

Sygn. akt: KIO 1988/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron w dniu 27 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 15 września 2010 r. wniesionego przez **Zakład Energetyki - Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny, ul. Zjednoczenia 10, 41-500 Chorzów**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Energetyki - Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **do postanowienia z dnia 27 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1988/10**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym. Jednocześnie Izba ustaliła, że na podstawie art. 7 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z § 7 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 2010 r. Nr 41, poz. 238) i § 38 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280), do przedmiotowego odwołania mają zastosowanie przepisy wymienionych powyżej rozporządzeń.

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługi wywozu i utylizacji odpadów medycznych Szpitala, przez okres 12 miesięcy, znak sprawy PN/UO/13/10, wszczętym przez Szpital Specjalistyczny, ul. Zjednoczenia 10, 41-500 Chorzów zwany dalej: „Zamawiającym” – ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 10.09.2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 248435-2010.

W dniu 15.09.2010 r. (wpływ bezpośredni do KIO) Zakład Energetyki - Błachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle zwany dalej: „Odwołującym” na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” złożył odwołanie od treści Ogłoszenia o Zamówieniu zwanej dalej: „OZ” oraz wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, tj. wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartego w pkt 6 Formularza ofertowo - cenowego stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ o treści: „*Posiadamy spalarnie na terenie województwa śląskiego na potwierdzenie czego przedstawiamy oświadczenie o miejscu utylizacji odpadów (odpady medyczne muszą być spalane na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone lub w miejscach najbliższej położonych miejsca ich wytworzenia, zgodnie z art. 9 i 42 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 roku, Dz. U. z 2001 r. Nr 62 poz. 628 z późn. zm.)*”. Zarzucił, że taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7

ust. 1 Pzp i art. 22 ust. 2 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia oraz żądał usunięcia z pkt 6 Formularza ofertowo - cenowego stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ zapisu o treści: *„Posiadamy spalarnie na terenie województwa śląskiego na potwierdzenie czego przedstawiamy oświadczenie o miejscu utylizacji odpadów (odpady medyczne muszą być spalane na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone lub w miejscach najbliższej położonych miejsca ich wytworzenia, zgodnie z art. 9 i 42 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 roku, Dz. U. z 2001 r. Nr 62 poz. 628 z późn. zm.)”* i zastąpienie go zapisem o treści: *„Posiadamy czynną spalarnie na potwierdzenie czego przedstawiamy zezwolenie na unieszkodliwianie odpadów.”*

Jednocześnie wskazał, że jego interes prawny wynika z faktu, iż zaskarżone postanowienie OZ i SIWZ uniemożliwiają jemu udział we wskazanym wyżej postępowaniu oraz złożenie oferty samodzielnie względnie wspólnie z innym wykonawcą.

W OZ oraz w SIWZ Zamawiający opisał sposób, w jaki będzie oceniał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te nie zawierają zapisów związanych z wymaganiami Zamawiającego co do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych wytwarzanych przez Zamawiającego. Jednakże, w pkt 6 Formularza ofertowo - cenowego stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ Zamawiający wprowadził oświadczenie, które złożyć powinien wykonawca o treści: *„Posiadamy spalarnie na terenie województwa śląskiego na potwierdzenie czego przedstawiamy oświadczenie o miejscu utylizacji odpadów (odpady medyczne muszą być spalane na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone lub w miejscach najbliższej położonych miejsca ich wytworzenia, zgodnie z art. 9 i 42 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 roku, Dz. U. z 2001 r. Nr 62 poz. 628 z późn. zm.)”*.

Odwołujący ocenił, iż w/w zapis Formularza ofertowo-cenowego bezpośrednio stanowi wymóg, jaki Zamawiający stawia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. To znaczy, Zamawiający domagając się złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o określonej wyżej treści wprost wymaga, aby Wykonawca składający ofertę prowadził spalarnię na terenie województwa śląskiego, co zdaniem Odwołującego jako działaniem nieuprawnionym i nie znajdującym uzasadnienia w przepisach prawa, to jest Pzp i ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 25 z późn. zm.) zwanej dalej: *„OdpadyU”*, ograniczającym Odwołującemu możliwość udziału w postępowaniu. Przepisy art. 9 ust. 1 do ust. 3a OdpadyU wprowadzają zasadę bliskości, z której wynika, że odpady powinny być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu w miejscu ich powstania (art. 9 ust. 1), a dopiero wtedy, kiedy jest to niemożliwe, mogą być przewożone w inne

miejsca jednakże na obszarze województwa, w którym zostały wytworzone w instalacjach spełniających dwa kryteria, ujęte alternatywnie:

- 1) jeśli chodzi o instalacje - spełnianie wymagań najlepszej dostępnej techniki lub technologii w rozumieniu art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska;
- 2) jeśli chodzi o miejsca - położone najbliżej miejsca wytworzenia odpadów.

W art. 9 ust. 4 OdpadyU, ustawodawca dopuszcza wyjątek, pozwalając na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów w innym województwie (to jest innym niż właściwe dla miejsca wytworzenia odpadu), jeżeli odległość do instalacji spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii lub miejsca przeznaczonego do tego samego odzysku jest mniejsza niż do instalacji lub miejsca położonych na obszarze tego województwa, w którym odpady zostały wytworzone. Przy czym art. 9 ust. 4 OdpadyU stosuje się także do unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z art. 9 ust. 5 OdpadyU. Brzmienie powołanych wyżej przepisów OdpadyU w zestawieniu z treścią pkt 6 Formularza ofertowo - cenowego stanowiącego zał. nr 5 do SIWZ wskazuje, że Zamawiający wprowadzając wymóg prowadzenia spalarni na terenie województwa śląskiego ograniczył możliwość złożenia oferty przez wykonawców działających na obszarze innych województw, posiadających stosowne zezwolenia na odbiór lub unieszkodliwianie odpadów medycznych i spełniających warunki określone w art. 9 ust. 4 OdpadyU. Tym samym Zamawiający ograniczył możliwość złożenia oferty także przez Odwołującego. Odwołujący prowadzi bowiem spalarnię odpadów na terenie Kędzierzyna - Koźła, która spełnia jednocześnie wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii w rozumieniu art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska, co potwierdza, między innymi decyzja Marszałka Województwa Opolskiego z dnia 19.06.2008 r., Nr DOS.IV-MK-7638-2-3/08 (zał. nr 2) oraz decyzja Marszałka Województwa Opolskiego z dnia 17.09.2008 r., Nr DOŚ.IV-MK-7638-2- 7/08 (zał. nr 3). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1091/09: „1. *Pominięcie stosowania w postępowaniu jakiegoś przepisu w stosunku do jednego z wykonawców i to nawet przepisu p.z.p., którego nie ma potrzeby ani obowiązku stosowania w stosunku do pozostałych wykonawców, jest naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji.(...)*” Zamawiający wprowadzając zaskarżony wymóg pominął zatem treść art. 9 ust. 4 OdpadyU co prowadzi do eliminowania niektórych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu Andrzeja Brzoza oraz Członka Zarządu Sławomira Jasienkiewicza osoby ujawnione w załączonym KRS i umocowane do łącznej reprezentacji.

W dniu 15.09.2010 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) kopię odwołania, na potwierdzenie tej okoliczności uzupełnił na wezwanie z dnia 17.10.2010 r. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu pocztą w dniu 20.09.2010 r.

Pismem z dnia 21.09.2010 r., doręczonym do Prezesa KIO (faxem) w dniu 22.09.2010 r. (potwierdzonym na piśmie w dniu 23.09.2010 r.), Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zawniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, z uwagi na fakt, że uwzględnił w całości zarzuty Odpowiedź na odwołanie podpisał Dyrektor Szpitala Specjalistycznego w Chorzowie Krzysztof H.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trydziennym terminie, tj. do 20.09.2010 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu 16.09.2010 r. (informacja zawarta w załączniku przesłanym wraz z pismem z dnia 21.09.2010 r. oraz w piśmie z dnia 22.09.2010 r.).

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz wykonał żądania zawarte w odwołaniu. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz uczynił zadość w całości żądaniu Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....