDZ wykonawca PUK Piaseczno dla części 2 zamówienia wskazał następujące rodzaje samochodów: 1) Mercedes Benz - 4 szt., 2) DAF CF - 3 szt., 3) IVECO STARALIS - 1 szt., 4) MAN - 1 szt., 5) IVECO Daily - 1 szt. oraz 6) Peugeot Boxer - 2 szt.

Pismem z dnia 8 maja 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PUK Piaseczno w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający zwrócił się do wykonawcy PUK Piaseczno w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności podniesionych przez wykonawcę LEKARO w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r. skierowanym do Zamawiającego

Wykonawca LEKARO w ww. piśmie wskazał m.in. na możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny przez PUK Piaseczno uzasadniając, iż oferent nie posiada własnej instalacji zagospodarowania odpadów, przez co narażony jest na zwwyżki cen zagospodarowania odpadów w instalacjach. Co więcej z uwagi na brak własnej instalacji jego koszty zwiększone są o marżę płaconą zarządcy instalacji zagospodarowującej odpady. Z uwagi na niewielką różnicę ceny jednostkowej względem drugiego oferenta, który posiada własną instalację zlokalizowaną w tym samym miejscu co baza magazynowo - transportowa, oferta PUK Piaseczno może być zaniżona i nie pokrywać kosztów świadczenia usługi.

Ponadto w ww. piśmie LEKARO wskazał, iż wykazane przez PUK Piaseczno pojazdy nie spełniają wymogu określonego w § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż pojazdy tj. Peugeot Boxer, czy Fiat Ducato nie mają funkcji wyładowczej, a tym samym czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów.

Nadto wykonawca LEKARO wskazał, iż baza magazynowo - transportowa oferenta zlokalizowana na działkach przy ul. Technicznej 6 (nr 9/13, 9/14 i 9/15 obręb 2) nie posiada

odpowiedniej powierzchni umożliwiającej zarówno stworzenie PSZOK jak również parkowanie pojazdów niezbędnych do obsługi sektora I, II i III. Baza nie spełnia wymogów dla zwiększonej liczby pojazdów i uniemożliwia realizację odbiorów łącznie z sektorów I, II i III. Co więcej baza oferenta nie posiada np. odpowiedniej ilości miejsc parkingowych wymaganej przez § 2 ust. 5 pkt a ww. rozporządzenia.

Wykonawca PUK Piaseczno w dniu 20 maja 2019 r. złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, jak również wyjaśnienia w zakresie kwestii podniesionych przez wykonawcę LEKARO w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r., zastrzegając ww. oświadczenia, dokumenty oraz ww. wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W piśmie przewodnim z dnia 20 maja 2019 r. wykonawca PUK Piaseczno wskazał, iż „dokumenty i informacje zawarte w niniejszym uzupełnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegamy, że nie mogą być one udostępniane”. W toku postępowania odwoławczego ustalono, iż wykonawca LEKARO otrzymał ww. pismo przewodnie wykonawcy PUK Piaseczno z dnia 20 maja 2019 r.

Pismem z dnia 28 maja 2019 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy PUK Piaseczno o wyjaśnienie treści złożonego oświadczenia dotyczącego niezalegania z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych. Zamawiający wskazał, iż z posiadanych przez niego dokumentów wynika, że ww. wykonawca posiada zaległości w opłacie:

- a) podatku od środków transportowych za I ratę w wysokości 8 900,60 zł (stan na dzień 23.05.2019 r.),
- b) za zagospodarowanie odpadami komunalnymi w wysokości 168,40 zł (stan na dzień 15.04.2019 r.).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca PUK Piaseczno w piśmie z dnia 31 maja 2019 r. oświadczył, że zarówno w dniu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. w dniu 15 kwietnia 2019 r.), jak i w dniu złożenia dokumentów na wezwanie Zamawiającego (tj. w dniu 20 maja 2019 r.) przedkładając oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, Zarząd wykonawcy działał w dobrej wierze i złożył ww. oświadczenie zgodnie z posiadaną wiedzą na temat stanu przedsiębiorstwa i jego zobowiązaniach publicznoprawnych, pozyskaną z dostępnej

dokumentacji, od organów administracji publicznej, organów nadzorczo - kontrolnych Spółki oraz podmiotów zajmujących się profesjonalnie obsługą finansowo - księgową spółki.

W szczególności Zarząd PUK Piaseczno nie posiadał w ww. okresie wiedzy na temat żadnych zaległości w opłatach z tytułu: a) podatku od środków transportu w wysokości 8.900 zł oraz b) zagospodarowania odpadów komunalnych w wysokości 168,40 zł.

