

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ECO-ABC sp. z o.o., W..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF W..... C..... z siedzibą lidera: ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus, ul. Lindleya 4, 02-005 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ECO-ABC sp. z o.o., W..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF W..... C..... z siedzibą lidera: ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych oraz zakup i dostawę pojemników na odpady medyczne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2013/S 041-065880 w dniu 27 lutego 2013 r.

Odwołujący: ECO-ABC sp. z o.o. oraz W..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF W..... C..... z siedzibą lidera konsorcjum w Bełchatowie wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego – czynności z dnia 13 maja 2013 r. Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta jest najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu ofertą w oparciu o kryterium oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), a nie uzyskując zamówienia odwołujący poniósł szkodę finansową.

Odwołujący podniósł, że czynność odrzucenia jego oferty została dokonana z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w zw. z załącznikiem nr 1 do siwz i art. 20 ust. 1, 3 pkt 2 i 4 oraz w zw. z art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty konsorcjum firm: EMKA S.A., F.H.U. EKO-TOP sp. z o.o. oraz Magellan S.A. (dalej „Konsorcjum EMKA”), pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz pomimo niezgodności tej oferty z siwz i ustawą o odpadach, a tym samym naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp i w zw. z pkt IV. 1 i 3 i z pkt III.B siwz oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp w zw. z pkt IV. 1 i 3 i z pkt III.B siwz, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt III.B. 17 siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 20 ust. 5-6 ustawy o odpadach. W konsekwencji czynność zamawiającego, polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum EMKA, w sytuacji, gdy wykonawca ten winien być wykluczony, a jego oferta odrzucona, została dokonana z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum EMKA.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania w części 1 jest wykonanie usługi

transportu i unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych (o kodach 18 01 02, 18 01 03), a także innych odpadów medycznych i pochodzących z działalności Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie. Zamawiający opisał w pkt IV siwz warunki udziału w postępowaniu wskazując, że ich spełnienie będzie oceniane na podstawie załączonych do oferty dokumentów wymienionych w pkt III siwz. Zamawiający żądał min. dołączenia do oferty, w przypadku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom, zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres wykonania zamówienia jak również załączenia dokumentów dotyczących tych podmiotów, a wymienionych w części III.B siwz.

W swojej ofercie Konsorcjum EMKA wskazało, że odpady o kodach 18 01 10 oraz 16 05 06 będzie unieszkodliwiać z pomocą podwykonawcy - Zakładu Gospodarowania Odpadami EKO-ALF W..... C..... z siedzibą w Kutnie (dalej: EKO-ALF), nie załączając jednak na tę okoliczność żadnych dokumentów. W szczególności nie załączono do oferty oświadczenia podwykonawcy o udostępnieniu urządzeń, do czego zobowiązał się sam wykonawca - załącznik nr 6 do siwz. Mając na uwadze fakt, że Konsorcjum EMKA nie wykazało, iż posiada uprawnienia do unieszkodliwiania odpadów o kodzie 18 01 10 i 16 05 06, stwierdzić należy, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz pkt IV. 1 siwz Konsorcjum EMKA nie może posługiwać się decyzją firmy EKO-ALF dla wykazania posiadania uprawnień do wykonywania wskazanej działalności. Co więcej Konsorcjum nie załączyło do oferty oświadczenia EKO-ALF potwierdzającego zobowiązanie tej firmy do udostępnienia swojego potencjału technicznego, jak również pozwoleń i innych dokumentów dotyczących tej firmy (pkt III.B siwz). W związku z tym należy uznać, że wykonawca ten nie wykazał także, aby spełniał warunek dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający w pkt III.C.18 siwz zażądał przedstawienia zaświadczenia odpowiedniego WIOŚ, że spalarnia odpadów oferenta jest eksploatowana i spełnia określone wymogi. W tym zakresie Konsorcjum EMKA przedstawiło zaświadczenie Mazowieckiego WIOŚ z dnia 8 października 2012 r. potwierdzające, że oferowana instalacja w Ostrołęce spełnia standardy emisyjne, ale od dnia 10 maja 2012 r. nie działa. W tym wypadku nie można uznać, że wykonawca spełnia ww. warunek i wykazał, że instalacja w Ostrołęce jest eksploatowana.

Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum EMKA powinno być wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona. W takim wypadku oferta odwołującego byłaby jedyną spełniającą wymogi siwz, ustawy Pzp oraz ustawy o odpadach i nie mogłaby zostać odrzucona.

