

WYROK

z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
 Aneta Mlącka
 Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krzysztof Rdest EMKA Handel – Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o. w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy Remondis Medison Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krzysztof Rdest EMKA Handel – Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o. w Rzeszowie i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krzysztof Rdest EMKA Handel – Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o. w Rzeszowie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt 2085/11

Uzasadnienie

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksową usługę obejmującą: transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia – nr ref.: TA/284/2011 – konsorcjum firm: EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów, Firma Usługowo-Handlowa EKO TOP Sp. z o.o., ul. Hetmańska 120, 35-078 Rzeszów, wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) poprzez nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu wobec odwołującego.

Wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty wskazał na przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy stwierdzając, że w niniejszej sprawie oświadczenie zamawiającego z 26.08.2011 r. o odstąpieniu od umowy nr TA/232/2011 z dnia 5.08.2011 r. było pozbawione podstaw faktycznych i prawnych. Wskazał, że na podstawie ww umowy świadczył usługi odbioru oraz transportu do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych przedstawiając na tę okoliczność karty przekazania odpadów za okres 8.08.2011 – 22.08.2011 r. Przedstawił pismo zamawiającego z 22.08.2011 wzywające do zwrotu potwierdzonych kart przekazania odpadów oraz dokumentu przewozowego od dnia 8.08. do 22.08.2011 r. pod rygorem zawiadomienia WIOŚ w Zielonej Górze na które odpowiedział pismem z 22.08.2011r. informującym, że odebrane od zamawiającego odpady zostały unieszkodliwione w spalarni w Opolu w związku z czym prosi o prawidłowy dokument przewozowy, na którym powinna widnieć instalacja w Opolu i oświadczył, że po otrzymaniu prawidłowo wypełnionych dokumentów wyśle je zamawiającemu.

Pismem z 26.08.2011 zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem na dzień 29.08.2011 r., w którym stwierdził, że odstąpienie nastąpiło z powodu niewywiązania się przez wykonawcę z warunków umowy tj. nieprzekazania kart odpadów oraz przekazywania odpadów niebezpiecznych poza teren województwa lubuskiego.

Pismem z 5.09.2011 r. odwołujący wezwał zamawiającego do umożliwienia realizacji umowy i zaprzestania praktyk uniemożliwiających realizację umowy. W piśmie z 12.09.2011 r. zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Uzasadniając brak podstaw prawnych do odstąpienia od umowy odwołujący wskazał na regulacje kodeksu cywilnego (art. 395, art. 491 § 1, art. 492, art. 493 i 495 § 2) oraz art. 145 ust. 1 ustawy pzp stwierdzając, że żadna z podanych podstaw prawnych odstąpienia od umowy nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Uzasadniając brak podstaw faktycznych oświadczenia zamawiającego o odstąpieniu od umowy odwołujący wskazał, że zamawiający określił jako przyczynę odstąpienia od umowy niewywiązanie się przez wykonawcę z warunków umowy (§ 2 ust. 3) poprzez nieprzekazanie kart odpadów oraz przekazywanie odpadów niebezpiecznych poza teren województwa lubuskiego. Odwołujący podkreślił, że siwz nie zawierała zapisu o unieszkodliwianiu odpadów na terenie województwa lubuskiego i wskazał, że art. 9 ust. 3 ustawy z 27.04.2001 o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243) realizujący tzw. zasadę bliskości i wprowadzający w zw. z art. 9 ust. 5 zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którego terenie zostały wytworzone, nie jest przepisem o charakterze bezwzględny. Zauważył, że przepis art. 9 ust. 3 stosuje się odpowiednio, a więc z uwzględnieniem specyfiki unieszkodliwiania takich odpadów oraz realnie istniejące możliwości ich unieszkodliwiania w sposób określony w ustawie, biorąc pod uwagę realne możliwości danych spalarni.

Odwołujący stwierdził, że moce przerobowe spalarni działających na terenie woj. lubuskiego w Nowej Soli i Gorzowie Wlkp. nie wystarczają dla unieszkodliwiania wszystkich odpadów medycznych z województwa. W oparciu o swoją wiedzę wynikającą m.in. z Krajowego Planu Gospodarki Odpadami 2014 oraz z opinii Mazowieckiego WIOŚ stwierdził, że na obecnie jedynie w przypadku woj. pomorskiego i łódzkiego można mówić o istniejących możliwościach unieszkodliwiania odpadów w granicach województwa, a zatem odpady medyczne od zamawiającego muszą być wożone w celu unieszkodliwienia do instalacji spoza obszaru woj. lubuskiego posiadających wolne moce przerobowe. Wskazał na taką możliwość nawet gdyby hipotetycznie spalarnia np. w Nowej Soli gotowa była przyjmować w całości lub części odpady medyczne pochodzące od zamawiającego. Stwierdził, że w ofercie (z najniższą ceną) wskazał miejsca unieszkodliwiania odpadów i nie były one kwestionowane przez zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że w sprawie zachodziły przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy w wyniku dokonanego realnie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który

nie zachował ustawowej zasady bliskości przekazując odpady do spalarni w Opolu tj. leżącej poza obszarem województwa lubuskiego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy wobec nie doręczenia zamawiającemu kopii załączników do odwołania stanowiących element merytorycznej zawartości odwołania. W przypadku nieuwzględnienia tego żądania wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W ocenie przystępującego odstąpienie przez zamawiającego od umowy nastąpiło na samodzielnej podstawie prawnej określonej w art. 145 ust. 1 ustawy pzp. Stwierdził ponadto, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przyznaje Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do badania okoliczności odstąpienia od umowy, a istotny jest sam fakt odstąpienia.

Krajowa Izba odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w tym w szczególności na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 wskazanej przez przystępującego. Jak ustalono, zamawiający otrzymał od odwołującego kopię odwołania wraz załącznikami stanowiącymi jego zawartość merytoryczną. Kopia tych dokumentów została doręczona zamawiającemu drogą elektroniczną w terminie, co zostało wykazane wydrukami z przesłanej korespondencji z dnia 27.09.2011 r. godz. 12:04 (odwołanie) i godz. 12:30 (załączniki do odwołania).

W wyniku merytorycznego rozpatrzenia odwołania Izba uznała, że podlega ono oddaleniu. Jak wynika z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.09.2011 r. zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych wskazując, że „w dniu 26.08.2011 roku odstąpił od umowy z w/w wykonawcą (umowa z dnia 05.08.2011 roku w sprawie zamówienia publicznego na usługę odbioru, transportu do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych) z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. We wskazanym piśmie zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem na dzień 29.08.2011 r., w którym stwierdził, że odstąpienie nastąpiło z powodu niewywiązania się przez wykonawcę z warunków umowy tj. nieprzekazania kart odpadów oraz przekazywania odpadów niebezpiecznych poza teren województwa lubuskiego.

Skuteczność tego oświadczenia kwestionuje odwołujący stwierdzając, że brak jest przesłanek faktycznych i prawnych odstąpienia od umowy, a w konsekwencji zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp.

Rozpatrując spór należy wskazać, że art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Wskazany przepis wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, wszedł w życie 11 maja 2011 r. i ma zastosowanie w postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznania.

Wynikający z powołanego przepisu nakaz dokonania czynności wykluczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wykluczenie następuje w razie łącznego zaistnienia wymienionych w przepisie przesłanek. Należy zauważyć, że przesłanka wykluczenia z powodu odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność jest wprost zawarta w przepisie ustawy i jest związana z czynnością zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy pzp kognicji Izby podlega rozpatrzenie odwołania, w którym kwestionowana jest czynność wykluczenia i podstawy jej podjęcia. Tym samym skład orzekający nie podziela stanowiska wyrażonego przez przystępującego o braku kompetencji Izby do badania okoliczności odstąpienia od umowy.

W rozpoznawanej sprawie sporna jest okoliczność, czy rzeczywiście nastąpiło rozwiązanie umowy, a w razie potwierdzenia tej okoliczności, ustalenie, czy przyczyny rozwiązania umowy leżą po stronie odwołującego.

W zakresie zarzutu odwołującego o braku podstaw prawnych do rozwiązania przedmiotowej umowy wynikających z przywołanych przepisów kodeksu cywilnego lub ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający stwierdził, że strony zawierając umowę nr TA/232/2011 z dnia 5.08.2011 r. przewidziały możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego w § 9 wskazującym na art. 145 ustawy Pzp oraz w § 7 ust. 1, w którym ustalono kary umowne w określonej wysokości „w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca.” W ocenie Izby w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały przesłanki rozwiązania umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy pzp, taka podstawa nie była zresztą wskazywana przez zamawiającego; tezę tę potwierdza również fakt prowadzenia kolejnego postępowania na

tożsamy przedmiot zamówienia, co oznacza, że w interesie publicznym leży realizacja umowy na ten przedmiot zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że cytowanym zapisem § 7 ust. 1 umowy strony uzgodniły umowne prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego w razie zajścia wskazanych okoliczności.

Biorąc pod uwagę treść oferty odwołującego z dnia 22.07.2011 r. oraz umowy zawartej z nim jako wybranym wykonawcą należy stwierdzić, że wykonawca zarówno w ofercie w formularzu cenowo-technicznym, jak i w § 11 umowy zobowiązał się do stosowania m.in. przepisów ustawy o odpadach, co w okolicznościach niniejszej sprawy oznacza w szczególności stosowanie zasady bliskości wynikającej z art. 9 ustawy z 27.04.2001 o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243). Artykuł 9 ust. 5 ustawy dotyczący odpadów medycznych, stanowiących przedmiot umowy stron, rozciąga zasadę unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa, w którym zostały wytworzone, na takie rodzaje odpadów. Należy zauważyć, że poddanie tych rodzajów odpadów regulacjom art. 9 ust. 3 i 4 oznacza, że mogą być one unieszkodliwiane w innym województwie, jeżeli zachodzą przesłanki z art. 9 ust. 4 dopuszczającego możliwość unieszkodliwiania odpadów na obszarze województwa innego, niż to, na terenie którego zostały one wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do odpowiedniego miejsca położonego na terenie tego samego województwa. Odwołujący wskazał nadto na art. 9 ust. 2 ustawy mogący mieć zastosowanie w sprawie.

W toku wykonywania umowy wobec stwierdzenia przekazywania odpadów powstających w Zielonej Górze do instalacji w Opolu zamawiający wskazywał wykonawcy dwa miejsca położone na terenie województwa wzywając do przekazywania odpadów na teren woj. lubuskiego. Jedno z takich miejsc tj. spalarnia w Nowej Soli, zostało zresztą wskazane przez odwołującego w ofercie, w której zadeklarował on, że część unieszkodliwiania odpadów nastąpi przy udziale podwykonawcy, którym będzie Wielospecjalistyczny Szpital SP ZOZ w Nowej Soli. Zamawiający miał zatem uzasadnione podstawy oczekiwać, że odpady będą unieszkodliwiane przez ten podmiot, położony na terenie województwa ich wytworzenia, a zatem zgodnie ze wskazanymi zasadami ustawy o odpadach.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie udowodnił zajścia w toku realizacji umowy przesłanek z art. 9 ust. 4 ustawy o odpadach, przewidzianego do odpowiedniego stosowania w odniesieniu do odpadów medycznych, jak również z art. 9 ust. 2 tej ustawy. Odległość instalacji w Opolu bezsprzecznie uchybia przepisowi art. 9 ust. 4 ustawy, nie wykazano przy tym, że najbliższej położona i realnie możliwa do wykorzystania, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, jest ta instalacja (art. 9 ust. 2).

Użyte w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy pzp sformułowanie „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odpowiada w swej treści instytucji odpowiedzialności kontraktowej unormowanej w art. 471 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że art. 471 kc wprowadza domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla zwolnienia się odpowiedzialności wykonawca musi zatem obalić to domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, co zostało stwierdzone w piśmie skierowanym do wykonawcy, to w postępowaniu odwoławczym stosownie do reguły wynikającej z art. 471 k.c. odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że zamawiający jako faktyczną przesłankę uznania, że podjął decyzję od odstąpieniu od umowy wskazał niesporny między stronami i przyznany na rozprawie fakt przekazywania odpadów do instalacji w Opolu.

Jak wyżej wskazano, w ocenie Izby odwołujący nie przedstawił przekonującego dowodu obalającego twierdzenia zamawiającego tak w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający dokonując wykluczenia nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wobec łącznego wystąpienia przesłanek powołanego przepisu ustawy.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....