Odnosząc się do podatku od środków transportu wykonawca PUK Piaseczno podał, że I rata podatku za rok 2019 w wysokości 11 370 zł została wpłacona na rachunek UMiG Piaseczno w dniu 14 lutego 2019 r., tj. w przewidzianym prawem terminie, w wysokości zgodnej ze złożoną deklaracją w przedmiotowym zakresie. Ww. kwota została wpłacona na dany numer rachunku bankowego, który był prawidłowym numerem rachunku, na który wpłacano ww. podatek w latach poprzednich. Dopiero z pisma Zamawiającego z dnia 28 maja 2019 r. Zarząd wykonawcy powziął informację, że ww. kwota najprawdopodobniej nie została zaksięgowana zgodnie z przeznaczeniem w systemie finansowo - księgowym UMiG Piaseczno. Po sprawdzeniu wyciągów z rachunku bankowego wykonawcy, w dniu 28 maja 2019 r. Zarząd PUK Piaseczno pozyskał samodzielnie informację, że ww. kwota podatku została zwrócona na rachunek bankowy wykonawcy w dniu 15 lutego 2019 r. z adnotacją „błędny numer rachunku”. W tej sytuacji Zarząd PUK Piaseczno jeszcze tego samego dnia, tj. 28 maja 2019 r. ustalił, na podstawie informacji pozyskanych w Wydziale Finansowym UMiG Piaseczno, prawidłowy, indywidualny numer rachunku bankowego do wpłat z tytułu podatku od środków transportu i zlecił powtórnie przelew kwoty 11 370 zł powiększonej o należne odsetki na nowy numer rachunku. Zarząd PUK Piaseczno zaznaczył, że do dnia 28 maja 2019 r. nie otrzymał z UMiG Piaseczno informacji o nowym, indywidualnym numerze rachunku bankowego przeznaczonym do wpłat z tytułu podatku od środków transportu, a jedynie informację o zmianie numeru rachunku bankowego do wpłat z tytułu podatku od nieruchomości. Zarząd PUK Piaseczno zaznaczył, że do dnia 15 kwietnia 2019 r. za sprawy rachunkowo - finansowe PUK Piaseczno odpowiadało profesjonalne biuro rachunkowe, tj. firma BALANCE M. P. z siedzibą w Warszawie. Naliczanie należności publiczno prawnych należało do jednego z obowiązków zakontraktowanego biura rachunkowego. Właścicielka ww. Biura przekazała Zarządowi PUK Piaseczno zarówno

wypełnione deklaracje dotyczące podatku od środków transportu wraz z informacją o wysokości tego podatku, jak i numer rachunku bankowego do wpłaty, na który przelano całą ww. wymienioną kwotę w dniu 14 lutego 2019 r.

W zakresie zaległości w podatku za zagospodarowanie odpadów komunalnych wykonawca oświadczył, że podobnie jak w przypadku opłat z tytułu podatku od środków transportu, przy przedłożeniu oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, opierał się na informacjach pozyskanych z oficjalnej korespondencji z UMIG Piaseczno oraz na informacjach przekazywanych przez biuro rachunkowe BALANCE M. P.

W związku z tym, że Zarząd PUK Piaseczno w okresie od dnia 21 stycznia 2019 r. (tj. od objęcia stanowiska przez obecnego Prezesa Zarządu) do dnia 15 kwietnia 2019 r. nie otrzymał żadnej informacji o występowaniu jakichkolwiek zaległości w opłatach z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych od Pani M. P. reprezentującej biuro rachunkowe BALANCE, to oparł swoją wiedzę w tym zakresie o upomnienie otrzymane za pośrednictwem Poczty Polskiej z Wydziału Gospodarki Odpadami UMIG Piaseczno. Na podstawie ww. upomnienia Zarząd PUK Piaseczno przekazał kwotę zaległości wymienioną w tym upomnieniu na wskazany rachunek bankowy w dniu 26.03.2019 r., a po powzięciu w dniu 28 maja 2019 r. informacji o zaległości w opłatach z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych w wysokości 168,40 zł natychmiast przekazał całą ww. kwotę wraz z odsetkami, powiększoną o bieżące należności, na rachunek UMIG Piaseczno.

Nadto wykonawca PUK Piaseczno powoływał się na zmiany Zarządu w PUK Piaseczno mające miejsce w dniu 21 stycznia 2019 r. Od tego dnia nowy Prezes Zarządu niezwłocznie rozpoczął przegląd najważniejszych zagadnień i dokumentów Spółki znajdujących się w jej siedzibie. Wobec braku współpracy ze strony poprzedniego Zarządu i nieprzekazania jakichkolwiek istotnych informacji, nowy Prezes mógł się oprzeć wyłącznie o ograniczone informacje i dokumenty przekazane przez pracowników Spółki oraz dokumenty znajdujące się fizycznie w biurze Spółki. Wśród w ten sposób pozyskanej dokumentacji nie znalazły się żadne dokumenty wskazujące na istnienie jakichkolwiek przeterminowanych zobowiązań Spółki z tytułu opłat lub podatków lokalnych. Jak również zewnętrzna firma odpowiedzialna za prowadzenie spraw finansowo - księgowych Spółki nie przekazała żadnych tego typu informacji, choć informowała jednocześnie o innych bieżących zobowiązaniach podatkowych, w tym podatku od nieruchomości.

