

Sygn. akt: KIO 1398/11

WYROK

z dnia 15 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Krzysztofa Rdesta, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest w Żyrardowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **Krzysztofa Rdesta, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest w Żyrardowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie** na rzecz **Krzysztofa Rdesta, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest w Żyrardowie** kwotę **18.444 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy czterystu czterdziestu czterech złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest wywóz i utylizacja odpadów medycznych wraz z zakupem pojemników do utylizacji odpadów, PN - 52/11.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2011 r. Nr 2011/S 78-128457.

W dniu 21 czerwca 2011 r. zamawiający przesłał wykonawcy Krzysztofowi Rdestowi, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi, Krzysztof Rdest w Żyrardowie zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego odwołujący wniósł w dniu 1 lipca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że przedmiotem zamówienia jest unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych, które powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 9 ust. 3-5 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 wytwarzania. Powyższe jest wymogiem ustawowym potwierdzonym w § 2 projektu umowy wymagającym realizacji przedmiotu umowy zgodnie z przepisami ustawy o odpadach.

Wskazywał, że oferta złożona przez przystępującego nie gwarantuje dochowania tego ustawowego wymagania. Zgodnie ze złożoną przez tego wykonawcę ofertą decyzjami w niej zawartymi odpady unieszkodliwiane będą w instalacjach w Bełchatowie i Sandomierzu. Żadna z tych instalacji nie znajduje się na terenie województwa mazowieckiego, a ponadto obie znajdują się dalej od instalacji oferowanych przez

odwołującego, który oferuje unieszkodliwienie tych odpadów na terenie województwa ich wytworzenia, tj. w instalacji w Ostrołęce.

W oparciu o powyższe odwołujący wywodził, że oferta złożona przez przystępującego nie spełnia wymagań wynikających z przepisu art. 9 ust. 3 - 5 ustawy o odpadach oraz postanowień SIWZ dla niniejszego postępowania i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach oraz § 2 projektu umowy.

Przywoływał treść orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 21 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-451/06), wyroków Izby: z dnia 09.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10, z dnia 02.03.2011 r. sygn. akt KIO/343/11. Dodatkowo podkreślał, iż oferowana przez przystępującego instalacja w Sandomierzu posiada zezwolenie do unieszkodliwiania odpadów tylko do 10 lipca 2011 r. a więc jest niezgodna z pkt III SIWZ, zgodnie z którym wykonawca powinien dysponować zakładem utylizacji odpadów medycznych zapewniającym unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego, w terminie określonym w SIWZ. Natomiast punkt VII SIWZ wymaga 24 - miesięcznego terminu realizacji zamówienia. Uwzględniając powyższe instalacja w Sandomierzu nie gwarantuje zachowania unieszkodliwiania odpadów w wymaganym terminie.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego;
- 2) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 01 lipca 2011 r. przesłał przystępującemu kopię odwołania wzywając go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 01 lipca 2011 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego doręczając zgłoszenie przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 4 lipca 2011 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zachowany. Przystępujący przekazał zamawiającemu i odwołującemu kopię zgłoszenia przystąpienia. W zgłoszeniu przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2011 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, stosownie do art. 186 ust. 1 ustawy pzp. W odpowiedzi tej poinformował, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 6 lipca 2011 r. przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W dniu 6 lipca 2011 r. za pośrednictwem faksu, zaś następnego dnia w formie pisemnej, przystępujący, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw, o którym mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. W sprzeciwie tym przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W sprzeciwie argumentował, że zgodnie z treścią SIWZ przedmiot zamówienia obejmował odpady medyczne o następujących kodach: 18 01 02, 18 01 03, 18 01 08. Wskazywał, iż o właściwościach zakaźnych poszczególnych kategorii odpadów mowa jest w Załączniku Nr 4 „Właściwości odpadów, które powodują że odpady są niebezpieczne” do ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach. W dokumencie tym odpady zakaźne zostały przedstawione jako: H9 „zakaźne”: substancje zawierające żywe mikroorganizmy lub ich toksyny, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do przyjęcia, że powodują choroby człowieka lub innych żywych organizmów. Definicja ta pozwala uznać, iż wśród odpadów medycznych objętych przedmiotowym zamówieniem odpady o kodach 18 01 02, 18 01 03 są odpadami zakaźnymi. Zgodnie z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, odpady medyczne o właściwościach zakaźnych (zakaźne 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. W przedmiotowym postępowaniu żaden wykonawca nie dysponuje spalarnią odpadów położoną na terenie województwa mazowieckiego, umożliwiającą unieszkodliwienie wszystkich odpadów zakaźnych objętych przedmiotowym postępowaniem. Podnosił, że na terenie województwa mazowieckiego nie ma instalacji, która mogłaby unieszkodliwić wszystkie odpady zakaźne objęte przedmiotowym zamówieniem. Tak więc zakaźne odpady medyczne muszą zostać unieszkodliwione poza terenem województwa mazowieckiego. Ponadto, dokonując wyboru instalacji unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z wykładnią art. 9 ustawy o odpadach należy kierować się dwoma kryteriami, które przy wyborze oferty winny zaistnieć łącznie tj.:

