

WYROK

z dnia 10 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 września 2011 r.** przez wykonawcę: **ECO-ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Specjalistyczny Zespół Neuropsychiatryczny im. św. Jadwigi ul. Wodociągowa 4, 45-221 Opole**,

przy udziale wykonawcy: **Zakład Energetyki Blachownia Sp. z o.o. ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **ECO-ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów.**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ECO-ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97- 400 Bełchatów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 193 000 euro, na „Usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych z Wojewódzkiego Specjalistycznego Zespołu Neuropsychiatrycznego im. św. Jadwigi ul. Wodociągowa w Opolu w latach 2012-2013,” ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 270828 z dnia 2 września 2011r., w dniu 29 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 28 września 2011 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu dnia 26 września 2011 r. o rozstrzygnięciu postępowania przez jego unieważnienie oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności wykonawca: ECO-ABC Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Specjalistycznemu Zespołowi Neuropsychiatrycznemu im. św. Jadwigi w Opolu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 8 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, przez bezzasadne odrzucenie złożonej oferty,
- 2) art. 91 ust. 1 oraz 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez unieważnienie postępowania pomimo, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i mieści się w kwocie jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Powołując się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty oraz
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą - ofertę odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający unieważnił postępowanie ponieważ odrzucił jego ofertę, natomiast ceny ofert pozostałych dwóch wykonawców, tj. Zakładu Energetyki Blachownia Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźle oraz Remondis Medison Sp. z o.o. z Dąbrowy Górniczej, przekraczały kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wyjaśniał, że jako podstawę odrzucenia jego oferty zamawiający podał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, tzn. uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz, że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W uzasadnieniu czynności odrzucenia wskazano, że oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów - w związku z treścią art. 9 ustawy o odpadach, tj. nie spełnia tzw. „zasady bliskości” wskazanej w tej normie.

Odwołujący argumentował, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zakaźne odpady medyczne (o kodach: 18 01 03, 18 01 02). Zgodnie z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, odpady medyczne o właściwościach zakaźnych (zakaźne odpady medyczne) powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu 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. Odwołujący potwierdził okoliczność, iż w świetle przytaczanych przepisów - odpady powinny być przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być unieszkodliwione. Zaznaczał jednocześnie, iż dokonując wyboru instalacji unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z wykładnią cytowanego art. 9 ustawy o odpadach należy kierować się dwoma kryteriami, które przy wyborze oferty winny zaistnieć łącznie tj.:

- 1) miejsce, w którym możliwe jest unieszkodliwienie odpadów musi znajdować się możliwie najbliżej, oraz
- 2) proces technologiczny musi spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Treść art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, wprowadzającą wymóg unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych najlepszą dostępną techniką lub technologią, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, uznał odwołujący za drugie równoważne kryterium wprowadzone do tegoż przepisu (obok przekazywania zakaźnych odpadów medycznych do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione). Odwołujący powołał się na wykładnię w jednej z wydanych opinii Departamentu Prawnego w Ministerstwie Środowiska - znak sprawy DP-024-215/06/AR, zgodnie z którą cyt.: „Przepis ten (art. 9 ustawy o odpadach) jest jasny i nie wymaga interpretacji, gdyż z ust. 2 cytowanego artykułu wprost wynika, iż odpady powinny być

przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być podawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu uwzględniając najlepszą dostępną technikę bądź technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska. Oznacza to, że przeprowadzając procedurę udzielenia zamówienia publicznego należy brać pod uwagę obie przesłanki."

Tymczasem, w opinii odwołującego, zamawiający w niniejszym postępowaniu odrzucił złożoną ofertę - kierując się wyłącznie przesłanką odległości i faktem, że instalacja odwołującego nie znajduje się na terenie tego samego województwa co miejsce wytworzenia odpadów.

Na potwierdzenie swego stanowiska, odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2011 roku, o sygn. akt KIO 1293/11 „(...) każdy z wykonawców, składając ofertę, zobowiązany był wziąć pod uwagę przepis art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, zgodnie z którym odpady, które nie mogą być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania, powinny być, uwzględniając najlepszą technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione.” Zaznaczał, iż przepis ten zawiera normę prawną, która formułuje dla podmiotu odpowiedzialnego za unieszkodliwianie odpadów obowiązek, w przypadku braku możliwości unieszkodliwiania odpadów w miejscu ich wytworzenia, warunek poddania ich unieszkodliwieniu w miejscach najbliższych położonych, które jednocześnie oferują najlepszą dostępną technikę lub technologię ich unieszkodliwiania. Ponadto przytoczył dalszy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1419/11, zgodnie z którym „Z obu pism Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska wynika, że art. 9 ustawy o odpadach nie zakazuje bezwzględnie unieszkodliwiania jak i przywozu na teren województwa w celu unieszkodliwiania, zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych wytworzonych poza terenem tego województwa, tego rodzaju odpady mogą być wywożone w celu unieszkodliwiania do innych instalacji w kraju, które mają wolne moce przerobowe. Dotyczy to przypadków, gdy brak jest instalacji do unieszkodliwiania odpadów zakaźnych na terenie województwa, gdy istniejące instalacje nie posiadają wystarczających mocy przerobowych do unieszkodliwiania wszystkich wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa, bądź instalacje te nie zapewniają ciągłości odbioru zakaźnych odpadów medycznych np. z powodu remontów, awarii."

W związku z powyżej przedstawionymi stanowiskami Krajowej Izby Odwoławczej - w odniesieniu do interpretacji przepisów ustawy o odpadach i ustawy Pzp, znajdujących zastosowanie w niniejszej sprawie, odwołujący wskazywał, że obowiązkiem zamawiającego w przetargach dotyczących unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, było zbadanie w jakiej instalacji będą unieszkodliwiane przekazywane odpady oraz, czy instalacja ta spełnia

wymogi „zasady bliskości” (odległość, najlepsza dostępna technika, faktyczna możliwość unieszkodliwiania odpadów - wolne moce przerobowe). Dopiero po zbadaniu ofert pod takim kątem, o ile byłoby to możliwe, mógłby podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty. Bez poczynienia opisanych ustaleń - odrzucenie jego oferty uznał co najmniej za przedwczesne i niczym nieuzasadnione. Zaznaczał, że taki tok postępowania uznała za właściwy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1398/11 gdzie stwierdzono, że: „(...) w ocenie Izby przepisy art. 9 ust. 3-5 nie modyfikują ogólnej zasady wynikającej z art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, a mianowicie, iż przedmiotem porównania są miejsca, w których odpady „mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione. Dokonując wykładni omawianych przepisów, należy uwzględnić podstawowy cel regulacji określony w art. 1 ust. 1 ustawy o odpadach, służący takiemu uregulowaniu postępowania z odpadami, które zapewni ochronę życia i zdrowia ludzi oraz ochronę środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju, a także ograniczeniu ilości odpadów i ich negatywnego oddziaływania na środowisko. Z tego też powodu należy badać możliwości unieszkodliwienia odpadów w danym miejscu, biorąc pod uwagę te miejsca, w których obiektywnie możliwe jest unieszkodliwianie odpadów w ilości określonej w SIWZ.” Dalej: „(...) koniecznym jest ustalenie, czy w najbliższej położonych miejscach w rozumieniu art. 9 ust 2,3,4 ustawy o odpadach, odpady w ilościach określonych w SIWZ rzeczywiście mogą być unieszkodliwione. Bez takiego zbadania nie można bowiem stwierdzić, czy złożenie przez przystępującego oferty stanowiło naruszenie art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. Trudno bowiem uznać, że o naruszeniu zasady bliskości miałyby świadczyć samo istnienie instalacji położonej na terenie województwa wytworzenia odpadów tj. mazowieckiego, czy też na terenie województwa podlaskiego, ale bliżej niż instalacje przystępującego, które jednak ze względów obiektywnych (np. brak wystarczających mocy przerobowych) nie mogłyby przyjąć odpadów w ilości wytwarzanej przez zamawiającego.”

W opinii odwołującego, zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dysponował wystarczającymi podstawami do uznania, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ oraz z ustawą o odpadach, a tym samym nie było podstaw do jej odrzucenia. Odwołujący zgodził się z argumentacją zamawiającego w uzasadnieniu podjętych czynności, uznając, iż powołane orzecznictwo jest w zasadzie zgodne z ww. przytoczonym orzecznictwem KIO i potwierdza pierwszeństwo stosowania regulacji ustawy o odpadach przed przepisami ustawy Pzp. Jednakże zaznaczał, że nie można kierować się wyłącznie jedną przesłanką odległości. W cytowanym przez zamawiającego orzeczeniu KIO z 2 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 122/11, wskazano, że (...) „jeżeli tylko jest to możliwe odzysk lub unieszkodliwianie należy przeprowadzić w miejscu powstania odpadów.” Podobnie jeżeli jest to tylko możliwe unieszkodliwienie odpadów należy przeprowadzić na terenie województwa, na terenie którego zostały one wytworzone.” Jednak samo istnienie instalacji na terenie województwa opolskiego nie świadczy o tym, że odpady w ilości określonej w SIWZ mogą być w tej instalacji

unieszkodliwione, a także nie uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy posiadającego instalację położoną nieco dalej lub poza wymienionym województwem. Zdaniem odwołującego, najbliższą położoną instalacją względem siedziby zamawiającego, spełniającą wszystkie wymogi SIWZ oraz ustawy o odpadach jest instalacja, którą dysponuje odwołujący, położona w Miliczu, a także położona kilka kilometrów dalej instalacja w Bełchatowie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 września 2011 r. pismem złożonym 3 października 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Zakład Energetyki Blachownia Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, wnosząc o oddalenie odwołania, który jednocześnie powołał się na interes w popieraniu zamawiającego na rzecz utrzymania stanowiska o odrzuceniu oferty odwołującego. Podał, że oferta złożona przez ZE Blachownia Sp. z o.o. jest ofertą odpowiadającą specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto z najkorzystniejszą ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia. Argumentację odwołującego poczytał za sprzeczną z bezwzględnie wiążącą zasadą bliskości wynikającą z art. 9 ust. 5 w związku z art. 9 ust. 3, ust. 3a i ust. 4 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 ze zm.), a uwzględnienie tej argumentacji może stawiać ZE Blachownia Sp. z o.o., jako wykonawcę oferującego unieszkodliwianie odpadów medycznych pochodzących od zamawiającego w spalarni zlokalizowanej w Opolu, w sytuacji gorszej - niż wynika to z powołanej wyżej zasady bliskości. Wobec powyższych okoliczności w interesie ZE Blachownia Sp. z o.o. jest, aby odwołanie zostało oddalone, niezależnie od tego, że zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swego stanowiska, zgłaszający przystąpienie uznał czynności zamawiający odrzucenia oferty EKO - ABC Sp. z o.o. za nie naruszające przepisów ustawy Pzp oraz przepisów ustawy o odpadach. Uznał także argumentację odwołania za chybioną, opartą wyłącznie na przepisie art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach. Nie zaprzeczył, iż art. 9 ust. 2 cytowanej ustawy wprowadza dwa kryteria: (1) najlepsza dostępna technika oraz (2) przekazywanie odpadów do najbliższych położonych miejsc. Zwracał jednakże uwagę, że odwołujący całkowicie pomija treść art. 9 ust. 5 tej ustawy, który nie odwołuje się do art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach. W ocenie zgłaszającego przystąpienie, odwołanie dotyczy ust. 3, ust. 3a i ust. 4 w art. 9 ustawy o odpadach. Wskazane przepisy wprowadzają ostrzejsze kryteria, które bez wątpienia dotyczą unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych. Przepisy te czytane przez pryzmat art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach, w ocenie zgłaszającego przystąpienie, wprost zakazują unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone - art. 9 ust. 3 i art. 9 ust. 3a ustawy. Natomiast art. 9 ust. 4 ustawy o odpadach w związku z art. 9

ust. 5 tej ustawy dopuszcza wyjątek, to jest umożliwia unieszkodliwianie odpadów na obszarze województwa innego niż te, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji lub miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Wyjątek nie może jednak być interpretowany rozszerzająco, jak przedstawia to odwołujący - opierając się o treść art. 9 ust. tej ustawy. Skoro instalacja (spalarnia odpadów), w której odwołujący zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych (spalarnia w Miliczu) jest położona poza terenem województwa opolskiego, to jest w województwie dolnośląskim i przy tym jest ona położona w odległości dużo większej niż spalarnia, w której ZE Blachownia Sp. z o.o. zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych (spalarnia w Opolu) i dużo większej niż spalarnia, w której drugi z oferentów Remondis Medison Sp. z o. o. z Dąbrowy Górniczej zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych (spalarnia w Opolu), to świadczy, iż oferta odwołującego narusza przepis art. 9 ust. 3 i art. 9 ust. 3a w związku z art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach i nie spełnia kryterium określonego w art. 9 ust. 4 w związku z art. 9 ust. 5 tej ustawy. Zgłaszający przystąpienie zaznaczał, iż analogiczna argumentacja dotyczy spalarni odwołującego położonej w Bełchatowie (województwo łódzkie). Wyjaśniał, iż spalarnia wskazana ofercie ZE Blachownia Sp. z o.o. położona jest w odległości 3,5 km od miejsca wytworzenia odpadów (jednostka lecznicza zamawiającego), zaś spalarnie odwołującego są umiejscowione w odległości od miejsca wytworzenia odpadów, kolejno: spalarnia w Miliczu - 137 km, a spalarnia w Bełchatowie - 150 km. W związku z tym wyłącznie oferty tych wykonawców, którzy spełniają wymóg z art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach mogą być oceniane w świetle kryterium najlepszej dostępnej techniki - wskazanego także w art. 9 ust. 2 tej ustawy, a oferta odwołującego jako sprzeczna z art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach, nie mogła być oceniana łącznie z ofertą ZE Blachownia Sp. z o.o., czy ofertą Remondis Medison Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie przywoływał okoliczność, iż spalarnia w której zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych spełnia oba kryteria najbliższego położonego miejsca i najlepszej dostępnej techniki wynikające z art. 9 ust. 2 oraz posiada zdolność do przerobienia całości odpadów według wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, co potwierdza oferta ZE Blachownia Sp. z o.o. (formularz oferty oraz załączona do oferty decyzja Marszałka Województwa Opolskiego z dnia 15 marca 2011 r., DOŚ.IV.MK.7638-1-108/10). Stwierdził, że argumentacja odwołującego, jakoby zamawiający miał badać zdolności przerobowe każdej spalarni, w której zaoferowano unieszkodliwianie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych, nie znajduje uzasadnienia, gdy oferta odwołującego nie spełnia podstawowego kryterium z art. 9 ust. 3, 3a, 4 w związku z art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach, to bezprzedmiotowe jest ocenianie tej oferty w dalszym zakresie. Gdyby nawet zamawiający to uczynił, tak jak chce odwołujący, to nadal oferta ta podlegałaby

odrzuconiu jako nieważna w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp. Zgłaszający przystąpienie zaznaczył, że nie odnosi się do czynności w zakresie unieważnienia postępowania uznając, że zamawiający, po odrzuceniu oferty odwołującego, skorzystał z przysługującego mu uprawnienia zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj. poniżej progów kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co stanowi okoliczność bezsporną, jednakże dotyczy odrzucenia oferty odwołujące, a pośrednio unieważnienia postępowania, z uwagi na brak wystarczających środków na sfinansowanie realizacji zamówienia, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Zakład Energetyki Blachownia Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jedynie w zakresie zgłaszanym tj. w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego, gdyż jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia w danym postępowaniu nie ma interesu w pełni zbieżnego z zamawiającym, tj. – unieważnienia postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. W odpowiedzi na odwołanie oraz do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów odwołania. Powtórzył argumentację przywołaną w piśmie powiadającym o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania. Odnosząc się do zarzutów odwołania, dodał, iż badaniem oferty odwołującego objął zarówno technologię unieszkodliwiania odpadów „D10,” tą samą oferowaną przez wszystkich uczestników postępowania, jak i spełnienie zasady bliskości położenia zakładu utylizacji od miejsca wytworzenia odpadów, czemu dał wyraz w protokole komisji przetargowej z dnia 16 września 2011 r. Podkreślał, iż zasadniczym zakładem oraz miejscem unieszkodliwiania odpadów wskazanym przez odwołującego był Milicz w województwie dolnośląskim w odległości 130 km, a odwołujący nie wykazał, aby istniejąca spalarnia odpadów w Opolu, mieszcząca się w odległości 5 km od siedziby zamawiającego, nie mogła zapewnić odbioru odpadów medycznych w ilościach zapotrzebowanych w niniejszym postępowaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i wyjaśnieniami, złożonych ofert. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do

protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje „Usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych z Wojewódzkiego Specjalistycznego Zespołu Neuropsychiatrycznego im. św. Jadwigi ul. Wodociągowa w Opolu w latach 2012-2013.”

W skład zamówienia wchodzi odpady klasyfikowane jako: 18.01.02; 18.01.03; 18.01.09, w tym odpady zakaźne.

W rozdziale III pkt 7 SIWZ zamawiający wymagał aby postępowanie z odpadami w trakcie realizacji umowy było zgodne z następującymi przepisami prawa obowiązującymi na terenie RP:

1) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.),

2) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (t.j. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.) - Prawo ochrony środowiska.

W rozdziale V SIWZ pkt 1.1 zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym przedmiotem zamówienia, tj. legitymują się zezwoleniami uprawnionego organu administracji do odbioru, transportu, i utylizacji odpadów medycznych o kodach wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia.

W rozdziale VI SIWZ zamawiający wymagał załączenia zezwolenia lub zezwoleń uprawnionego organu administracji do odbioru, transportu, i utylizacji odpadów medycznych o kodach wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami prawa.

Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu została ustanowiona cena.

W § 1 pkt 4 wzoru umowy wykonawca zobowiązany został do zagwarantowania, iż wykonanie usługi odbywać się będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), oraz ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (t.j. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.) - Prawo ochrony środowiska. Takie oświadczenie zawiera również formularz oferty.

Wartość środków, jakie zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia oznaczona została na otwarciu ofert w kwocie 140 613,00 zł brutto.

Odwołujący EKO – ABC Sp. z o.o. złożył ofertę z ceną brutto 124 561,15 zł - najkorzystniejszą według kryterium wyboru.

Ceny brutto ofert pozostałych wykonawców wynosiły: Zakładu Energetyki Blachownia Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźle - 181 651,68 oraz Remondis Medison sp. z o.o., ul. z siedzibą w

Dąbrowie Górniczej – 188 139, przekraczały kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zaoferował unieszkodliwienie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych w zakładzie spalarni w Miliczu, położonej poza terenem województwa opolskiego, to jest w województwie dolnośląskim, oraz w zapasowej spalarni w Bełchatowie, przedłożył decyzje administracyjne, udzielające jemu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów w zakładach spalarni i unieszkodliwiania odpadów medycznych w Bełchatowie w województwie łódzkim oraz w Miliczu w województwie dolnośląskim.

Wykonawca Zakłady Energetyczne Blachownia Sp. z o.o. zaoferował unieszkodliwienie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych w spalarni w Opolu oraz wykonawca Remondis Medison Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej zaoferował unieszkodliwienie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych w tej samej spalarni w Opolu - jako zasobu udostępnionego przez podmiot trzeci, tj. Firmy Usługowo Handlowej EKO-TOP Sp. z o.o., na podstawie udzielonego jej zezwolenia.

Po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert, pismem z dnia 22 września 2011 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wykluczenie z postępowania Remondis Medison Sp. z o.o. oraz Zakładu Energetyki Blachownia Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźle podkreślając, iż obok przesłanki bliskości miejsca utylizacji liczy się także okoliczność, iż proces technologiczny musi spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska, podkreślając, że stosowana przez niego technologia jest najlepsza, gdyż instalacja spełnia wymagania ochrony środowiska wynikające z najlepszej dostępnej techniki BAT, co potwierdza załączone do oferty pozwolenie zintegrowane Wojewody Łódzkiego nr SR.VII-M/6617-2/PZ 60/2007 z dnia 23 maja 2007 r. (str. 16), co odwołujący pochytywał jako okoliczność, iż wyłącznie jego instalacja spośród zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu posiada zezwolenie zintegrowane, a więc jest jedyną spełniającą wymagania wynikające z najlepszej dostępnej techniki i technologii (w skrócie BAT), przy czym dotyczyło to spalarni w Bełchatowie. Konkretnie o jaką technologię chodzi nie wskazał.

Pismem z dnia 26 września 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż ceny ofert niepodlegających odrzuceniu były wyższe niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, iż odwołujący w złożonej przez siebie

ofercie oznaczył jako miejsce utylizacji odpadów o kodach opisanych w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpady medyczne) - miejscowość Milicz 56-300 ul. Grzybowa 1, oddalonej od miejsca ich wytwarzania o 140 km. Na podstawie opisu rozdziale III SIWZ zamawiający wskazał, iż odpady, będące przedmiotem utylizacji są klasyfikowane jako odpady niebezpieczne w rozumieniu ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. 2 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.). Z uwagi na ten fakt w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajduje art. 9 ust, 3 i 4 w związku z art. 9 ust, 5 ustawy o odpadach. Z przepisów tych wynika, że odpady powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.) - Prawo ochrony środowiska, lub w miejscach najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia. Przedmiotowe odpady mogłyby być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu na obszarze województwa innego niż wymienione powyżej, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji przeznaczonej do odzysku lub unieszkodliwienia, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, lub miejsca przeznaczonego do odzysku jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Za znaczącą okoliczność uznał, że w opisie przedmiotu zamówienia wyraźnie podkreślił powtarzając to samo w § 1 wzoru umowy - załącznik nr 2 do SIWZ, iż usługi stanowiące przedmiot niniejszego postępowania mają być wykonywane zgodnie powołanymi wyżej ustawami. Zamawiający podkreślał, że nie może nie odnieść się do przepisów *lex specialis*, które przytoczył, ani pominąć ich przy dokonywaniu oceny ofert i nie może najpierw stosować swojego kryterium, ponieważ stanowiłoby to naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dn. 17 grudnia 2004 r. (t.j. Dz. U. 05.14.114), o czym mówią wyniki kontroli następczej UZP/DKD/KN/92/08 Prezesa UZP, cyt. „Baz znaczenie w przedmiotowym postępowaniu pozostaje fakt, iż jedynym kryterium oceny ofert była cena. Przy wyborze instalacji do unieszkodliwiania odpadów określonych w pakiecie 3 nie mogły być brane - inne niż zasada bliskości - przesłanki, w tym również kryteria ekonomiczne. Te ostatnie znalazłyby zastosowanie, ale jedynie przy wyborze pomiędzy instalacjami funkcjonującymi na obszarze danego województwa.” Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że, przepisy art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach mają charakter bezwzględnie obowiązujący co zostało potwierdzone w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, tj. sygn. akt: UZP/ZO/0-151/06); UZP/ZO/0 - 451/06); UZP/ZO/0-883/06; sygn. akt: UZP/ZO/0 - 931/06). Zamawiający powoływał się na dalsze wyroki potwierdzające charakter *lex specialis* przepisów ustawy o odpadach: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 marca 2005 r., (sygn. akt UZP/ZO/0-1655/06) cyt. „Przepisy zawarte w art. 9 ustawy o odpadach zmierzają do osiągnięcia dwóch celów -

ograniczenia przemieszczania odpadów oraz ustalenia ogólnych wymagań, jakim powinny odpowiadać procesy odzysku i unieszkodliwiania oraz urządzenia czy instalacje, w których są te procesy realizowane. Zasada zawarta w ust. 1 powołanego artykułu zakłada, że każde przemieszczenie odpadów jest potencjalnym zagrożeniem poszerzenia uciążliwości przez nie powodowanych i z tego powodu takie przemieszczanie powinno być ograniczane - jeżeli tylko jest to możliwe, odzysk lub unieszkodliwienie należy przeprowadzić w miejscu powstania odpadów. Realizacji celu zmierzającego do ograniczenia uciążliwości powodowanych przez odpady wskutek ich przemieszczania służy nakaz zawarty w ust. 2, takie przemieszczanie powinno się odbywać do miejsc położonych możliwie najbliżej. Według Zespołu Arbitrów przytoczone regulacje prawne ustawy o odpadach są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i dlatego mają pierwszeństwo w stosowaniu." Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 122/11) cyt. „Zasada bliskości, która występuje także w prawie ochrony środowiska Unii Europejskiej wymaga możliwie bliskich miejsc wytwarzania oraz zagospodarowania odpadów. Przepisy zawarte w art. 9 ustawy o odpadach zmierzają bowiem do osiągnięcia dwóch celów - ograniczenia przemieszczania odpadów oraz ustalenia ogólnych wymagań, jakim powinny odpowiadać procesy odzysku i unieszkodliwiania oraz urządzenia czy instalacje, w których są te procesy realizowane. Zasada bliskości zakłada, że każde przemieszczenie odpadów jest potencjalnym zagrożeniem poszarzenia uciążliwości przez nie spowodowanych i z tego powodu takie przemieszczanie powinno być ograniczane - jeżeli tylko jest to możliwe, odzysk lub unieszkodliwienie należy przeprowadzić w miejscu powstania odpadów. Realizacji celu zmierzającego do ograniczenia uciążliwości powodowanych przez odpady wskutek ich przemieszczania służy nakaz, że takie przemieszczanie powinno się odbywać do miejsc położonych możliwie najbliżej. Należy podkreślić, że każdy Zamawiający jest związany nie tylko PZP, ale także pozostałymi przepisami powszechnie obowiązującego prawa, Zatem w niniejszym przypadku Zamawiający ma także obowiązek przestrzegać treści art. 9 ustawy o odpadach, który obliguje do przestrzegania zasady bliskości. Zatem przepisy ustawy o odpadach stanowią *lex specialis* w stosunku do PZP. Wedle orzecznictwa ZA zawarcie umowy z wykonawcą sprzecznie z zasadą bliskości oznaczałoby nieważność umowy w oparciu o art. 58 K. c., tj. sprzeczność czynności prawnej (umowy) z ustawą o odpadach.” Za godny przytoczenia uznał zamawiający również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2006 r. (sygn. akt; UZP/ZO/0-1723/06) cyt. „Powyższa zasada bliskości dla określonych rodzajów odpadów, w tym stanowiących przedmiot zainteresowania w niniejszym postępowaniu, jest wiążąca, mimo że utrudnić może dostęp do zamówienia podmiotom, które nie zapewniły sobie możliwości korzystania z instalacji spełniających powołane warunki,” wyrok KIO /UZP 343/11 z dnia 02.03.2011 r. podkreślający ważność zasady bliskości, a także opinię Urzędu Zamówień Publicznych - Departament Prawny,

Warszawa, z dnia 19.12.2007 r. UZP/DP/O-JDU/157047/30030/07, zgodnie z którą oferta naruszająca zasadę bliskości powinna być odrzucona. Z uwagi na powyższe zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieważną na podstawie odrębnych przepisów, w tym przypadku z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jeśli oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, jego oferta jest najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny. Nie uzyskując zamówienia, wskutek zarzucanych bezpodstawnych czynności zamawiającego, mógłby ponieść stratę finansową, co stanowiło spełnienie przesłanek legitymujących do wniesienia odwołania w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący w dokumentacji oferty przedstawił decyzję Wojewody Łódzkiego pozwolenie zintegrowane nr SR.VII-M/6617-2/PZ 60/2007 z dnia 23 maja 2007 r. (str. 16 oferty), ze zmianą z dnia 29 października 2010 r. na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 ton na dobę - Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie. Decyzją objęte zostały kody odpadów określonych w opisie przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący przedstawił również drugą decyzję Marszałka Województwa Dolnośląskiego z 5 listopada 2010 r. Nr DM-S.V.7654-177/10 oraz z dnia 7 lipca 2009 r. i z dnia 27 maja 2009 r. dotyczące pozwolenia na prowadzenie instalacji unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych w Miliczu oraz zbierania i transportu odpadów medycznych i weterynaryjnych na terenie województwa dolnośląskiego i wielkopolskiego, w zakresie odpadów o kodach określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Zezwolenia zostały udzielone na rzecz odwołującego. Przetwórnę w Miliczu odwołujący wskazał w treści oferty jako przeznaczoną do realizacji usługi unieszkodliwiania odpadów medycznych na rzecz zamawiającego. Natomiast instalację w Bełchatowie uważał za uzupełniającą, np. w przypadku awarii. W formularzu oferty oraz w zaakceptowanym podpisem wzorze umowy - podjął zobowiązanie, iż treść jego oferty będzie uwzględniać przepisy ustawy o ochronie środowiska i ustawy o odpadach.

Okoliczność przyznaną stanowiło, że przetwórnia odpadów niebezpiecznych w Bełchatowie leży w zasięgu terytorialnym województwa łódzkiego, natomiast przetwórnia w

Miliczu, leży na terenie województwa dolnośląskiego. Zarówno zgłaszający przystąpienie wykonawca Zakłady Energetyczne Blachownia Sp. z o.o. jak i wykonawca Remondis Medison Sp. z o.o. zaoferowali unieszkodliwienie odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych w spalarni usytuowanej w miejscowości ich wytworzenia, czyli na terenie Opolu, na podstawie udostępnionego potencjału przez formę EKO –TOP Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, na podstawie pozwolenia dla tego podmiotu na przetwarzanie odpadów w dzierżawionej Spalarni Odpadów Medycznych, zlokalizowanej na terenie Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej – Wojewódzkiego Centrum Medycznego w Opolu przy ul. Witosa.

Podstawowym argumentem odwołującego było, że zakłady którymi dysponuje, szczególnie w położony w Bełchatowie, zapewniają nowocześniejszą technologię przetwarzania odpadów medycznych, co w opinii odwołującego miało przeważać okoliczność, iż nie został spełniony warunek bliskości, gdyż obie te spalarnie są położone poza terytorium województwa opolskiego.

Zdaniem Izby, przepis art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.), że odpady powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu w instalacjach spełniających wymagania najlepszej techniki lub technologii, stanowi normę ogólną - adresowaną nie tylko do wykonawców składających oferty na unieszkodliwienie odpadów medycznych, jak przede wszystkim do ośrodków decyzyjnych w odniesieniu do ochrony środowiska naturalnego i prowadzonej przez nich polityki w tym zakresie i wydawanych zezwoleń na unieszkodliwienie odpadów. Taki też charakter kierunkowy, wyznacza stwierdzenie w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, iż powinny one być unieszkodliwiane uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy o ochronie środowiska. Przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), stanowią skonkretyzowanie nakazanych norm postępowania podmiotów, które w swojej działalności wytwarzają określone kategorie odpadów, zbierają je, gromadzą, transportują oraz zajmują się ich unieszkodliwianiem. Przepis art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach zezwala na przekazanie odpadów, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione w miejscu ich powstawania – do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, uwzględniając najlepszą technikę lub technologię. Postanowienia ust. 3 art. 9 ustawy o odpadach zakazują wprost poddawania odzyskowi lub unieszkodliwianiu określonych odpadów, wytworzonych poza obszarem tego województwa, na którym zostały wytworzone. Zakazem takim objęty jest również przywóz w celach poddawania odzyskowi lub unieszkodliwieniu, odpadów wytworzonych w innym województwie. Z mocy ust. 4 art. 9 odpady mogą być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze województwa innego, niż te na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji lub miejsca przeznaczonego do odzysku lub unieszkodliwiania jest

mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Ze wskazania art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach – wynika, iż wyżej przytaczane przepisy ust. 3 i 4, stosuje się odpowiednio do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych.

Sposób sformułowania cytowanych przepisów, w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, iż mają one charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem odstępstwo od ich stosowania skutkowałoby nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 §1 K.c.

Odwołujący w formularzu złożonej oferty i zaakceptowanym wzorze umowy, która będzie zawarta z wykonawcą zamówienia, w § 1 pkt 4 zagwarantował, iż wykonanie usługi odbywać się będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), oraz ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (tj. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.) - Prawo ochrony środowiska, tym samym objął to zobowiązanie treścią swojej oferty. Przyjęcie zatem oferty odwołującego z uwzględnieniem wywozu odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych do spalarni w województwie łódzkim, czy dolnośląskim, w sytuacji gdy na terenie Opola znajduje się zakład utylizacji tego typu odpadów, posiadający wystarczające moce przerobowe, oraz zawarcie na takich warunkach umowy o realizację zamówienia - mogłoby skutkować nieważnością tej umowy.

Powoływany przez odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie o sygn. akt IX Ga 183/11 z dnia 16 sierpnia 2011 r. zapadł w odmiennych okolicznościach faktycznych. W szczególności Sąd ten stwierdził, iż oceniał okoliczność - „(...) wobec braku na terenie województwa lubelskiego instalacji służącej unieszkodliwianiu tego rodzaju odpadów.”

W przekonaniu Izby, zasadnie zamawiający uznał ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ - nie oferuje wykonania usługi najbliższej miejsca wytworzenia odpadów, mimo że w Opolu istnieje odpowiednia instalacja spalarni, mająca wolne moce przerobowe. Przy czym z protokołu komisji przetargowej z dnia 16 września 2011 r. wynika, iż wszyscy wykonawcy, uczestniczący w postępowaniu stosują procesy spalania oznaczone symbolem „D10,” co świadczy o zbliżonej technologii.

Ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu do podmiotów, które byłyby w stanie wykazać, iż posiadają własne, lub dysponują na innej podstawie prawnej, np. dzierżawy - instalacjami do spalania odpadów medycznych na terenie województwa opolskiego, wraz ze stosownymi wydanymi im zezwoleniami, wynika z upoważnienia ustawy o odpadach, zatem nie może być uznane za czynność zamawiającego naruszającą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca przez ustanowienie „zasady bliskości” w odniesieniu do procedur unieszkodliwiania odpadów, realizuje nadrzędny interes publiczny, aby odpady

niebezpieczne, jakimi są odpady medyczne o oznaczonych kodach, podlegały przemieszczeniu w celu ich unieszkodliwienia, na jak najkrótszej trasie, w celu zminimalizowania ryzyka ich oddziaływania zakaźnego i możliwości rozprzestrzeniania chorób, chociażby wskutek potencjalnych wypadków komunikacyjnych. Izba podzieliła poglądy wyrażone w wyroku KIO 122/11 z dnia 2 lutego 2011 r.

Zakładając jednak racjonalność ustawodawcy, nie można byłoby z góry wyłączyć dopuszczalności wyboru oferty wykonawcy dysponującego instalacją w innym województwie, nawet zlokalizowaną w dalszej odległości, ale jedynie w sytuacji wykazania niewystarczających mocy przerobowych miejscowej spalarni odpadów (czy wyłączenia z użytkowania - wskutek remontów, przestojów), gdyż nadmierne gromadzenie u wytwórcy zakaźnych odpadów medycznych, stwarzałoby również określone zagrożenia. Z tych względów Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że oferta odwołującego sama w sobie jest dotknięta bezwzględną nieważnością i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący posiada stosowne zezwolenia, dysponuje instalacjami do unieszkodliwiania odpadów medycznych. Nie wykazał jednak takiej okoliczności, iż spalarnia w Opolu nie posiada wystarczającej mocy przerobowej do obsługi przedmiotowego zamówienia, a wręcz oferty pozostałych wykonawców, oferujących wykonanie usługi na bazie potencjału technicznego tegoż właśnie zakładu w Opolu, stanowią bezpośredni dowód, iż wytwórnia ta jest w stanie przyjąć i poddać procesom spalania zakładaną w tym postępowaniu ilość odpadów medycznych.

Mimo, iż przywołane wyżej przepisy odnoszą się do uwzględnienia najlepszej techniki czy technologii zakładu przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów (spalarni odpadów), to nie wprowadzają żadnej kategoryzacji tych zakładów - według powyższego kryterium. Przynajmniej odwołujący na to się nie powoływał, jedynie ogólnie wywodząc, że dysponuje bardziej nowoczesną linią do spalania odpadów niż konkurenci. Izba przyznała rację przystępującemu, iż adresatem tej normy są organy wydające odpowiednie zezwolenia, które są w stanie ocenić spełnienie normatywnych wymagań i parametrów technicznych, czy emisji spalin do środowiska. W przekonaniu Izby, zamawiający jako zakład opieki zdrowotnej, nie ma ani obowiązku, ani też możliwości ustalania, która z instalacji oferowana do wykonania usługi unieszkodliwiania odpadów, jest bardziej nowoczesna – zaawansowana technicznie i technologicznie. Z punktu widzenia zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy składającego ofertę, istotny jest fakt, że proponowany zakład spalarni spełnia wymagania, co potwierdza decyzja uprawnionego organu administracyjnego dopuszczenia do użytkowania w tym zakresie, wydana na rzecz podmiotu ubiegającego się o zamówienie.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie wykazało zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, gdyż odrzucenie oferty odwołującego znajdowało uzasadnienie, a czynność ta nie uchybiała zasadzie równego traktowania wykonawców,

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, nie mogła zostać wybrana do realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie podlegał rozpatrzeniu, jako przekraczający zakres kognicji Izby, wyznaczony przez art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Izba również nie odniosła do zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp, w kontekście podstaw odpowiedzialności za naruszenie zasad dyscypliny finansów publicznych, gdyż nie posiada uprawnień do wypowiedzania się w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – wniesiony wpis podlegał zaliczeniu na poczet kosztów postępowania.

Przewodniczący:

.....