Wyjaśnił również, że w związku z tym, że w okresie od dnia 21 stycznia 2019 r. do dnia 31 marca 2019 r. współpraca między Zarządem PUK Piaseczno a ww. biurem rachunkowym ograniczała się do bieżącej obsługi rachunkowo - finansowej Spółki, niezwłocznie po przedstawieniu przez Panią M. P. sprawozdania finansowego za rok 2018 - w dniu 30 marca 2019 r. - nowy Prezes Zarządu, postępując zgodnie z wcześniejszymi zapowiedziami zlecił za zgodą Rady Nadzorczej zbadanie tego sprawozdania Audytorskiemu Biuru Rachunkowemu Goodwill, które rozpoczęło się 8 kwietnia 2019 r.

Dalej wykonawca wskazał, iż 15 kwietnia 2019 r. doszło do wypowiedzenia umowy przez Panią M. P. ze skutkiem natychmiastowym. Jednocześnie dotychczasowa księgowa zatrzymała całą dokumentację finansową spółki za rok 2018 oraz za okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 15 kwietnia 2019 r.

Następnie wykonawca PUK Piaseczno wyjaśniał okoliczności związane z dążeniem wykonawcy do objęcia w posiadanie dokumentacji finansowo - księgowej wykonawcy. PUK Piaseczno wskazał, iż dopiero w dniu 17 maja 2019 r. otrzymał dokumentację finansowo - księgową od Pani M. P. Dodatkowo Pani M. P. przekazała drogą elektroniczną bazę danych z programu księgowego i kadrowo - płacowego wraz z hasłem. Dokumentacja ta została przekazana biegłemu rewidentowi finansowemu i nowej firmie obsługującej sprawy finansowo - księgowe Spółki, ale zarówno samo uporządkowanie przedmiotowej dokumentacji, konwersja plików elektronicznych, jak i badanie sprawozdania finansowego Spółki za rok 2018 potrwa najprawdopodobniej do końca czerwca 2019 r.

Podsumowując wskazał, że opisana sytuacja faktyczna wynikająca wyłącznie z długotrwałego braku dostępu Zarządu do dokumentacji finansowo - księgowej PUK Piaseczno jest bezprecedensowa w całej, kilkudziesięcioletniej działalności spółki, a nowo powołany Zarząd Spółki nie mógł przewidzieć możliwości jej zaistnienia nawet działając ze szczególną starannością wymaganą w obrocie gospodarczym.

Do ww. pisma wykonawca PUK Piaseczno załączył: 1) potwierdzenie przelewu należności z tytułu podatku od środków transportu z dnia 14 lutego 2019 r., 2) potwierdzenie zwrotu należności z tytułu podatku od środków transportu z dnia 15 lutego 2019 r., 3) potwierdzenie przelewu należności z tytułu podatku od środków transportu wraz z odsetkami z dnia 28 maja 2019 r., 4) kopię przelewu należności z tytułu zagospodarowania

własnych odpadów komunalnych PUK Piaseczno z dnia 28 maja 2019 r., 5) wiadomość elektroniczną od Pani M. P. reprezentującej biuro rachunkowe BALANCE w sprawie podatku od środków transportu, 6) kopię korespondencji w sprawie z Panią M. P. reprezentującą biuro rachunkowe BALANCE w sprawie wydania dokumentacji finansowo - księgowej oraz 7) kopię przelewu należności z tytułu zagospodarowania własnych odpadów komunalnych PUK Piaseczno, zrealizowanego na podstawie upomnienia.

W części 2 zamówienia Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy PUK Piaseczno.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie w jakim podstawa faktyczna ww. zarzutu odnosiła się do powierzchni umożliwiającej stworzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie bazy magazynowo - transportowej, z uwagi na cofnięcie odwołania w tym zakresie przez Odwołującego.

Zdaniem Izby nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, jak również dotyczące naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp związane z nieprawidłowo przeprowadzoną procedurą samooczyszczenia przez ww. wykonawcę.

Zasadnym jest łączne odniesienie się do ww. zarzutów z uwagi na okoliczność, że oparte one były na wspólnej podstawie faktycznej. Nadto zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Odwołujący wywodził z zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Tym samym jak wynika z analizy ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli dokonał zaległych płatności wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, przy czym ww. przepis nie wskazuje jednoznacznie momentu, w którym wykonawca winien dokonać powyższych czynności. Zauważyć również należy, iż omawiany przepis niejako sam w sobie zawiera już przesłankę samooczyszczenia wykonawcy, polegającą na dokonaniu zaległych płatności wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarciu wiążącego porozumienia w sprawie spłaty.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z motywem 85 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) [dalej „dyrektywa”], istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałaby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. W związku z tym bardziej pożądaną jest, by w miarę możliwości instytucje zamawiające weryfikowały takie informacje za pomocą dostępu do stosownych baz danych, które powinny mieć charakter państwowy w tym sensie, że powinny być zarządzane przez organy publicznej...)

Jak wynika zatem z powyższego, przepisy ww. dyrektywy referują do sytuacji, w której wykonawca staje się „odpowiedni” w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań.

Jednocześnie zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit drugi i trzeci dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki,

dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny. Powyższy przepis został transponowany do polskiego porządku prawnego i znalazł odzwierciedlenie w treści art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Z kolei zgodnie z ust. 9 ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w świetle art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, z procedury samooczyszczenia może skorzystać taki wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp), jak również w sytuacji wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w ust. 5 art. 24.

Istotą ww. instytucji jest zatem dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę, który dostrzegając, iż zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, przedstawia dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W ocenie Izby warto również podkreślić, iż z uwagi na dość obszerny katalog przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, liczba możliwych przypadków oraz towarzyszących im stanów faktycznych, w których wykonawca będzie korzystał z instytucji self - cleaningu jest nieograniczona, dlatego też każda sprawa winna być rozstrzygana indywidualnie, stosownie do okoliczności (por. J. Jarnicka, Komentarz do art. 24 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Jaworska red. 2019, wyd. 7).

Uwzględniając powyższe rozważania prawne i przenosząc je na okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba wskazuje, że bezspornie wykonawca PUK Piaseczno na moment składania ofert, jak również złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, posiadał zaległości w opłacie podatku od środków transportowych oraz za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. Wykonawca PUK Piaseczno uregulował zaległości podatkowe wraz z należnymi odsetkami niezwłocznie po wezwaniu Zamawiającego z dnia 28 maja 2019 r., które dało ww. wykonawcy wiedzę o posiadanych zaległościach.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy kluczowym było jednak ustalenie przyczyn takiego stanu rzeczy (powstania zaległości podatkowych), jak również momentu, w którym wykonawca PUK Piaseczno dowiedział się o posiadanych zaległościach.

Jak wyjaśnił w piśmie z dnia 31 maja 2019 r. PUK Piaseczno zarówno w dniu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. w dniu 15 kwietnia 2019 r.), jak i w dniu złożenia dokumentów na wezwanie Zamawiającego (tj. w dniu 20 maja 2019 r.) przedstawiając oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, Zarząd wykonawcy działał w dobrej wierze i złożył ww. oświadczenie zgodnie z posiadaną wiedzą na temat stanu przedsiębiorstwa i jego zobowiązaniach publicznoprawnych, pozyskaną z dostępnej dokumentacji, od organów administracji publicznej, organów nadzorczo - kontrolnych Spółki oraz podmiotów zajmujących się profesjonalnie obsługą finansowo - księgową spółki.

W zakresie zaległości dotyczącej podatku od środków transportu wykonawca PUK Piaseczno wskazał, iż I rata podatku za rok 2019 w wysokości 11 370 zł została wpłacona na rachunek UMIG Piaseczno w dniu 14 lutego 2019 r., tj. w przewidzianym prawem terminie, w wysokości zgodnej ze złożoną deklaracją. Ww. kwota została wpłacona na numer rachunku bankowego, który był prawidłowym numerem rachunku, na który wpłacano ww. podatek w latach poprzednich. Dopiero z pisma Zamawiającego z dnia 28 maja 2019 r. Zarząd wykonawcy powziął informację, że ww. kwota najprawdopodobniej nie została zaksięgowana zgodnie z przeznaczeniem w systemie finansowo - księgowym UMIG Piaseczno. Po

sprawdzeniu wyciągów z rachunku bankowego wykonawcy, w dniu 28 maja 2019 r. Zarząd PUK Piaseczno pozyskał samodzielnie informację, że ww. kwota podatku została zwrócona na rachunek bankowy wykonawcy w dniu 15 lutego 2019 r. z adnotacją „błędny numer rachunku”. W tej sytuacji Zarząd PUK Piaseczno jeszcze tego samego dnia, tj. 28 maja 2019 r. ustalił, na podstawie informacji pozyskanych w Wydziale

Finansowym UMIG Piaseczno, prawidłowy, indywidualny numer rachunku bankowego do wpłat z tytułu podatku od środków transportu i zlecił powtórnie przelew kwoty 11 370 zł powiększonej o należne odsetki na nowy numer rachunku. Zarząd PUK Piaseczno zaznaczył, że do dnia 28 maja 2019 r. nie otrzymał z UMIG Piaseczno informacji o nowym, indywidualnym numerze rachunku bankowego przeznaczonym do wpłat z tytułu podatku od środków transportu, a jedynie informację o zmianie numeru rachunku bankowego do wpłat z tytułu podatku od nieruchomości. Zarząd PUK Piaseczno zaznaczył, że do dnia 15 kwietnia 2019 r. za sprawy rachunkowo - finansowe PUK Piaseczno odpowiadało profesjonalne biuro rachunkowe, tj. firma BALANCE M. P. z siedzibą w Warszawie. Naliczanie należności publiczno prawnych należało do jednego z obowiązków zakontraktowanego biura rachunkowego, a właścicielka ww. Biura przekazała Zarządowi PUK Piaseczno zarówno wypełnione deklaracje dotyczące podatku od środków transportu wraz z informacją o wysokości tego podatku, jak i numer rachunku bankowego do wpłaty, na który wykonawca przelał całą ww. wymienioną kwotę w dniu 14 lutego 2019 r.

Z kolei w zakresie zaległości w podatku za zagospodarowanie odpadów komunalnych wykonawca oświadczył, że podobnie jak w przypadku opłat z tytułu podatku od środków transportu, przy przedłożeniu oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych, opierał się na informacjach pozyskanych z oficjalnej korespondencji z UMIG Piaseczno oraz na informacjach przekazywanych przez biuro rachunkowe BALANCE M. P. W związku z tym, że Zarząd PUK Piaseczno w okresie od dnia 21 stycznia 2019 r. (tj. od objęcia stanowiska przez obecnego Prezesa Zarządu) do dnia 15 kwietnia 2019 r. nie otrzymał żadnej informacji o występowaniu jakichkolwiek zaległości w opłatach z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych od Pani M. P., to oparł swoją wiedzę w tym zakresie o upomnienie otrzymane za pośrednictwem Poczty Polskiej z Wydziału Gospodarki Odpadami UMIG Piaseczno. Na podstawie ww. upomnienia Zarząd PUK Piaseczno przekazał kwotę zaległości wymienioną w tym upomnieniu na wskazany rachunek bankowy w dniu 26.03.2019 r., a po powzięciu w dniu 28 maja 2019 r. informacji o zaległości w opłatach z tytułu zagospodarowania odpadów komunalnych w wysokości 168,40 zł natychmiast przekazał całą ww. kwotę wraz z odsetkami, powiększoną o bieżące należności, na rachunek UMIG Piaseczno.

Nadto ww. wykonawca wyjaśniał, iż od dnia 21 stycznia 2019 r. w związku ze zmianami w strukturze Zarządu, nowy Prezes Spółki niezwłocznie rozpoczął przegląd najważniejszych zagadnień i dokumentów Spółki znajdujących się w jej siedzibie, a wobec braku współpracy ze strony poprzedniego Zarządu i nieprzekazania jakichkolwiek istotnych informacji, Zarząd Spółki mógł się oprzeć wyłącznie o ograniczone informacje i dokumenty przekazane przez pracowników Spółki oraz dokumenty znajdujące się fizycznie w biurze Spółki. Wśród w ten sposób pozyskanej dokumentacji nie znalazły się żadne dokumenty wskazujące na istnienie

jakichkolwiek przeterminowanych zobowiązań Spółki z tytułu opłat lub podatków lokalnych.

Jak również zewnętrzna firma odpowiedzialna za prowadzenie spraw finansowo - księgowych Spółki nie przekazała żadnych tego typu informacji, choć informowała jednocześnie o innych bieżących zobowiązaniach podatkowych, w tym podatku od nieruchomości.

Wykonawca PUK Piaseczno w złożonych wyjaśnieniach wskazywał również na trudności w odzyskaniu dokumentacji finansowej Spółki za rok 2018 oraz za okres od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 15 kwietnia 2019 r., która finalnie została przekazana wykonawcy dopiero w dniu 17 maja 2019 r. Nadto jak wynika z ww. pisma przedmiotowa dokumentacja została przekazana biegłemu rewidentowi finansowemu i nowej firmie obsługującej sprawy finansowo - księgowe Spółki, ale zarówno samo uporządkowanie przedmiotowej dokumentacji, konwersja plików elektronicznych, jak i badanie sprawozdania finansowego Spółki za rok 2018 potrwa najprawdopodobniej do końca czerwca 2019 r.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż wykonawca PUK Piaseczno w dacie złożenia JEDZ oraz oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) nie posiadał wiedzy na temat zaległości w opłatach z tytułu podatku od środków transportu oraz za zagospodarowanie odpadów komunalnych. Gdyby zatem nie wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiocie złożonego przez PUK Piaseczno oświadczenia dotyczącego niezalegania z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, ww. wykonawca w dalszym stopniu pozostawałby przez pewien czas w niewiedzy o posiadanych zaległościach.

Zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę, okoliczność, iż Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w ww. zakresie, nie stanowiła o braku inicjatywy wykonawcy PUK Piaseczno w zakresie wdrożenia procedury samooczystczenia. Z treści ww. wezwania nie sposób wywieść, jakiegokolwiek formy „przymusu” wyrażającej się w zobowiązaniu wykonawcy PUK Piaseczno do skorzystania z tej instytucji.

Podkreślić należy, że Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia czy też o odrzuceniu jego oferty, winien mieć pewność co do prawidłowości podejmowanej czynności, z uwagi na sankcyjny charakter art. 24 ust. 1 lub 5, czy art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania, czy też odrzucając ofertę wykonawcy obowiązany jest wyjaśnić wszelkie powstałe wątpliwości, niejasności, czy też sprzeczności. Ponadto wskazać należy, iż w przypadku przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, która stanowi „chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności” Zamawiający tym bardziej przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania winien mieć pewność, iż zaległe płatności nie zostały uregulowane.

Podsumowując, w ocenie Izby, wykonawca PUK Piaseczno w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2019 r., popartych dowodami, w sposób wiarygodny i wyczerpujący wyjaśnił przyczyny braku zapłaty ww. należności w przewidzianych terminach, jak również dokonał ich niezwłocznego uregulowania wraz z odsetkami, z chwilą powzięcia informacji o rzeczonych zaległościach, przez co nie podlegał wykluczeniu w świetle art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Przechodząc natomiast do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno, mimo iż wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu tudzież co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, zauważyć należy, iż ww. zarzut był konsekwencją złożonego przez PUK Piaseczno oświadczenia o wywiązaniu się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne (zawartym w JEDZ) i o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, mimo istnienia zaległości w zakresie płatności podatków na dzień składania tych oświadczeń.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Tym samym jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Z kolei w świetle punktu 17 ww. przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których

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

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

W okolicznościach niniejszej sprawy, jakkolwiek zgodzić należy się z Odwołującym, iż wykonawcy PUK Piaseczno można przypisać choćby niedbalstwo lub brak należytej staranności w zakresie złożonego oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków, to w świetle wdrożonej przez tego wykonawcę procedury samooczyszczenia Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż od wykonawcy, tj. przedsiębiorcy, który prowadzi działalność gospodarczą miernik należytej staranności ulega podwyższeniu zgodnie z art. 355 § 2 KC. W takim przypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te składne w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego.

Jednakże, jak już wskazano powyżej, również w zakresie przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, możliwym jest skorzystanie przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia, co też miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Zatem ww. zarzut winien być oceniany przez pryzmat złożonych przez PUK Piaseczno wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który wywodził naruszenie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie wyjaśnień PUK Piaseczno i dopuszczenie do zastosowania instytucji samooczyszczenia mimo braku ich złożenia we właściwym terminie oraz braku przyznania się wykonawcy do zaistnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii, za poglądem zaprezentowanym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 1811/18, Izba wskazuje, że: „(...) art. 24 ust. 8 PZP nie nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu, „niezwłocznego po uzyskaniu takiej wiedzy” przyznania faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z przepisu tego nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. (...) Punktem granicznym dla możliwości wszczęcia przedmiotowej procedury jest jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Niezwłoczność działania wykonawcy nie jest przesłanką ustawową lecz jest uzasadniona możliwością poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z przetargu. To on ponosi ryzyko pozyskania wiadomości przez zamawiającego o podaniu nieprawdziwej wiadomości i wyciągnięciu konsekwencji. Dopóki jednak zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia. Innymi słowy, brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadzać może to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać.”

Tym samym nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby skorzystanie przez PUK Piaseczno z procedury, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, było spóźnione. Skoro bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie podjął decyzji o wykluczeniu wykonawcy PUK Piaseczno z części 2 zamówienia, to ww. wykonawca mógł skorzystać z instytucji self - cleaningu.

Przechodząc natomiast do drugiej z kwestii podnoszonych przez wykonawcę LEKARO, tj. braku przyznania się wykonawcy PUK Piaseczno do zaistnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem Izba wskazuje, iż całościowa analiza wyjaśnień ww. wykonawcy z dnia 31 maja 2019 r. prowadzi do zgola odmiennych wniosków. Zważyć należy, iż ww. wykonawca nie kwestionował tego, iż na moment złożenia oświadczenia własnego JEDZ, jak również oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych posiadał zaległości podatkowe, a jedynie wskazywał na brak wiedzy w momencie składania ww. oświadczeń o zaległościach podatkowych. Nadto,

wykonawca na stronie 7-iej złożonych wyjaśnień przyznał, że „rzeczywiście przez pewien okres zalegał z płatnością podatku na skutek nieuwzględnienia zmiany numeru konta”. W końcu, co najistotniejsze wykonawca niezwłocznie spłacił zaległości podatkowe, czego nie sposób inaczej potraktować, jak przyznania się ww. wykonawcy do zalegania z opłacaniem podatków.

Z uwagi na powyższe w ocenie Izby brał byto podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca PUK Piaseczno nie mógł wdrożyć procedury samooczyszczenia w przedmiotowej sprawie.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego jakoby w okolicznościach niniejszej sprawy naruszony został art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez uznanie za wystarczające, w celu udowodnienia okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wyjaśnień i dowodów złożonych przez PUK Piaseczno.