- 1) miejsce utylizacji 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 27.04.2001r. Prawo ochrony środowiska.

Treść art. 9 ust. 2 - 5 ustawy o odpadach wprowadza 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. Jest to

drugie równoważne kryterium wprowadzone do tegoż przepisu (obok przekazywania zakaźnych odpadów medycznych do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione). Powyższe argumenty zostały potwierdzone m.in. 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 27.04.2001r. - Prawo ochrony środowiska. Oznacza to, że przeprowadzając procedurę udzielenia zamówienia publicznego należy brać pod uwagę obie przesłanki”. Przywoływał wyrok Izby z dnia 27 czerwca 2011 roku, o sygn. KIO 1293/11.

Podkreślał, że posiadana przez przystępującego instalacja spełnia wymagania ochrony środowiska wynikające z najlepszej dostępnej techniki BAT, co potwierdza załączone do oferty pozwolenie zintegrowane, wydane przez Wojewodę Łódzkiego nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 roku (str. 19 pozwolenia zintegrowanego). Zaproponowana instalacja jest jedyną spośród zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu, posiadającą pozwolenie zintegrowane, a więc jedyną spełniającą wymagania wynikające z najlepszej dostępnej techniki i technologii BAT. Jest również instalacją zapewniającą unieszkodliwienie wszystkich odpadów medycznych zakaźnych, objętych przedmiotowym zamówieniem.

Podkreślał, że instalacje zaproponowane przez odwołującego, nawet gdyby zsumować ich moce przerobowe, nie zapewniają unieszkodliwienia w skali roku 200 Mg zakaźnych odpadów medycznych o kodzie 18 01 03, objętych przedmiotowym postępowaniem. Zaproponowane przez odwołującego instalacje zlokalizowane są nieco bliżej od instalacji zaproponowanej przez przystępującego, ale dają potencjalną możliwość unieszkodliwienia łącznie ok 178,5 Mg odpadów o kodzie 18 01 03. Powołując się na załączone do oferty odwołującego decyzje administracyjne wywodził, że Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrołęce może unieszkodliwiać w ciągu roku 190 Mg odpadów o kodzie 18 01 03, sam wytwarza 120 Mg takich odpadów rocznie, a więc posiada wolne moce przerobowe na poziomie 70 Mg rocznie. Z kolei Szpital Wojewódzki w Łomży może unieszkodliwiać w ciągu roku 274,5 Mg odpadów o kodzie 18 01 03, sam wytwarza 166 Mg takich odpadów rocznie, a więc posiada wolne moce przerobowe na poziomie 108,5 Mg rocznie. Odwołujący nie dysponuje spalarnią odpadów medycznych umożliwiającą unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych o kodzie 18 01 03 objętych przedmiotowym zamówieniem w ilości zgodniej ze SIWZ tj. 200 Mg w skali roku. Zaproponowane przez odwołującego instalacje nie spełniają również wymogów najlepszej dostępnej techniki lub technologii BAT.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualny wybór oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta odwołującego sklasyfikowana jest na drugim miejscu, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest wywóz, transport i utylizacja odpadów specyficznych poszpitalnych, części ciała i tkanki ludzkiej, przeterminowanych leków cytostatycznych i cytotoksycznych oraz przeterminowanych leków, nie posiadających w swym składzie substancji niebezpiecznych z Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie przy ul. W.K. Roentgena 5 i ul. Wawelskiej 15 oraz odbiór i utylizację odpadów medycznych powstałych w wyniku działalności wyjazdowej „Cytomammobusu” w województwie mazowieckim (dotyczy odpadów medycznych o kodzie: 18-01-03) wraz z zakupem pojemników do utylizacji w/w odpadów – szczegółowo określonych w załączniku nr 1 do SIWZ (pkt III SIWZ).