W pkt III.B. 17 siwz zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia

zgodnego z art. 26 ust. 2d Pzp w zakresie przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Takiego oświadczenia nie złożył lider Konsorcjum - firma EMKA S.A. Tymczasem z odpisów KRS spółek: Emka S.A., Emka Medical sp. z o.o. oraz Emka-Trans sp. z o.o. wynika, że we wszystkich tych spółkach prezesem zarządu jest Pan K..... R....., przy czym w dwóch pierwszych spółkach jest jedynym członkiem zarządu. Ponadto, Pan K..... R..... we wszystkich ww. spółkach jest wyłącznym lub głównym akcjonariuszem/udziałowcem. Sam wykonawca w złożonym

w innym postępowaniu oświadczeniu potwierdził przynależność do grupy kapitałowej (dowód: oświadczenie EMKA S.A. z 24.04.2013 r.). Powyższe oznacza, że ww. spółki stanowią grupę kapitałową, o czym Konsorcjum EMKA powinno zamawiającego poinformować. W związku z niezłożeniem wymaganego oświadczenia, oferta Konsorcjum jako niezgodna z siwz powinna być odrzucona.

Odwołujący wskazał też, że odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne. Jak wynika z orzecznictwa KIO, wydawanego na gruncie nowej ustawy o odpadach z 14 grudnia 2012 r., dominuje pogląd, iż ocena ofert winna odbywać się wyłącznie na podstawie przedłożonych przez wykonawców dokumentów i deklaracji. Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie jest w stanie ocenić, który z wykonawców gwarantuje wykonanie umowy zgodnie z ustawą o odpadach. W szczególności nie można oceniać ofert jedynie przez pryzmat odległości instalacji przeznaczonych do unieszkodliwiania odpadów od zamawiającego skoro przepisy samej ustawy o odpadach dopuszczają unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach bardziej odległych czy też poza województwem (art. 20 ust. 5-6 ustawy o odpadach). Odnosząc się bezpośrednio do przepisów ustawy o odpadach, w szczególności zasady bliskości z art. 20, odwołujący wskazał, że jego oferta spełnia wskazane w tym przepisie wymogi. Podkreślił, że to oferta Konsorcjum EMKA nie spełnia wymogów ustawy o odpadach, jak również wymogów siwz, ponieważ w żadnej z oferowanych instalacji nie można unieszkodliwić odebranych od zamawiającego odpadów.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum EMKA odbiera zakaźne odpady medyczne od co najmniej 24 szpitali i unieszkodliwia je w dwóch spalarniach. Potwierdzona zaświadczeniami ilość odpadów medycznych unieszkodliwianych w Ostrołęce i w Łodzi to 2072,88 ton rocznie. Oznacza to, że żadna z oferowanych przez Konsorcjum EMKA instalacji (przy założeniu, że działają) nie ma wolnych mocy przerobowych, bowiem już na dzień dzisiejszy podpisane i wykonywane przez Konsorcjum umowy zapewniają wykorzystanie prawie 200% mocy przerobowych obu ww. spalarni. Na marginesie wskazał, że instalacje firmy EMKA w Łomży oraz Żyrardowie obecnie nie działają lub nie mogą unieszkodliwiać zakaźnych odpadów medycznych. Pozostają więc jedynie instalacje w Łodzi

i Ostrołęce (dowód: pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z 27.04.2011 r. oraz pismo WIOŚ w Białymstoku z 23.12.2011 r.). Tym samym, Konsorcjum EMKA nie ma faktycznych możliwości wykonania zamówienia i zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach jego oferta mogłaby zostać odrzucona. Obecnie obowiązująca zasada bliskości zawiera wprost nakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza województwem w sytuacji, gdy instalacje na terenie tego samego województwa nie mają wolnych mocy przerobowych. Taka właśnie sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu.

Istotnym dowodem na potwierdzenie braku mocy przerobowych instalacji oferowanych przez Konsorcjum jest także informacja Pomorskiego WIOŚ z 24.12.2012 r. o znaczącym przekroczeniu mocy przerobowych instalacji Konsorcjum na terenie województwa pomorskiego. Z pisma WIOŚ wynika, że do instalacji w Tczewie i Chojnicach trafiały ogromne ilości zakaźnych odpadów medycznych m.in. z terenu województwa mazowieckiego, co wynikało z braku możliwości unieszkodliwienia ich bliżej, tj. w Ostrołęce lub Łodzi. Wyniki przeprowadzonej kontroli potwierdzają także nieuczciwą praktykę Konsorcjum EMKA, które w wielu postępowaniach oferowało unieszkodliwienie odpadów na terenie województwa mazowieckiego i nie wywiązywało się z tych oświadczeń.

W związku z powyższym najbliższą zamawiającemu spalarnią odpadów i zarazem jedyną zdolną unieszkodliwić odebrane od zamawiającego zakaźne odpady medyczne jest instalacja odwołującego w Bełchatowie. Tym samym oferta odwołującego w żaden sposób nie narusza zasad ustawy o odpadach i nie może być na tej podstawie odrzucona. Co więcej wybór jako miejsca unieszkodliwienia odpadów - spalarni w Bełchatowie, tj. oferty odwołującego, spełnia wymogi zasady bliskości. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego jest wadliwa i powinna być unieważniona wraz z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. Po unieważnieniu tych czynności zamawiający winien powtórnie dokonać oceny ofert, wykluczyć z postępowania Konsorcjum i wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

Zamawiający, pismem z dnia 29 maja 2013 r., które w dniu 31 maja 2013 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust 2 Pzp, w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w terminie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....