Sygn. akt: KIO 1935/21

WYROK
z dnia 8 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS – PLUS" Sp. z o.o. z siedzibą**
w Plewiskach w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Torzym**
przy udziale wykonawcy **PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1935/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych zawartego w punkcie I ppkt 3 *petitum* odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Torzym** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS – PLUS" Sp. z o.o. z siedzibą**
w Plewiskach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Torzym** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS – PLUS" Sp. z o.o. z siedzibą**
w Plewiskach kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..
……..

Sygn. akt: KIO 1935/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Torzym [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *odbieranie i transport odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Torzym*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00054152/01.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS-PLUS" Sp. z o.o. z siedzibą w Plewiskach dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. zasad zapewnienia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp) poprzez zaniechanie oceny, czy zadeklarowane przez PHU Komunalnik sp. z o.o. działania są wystarczające do wykazania skutecznego skorzystania z instytucji, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp
ewentualnie:
niedochowanie wymaganego od Zamawiającego standardu staranności przy ocenie, czy podjęte przez PHU Komunalnik sp. z o.o. są wystarczające dla wykazania skutecznego skorzystania z instytucji o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o., ze względu na wadliwe przyjęcie, że wobec wykonawcy wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp podstawa wykluczenia nie znajduje zastosowania (jest wyłączona) wobec skutecznego skorzystania przez wykonawcę z instytucji self-cleaningu i wykazanie swojej rzetelności, mimo dopuszczonych się uprzednio naruszeń obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska;
3. zarzut ewentualny naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 ustawy Pzp i art. 18 ustawy Pzp nieprzekazania Odwołującemu, na wniosek, kompletu oświadczeń i dokumentów o przekazanie, których wnioskował Odwołujący;
4. naruszenie 17 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, która to czynność:
a) była co najmniej przedwczesna, ze względu na zarzut sformułowany powyżej w ust. 1 (zarzut mniej daleko idący),
b) była wadliwa ze względu na zarzut sformułowany powyżej w ust. 2 (zarzut dalej idący).
Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty PHU Komunalnik sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonanej przez Zamawiającego dnia 23 czerwca 2021 r.;
2. odrzucenie oferty PHU Komunalnik sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 110 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut dalej idący);
3. dokonania kompleksowej oraz całościowej oceny skuteczności wdrożenia przez wykonawcę PHU Komunalnik sp. z

o.o. rozwiązań stanowiących elementy konstytutywne instytucji, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut mniej daleko idący);
ewentualnie:
4. unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z PHU Komunalnik sp. z o.o.
w przypadku wyrokowania po zawarciu umowy w wyniku Postępowania.
Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił stan faktyczny sprawy.
Zarzut zaniechania oceny, czy okoliczności na które powołuje się PHU Komunalnik sp. z o.o. wyłączają wykluczenie wykonawcy z postępowania
Odwołujący wskazał, iż uwzględniając, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, datowanym dnia 21 czerwca 2021 r., w odniesieniu do podlegania / niepodlegania przez PHU Komunalnik sp. z o.o. oraz w zakresie skuteczności / nieskuteczności wdrożenia procedury samooczyszczenia przez ww. wykonawcę, wskazał wyłącznie, że „*Wyżej wymieniony Wykonawca* (PHU Komunalnik sp. z o.o. – przypis Odwołującego) *spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu oraz jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans w odniesieniu do kryteriów oceny ofert przyjętych w postępowaniu*", a w protokole z Postępowania, ani w żadnym z innych udostępnionych dokumentów ww. informacja nie doznaje uszczegółowienia lub szerszego przybliżenia przyjmuje, że Zamawiający uznał, iż wobec PHU Komunalnik sp. z o.o. zaktualizowała się wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przesłanka wykluczenia, jednakże nie znalazła ona zastosowania (nie skutkuje wyeliminowaniem go z Postępowania) wobec treści oświadczenia PHU Komunalnik sp. z o.o. sformułowanego w oświadczeniu o którym mowa
w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie, w ramach zastrzeżenia ogólnego, Odwołujący podnosił, że Zamawiający przyjętym sposobem formułowania informacji o podjętych czynnościach oraz ich protokołowania nie dochował standardu wynikającego z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp.

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający poprzez zaniechanie oceny skuteczności skorzystania przez PHU Komunalnik sp. z o.o., z instytucji self-cleaning, naruszył art. 110 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Przepis art. 110
ust. 3 ustawy Pzpw sposób wyraźny nakłada na Zamawiającego obowiązek ocenienia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Odwołujący na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał fragment opinii Rzecznika Generalnego TSUE wydanej dnia 17 września 2020 r. (sprawa
C-387/19), wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2021 r. sygn. akt: KIO 3450/20, wyrok KIO z dnia
3 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1620,10 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r. sygn. akt: XXIII Ga 1811/18.

W ocenie Odwołującego, obowiązek wynikający z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp należy odczytywać wespół z wyrażonymi w Pzp zasadami, w szczególności wynikającą z art. 16
pkt 1) ustawy Pzp kierowaną do Zamawiającego, bezwzględną dyrektywą zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Za naruszające zaciągnięte przez siebie zobowiązanie przedkontraktowe
a w konsekwencji ww. przepisy, należy uznać zaniechania Zamawiającego w dokonaniu oceny okoliczności, przywołanych przez PHU Komunalnik sp. z o.o. a których celem było wykazanie swojej rzetelności. Zamawiający w żadnym spośród udostępnionych dokumentów nie przedstawił materiałów, które ukazywałby chociażby próbę zweryfikowania oświadczeń PHU Komunalnik sp. z o.o., jak również poddania ich testowi adekwatności, w kontekście celu jakiemu ma służyć instytucja self-cleaingu, tj. wykazania rzetelności, pomimo zaistniałych nieprawidłowości aktualizujących przesłankę wykluczenia. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający zaniechał weryfikacji ww. okoliczności.
Zarzut ewentualny, niedochowania wymaganego od Zamawiającego standardu staranności przy ocenie, czy okoliczności na które powołuje się PHU Komunalnik sp. z o.o. wyłączają wykluczenie wykonawcy z Postępowania

W przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający dokonał (w ogóle) oceny o której mowa w art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący sformułował zarzut ewentualny – niedochowania wymaganego standardu staranności przy ocenie, czy okoliczności na które powołuje się PHU Komunalnik sp. z o.o. wyłączają wyeliminowanie go z Postępowania.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 697/20, wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2106/17 oraz stanowiska doktryny dotyczące ciążących na zamawiających obowiązkach wynikających z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pomimo, że działania na której powołuje się i które obowiązany jest wykazać wykonawca, działając w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, stanowią kluczowy punkt wyjścia dla weryfikacji i oceny okoliczności o której mowa w art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, a Zamawiający we wskazanym zakresie nie może wyręczać wykonawcy (podejmować działań, które zastąpią go w wykazaniu okoliczności pozytywnie wpływających na jego sytuację) to Zamawiający obowiązany jest w ramach holistycznej oceny prawdziwości podniesionych okoliczności, jak również ich adekwatności oraz skuteczności względem celu ich podjęcia – wykazania rzetelności wykonawcy – również poddać je weryfikacji negatywnej, opierającej się m.in. na dokumentach zewnętrznych. W kolizji z realną oraz rzetelną weryfikacją oraz oceną, pozostaje poprzestanie wyłącznie na okolicznościach podnoszonych przez wykonawcę, w którego interesie pozostaje powołanie wyłącznie okoliczności dla niego korzystnych.

Odwołujący stał na stanowisku, że co najmniej za niedochowaniem należytej staranności przy przeprowadzeniu ewentualnej oceny, przemawia nieuwzględnienie przez Zamawiającego okoliczności notoryjnych, świadczących co najmniej o nieskuteczności podjętych przez PHU Komunalnik sp. z o.o. czynności w celu uzyskania miana wykonawcy rzetelnego, albowiem nienaruszającego już przepisów prawa ochrony środowiska.
W powszechnej wiadomości pozostają m.in. następujące okoliczności:
1) postępowania prokuratorskiego w zakresie dotyczącym możliwości popełnienia przez PHU Komunalnik sp. z o.o. przestępstwa polegającego na ewidencjonowaniu odpadów z terenu innej gminy
2) toczących się postępowań administracyjnych przeciwko PHU Komunalnik sp. z o.o.
w zakresie dotyczącym mieszania odpadów.
Odwołujący podał, że w świetle notoryjności informacji o ww. okolicznościach, Zamawiający w celu przeprowadzenia należytej weryfikacji realności, adekwatności oraz skuteczności deklarowanych przez PHU Komunalnik sp. z o.o. działań mających mieć charakter naprawczy, winien co najmniej w trybie art. 128 ust. 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp skierować do odpowiednich organów wniosek o wyjaśnienie kwestii istotnych dla przeprowadzanej oceny. W ocenie Odwołującego wyrażona w art. 128 ust. 5 ustawy Pzp możliwość, staje się obowiązek w przypadku niemożliwości samodzielnego

zweryfikowania przez Zamawiającego istotnych dla sprawy okoliczności. W szczególności zaniechanie skorzystania z ww. procedury nie powinno następować, z jednoczesnym naruszeniem zasad prawa zamówień publicznych, wyłącznie ze względu na chęć możliwie najszybszego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającej z krótkiego okresu pomiędzy wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a wieńczeniem się dotychczas zawartej umowy, obejmującej zbieżny zakres obowiązków – odbiór i transport odpadów komunalnych.

Zarzut zaniechania odrzucenia PHU Komunalnik Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności Odwołujący podważał prawidłowość skorzystania przez PHU Komunalnik sp. z o.o. z instytucji self-cleaning. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do udowodnienia kumulatywnego spełnienia przesłanek wymienionych w pkt 1) – 3) wskazanego przepisu. Odwołujący stał na stanowisku, że aktualne w tym zakresie pozostają dotychczas wyrażane przez KIO stanowisko orzecznicze, w tym sformułowane przez Izbę w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1576/19, zgodnie z którym „*elementem koniecznym procedury samooczyszczenie jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą one poparte dowodami*.". Zbieżnie wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r., XXIII Ga 1811/18. Odwołujący wskazał, że PHU Komunalnik sp. z o.o. nie sprostał wskazanemu wymogowi albowiem, pomimo odmiennej treści oświadczenia, nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych twierdzeń. W szczególności PHU Komunalnik sp. z o.o. nie załączył do oświadczenia dokumentów na które się powołuje.

Ponadto Odwołujący kwestionował możliwość uznania, że PHU Komunalnik sp. z o.o. skutecznie spełnił wymogi wynikające z art. 110 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp. We wskazanym zakresie stanowisko Odwołującego opiera się na generalnym założeniu, na które powołuje się m.in. Izba w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1576/19, zgodnie z którym „*ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self- cleaning-u należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8. Zatem dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę podlegają zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy ostateczne przesądzenie, czy można uznać je za wystarczające*."

Odnośnie stanowiska Komunalnik dotyczącego decyzji nr 2 wskazanej w oświadczeniu z 2 czerwca 2021 r. Odwołujący podał, że wykonawca ten dążąc do wykazania swojej rzetelności, podejmuje działania niekorespondujące z tym celem i instytucją self-cleaning, tj. bagatelizuje rangę i znaczenie niedochowanego obowiązku, jednocześnie kwestionując, że stanowi on obowiązek pozostający w zakresie wynikającym z prawa ochrony środowiska, a następnie, wszakże wyłącznie „na marginesie", co ma sprawiać wrażenie nieistotności wtrącenia, podejmuje polemikę z zasadnością nałożenia na niego kary administracyjnej. Powyższe ukazuje, że PHU Komunalnik sp. z o.o. nie dokonuje rachunku sumienia (godząc się jednoczenie z istniejącymi grzechami oraz przyznając ich istnienie), lecz je marginalizuje i podejmuje polemikę w tym zakresie. Odwołujący podnosił, że niedopełnienie obowiązków o których mowa w art. 9n u.c.p.g. ma istotny charakter, albowiem nie tylko może stanowić podstawę naliczenia kary administracyjnej (tak w przypadku PHU Komunalnik sp. z o.o.) ale również wykreślenia z rejestru działalności regulowanej, warunkującej zgodne z prawem odbieranie odpadów na terenie danej gminy (art. 9j ust. 2 pkt 6 u.c.p.g.). Z kolei wykreślenie ze wskazanego rejestru wywołuje swój skutek w postaci, niemożliwości uzyskania wpisu do rejestru w tym samym zakresie działalności gospodarczej przez okres 3 lat (art. 9ja u.c.p.g). Okoliczność, iż karę tę nakłada organ wykonawczy gminy nie koliduje z kwalifikacją kary - jest to kara administracyjna nałożona ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) obejmuje swym zakresem wszystkie delikty za które możliwe jest wydanie decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska (a więc również i u.c.p.g.). Wskazane naruszenia mieszczą się w zakresie pojęcia „*obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska*". Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2443/17, KIO 2245/17 *bez znaczenia pozostaje okoliczność, jaki był charakter tych obowiązków, skoro ustawodawca przewidział sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy za naruszenie jakichkolwiek obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska*".

Uzupełniająco Odwołujący wskazał, że obowiązki ewidencyjne stanowią istotne obowiązki w sferze gospodarki odpadami komunalnymi, za których naruszenie nie tylko u.c.p.g. przewiduje sankcje, ale również czyni to u.o. (np. za nieumieszczenie numeru BDO na dokumentach sporządzanych w związku z prowadzoną działalnością objętą wpisem do Rejestru-BDO w wysokości od 5 000 – 1 000 000 zł). Podejmowana przez PHU Komunalnik sp. z o.o. próba kwestionowania wskazanej okoliczności, świadczy o poziomie jakości rachunku sumienia tego wykonawcy.

Dalej Odwołujący stwierdził, że nie sposób również uznać, iż rachunek sumienia ma charakter realny, a nie wyłącznie sporządzony na potrzeby instrumentalnego skorzystania z instytucji samooczyszczenia w zakresie w jakim PHU Komunalnik sp. z o.o. deklaruje naprawienie szkody poprzez zapłatę kary administracyjnej w wysokości 388.957,50 zł za zbieranie odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17 czerwca 2019 r. Pomimo, że PHU Komunalnik sp. z o.o. zadeklarował, że naprawił szkodę, poprzez zapłatę kary administracyjnej w wysokości 388.957,50 zł za zbieranie odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17 czerwca 2019 r., to w ocenie Odwołującego powyższe nie wykazuje rzetelności tego wykonawcy oraz nie stanowi wyniku prawidłowego rachunku sumienia. We wskazanym zakresie Odwołujący uznaje, że zabieg ten nakierowany jest wyłącznie na instrumentalne korzystanie z instytucji self-cleaingu, a mianowicie na uchylenie przyjęcia przez Zamawiającego oceny zbieżnej z przeprowadzoną przez Izbę w wyroku z dnia 12 grudnia 2020 r., KIO 1932/20. Uiszczenie przez PHU Komunalnik sp. z o.o. ww. kary z adnotacją *„w tytule przelewu, iż wpłata została dokonana celem uniknięcia przymusu egzekucyjnego z zastrzeżeniem obowiązku zwrotu*", wprost ukazuje intencje wykonawcy, którymi nie jest naprawienie szkody, lecz wyłącznie uchylenie ponoszenia konsekwencji – przymusowej egzekucji, czy podlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie instrumentacje wykorzystywanie instytucji self-cleaningu stoi w kolizji z jego istotą, do której odniosła się Izba m.in. w wyroku z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2245/17.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca w oświadczeniu z dnia 2 czerwca 2021 r. nie wyjaśnił w jakich okolicznościach doszło do powstania naruszeń, co było ich przyczyną, nie wiadomo nawet czy Wykonawca to badał i w związku z tym czy zadeklarowane przez niego działania zmierzają do eliminacji przyczyn naruszeń, a nadto czy mogą skutecznie taki skutek wywołać.

Odwołujący, w oparciu o posiadane dokumenty, kwestionował również możliwość uznania, że zadeklarowane

przez PHU Komunalnik sp. z o.o. działania pozostają adekwatne dla wykazania swojej rzetelności. We wskazany zakresie, Odwołujący podnosił, iż PHU Komunalnik sp. z o.o. oświadczył, że podjął *„konkretne działania kadrowe, organizacyjne*
i prawne, których celem jest zapobieżenie w przyszłości wystąpieniu podobnych naruszeń. Działania te są przy tym adekwatne do skali naruszeń i zidentyfikowanych problemów wywołujących te naruszenia.". PHU Komunalnik sp. z o.o. we wskazanym zakresie powołuje się na:
1) okoliczność, iż „*Wykonawca przeszedł kompleksowy audyt wewnętrzny i uzyskała normę ISO. Wprowadzono zatem ogólne procedury wewnętrznego kontrolingu, które minimalizują ryzyko wystąpienia naruszeń w przyszłości.*"

Odwołujący, ze względu na niepozostawanie w dyspozycji załączników, które PHU Komunalnik sp. z o.o. zadeklarował przesłać Zamawiającemu wraz z oświadczeniem, podnosi okoliczności na które wskazali:
a) zamawiający – Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej" w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2020 r.
b) zamawiający – Gmina Miejska Kłodzko w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej
z dnia 27 listopada 2020 r.
i uznaje je za własne w zakresie w jakim ww. zamawiający uznali, że wymierzone kary odnoszą się do „*naruszeń związanych ze zbieraniem odpadów, a zakres certyfikacji obejmuje <odbiór i transport odpadów komunalnych>,. Odbiór i transport odpadów stanowią zasadniczy przedmiot niniejszego postępowania, jednakże rolą samooczyszczenia nie jest wykazanie, że Wykonawca należycie wykona zamówienie, ale wskazanie działań mających na celu zapobieżenie zaistnienia naruszeń, które były podstawą wymierzania kar. Zatem związek certyfikacji w zakresie odbioru i transportu należy uznać za niewystarczający, mając na uwadze przedmiot naruszeń.*"
2) zatrudnienia doradcy „*restrukturyzacyjnego, którego jednym z zadań było wdrożenia jeszcze bardziej szczegółowych procedur kontrolingu.*"

Odwołujący wskazał, ze względu na niepozostawanie w dyspozycji załączników, które PHU Komunalnik sp. z o.o. zadeklarował przesłać Zamawiającemu wraz z oświadczeniem, podnosi okoliczności na które wskazali:
a) zamawiający – Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej" w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2020 r.
b) zamawiający – Gmina Miejska Kłodzko w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej
z dnia 27 listopada 2020 r.
i uznaje je za własne w zakresie w jakim ww. zamawiający uznali, że „*przedmiotem umowy jest świadczenie doradztwa i konsultingu w zakresie wprowadzania w Spółce narzędzi wspomagających podejmowanie decyzji ze szczególnym uwzględnieniem procesu budżetowania, oceny rentowności kluczowych obszarów funkcjonalnych spółki oraz określenie wymagań w zakresie rachunkowości zarządczej jakie powinien spełniać program ERP w zakresie konsultingu. (…) Nawet jeżeli Wykonawca w efekcie zmierza do wdrożenia rozwiązań ERP, to na dzień złożenia wyjaśnień udało mu się wykazać, że zlecił wykonanie czynności i jaki ma to mieć wpływ na zapobieżenie powstania naruszeń związanych z niewłaściwym zbieraniem odpadów. Przedmiot umowy pozostaje bez związku z naruszeniami i możliwymi sposobami zapobiegania podobnym naruszeniom.*".
3) nawiązania trwałej współpracy z radcą prawnym specjalizującym się w szeroko rozumianym prawie ochrony środowiska, który również będzie odpowiedzialny za minimalizację ryzyk związanych z naruszeniami prawa

Odwołujący wskazał, ze względu na niepozostawanie w dyspozycji załączników, które PHU Komunalnik sp. z o.o. zadeklarował przesłać Zamawiającemu wraz z oświadczeniem, podnosi okoliczności na które wskazali:
a) zamawiający – Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej" w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2020 r.
b) zamawiający – Gmina Miejska Kłodzko w informacji o wyborze oferty
i uznaje je za własne w zakresie w jakim ww. zamawiający uznali, że „*umowa została zawarta na czas oznaczony tj. na czas trwania umów z Miastem Bydgoszcz (umowa została rozwiązania za porozumieniem stron – w zakresie jednego sektora, oraz jednostronnie przez Miasta Bydgoszcz w pozostałym zakresie – przypis Odwołującego), Związkiem Celowym MG-6, Związkiem Międzygminnym <Centrum Zagospodarowania Odpadów – Selekt w Czempiniu. (…) Może to wskazywać, że obejmuje szeroko określony zakres czynności jednak została zawarta w celu pozyskania konkretnych kontraktów i ich usługi, a nie zaś*
w celu <minimalizowania ryzyk związanych z naruszeniami prawa ochrony środowiska> jako takiego przez spółkę. (…) sam fakt podjęcia współpracy z radcą prawnym (…) nie jest działaniem wystarczającym dla uniknięcia naruszeń w przyszłości."
4) zorganizowania personelu wdrażającego systemy sprawozdawczości i kontroli wraz
z utworzeniem właściwej jednostki do monitorowania przestrzegania przyjętych procesów,
a także urealnienia zasad ponoszenia odpowiedzialności przez pracowników dopuszczających się uchybień służbowych, jak również wdrożenia rozwiązań organizacyjno-kadrowych ściśle dedykowanych dla każdego z zarzuconych mu naruszeń – mają charakter ogólnikowy i *de facto* nie wskazują na jakiekolwiek skonkretyzowane działania umożliwiające wykazać okoliczności o których mowa w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Uzupełniając powyższe Odwołujący kwestionował możliwość uchylenia zaistniałych nieprawidłowości, wyłącznie poprzez wdrożenie drugo- albo i trzeciorzędnych rozwiązań, jeżeli uwzględni się charakter i rodzaj naruszeń, za które odpowiedzialność ponosi przede wszystkim kadra dyrektorsko - zarządzająca, podejmująca strategiczne decyzje w zakresie modelu i sposobu działania PHU Komunalnik sp. z o.o. – wszakże nie sposób uznać, że decyzje takie władni są podejmować szeregowi pracowniczy. Ponadto przyjęcie, że na ww. naruszenia wpływ mają szeregowi pracownicy, winno wiązać się z wdrożeniem rozwiązań szkoleniowych, mających na celu zagwarantowanie uchylenia prawdopodobieństwa zaistnienia w przyszłości tak dalece idących nieprawidłowości. Samo kontrolowanie działań pracowników (*vide* oświadczenie wykonawcy „*na bieżąco monitoruje realizację obowiązków przez poszczególnych pracowników spółki*") nie gwarantuje, że uchybienia nie wystąpią, a co najwyżej może stanowić podstawę ich późniejszego wykrycia przez PHU Komunalnik
sp. z o.o., co nie daje żadnej gwarancji, że naruszenia te będą usuwane. Jak wskazuje się
w orzecznictwie „*wykonawca musi w sposób ponad przeciętny wykazać, że po pierwsze zdiagnozował przyczynę* (…), *a po drugie wykazać iż podjął radykalne środki zaradcze, które wyeliminują powstanie podobnej sytuacji w przyszłości. Tym samym podjęte środki zaradcze winny dawać zamawiającemu oczywistą pewność, że ten wykonawca po dokonaniu self - cleaningu stał się wykonawcą tak solidnym jak i rzetelnym*" (wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2020 r., KIO 1573/20). W ocenie Odwołującego takiej gwarancji nie dają działania deklarowane przez PHU Komunalnik sp. z o.o.

Dopełniając, powyższego, ze względu na treść art. 110 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wydane

wobec PHU Komunalnik sp. z o.o. decyzje o nałożeniu kary administracyjnej (zgodnie z oświadczeniem z dnia 2 czerwca 2021 r.) wskazują wprost na brak rzetelności Wykonawcy, jak również powtarzalność pewnych naruszeń związanych
z gospodarką odpadami komunalnymi, które wbrew stanowisku PHU Komunalnik sp. z o.o. miały charakter istotny, a działania podejmowane przez tego wykonawcę nie przyniosły pozytywnych skutków Odwołujący kwestionuje także skuteczność deklarowanych przez PHU Komunalnik sp. z o.o. środków, mających zagwarantować jego rzetelność. Po pierwsze taki wniosek płynie z treści oświadczenia PHU Komunalnik sp. z o.o., który deklaruje, że *„po zdarzeniu objętym decyzją (i) wydano wewnętrzne zarządzenia (w załączeniu) wyznaczające osoby, które zobowiązane są z ramienia spółki do informowania właściwych podmiotów*
o rozpoczęciu działalności zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.
O skuteczności tego rozwiązania najdobitniej świadczy fakt, że jak dotąd PHU Komunalnik sp. z o.o. nie wymierzono analogicznej kary administracyjnej.". Niewydanie analogicznej kary administracyjnej nie świadczy o skuteczności wdrożonych rozwiązań, w szczególności wobec wydania później trzech (wskazanych w oświadczeniu PHU Komunalnik sp. z o.o.) decyzji nakładających karę za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Późniejsze nałożenie jeszcze trzech innych kar wprost wskazuje na nieskuteczność deklarowanych rozwiązań.

Uzupełniająco Odwołujący wskazał, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp i nawiązujący do niego art. 110 ust. 2, nie mogą być odczytywane w ten sposób, że skuteczny self-cleaning może polegać na uchyleniu prawdopodobieństwa, wyłącznie nałożenia tożsamych kar administracyjnych. Skuteczne samooczyszczenie winno dawać gwarancję, że wykonawca jest rzetelny, a więc że daje ogólną gwarancję niezaistnienia podstaw do nakładania na niego kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska.

Wobec okoliczności istnienia również innych postępowań dotyczących naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, testu skuteczności, z wynikiem pozytywnym, nie przechodzi również deklaracja PHU Komunalnik sp. z o.o., iż „*wszystkie powyższe rozwiązania osobowo-organizacyjne, w tym te ogólne wymienione na początku, dają gwarancję eliminacji ponownych naruszeń skutkujących hipotetycznie możliwością wymierzenia PHU Komunalnik sp. z o.o. kar administracyjnych.*".

Zarzut ewentualny zaniechania udostępnienia informacji – Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika oświadczył, że cofa zarzut w ww. zakresie.

Zarzut dotyczący wybrania oferty PHU Komunalnik sp. jako oferty najkorzystniejszej

Konsekwencją zaktualizowania się zarzutów sformułowanych w:
1) pkt II lub III jest naruszenie art. 17 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez co najmniej przedwczesne podjęcie czynności wyboru oferty PHU Komunalnik sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2) pkt IV jest naruszenie art. 17 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty podlegającej odrzuceniu jako oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji potwierdzenie się co najmniej jednego w ww. zarzutów wykazują zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2021 r. polegającą na wyborze oferty PHU Komunalnik sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający oraz Przystępujący Komunalnik nie przedstawili pisemnego stanowiska, jak również nie stawili się na posiedzenie Izby, mimo prawidłowego zawiadomienia
o terminie i miejscu posiedzenia.

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. 528 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Komunalnik" lub „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 5 lipca 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Komunalnik oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 czerwca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 września 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:
1. decyzję Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 30 czerwca 2021 r.;
2. decyzję SKO w Bydgoszczy z dnia 31 marca 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja V – Kwalifikacja wykonawców) oraz w SWZ (Rozdział VI), że przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1; art. 109 ust. 1 pkt 2 lit b); art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c); art. 109 ust. 1 pkt 3; art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wykonawca PHU Komunalnik sp. z o.o. w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 2 czerwca 2021 r. załączonym do oferty oświadczył, że „*Wobec wykonawcy (PHU Komunalnik sp. z o.o.) zachodzi fakultatywna podstawa do wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Prawa zamówień publicznych w zakresie w jakim odnosi się do naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska, tj. na wykonawcę nałożono następujące kary administracyjne (wymierzone na podstawie decyzji administracyjnych, które stały się ostateczne w ciągu trzech ostatnich lat):*
(i) 5.000 zł za niepoinformowanie Prezydenta Miasta Wałbrzycha o miejscu zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 23 czerwca 2017 r., znak DW.DI.7061.1.2017;

(ii) *5.700,00 zł za złożenie z opóźnieniem sprawozdania półrocznego przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości – decyzja Prezydenta Miasta Łodzi z 6 lutego 2019 r., znak:1/KT/2019;*
(iii) *24.000,00 zł za przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia w Nysie przy ul. Morcinka 66e – decyzja Opolskiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu, znak: WP.7062.2.13.2020;*
a także
(iv) 388.957,50 zł za zbieranie odpadów w Boguszowie Gorcach bez zezwolenia – decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 17 czerwca 2019 r., z tym że w tym przypadku wstrzymano wykonanie tej decyzji z uwagi na wznowienie postępowania administracyjnego w sprawie jej wymierzenia, które jest nadal w toku."
W dalszej części ww. oświadczenia wykonawca Komunalnik oświadczył, że powziął wystarczające środki zaradcze, by nie istniały powody do kwestionowania jego rzetelności oraz przedstawił stosowne uzasadnienie. Do przedmiotowego oświadczenia nie załączono żadnych dowodów.

Pismem z dnia 21 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż wobec oświadczenia Odwołującego złożonego w toku posiedzenia niejawnego o wycofaniu zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 74 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 ustawy Pzp (punkt I ppkt 3 *petitum* odwołania) Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu podlega umorzeniu. Ww. zarzut nie podlegał zatem rozpoznaniu przez Izbę.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 110 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Komunalnik, w sytuacji gdy oferta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przedmiotem niniejszego sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo przyjął, iż wykonawca Komunalnik podjął wystarczające środki do wykazania swojej rzetelności, mimo ziszczenia się fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa
w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy ocenie oświadczenia Komunalnik zawartego w piśmie z dnia 2 czerwca 2021 r., przez co błędnie uznał, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a jego oferta odrzuceniu. Lektura oświadczenia wykonawcy Komunalnik zawartego w piśmie z dnia 2 czerwca 2021 r. prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W myśl art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Stosownie do treści art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Wskazać należy, iż w sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się przewidzieć powyższą podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, to ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, co do zasady obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, chyba że wykonawca udowodni zamawiającemu, że spełnił kumulatywnie przesłanki określone art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. I tak zgodnie z tym przepisem, wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
b) zreorganizował personel,
c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa
w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę (art. 110 ust. 3 ustawy Pzp).

Z powyższych przepisów wynika zatem, iż wykonawca wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, nie podlega wykluczeniu gdy łącznie podejmie działania określone art. 110
ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej, w powyższym zakresie wykonawca nie może poprzestać na własnym oświadczeniu, bowiem jak wynika wprost z treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, po stronie wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia samooczyszczenia. Rolą zamawiającego jest natomiast ocena, czy podjęte przez wykonawcę w ramach procedury tzw. self – cleaning'u środki naprawcze potwierdzają jego rzetelność, przy czym zamawiający powinien uwzględnić wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Innymi słowy zadaniem zamawiającego nie jest bezrefleksyjne przyjęcie oświadczenia wykonawcy w przedmiocie samooczyszczenia, lecz jego rzetelna weryfikacja i ocena, czy wdrożone przez wykonawcę mechanizmy są adekwatne do popełnionych naruszeń oraz skuteczne, a przez to gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić przy tym trzeba, iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, co też wyklucza jakikolwiek automatyzm po stronie zamawiającego.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba za kluczową uznała okoliczność, iż wykonawca Komunalnik nie przedstawił wraz z oświadczeniem z dnia 2 czerwca 2021 r. żadnych dowodów potwierdzających rzetelność wykonawcy wbrew treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności wykonawca Komunalnik nie przedstawił dowodów, na które powołał się w ww. oświadczeniu, tj. decyzji administracyjnych wymienionych w oświadczeniu wraz z pismami składanymi przez Komunalnik w toku postępowań administracyjnych zawierających stanowisko Wykonawcy, dokumentów potwierdzających uiszczenie nałożonych kar pieniężnych, oświadczenia Prezesa Spółki potwierdzającego zapłatę kar, certyfikatu dotyczącego wdrożenia normy ISO, umowy z doradcą restrukturyzacyjnym, umowy z radcą prawnym specjalizującym się w prawie ochrony środowiska, zarządzeń wewnętrznych wyznaczających osoby zobowiązane do informowania właściwych podmiotów o rozpoczęciu działalności zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, oświadczenia p. A. C. – dyrektora Oddziału Wałbrzych, zarządzenia Prezesa PHU Komunalnik Sp. z o.o. o wyznaczeniu w ramach struktury spółki osoby odpowiedzialnej za terminowe składanie sprawozdań, zdjęć obrazujących aktualny stan nieruchomości (dotyczy decyzji Opolskiego Inspektora Ochrony Środowiska), umowy z Atest Sp. z o.o. wraz z jej wypowiedzeniem, oświadczenia Prezesa Spółki potwierdzającego trwałe zaprzestanie zbierania odpadów w Boguszowie Gorcach oraz zdjęć obrazujących aktualny stan nieruchomości w miejscowości Boguszów Gorce. W konsekwencji powyższego twierdzenia Przystępującego zawarte w rzeczonym oświadczeniu należy uznać za gołosłowne i nieweryfikowalne, co też oznacza, iż wykonawca Komunalnik nie sprostał ciężarowi udowodnienia samooczyszczenia.

Odnosząc się do poszczególnych przesłanek zawartych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że Komunalnik nie wykazał, iż uregulował kary pieniężne nałożone decyzjami administracyjnymi wymienionymi w oświadczeniu z dnia 2 czerwca 2021 r., przez co nie można uznać, że Przystępujący naprawił szkody wyrządzone swoim nieprawidłowym postępowaniem w myśl art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie zostało także udowodnione, że Komunalnik zaprzestał zbierania odpadów w Boguszowie Gorcach (decyzja nr 4), czy też że usunął odpady i przekazał je do właściwej instalacji zagospodarowania odpadów w przypadku decyzji, o której mowa w punkcie 3. oświadczenia z dnia 2 czerwca 2021 r., a zatem iż Przystępujący naprawił wyrządzone szkody.

Następnie Izba wskazuje, iż Komunalnik nie wykazał przesłanki określonej art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. nie przedstawił wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności towarzyszących nałożeniu kar pieniężnych w związku z naruszeniem obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Spełnienie powyższej przesłanki - zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy - miały wyjaśniać decyzje administracyjne wraz z pismami składanymi przez Komunalnik w toku postępowań administracyjnych dotyczących nałożenia poszczególnych kar pieniężnych, które nie zostały jednak złożone Zamawiającemu w toku postępowania. Tym samym stwierdzić należy, że Komunalnik nie wyjaśnił w jakich okolicznościach doszło do powstania rzeczonych naruszeń, w tym co było ich przyczyną.

Dalej wskazać należy, iż Komunalnik nie wykazał, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec braku jakichkolwiek dowodów Izba uznała, że Komunalnik nie wykazał, że jest podmiotem solidnym. W szczególności nie udowodniono, że Komunalnik wdrożył odpowiednie procedury wewnętrznego kontrolingu, zreorganizował personel oraz urealnił zasady ponoszenia odpowiedzialności przez poszczególnych pracowników Wykonawcy dopuszczających się uchybień służbowych, co też zdaniem Wykonawcy miał gwarantować przeprowadzony audyt i uzyskanie normy ISO, zatrudnienie w Spółce doradcy restrukturyzacyjnego oraz radcy prawnego specjalizującego się w prawie ochrony środowiska. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał także, że wdrożył adekwatne i skuteczne środki naprawcze dotyczące rozwiązań organizacyjno – kadrowych ściśle powiązanych z poszczególnymi naruszeniami wynikającymi z wydanych decyzji administracyjnych, o których mowa w oświadczeniu z dnia 2 czerwca 2021 r. Nie zostało bowiem udowodnione, że Komunalnik dedykował odpowiednie osoby do realizacji obowiązków dotyczących informowania właściwych organów o rozpoczęciu działalności w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz składania stosownych sprawozdań.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że wykonawca Komunalnik nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca nie składając dowodów, na które powołał się w oświadczeniu z dnia 2 czerwca 2021 r. pozbawił Zamawiającego, a następczo Izbę, możliwości weryfikacji, czy podjęte mechanizmy naprawcze były realne, adekwatne i skuteczne w odniesieniu do podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie dołożył należytej staranności w ocenie złożonego przez Komunalnik oświadczenia z dnia 2 czerwca 2021 r., błędnie uznając, iż Wykonawca skutecznie oczyścił się z naruszeń obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska skutkujących nałożeniem kar pieniężnych. W konsekwencji powyższego wybór oferty wykonawcy Komunalnik jako najkorzystniejszej był nieprawidłowy.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby po stronie Zamawiającego istniał obowiązek udokumentowania czynności towarzyszących pozytywnej weryfikacji oświadczenia Komunalnik z dnia 2 czerwca 2021 r., czy też szczegółowego uzasadnienia dokonanej oceny. Wskazać należy, iż naturalną konsekwencją uznania przez Zamawiającego, że dokonane przez Wykonawcę samooczyszczenie było skuteczne, był wybór oferty Komunalnik jako najkorzystniejszej, czemu Zamawiający dał wyraz informując wykonawców pismem z dnia 21 czerwca 2021 r., iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na dokonaną przez Izbę negatywną ocenę działań Zamawiającego w zakresie weryfikacji rzetelności wykonawcy Komunalnik wobec niesprostania ciężarowi udowodnienia samooczyszczenia.

Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 110 ust. 3, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasługiwały na uwzględnienie.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie miał zastosowania art. 287 ust. 1 ustawy Pzp, jako że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp (bez negocjacji), nie zaś zgodnie z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp (tryb podstawowy z możliwością negocjacji). Wskazać należy, iż w trybie podstawowym w wariancie pierwszym zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem odpowiednich przepisów działu II, a zatem w takim przypadku w myśl art. 266 ustawy Pzp do wyboru oferty stosuje się przepisy art. 239 – 253 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..
……..