W myśl załącznika nr 1 do SIWZ przedmiotem zamówienia jest m.in.:

- a) wywóz odpadów medycznych – kod 18-01-03 – metoda utylizacji D9,D10, w ilości 200.000 kg rocznie,
- b) wywóz i utylizacja odpadów medycznych zawierających części ciała i tkankę ludzką – kod 18-01-02, metoda utylizacji D10, w ilości 6.000 kg rocznie,

c) wywóz i utylizacja odpadów specjalnych, zawierających w swym składzie przeterminowane leki cytostatyczne i cytotoksyczne – kod 18-01-08; metoda utylizacji D10, w ilości 130 kg rocznie,

d) wywóz i utylizacja odpadów medycznych, nie posiadających substancji niebezpiecznych, przeterminowane leki – kod 18-01-09; metoda utylizacji D10 w ilości 20 kg rocznie.

Spośród ww. odpadów medycznych charakter niebezpieczny mają odpady oznaczone kodami 18-01-03, 18-01-02, 18-01-08, natomiast charakteru takiego nie mają odpady o kodzie 18-01-09.

Ustalono ponadto, że zgodnie z § 2 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), zmodyfikowanego pismem z dnia 12 maja 2011 r. *Wykonawca zobowiązany jest do wykonania usługi z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. nr 185 poz. 1243 jt.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy, w tym w szczególności przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz. U. nr 139, poz. 940), ustawy z dnia 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. nr 25, poz. 150 jt.) i ponosi odpowiedzialność za przyjęte odpady w zakresie określonym przepisami tych ustaw.*

Stosownie do pkt III SIWZ Wykonawca powinien dysponować zakładem utylizacji odpadów medycznych o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego, w ilościach i terminie określonych w SIWZ lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania urządzeń niezbędnych do utylizacji odpadów medycznych. Zamawiający wymagał również podania informacji dotyczących przeznaczonych do wykonania zamówienia posiadanych urządzeń i ich wydajności (zawierających m.in. typ, wydajność, sposób utylizacji odpadów) (pkt IX 1b SIWZ).

W ofercie odwołującego wykonawca złożył informację, iż utylizacja odpadów odbywać się będzie na terenie województwa mazowieckiego w spalarni w Ostrołęce SPZ ZOZ im. dr J. Psarskiego w Ostrołęce przy Al. Jana Pawła II 120 A o wydajności: kod 18 01 02 - 90 Mg/rok, 18 01 03 – 190 Mg/rok, 18 01 08 1 Mg/rok, 18 01 09 – 0,8 Mg/rok oraz na terenie województwa podlaskiego w spalarni na terenie szpitala wojewódzkiego w Łomży przy Al. Piłsudskiego 11 o wydajności: kod 18 01 02 - 2 Mg/rok, 18 01 03 – 274,5 Mg/rok, 18 01 08 - 1 Mg/rok, 18 01 09 – 0,5 Mg/rok).

Do oferty załączono również umowy łączące odwołującego z innymi podmiotami wraz z decyzjami administracyjnymi wydanymi na rzecz tych podmiotów:

- 1) umowę z dnia 1 lutego 2010 r. pomiędzy Samodzielnym Zespołem Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce a „EMKA Handel Usługi Krzysztof Rdest”, zgodnie z którą zleceniobiorca zobowiązuje się do świadczenia usług polegających na termicznym przekształcaniu odpadów medycznych między innymi o kodzie 18 01 03 18 01 02, 18 01 08 18 01 09 18 02 02, w tym przyjęcia do spalania odpadów i ich utylizacji w spalarni odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- 2) decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 10 marca 2010 r. (znak: PŚ.IV./PS/7670-53.14/09) zmieniającą wcześniej wydane decyzje administracyjne – udzielające Samodzielnemu Zespołowi Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce pozwolenia na wytwarzanie odpadów, oraz dopuszczające do unieszkodliwiania odpadów,
- 3) umowę Nr 0387/07/PW dotyczącą unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych medycznych, z dnia 1 czerwca 2007 r. pomiędzy Szpitalem Wojewódzkim w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego a „EMKA Handel Usługi Krzysztof Rdest”, zgodnie z którą szpital zobowiązuje się do przyjęcia do spalania między innymi odpadów medycznych o kodach 18 01 02 , 18 01 03, 18 01 08, 18 01 09, 18 01 82;
- 4) decyzję z 23 sierpnia 2006 r. Wojewody Podlaskiego (znak: ŚR.Io.JW.66200/10/04/05/06), zmieniającą wcześniej wydaną decyzję administracyjną udzielającą Szpitalowi Wojewódzkiemu w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego zezwolenia na wytwarzanie odpadów, oraz zezwalające na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów.

Ponadto odwołujący złożył wraz z ofertą decyzję nr DROŚ.S.SO.EB.7653-10/08/09 z dnia 14 stycznia 2009 r. wydaną przez Marszałka Województwa Pomorskiego w sprawie wydania pozwolenia Starostwu Powiatowemu w Tczewie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem działalności w zakresie zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów w instalacji termicznego przekształcania odpadów zlokalizowanej na terenie Szpitala Powiatowego w Tczewie. Izba przy wyrokowaniu nie brała pod uwagę ww. lokalizacji, albowiem w trakcie rozprawy odwołujący oświadczył, że nie zamierza utylizować w Tczewie żadnych odpadów będących przedmiotem zamówienia.

W ofercie przystępującego wykonawca ten złożył informację, zgodnie z którą utylizacja odpadów odbywać się będzie na terenie województwa łódzkiego tj. w zakładzie termicznej utylizacji odpadów medycznych w Bełchatowie o wydajności 500 kg/h oraz na terenie województwa świętokrzyskiego w spalarni odpadów medycznych przy SPZOZ w Sandomierzu o wydajności 115 kg/h. Do oferty dołączono decyzję Wojewody Łódzkiego Nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie udzielenia ECO-ABC sp. z o.o. pozwolenia

zintegrowanego na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych w Zakładzie Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie. Nadto, przystępujący złożył decyzję Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z dnia 31 grudnia 2008 r., znak OWŚ.VII.7680-9/08 udzielającą przystępującemu uzyskał zezwolenie na zbieranie, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w pierwszej kolejności należało stwierdzić, że nie było sporne pomiędzy Stronami i uczestnikiem postępowania, iż przedmiot zamówienia powinien być wykonany z uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach, jak również aktów wykonawczych do tej ustawy. Na taki sposób wykonania zamówienia wskazywała przede wszystkim treść § 2 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ). Ponadto stosownie do art. 355 § 2 Kodeksu Cywilnego należyta staranność podmiotu w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należy oceniać przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, z czego w orzecznictwie wywodzi się konieczność znajomości obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93).

Zgodnie z przepisem art. 9 przywoływanej ustawy, odpady powinny być w pierwszej kolejności poddawane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania (ust. 1). Zasada jest więc, że odpady powinny być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu w miejscu ich wytworzenia. Dopiero wtedy, gdy nie mogą być zagospodarowane tam gdzie są wytworzone, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę, zdefiniowaną w art. 3 pkt 10 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150, z późn. zm.), lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy – Prawo ochrony środowiska, przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione (ust. 2). Oczywistym jest więc, że w świetle ww. przepisu miejsca w których odpady mają być unieszkodliwiane muszą spełniać obydwa kryteria: tj. techniczno - technologiczne oraz odległościowe, zaś obydwa kryteria mają znaczenie równorzędne.

Uszczegółowienie kryterium odległościowego wynikającego z art. 9 ust. 1 i ust. 2 ustawy o odpadach w odniesieniu do niektórych kategorii odpadów (w tym z mocy art. 9 ust. 5 także do zakaźnych odpadów medycznych, które w większości stanowią przedmiot zamówienia), zostało wyartykułowane w art. 9 ust. 3 i 4 ustawy. Odpady te powinny być unieszkodliwione w województwie ich wytworzenia, względnie na obszarze innego województwa jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji lub unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż 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 nie można bowiem zapominać o podstawowym celu regulacji określonym w art. 1 ust. 1 ustawy o odpadach, a mianowicie o tym, iż służy ona 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, w ocenie Izby, należy badać możliwości unieszkodliwiania odpadów w danym miejscu, biorąc pod uwagę te miejsca, w których obiektywnie możliwe jest unieszkodliwianie odpadów w ilości określonej w SIWZ.

Przedmiotem zarzutu podniesionego w odwołaniu było to, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia wbrew zasadzie bliskości określonej w art. 9 ust. 3 - 5 ustawy o odpadach i konsekwencji wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Odwołujący wywodził bowiem, że instalacje, w Bełchatowie i Sandomierzu, w których zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie przystępującego, wykonawca ten zamierzał unieszkodliwiać odpady, nie znajdują się na terenie województwa mazowieckiego, a ponadto obie znajdują się dalej od instalacji oferowanych przez odwołującego, który zamierza unieszkodliwiać odpady na terenie województwa ich wytworzenia, tj. w instalacji w Ostrołęce oraz na terenie województwa podlaskiego – w Łomży.

Przystępujący wywodził zaś, że z uwagi na brak możliwości unieszkodliwienia odpadów w ilości określonej w SIWZ bliżej miejsca wytworzenia odpadów, jego instalacje unieszkodliwiania odpadów w Bełchatowie i Sandomierzu są instalacjami położonymi najbliżej miejsca wytworzenia odpadów, w których można zutylizować wymaganą przez zamawiającego ilość odpadów.

Odwołujący i zamawiający w trakcie rozprawy podnieśli, że ww. twierdzenia przystępującego świadczą o sformułowaniu przez niego zarzutu, który nie może być przez Izbę rozpoznawany w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Istotnie, Izba z mocy ww. przepisu jest związana zarzutami odwołania, natomiast nie jest związana żądaniami. Izba podziela też stanowisko, że nie jest celem przystąpienia i sprzeciwu zgłaszanie nowych zarzutów, lecz popieranie lub odpieranie zarzutów podniesionych w odwołaniu. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają lub popierają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący, w okolicznościach niniejszej

sprawy, nie sformułował nowego zarzutu, lecz wyłącznie odpierał zarzuty podniesione w odwołaniu, popierając pierwotne stanowisko zamawiającego. Twierdzenia przystępującego zawarte w zgłoszeniu przystąpienia i sprzeciwie, iż instalacje położone na terenie województwa mazowieckiego i podlaskiego nie posiadają wystarczających mocy przerobowych w celu unieszkodliwienia ilości odpadów będących przedmiotem zamówienia ściśle łączyły się z podniesionym przez odwołującego zarzutem naruszenia zasady bliskości. Przystępujący wywodził bowiem w ten sposób, że z uwagi na brak możliwości unieszkodliwienia odpadów bliżej miejsca wytworzenia, jego instalacje unieszkodliwiania odpadów są położonymi najbliższym miejscem wytworzenia odpadów instalacjami, w których można zutylizować wymaganą przez zamawiającego ilość odpadów, a więc że przesłanki określone w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach nie ziściły się.

Zdaniem Izby, w celu ustalenia czy przystępujący naruszył zasadę bliskości oferując utylizację odpadów poza województwem ich wytworzenia tj. w instalacji w Bełchatowie i Sandomierzu koniecznym jest ustalenie, czy w najbliższych 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, jak wywodził odwołujący. Trudno bowiem uznać, że o naruszeniu zasady bliskości miałoby 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.

Stwierdzić w tym miejscu należy, że badania rzeczywistych możliwości unieszkodliwienia odpadów w oferowanych przez obu wykonawców instalacjach, chociażby w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaniechał pomimo, iż zobligowany był do tego treścią art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, do której w sposób wyraźny odesłał w treści SIWZ.

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut, iż przystępujący poprzez złożenie decyzji Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z dnia 31 grudnia 2008 r., znak OWŚ.VII.7680-9/08 udzielającej przystępującemu pozwolenia na wytwarzanie odpadów w instalacji termicznego przekształcania odpadów przy SP ZOZ w Sandomierzu, naruszył postanowienie pkt III SIWZ. Odwołujący twierdzenie to wywodził z faktu, że omawiane pozwolenie obowiązywało do 10 lipca 2011 r., zaś umowa ma być zawarta na okres 24 miesięcy. Izba wzięła pod uwagę, że decyzje administracyjne zezwalające na wytwarzanie odpadów są decyzjami terminowymi, co wynika z przepisu art. 188 ust. 1 Prawa ochrony środowiska, zgodnie z którym pozwolenie (w tym również pozwolenie na wytwarzanie

odpadów, o którym mowa w art. 181 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy) jest wydawane na czas oznaczony. Pozwolenie takie w dacie upływu terminu składania ofert tj. 9 maja 2011 r. jeszcze obowiązywało i mogło zostać przedłużone. Biorąc pod uwagę termin wygaśnięcia pozwolenia (10 lipca 2011 r.), termin rozprawy (14 lipca 2011 r.), jak również uwzględniając okoliczność iż pozwolenie obowiązujące od dnia 1 stycznia 2009 r. zostało wydane w dniu 31 grudnia 2008 r., tj. dopiero w przeddzień wygaśnięcia uprzednio obowiązującego pozwolenia z dnia 2 sierpnia 2005 r., może się okazać iż zostało już wydane kolejne pozwolenie. Kwestia ta jednak może i powinna być wyjaśniona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przy ponownym badaniu ofert w kontekście oceny zasady bliskości.

Skutkiem zaniechania wyjaśnienia treści ofert jest to, że nie można na obecnym etapie stwierdzić czy oferta przystępującego podlega odrzuceniu, a więc zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jest przedwczesny. Nie można bowiem stwierdzić, czy przystępujący zaproponował realizację zamówienia w sposób niezgodny z ustawą o odpadach, do której odwołuje się SIWZ. W konsekwencji decyzja zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona, zaś czynność badania i oceny ofert powtórzona.

Jeśli chodzi o drugie kryterium wyboru miejsca unieszkodliwienia odpadów, to stwierdzić należy, że stosownie do art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, przy ocenie zasady bliskości uwzględniać należy również kryterium techniczno - technologiczne tj. stosowanie przez wykonawcę najlepszych dostępnych technik lub technologii. Przystępujący wskazywał, że jego instalacja w Bełchatowie spełnia wymagania ochrony środowiska wynikające z najlepszej dostępnej techniki BAT, co wywodził z treści pozwolenia zintegrowanego.

Stosownie do art. 3 pkt 10 ustawy Prawo ochrony środowiska, do którego odsyła art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, przez najlepsze dostępne techniki rozumie się najbardziej efektywny oraz zaawansowany poziom rozwoju technologii i metod prowadzenia danej działalności, wykorzystywany jako podstawa ustalania granicznych wielkości emisyjnych, mających na celu eliminowanie emisji lub, jeżeli nie jest to praktycznie możliwe, ograniczanie emisji i wpływu na środowisko jako całość, z tym że pojęcie:

- a) "technika" oznacza zarówno stosowaną technologię, jak i sposób, w jaki dana instalacja jest projektowana, wykonywana, eksploatowana oraz likwidowana,
- b) "dostępne techniki" oznacza techniki o takim stopniu rozwoju, który umożliwia ich praktyczne zastosowanie w danej dziedzinie przemysłu, z uwzględnieniem warunków ekonomicznych i technicznych oraz rachunku kosztów inwestycyjnych i korzyści dla środowiska, a które to techniki prowadzący daną działalność może uzyskać,

c) "najlepsza technika" oznacza najbardziej efektywną technikę w osiągnięciu wysokiego ogólnego poziomu ochrony środowiska jako całości.

Ponadto w myśl art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska, do którego również odsyła art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, technologia stosowana w nowo uruchamianych lub zmienianych w sposób istotny instalacjach i urządzeniach powinna spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się w szczególności:

- 1) stosowanie substancji o małym potencjale zagrożeń;
- 2) efektywne wytwarzanie oraz wykorzystanie energii;
- 3) zapewnienie racjonalnego zużycia wody i innych surowców oraz materiałów i paliw;
- 4) stosowanie technologii bezodpadowych i małoodpadowych oraz możliwość odzysku powstających odpadów;
- 5) rodzaj, zasięg oraz wielkość emisji;
- 6) wykorzystywanie porównywalnych procesów i metod, które zostały skutecznie zastosowane w skali przemysłowej;
- 7) (uchylony);
- 8) postęp naukowo-techniczny.

W tym miejscu stwierdzić należy, że okoliczność, iż przepis art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska dotyczy instalacji nowobudowanych lub zmienianych w sposób istotny oznacza jedynie, że wymagań określonych w tym przepisie nie stosuje się do instalacji zbudowanych wcześniej, które nie są istotnie modyfikowane. Jednakże dokonując wyboru miejsca unieszkodliwienia odpadów, kryterium to powinno być uwzględniane, na co wyraźnie wskazuje brzmienie przepisu art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach.

Jeśli chodzi o charakter pozwolenia zintegrowanego, to słusznie podnosili odwołujący i zamawiający, że samo pozwolenie zintegrowane jest rodzajem decyzji administracyjnej, której wymaga prowadzenie instalacji, jeśli ze względu na rodzaj i skalę prowadzonej w niej działalności, może powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości (art. 181 ust. 1 pkt 1 i art. 201 ust. 1. ustawy Prawo ochrony środowiska). Tego typu akt administracyjny nie jest zatem wymagany w przypadku użytkowania instalacji, która, mając na względzie jej zakres oddziaływania, nie może znacznie wpływać na środowisko lub jego elementy. Pozwolenie zintegrowane, w intencji ustawodawcy zastępować ma tzw. pozwolenia sektorowe na korzystanie ze środowiska, tj. pozwolenie na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza; pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi; pozwolenie na wytwarzanie odpadów; o których mowa w art. 181 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo ochrony środowiska. Taki charakter pozwolenia zintegrowanego wynika jednoznacznie z treści art. 182, zgodnie z

którym pozwolenia sektorowe nie są wymagane w przypadku obowiązku posiadania pozwolenia zintegrowanego.

Jednakże oceniając posiadanie pozwolenia zintegrowanego należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z treścią art. 204 ust. 1 Prawa ochrony środowiska instalacje wymagające pozwolenia zintegrowanego powinny spełniać wymagania ochrony środowiska wynikające z najlepszych dostępnych technik, a w szczególności, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 2, nie mogą powodować przekroczenia granicznych wielkości emisyjnych. Skoro zatem przystępujący dla swej instalacji w Bełchatowie uzyskał pozwolenie zintegrowane to należy przypuszczać, iż jego instalacja unieszkodliwiania odpadów w Bełchatowie spełnia kryterium techniczne wynikające art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach. Jednocześnie podkreślić należy, że z faktu iż dla instalacji, w których odwołujący zamierza unieszkodliwiać odpady, tj. w instalacjach w Ostrołęce i Łomży nie zostało wydane pozwolenie zintegrowane lecz pozwolenie sektorowe nie można jeszcze wywodzić iż również w tych miejscach nie są stosowane najlepsze dostępne techniki. Decyzje udzielające pozwolenia na wytwarzanie odpadów w instalacji zlokalizowanej SPZ ZOZ im. dr J. Psarskiego w Ostrołęce Al. Jana Pawła II 120 A ani Szpitalu Wojewódzkim w Łomży im. Kard. Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, nie zostały w sposób określony w odrębnych przepisach uchylone ani zmienione.

Z drugiej jednak strony, przy ocenie kryterium techniczno - technologicznego należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 42 ust. 1a ustawy o odpadach zakaźne odpady medyczne mogą być unieszkodliwiane wyłącznie w taki sposób, który prowadzi do obniżenia zawartości ogólnego węgla organicznego do 5 % w tych odpadach. Z przepisu tego wynika więc, że instalacje, jakie mogą spełnić omawiany wymóg to w zasadzie wyłącznie instalacje prowadzące procesy wysokotemperaturowe, których głównym przykładem jest termiczne przekształcanie, zaś obydwaj wykonawcy zaoferowali unieszkodliwienie odpadów poprzez ich spalanie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający zaniechał dokonania czynności wyjaśnienia treści złożonych ofert i nie ustalił rzeczywistych możliwości unieszkodliwienia odpadów w oferowanych przez obu wykonawców instalacjach i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która może podlegać odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3444,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: