

WYROK
z dnia 2 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 18 lutego 2011 r. wniesionego przez **ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7** na czynność zamawiającego **Szpital Dziecięcy im. prof.dr.med. Jana Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 03-924 Warszawa, ul. Niekańska 4/24**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Krzysztof Rdest EMKA Handel-Usługi, 96-300 Żyrardów, ul. Gen. Grota Roweckiego 6 oraz Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o., 35-078 Rzeszów, ul. Hetmańska 120** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Szpital Dziecięcy im. prof.dr.med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie na *usługę wywozu i utylizacji odpadów medycznych, środków odurzających i substancji psychotropowych oraz dostawę pojemników na odpady* (znak sprawy: RZP-52/MK/2010), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2011 r., poz. 382058 wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez ECO-ABC Sp. z o.o. (dalej zwany odwołującym lub ECO-ABC), w dniu 21 lutego 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/343/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 lutego 2011 r. Informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanej faksem w dniu 15 lutego 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu dokonanie odrzucenia oferty z naruszeniem art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w oparciu o stwierdzenie jej niezgodności z siwz, wynikającej z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. Zgodnie ze wskazanym przepisem, odpady medyczne o właściwościach zakaźnych powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone, lub w miejscach najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia. W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia w oparciu o dokumenty złożone w ofercie, iż oferta odwołującego nie spełnia tego warunku. Zgodnie z treścią oświadczenia zawartego na 59 stronie oferty odpady medyczne zakaźne unieszkodliwiane będą na obszarze województwa, na którym powstały lub miejscach najbliższych położonych miejscu powstania, zgodnie z ustawą o odpadach, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska. Zgodnie z treścią oświadczenie, realizacja zamówienia odpowiada wymaganiom opisanym w siwz. Zamawiający nie wymagał wskazania miejsca unieszkodliwiania odpadów, nie żądał podania odległości instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady, nie ustanowił również takich kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty.

W dniu 24 lutego 2011 r. swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca – konsorcjum firm: Krzysztof Rdest EMKA Handel-Usługi oraz Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o. (zwany dalej konsorcjum EMKA), przystępujący do postępowania po

stronie zamawiającego. Wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z art. 186 ust. 2-3 ustawy, ewentualnie o jego oddalenie. W zakresie podstawy do odrzucenia odwołania, przystępujący wskazał na wcześniejsze postępowanie odwoławcze, zainicjowane odwołaniem przystępującego, w którym odwołujący podnosił między innymi zarzuty niezgodnego z przepisami ustawy wykluczenia odwołującego z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty ECO-ABC Sp. z o.o. Na skutek uwzględnienia odwołania w całości przed rozprawą, postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. Przystępujący wówczas ECO-ABC Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania. Zamawiający wykonał uznane przez siebie odwołanie wybierając ofertę obecnie przystępującego konsorcjum i odrzucając ofertę ECO-ABC Sp. z o.o. z powodu naruszenia zasady bliskości (regionalizacji) z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. W tych okolicznościach, odwołanie wniesione przez ECO-ABC Sp. z o.o. dotyczy czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z uwzględnieniem wcześniejszego odwołania i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z art. 186 ust. 2-3 ustawy. Niezależnie od powyżej argumentacji, odwołujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na pkt 4 formularza oferty oraz § 2 pkt 4 projektu umowy, z których wynika obowiązek unieszkodliwiania odpadów zgodnie z zasadą bliskości.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, Izba oddaliła wnioski zamawiającego oraz przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym przepisami ustaw z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), mających zastosowanie do postępowań wszczętych po ich wejściu w życie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, Izba ustaliła, iż odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego zakończonych postanowieniem Izby z dnia 10 stycznia 2011 r. o jego umorzeniu (sygn. akt KIO/2778/10). Postępowanie odwoławcze zostało umorzone na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy w związku z uwzględnieniem w całości przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu przy braku sprzeciwu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego – ECO-ABC. Izba ustaliła, iż w odwołaniu z dnia 21 grudnia 2010 r. podniesiony został między innymi zarzut zaniechania odrzucenia oferty ECO-ABC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która nie spełnia wymagań z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, do których odwołuje

się specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Zamawiający powtarzając czynność oceny ofert odrzucił ofertę ECO-ABC, zgodnie z żądaniem odwołującego.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba uznała, iż nie została wypełniona przesłanka do odrzucenia odwołania określona w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Zgodnie z przywołaną normą odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zastosowanie tej przesłanki uzależnione jest od potwierdzenia zgodności czynności zamawiającego z wyrokiem Izby lub sądu, lub jej zgodności z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający w całości uwzględnił w trybie przewidzianym w przepisach art. 186 ustawy. W ocenie Izby, przesłanka ta nie może być spełniona w przypadku powtórzenia czynności zamawiającego wobec, której odwołanie nie przysługiwało na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. W przypadku postępowań o wartości zamówienia mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie jest dopuszczalne wnoszenie odwołania na czynność zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy odwołujący może wnieść odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Wobec czynności, na które odwołanie nie przysługuje, wykonawcy mogą w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany (art. 181 ust. 1 ustawy). W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji, zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców (art. 181 ust. 2 ustawy). Na te czynności zamawiającego nie przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 ustawy (art. 181 ust. 3 ustawy). Z przywołanych przepisów wynika, iż w postępowaniach poniżej progów unijnych, wobec czynności zamawiającego dokonanych na podstawie informacji przekazanych przez wykonawców, odwołanie przysługuje w ograniczonym zakresie. Przysługuje ono między innymi na czynność odrzucenia oferty odwołującego. Wobec takiej czynności wniesione zostało odwołanie będące przedmiotem obecnego rozpoznania przez Izbę. W ocenie składu orzekającego, przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy nie może mieć zastosowania do odwołań wnoszonych wobec czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniach poniżej progów unijnych, na które wcześniejsze odwołanie nie przysługiwało. Wynika to przede wszystkim z zachowania spójności przepisów ustawy. Wydanie wyroku Izby, czy też sądu, stanowiące o merytorycznym rozstrzygnięciu zarzutów, w postępowaniach poniżej progów unijnych, zostało ograniczone do wymienionych enumeratywnie w art. 180 ust. 2 ustawy czynności zamawiającego. Skoro ustawodawca ograniczył w tych postępowaniach możliwość korzystania z środków ochrony prawnej do wskazanych czynności, to również uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, mające

wypełniać przesłankę do odrzucenia odwołania, może być odnoszone wyłącznie do zarzutów, które dotyczą czynności zamawiającego wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy. W przypadku czynności wykraczających poza wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy, wykonawcom przysługuje wyłącznie możliwość skierowania do zamawiającego informacji o stwierdzonym naruszeniu przepisów, w trybie przewidzianym przepisami art. 181 ustawy, które nie stanowią odwołań i z którymi nie wiążą się skutki prawne przewidziane dla wniesienia odwołania. W sytuacji, kiedy odwołanie w części dotyczy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych, wobec których nie mogło być skutecznie wniesione, w tym zakresie nie wywołuje ono skutków procesowych. Izba pozostawia odwołanie (zarzuty) w tym zakresie bez rozpoznania, a zatem również żądania zawarte w odwołaniu nie mogą mieć znaczenia dla stwierdzenia zgodności z nimi późniejszych czynności zamawiającego. Wobec powyższego, ustalenie, czy wypełniona została przesłanka do odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do zarzutów i żądań, które mogły wywoływać skutki prawne, a więc z uwzględnieniem ograniczenia wynikającego z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy.

Ponieważ rozpoznawane odwołanie wniesione zostało na czynność zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego złożoną w postępowaniu o wartości mniejszej od progów unijnych, Izba przyjęła, iż nie zachodziła przesłanka do odrzucenia odwołania, określona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Jedyny zarzut podniesiony w odwołaniu, dotyczył zgodności z przepisami ustawy czynności zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Omyłkowe wskazanie w uzasadnieniu odwołania na podstawę prawnej decyzji zamawiającego uchylonej normy przepisu art. 89 ust. 2 ustawy, nie wpływało na możliwość ustalenia treści zarzut. Jak wynika z informacji zawartej w piśmie z dnia 15 lutego 2011 r., podstawą decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego było ustalenie naruszenia zasady bliskości przy wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, określonej w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 9 ust. 3-5 tej ustawy odpady, w tym stanowiące przedmiot zamówienia odpady medyczne, powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub w miejscach najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia. Konieczność przestrzegania wyrażonej w tym przepisie zasady bliskości nie była kwestionowana przez odwołującego, który jedynie podnosił, iż w oparciu o treść oferty nie można stwierdzić jej naruszenia.

Zdaniem odwołującego, złożone dokumenty, w tym między innymi decyzja administracyjna Nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 r. wydana przez Wojewodę Łódzkiego (znak SR.VII-M/6617-2/PZ/60/2007), zezwalająca na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, stanowiła podstawę oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i w tym celu była żądana przez zamawiającego. Nie mogła stanowić ona podstaw do weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami bliskości utylizacji odpadów, gdyż dokumentem, jaki był żądany od wykonawców w tym zakresie było pisemne oświadczenie o unieszkodliwianiu odpadów medycznych na obszarze województwa mazowieckiego lub w miejscach najbliższych położonych zgodnie z ustawą z dnia 27.04.2001 r. o odpadach (pkt IV.1 ppkt 7 siwz). Oświadczenie takie zostało przez odwołującego załączone do oferty na stronie 59.

Mając na uwadze stanowisko odwołującego, podniesiony zarzut sprowadzał się do ustalenia, czy zamawiający był uprawniony oceniać zgodność oferty odwołującego na podstawie dokumentu, który nie był przedstawiony w celu potwierdzenia wypełnienia przy realizacji zamówienia dyspozycji przepisu art. 9 ustawy o odpadach. W ocenie składu orzekającego, zamawiający był uprawniony do dokonania oceny zgodności oferty w oparciu o żądane przez niego dokumenty, w tym w szczególności decyzje administracyjne, składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro wymaganiami zamawiającego było, aby realizacja usługi odbywała się w zgodzie z obowiązującymi przepisami, które określają miejsce utylizacji odpadów niebezpiecznych, to zamawiający nie może pomijać treści decyzji administracyjnej określającej miejsce, w jakim odwołujący może unieszkodliwiać takie odpady. Zgodnie z pkt IV.1 ppkt 5 siwz, wykonawcy mieli złożyć decyzję na unieszkodliwianie odpadów medycznych w tym odpadów niebezpiecznych z grupy 18 lub umowę z wykonawcą, któremu usługa zostanie zlecona na okres objęty realizacją usługi. W ocenie Izby, żądanie złożenia decyzji w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu było powiązane ściśle z przedmiotowym zamówieniem, a pisemne oświadczenie wykonawcy o unieszkodliwianiu odpadów na obszarze województwa mazowieckiego lub w miejscach najbliższych stanowiło zobowiązanie co do sposobu świadczenia usługi. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, iż zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia przy ocenie oferty wszystkich dokumentów w niej złożonych, jakie były wymagane od wykonawców. Nie było sporu pomiędzy stronami, co do ustalenia, czy spalarnia w Bełchatowie, na której prowadzenie odwołujący posiada zezwolenie, spełnia wymagania w zakresie bliskości położenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów w stosunku do miejsca ich wytworzenia. Izba uznała, iż instalacja ta nie spełnia warunku bliskości, ponieważ nie jest położona na obszarze województwa mazowieckiego. Izba przyjęła stanowisko prezentowane już wcześniej wyroku dotyczącym analogicznego zagadnienia, tj. orzeczeniu z dnia 9 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10, w którym uznano, iż analiza przepisów ustawy o odpadach wskazuje, że ustawodawca jedynie

wyjatkowo dopuszcza możliwość unieszkodliwiania odpadów na obszarze innego województwa, niż zostały wytworzone, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, tj. w sytuacji, kiedy odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji przeznaczonej do unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa (art. 9 ust. 4). Ten warunek w ofercie Odwołującego co do instalacji w Bełchatowie położonej na terenie województwa łódzkiego nie jest wypełniony, niewątpliwie bowiem odległość instalacji w Bełchatowie jest większa niż odległość do instalacji położonej na obszarze województwa mazowieckiego, gdzie odpady są wytwarzane i którą to instalację zaproponował w swojej ofercie przystępującego. Ponieważ odwołujący nie przedstawił w ofercie umowy z wykonawcą, któremu zleciłby utylizację odpadów, Izba uznała, iż odwołujący zamierzał samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia z wykorzystaniem instalacji znajdującej się w Bełchatowie.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała, iż odwołujący nie zapewnił wykonania zamówienia w sposób zgodny z warunkiem zachowania bliskości instalacji, w której ma odbywać się utylizacja odpadów niebezpiecznych z miejscem ich wytworzenia, a zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień Publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego po wejściu w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....