Izba wskazuje, że wykonawca PUK Piaseczno pismem z dnia 31 maja 2019 r. złożył obszerne wyjaśnienia stanu faktycznego wskazujące okoliczności w jakich powstały zaległości, na potwierdzenie czego przedłożył stosowne dowody. Ponadto wskazać należy, iż wykonawca PUK Piaseczno niezwłocznie uregulował zaległości wraz z odsetkami, podjął wszelkie przewidziane prawem działania zakończone odzyskaniem należącej do PUK Piaseczno dokumentacji finansowo - księgowej, powołał biegłego rewidenta oraz dokonał wyboru nowego biura rachunkowego. W ocenie Izby całość działań podjętych przez ww. wykonawcę gwarantuje realizację zakładanego przez wykonawcę celu sprowadzającego się do zapobiegania podobnym naruszeniom w przyszłości.

Podkreślić należy, iż podjęte przez danego wykonawcę środki naprawcze winny być oceniane w okolicznościach konkretnej sprawy i z uwzględnieniem charakteru przesłanki wykluczenia wykonawcy. Mając na uwadze zatem otwarty katalog środków naprawczych, z których może skorzystać wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia, istotnym jest aby podjęte przez niego środki były wystarczające dla zapobiegania podobnym naruszeniom w przyszłości, z uwzględnieniem wagi i okoliczności czynu wykonawcy. Nie jest zatem tak, iż w każdym przypadku wykonawca obowiązany jest wykazać Zamawiającemu wszystkie okoliczności wskazane w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jak podnosił Odwołujący. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego jakoby wykonawca PUK Piaseczno nie podjął środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Izba wskazuje, że obowiązkiem wykonawcy kwestionującego czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu złożonych przez konkurenta wyjaśnień i dowodów w ramach instytucji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jest wykazanie dlaczego zastosowane przez wykonawcę środki zaradcze są niewystarczające dla uznania rzetelności wykonawcy, czemu w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie sprostał.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wykonawca PUK Piaseczno nie przedstawił rozwiązań systemowych, które zapobiegałyby podobnym uchybieniom w przyszłości. Nie można bowiem uznać, by zmiana biura rachunkowego, odzyskanie dokumentacji finansowo - księgowej Spółki, a także zbadanie sytuacji finansowej Spółki przez biegłego rewidenta, nie prowadziło do ustalenia kondycji finansowej Spółki, a także do bieżącej pieczy nad zobowiązaniami Spółki.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach tejże sprawy, brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno z uwagi na skutecznie przeprowadzoną procedurę samooczyszczenia.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezwyfikowanie, względnie błędne zweryfikowanie informacji i dokumentów przedłożonych przez wykonawcę PUK Piaseczno w toku postępowania jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezachowanie zasady jawności postępowania.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż ratio legis ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca PUK Piaseczno, zastrzegając oświadczenia i dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a także wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące kwestii podniesionych przez wykonawcę LEKARO w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r., ograniczył się jedynie do wskazania w piśmie przewodnim z dnia 20 maja 2019 r., iż „dokumenty i informacje zawarte w niniejszym uzupełnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegamy, że nie mogą być one udostępniane”.

Z powyższego w ocenie Izby jednoznacznie wynika, że wykonawca PUK Piaseczno nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla objęcia ww. oświadczeń i dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nie wykazał żadnej przesłanki z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym omawiany wyżej zarzut zasługiwał na uwzględnienie w zakresie dokumentów i oświadczeń dotyczących części 2 zamówienia złożonych przez wykonawcę PUK Piaseczno, jako że odwołanie zostało wniesione wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w części 2 zamówienia, a także w zakresie wyjaśnień wykonawcy PUK Piaseczno odnoszących się do kwestii wskazanych w piśmie LEKARO z 25 kwietnia 2019 r.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy PUK Piaseczno do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za

pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zauważa, że w zakresie części 2 zamówienia nie zaistniała sytuacja obligująca Zamawiającego do żądania od Przystępującego PUK Piaseczno wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną wobec porównania tej ceny z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług lub średnią arytmetyczną cen złożonych ofert. Powyższa okoliczność nie wyklucza, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, możliwości żądania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, jeżeli powstaną po stronie Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Jak wskazał bowiem Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w niniejszym postępowaniu, porównanie cen oferowanych przez poszczególnych wykonawców nie dawało podstaw do stwierdzenia, jakoby oferta PUK Piaseczno zawierała rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy Pzp, jak również jakoby budziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez tego wykonawcę.

Zamawiający wskazał również, iż niezależnie od powyższej okoliczności, w związku z pismem wykonawcy LEKARO z dnia 25 kwietnia 2019 r. wskazującym na wątpliwości co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wystąpił do wykonawcy PUK Piaseczno o ustosunkowanie się do podnoszonych przez LEKARO kwestii. Wykonawca PUK Piaseczno złożył stosowne wyjaśnienia w piśmie z dnia 20 maja 2019 r., które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym miejscu zauważyć należy, iż wątpliwości LEKARO wyrażone w piśmie z dnia 25 kwietnia 2019 r. co do możliwości zaoferowania przez wykonawcę PUK Piaseczno ceny rażąco niskiej były zbieżne z argumentacją zawartą we wniesionym odwołaniu.

Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż art. 190 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to - przywołując treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź - zależnie od okoliczności - uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania w kwestii rozkładu ciężaru dowodu powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zwłaszcza w warunkach nie ziszczenia się przesłanek skutkujących obowiązkiem dokonania tej czynności) mogłoby ograniczać się de facto jedynie do wskazania na tą okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (por. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1125/19 oraz wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2159/18).

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy

dowodowej w toku postępowania odwoławczego w ww. zakresie, poprzestając jedynie na gołosłownych twierdzeniach. W szczególności Odwołujący nie wykazał panującej na rynku gospodarki odpadami tendencji wzrostu cen za zagospodarowanie odpadów w instalacjach, jak również wysokości marży płaconej zarządcy instalacji zagospodarowującej odpady czy kosztów transportu odpadów z własnej bazy magazynowo - transportowej do instalacji zagospodarowującej odpady, które zdaniem Odwołującego winny zostać uwzględnione w cenie oferty wykonawcy PUK Piaseczno.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez PUK Piaseczno w zakresie dotyczącym pojazdów Peugeot Boxer oraz Fiat Ducato, a także bazy magazynowo - transportowej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W przedmiocie braku wyposażenia pojazdów Peugeot Boxer oraz Fiat Ducato w czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów Izba wskazuje, iż podniesiony zarzut był nietrafiony w odniesieniu do pojazdów Fiat Ducato już z tego względu, iż jak wynika z JEDZ wykonawcy PUK Piaseczno, wykonawca ten w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej nie wskazał pojazdów tej marki w części 2 zamówienia, a której to dotyczy niniejsze odwołanie. Powyższa okoliczność nie została zakwestionowana przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą.

Z kolei w zakresie pojazdów Peugeot Boxer Izba wskazuje, iż Zamawiający wymagał, by wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia (załącznik nr D), podając dane wymagane w tym wykazie. Wykonawca PUK Piaseczno złożył wykaz narzędzi, podając przy tym zakres informacji wymaganych przez Zamawiającego dotyczących Peugeot Boxer. Nadto w toku rozprawy przed Izbą Przystępujący uzasadniał, iż ww. pojazd został dostosowany do wymogów Zamawiającego postawionych w niniejszym postępowaniu oraz że posiada funkcję wyładowczą i czujnik wyładowczy. Odwołujący z kolei, na którym ciążył obowiązek dowodu, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, poprzestał w ww. zakresie na gołosłownych twierdzeniach, nie wykazując tym samym ich zasadności.

Odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego kwestii jakoby baza magazynowo - transportowa PUK Piaseczno zlokalizowana na działkach przy ul. Technicznej 6 (nr 9/13, 9/14, 9/15 obręb 21) nie posiadała odpowiedniej powierzchni umożliwiającej parkowanie pojazdów niezbędnych do obsługi sektora I, II i III wskazać należy, iż z dokumentacji postępowania wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w powyższym zakresie Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia stosownego oświadczenia w formularzu ofertowym wraz z podaniem adresu bazy. Wykonawca PUK Piaseczno w treści formularza ofertowego (pkt 17) oświadczył, że baza magazynowo - transportowa zlokalizowana na działkach przy ul. Technicznej 6 (nr 9/13, 9/14, 9/15 obręb 21) spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122), spełniając tym samym wymogi Zamawiającego wynikające z SIWZ.

Nadto wbrew stanowisku Odwołującego, zgodnie z treścią § 2 ust. 2 pkt 5 lit. a Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 roku (Dz. U. 2013 poz. 122), baza magazynowo - transportowa ma być wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, przy czym przepis ten nie określa wymaganej liczby miejsc, czy też ich powierzchni. Zauważyć należy, iż również Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie odnoszącym się do bazy magazynowo - transportowej wymagał jedynie, by wykonawca dysponował bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania ww. rozporządzenia. Zamawiający nie postawił w treści SIWZ wymogu co do powierzchni czy liczby miejsc parkingowych na terenie bazy.

Wskazać nadto należy, iż także w tym zakresie Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, wbrew ciężącemu na wykonawcy obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, względem wykonawcy PUK Piaseczno nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego

w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18

kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia

5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/4 (zarzut związany z tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy PUK Piaseczno) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty związane z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy PUK Piaseczno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz zarzut związany z nieprawidłowym przeprowadzeniem procedury samooczyszczenia, tj. naruszeniem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy PUK Piaseczno do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez PUK Piaseczno). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/4 oraz Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł (łącznie 18 600 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 13 950 zł (18 600 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4650 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: