

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r. przez wykonawcę **EMKA S.A.**, ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie**, Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „HYGEA” C..... G....., Port Service sp. z o.o.**, ul. Szkolna 21, 64-720 Lubasz, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez EMKA S.A., ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie, Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin na rzecz EMKA S.A., ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych o kodach 180102, 180103, 180108, 180109 dla SPSK nr 2 PUM*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 015-021371.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach: 180102, 180103, 180108, 180109, które stanowią zakaźne odpady medyczne, z wyjątkiem tych, oznaczonych kodem 180109.

Jak podkreślił Odwołujący, zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. unieszkodliwianie odpadów powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliżej miejsca ich wytworzenia. Odwołujący zwraca uwagę, że art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach ustala zasadę regionalizacji, zgodnie z którą zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Wyjątki od powyższej zasady przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którymi można nie stosować ustalonej w art. 20 ust. 3 zasady regionalizacji w następujących sytuacjach:

1. jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa,
2. na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów

na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Odwołujący podniósł, że powyższe jest wymogiem ustawowym, potwierdzonym dodatkowo w rozdziale II SIWZ, w którym w pkt 9 lit. a wskazano, że wykonawca powinien realizować zamówienie z zachowaniem wszystkich wymogów, wynikających z obowiązujących przepisów, a w szczególności ustawy o odpadach.

Zamawiający dodatkowo w załączniku nr 2 do SIWZ, tj. oświadczeniu wykonawcy dotyczącym unieszkodliwiania odpadów medycznych, w pkt 1 wymagał wskazania instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady wraz ze wskazaniem miejscowości unieszkodliwiania odpadów i odległości od miejsca powstania odpadów.

Wybrana oferta, zdaniem Odwołującego, nie gwarantuje dochowania tego ustawowego wymagania. Zgodnie ze złożoną ofertą oraz załączonymi decyzjami, odpady będą unieszkodliwiane w Gorzowie Wlkp. i ewentualnie w Gdańsku. Obie te lokalizacje mieszczą się poza województwem wytworzenia odpadów, tj. poza województwem zachodniopomorskim. Ponadto, obie lokalizacje są usytuowane w dalszej odległości od wskazanej w ofercie Odwołującego instalacji w Gryficach, mieszczącej się na terenie województwa zachodniopomorskiego. Instalacja Odwołującego jest usytuowana w odległości 96 km od miejsca powstania odpadów, podczas gdy instalacja Przystępującego w Gorzowie Wlkp. około 110 km, zaś instalacja w Gdańsku jeszcze dalej.

W celu potwierdzenia słuszności swojego stanowiska Odwołujący w treści odwołania powołał się na liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 3 lit. d SIWZ do formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli załączyć „oświadczenie Wykonawcy, że odpady medyczne będą unieszkodliwiane z uwzględnieniem wymogów wynikających z art. 9 ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach”. Bezsporne między stronami jest, że wobec utraty mocy obowiązującej przepisów powołanej ustawy zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., Nr 21), w szczególności zaś przepis art. 20.

W oświadczeniu Przystępującego, dotyczącym unieszkodliwiania odpadów medycznych znajdują się stwierdzenia, że:

„1. zamierza unieszkodliwiać zakaźne odpady medyczne, które będzie odbierał z SPSK nr 2 PUM w Szczecinie w instalacji położonej w miejscowości Gorzów Wlkp, Gdańsk, Piła w województwie lubuskim, pomorskim, wielkopolskim, tj. w odległości 108, 360, 178 km od miejsca wytworzenia odpadów,

2. instalacja wymieniona w pkt 1, w której będzie następowało unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych posiada wolne moce przerobowe pozwalające na unieszkodliwianie całości zakaźnych odpadów medycznych odebranych przez Wykonawcę od Zamawiającego,
3. unieszkodliwianie odpadów medycznych w instalacji określonej w pkt 1 następowało będzie z zachowaniem zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., Nr 21)”.

Treść oświadczenia złożonego przez Odwołującego jest analogiczna, z tą tylko różnicą, że Odwołujący zamierza unieszkodliwiać zakaźne odpady medyczne w instalacji położonej w miejscowości Gryfice w województwie zachodniopomorskim, tj. w odległości 96 km od miejsca wytworzenia odpadów (pkt 1 przedmiotowego oświadczenia).

Pismem z dnia 13 marca 2013 r. Zamawiający zawiadomił, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą założył Przystępujący. Następnie Zamawiający unieważnił przedmiotową czynność (pismo z dnia 22 marca 2013 r.), a w dalszej kolejności Zamawiający uchylił decyzję z dnia 22 marca 2013 r. i poinformował o utrzymaniu w mocy decyzji z dnia 13 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy się odnieść do podnoszonej przez Zamawiającego okoliczności, występującej po stronie Odwołującego, braku interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Powyższe Zamawiający wywodzi z faktu, że Odwołujący powinien zostać wykluczony z niniejszego postępowania, bowiem nie przedłożył właściwych decyzji administracyjnych zezwalających na unieszkodliwianie oraz zbieranie zakaźnych odpadów medycznych. Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący nie został wezwany, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, jednakże okoliczność ta nie ma znaczenia, gdyż według wiedzy Zamawiającego, Odwołujący nie posiada przedmiotowych decyzji.

W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Dopóki Odwołujący jest uczestnikiem postępowania i nie został skutecznie wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, a dodatkowo złożył ofertę sklasyfikowaną w rankingu ofert na 2. pozycji i kwestionuje ofertę najkorzystniejszą, dopóty zachowuje interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek wadliwych czynności, podjętych przez Zamawiającego. W żadnym razie rozstrzygającego znaczenia, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie może mieć hipotetyczne założenie uczynione przez

Zamawiającego, że Odwołujący nie jest w stanie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, jako podmiot niezdolny do realizacji zamówienia, nie może go uzyskać. Jednocześnie zauważyć należy, że postępowanie odwoławcze nie służy prowadzeniu tego rodzaju ustaleń, stąd też nie zasługuje na uwzględnienie wniosek Zamawiającego w przedmiocie wezwania Odwołującego do złożenia na rozprawie stosownego oświadczenia. Izba bowiem rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), a dla rozstrzygnięcia w przedmiocie legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej bierze pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku rozprawy (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp), nie zastępuje zaś Zamawiającego w podejmowaniu czynności, do których jest zobowiązany mocą przepisów prawa.

Rozpoznając zarzuty postawione w odwołaniu Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego, jako sprzeczna z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, winna zostać odrzucona. Postanowieniem SIWZ, którego oferta Przystępującego nie spełnia jest postanowienie, w którym Zamawiający określił, iż do obowiązków wykonawcy należy unieszkodliwianie odpadów zgodnie z obowiązującą ustawą o odpadach.

W świetle art. 20 ust. 2 powołanej ustawy, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Jednocześnie w myśl ust. 3 art. 20 rzeczonyj ustawy, zakazuje się stosowania komunalnych osadów ściekowych i unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Zakazuje się również przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3. (art. 20 ust. 4 ustawy o odpadach). Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa (art. 20 ust. 5 ustawy Pzp). W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych (art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach).

Wyrażona w tym przepisie zasada bliskości ma przy wywozie i unieszkodliwianiu odpadów priorytetowe znaczenie, stąd też również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot stanowią wskazanego rodzaju odpady, zasada ta winna być uwzględniana. Powyższemu dał wyraz Zamawiający w postanowieniach SIWZ, wskazując na wymóg związany z realizacją przedmiotowego zamówienia, tj. na konieczność stosowania do unieszkodliwiania odpadów medycznych przepisów tej ustawy.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że powołane przepisy ustanawiają prymat przetwarzania odpadów w miejscu ich powstania, a jeśli jest to niemożliwe, przekazuje się je do najbliższej położonych miejsc. Zasadą jest również, że unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych nie powinno mieć miejsca poza obszarem województwa, w którym zostały wytworzone. Jednocześnie od powołanej zasady ustawodawca ustanowił dwa wyjątki. Pierwszy, dotyczy sytuacji, w której odległość od miejsca wytwarzania zakaźnych odpadów medycznych do miejsca unieszkodliwiania, położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa. Drugi zaś dopuszcza unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Istota sporu koncentrowała się wokół wymagania dotyczącego instalacji najbliższej położonej od miejsca wytwarzania odpadów, bowiem możliwość unieszkodliwiania odpadów poza obszarem województwa, w którym zostały wytworzone jest warunkowana bliskością instalacji. Poza zakresem sporu pozostawały inne wymogi dotyczące sposobów postępowania z odpadami, a odnoszące się do najlepszej dostępnej techniki lub technologii, bowiem nie były objęte treścią zarzutów.

W ocenie Izby, ustawodawca posługując się terminem „*najbliższej położonej instalacji*” wskazuje na konieczność odnoszenia przedmiotowego wymogu do odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich unieszkodliwiania. Przy czym zasada bliskości zostanie spełniona w odniesieniu do miejsca, w którym będą unieszkodliwiane odpady, pozostającego w najmniejszej odległości od miejsca ich wytwarzania. Dla oceny powyższego Izba wzięła pod uwagę informacje przedstawione przez Odwołującego i Przystępującego, a pochodzące z określonych aplikacji internetowych. Analiza powyższych źródeł pozwala na przyjęcie, że instalacja unieszkodliwiania odpadów położona w Gryficach, jest instalacją znajdującą się najbliższym miejsca wytwarzania odpadów. Z informacji przedstawionych przez Odwołującego, a pochodzących z różnych źródeł wynika, że odległość z siedziby Zamawiającego do instalacji w Gryficach wynosi ok. 100 km. Powyższe również potwierdza Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach,

który tę instalację prowadzi, a jednocześnie nie jest podmiotem zainteresowanym w sprawie, bowiem nie złożył oferty i nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (pismo z dnia 4 lutego 2013 r.). Zaś, informacje przedstawione przez Przystępującego pochodzą z jednego źródła i pozostają w istotnej dysproporcji (zważywszy na warunki niniejszego postępowania) w stosunku do informacji pochodzących ze wszystkich źródeł przedstawionych przez Odwołującego, dotyczy to również tej samej aplikacji internetowej. Nadto, z informacji przedstawionych przez Przystępującego wynika, że jako miejsce wytworzenia nie wskazano miejsca siedziby Zamawiającego. Powyższe prowadzi do wniosku, że informacje te nie są wiarygodne i zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania.

Reasumując, unieszkodliwianie odpadów powinno odbywać się na obszarze tego samego województwa, a na obszarze innego województwa jedynie w sytuacji, gdy odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji przeznaczonej do unieszkodliwiania, jest mniejsza niż odległość do instalacji na obszarze tego samego województwa. Ten warunek w ofercie Przystępującego, co do instalacji w Gorzowie Wlkp., położonej na terenie województwa lubuskiego nie jest wypełniony, niewątpliwie bowiem odległość instalacji w Gorzowie Wlkp. jest większa niż odległość do instalacji położonej na obszarze województwa zachodniopomorskiego, gdzie odpady są wytwarzane i którą to instalację zaproponował w swojej ofercie Odwołujący. Jednocześnie Przystępujący nie wykazał, że instalacja położona w Gryficach nie jest w stanie przyjąć od niego odpadów celem unieszkodliwiania. Chodzi bowiem o wykazanie niemożliwości spełnienia zasady bliskości przez konkretnego wykonawcę w określonych okolicznościach faktycznych, a nie na podstawie danych historycznych, zawartych w *„Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2012 -2017 z uwzględnieniem perspektywy na lata 2018-2023”*. Co więcej, braku możliwości przerobowych Przystępujący nie podnosił jako argumentację służącą obronie własnej oferty a jedynie zdyskwalifikowaniu oferty Odwołującego. Zaś, z przyczyn określonych w przepisie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, przedmiotem rozpoznania przez Izbę nie mogą być okoliczności wykraczające poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp okazał się nieuzasadniony, bowiem niezgodność z ustawą należy odnosić do przepisów ustawy Pzp, a na taką Odwołujący nie wskazał.

W ocenie Izby, również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, bowiem przepisy prawa nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów, wynikających z ustawy o odpadach, na taki skutek nie wskazał również sam Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.