

**WYROK**

**z dnia 02 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **01 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów „Euro – Sokółka” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 25, 16-100 Sokółka** w dniu 20 stycznia 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ełku, ul. Suwalska 38, 19-300 Ełk**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) „Amest Kętrzyn” Sp. z o.o. w Mażanach (pełnomocnik); 2) Zdzisław Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel, Zdzisław Dąbrowski z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Mażany, 11-400 Kętrzyn**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ełku, ul. Suwalska 38, 19-300 Ełk i nakazuje**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów „Euro – Sokółka” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 25, 16-100 Sokółka** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastce tysięcy sześćset dziewięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ełku, ul. Suwalska 38, 19-300 Ełk** na rzecz **Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Euro – Sokółka” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 25, 16-100 Sokółka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych celem dalszego ich zagospodarowania*” (znak: PUK/EŁK/14/6223/22/11/2010 - ZP), zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Suwalska 38, 19-300 Ełk zwane dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 232-355251 w dniu 30.11.2010 r.

W dniu 11.01.2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) „Amest Kętrzyn” Sp. z o.o. w Mażanach (pełnomocnik); 2) Zdzisław Dąbrowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel, Zdzisław Dąbrowski z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Mażany, 11-400 Kętrzyn zwanego dalej: „*Konsorcjum Amest Kętrzyn*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajął Zakład Zagospodarowania Odpadów „Euro-Sokółka” Sp. z o.o., ul. Kolejowa 25, 16-100 Sokółka zwany dalej: „*Zakładem Zagospodarowania Odpadów „Euro-Sokółka” Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 20.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.1 Pzp Zakład Zagospodarowania Odpadów „Euro-Sokółka” Sp. z o.o., wniósł odwołanie od czynności z dnia 30.01.2011 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.01.2011 r. (faxem).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego postanowienia powyższego artykułu zostały naruszone przez Zamawiającego poprzez określenie dyskryminujących kryteriów oceny ofert. Zamawiający określając w SIWZ kryteria oceny ofert wskazał, iż oferty zostaną ocenione za pomocą systemu punktowego: cena 98 % oraz zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego 2 pkt, poza województwem 0 pkt. Jest to zdaniem Odwołującego istotne naruszenie zasady równego traktowania bowiem wskazane kryteria jednoznacznie dyskryminują podmioty ze względu na miejsce prowadzonej działalności. Należy podkreślić, że zarówno transport, jak i dalsze zagospodarowanie odpadów leżą po stronie wykonawcy zatem odległość od miejsca odbioru odpadów powinna mieć znaczenie jedynie w przypadku, gdyby koszty transportu odpadów leżały po stronie Zamawiającego, zaś odległość od miejsca odbioru zwiększała koszty dla Zamawiającego oraz wpływała na jakość

świadczonych usług. Odwołujący określił w ofercie najniższą cenę zobowiązując się tym samym do odbioru i transportu odpadów celem ich dalszego zagospodarowania, zatem wybór oferty najkorzystniejszej wydaje się być w tej sytuacji nieuzasadniony.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 91 ust 1 Pzp. Wskazał, że wyraźnie określił w ofercie, iż odpady są przez niego zagospodarowywane również na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego zatem nieprzyznanie punktów z tego tytułu wskazuje, iż oferta Konsorcjum Amest Kętrzyn została wybrana z naruszeniem art. 91 ust 1 Pzp. Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą przyjął niesłusznie, że Odwołujący zagospodarowuje odpady wyłącznie na terenie wojew. podlaskiego mimo, że tenże wyraźnie wskazał w ofercie zagospodarowanie odpadów także na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego. Brak punktów z tytułu zagospodarowania odpadów na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego każe przypuszczać, iż oferta Odwołującego nie została właściwie rozpoznana, a wynik postępowania przetargowego ogłoszony bez uwzględnienia istotnego w tym przypadku czynnika.

Odwołujący zarzucił, ponadto Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 3 Pzp. Kryteria określone w SIWZ jednoznacznie dyskryminują szereg podmiotów ze względu na właściwość jaką stanowi miejsce prowadzenia działalności. Wnosił o nakazanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie ponownej oceny ofert.

Mimo złożonej przez Odwołującego oferty przedstawiającej najkorzystniejszą dla Zamawiającego cenę w kwocie 198 zł netto/Mg uzyskała ona mniejszą ilość punktów niż oferta przedstawiona przez oferenta Konsorcjum Amest Kętrzyn w kwocie 201,85 netto/Mg. Decydującym okazało się kryterium miejsca zagospodarowania odpadów przez oferenta (województwo), które to w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczonych usług ani też nie zwiększa kosztów dla Zamawiającego, bowiem zarówno transport jak i dalsze zagospodarowanie odpadów znajduje się po stronie wykonawcy. Określanie kryteriów, które bezpośrednio nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia oraz nie wpływają na jakość świadczonych usług jest bezzasadne i niezgodne z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 3 Pzp. Zamawiający określając sposób oceny ofert wskazał, iż miejsce zagospodarowania odpadów stanowi dodatkowe obok ceny kryterium, które to określa, iż wykonawcy z wojew. warmińsko-mazurskiego otrzymują większą ilość punktów jedynie ze względu na miejsce prowadzonej działalności co nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie świadczonych usług. Kryteria określone przez Zamawiającego naruszają Pzp o równym traktowaniu stanowiąc jednocześnie podstawę stwierdzenia, iż kryteria określone w SIWZ dyskryminują szereg podmiotów ze względu na właściwość jaką stanowi miejsce prowadzonej działalności.

Zamawiający dokonując oceny ofert nie uwzględnił również niezwykle istotnego dla wyniku postępowania przetargowego zapisu oferty Odwołującego określającego miejsce zagospodarowania odpadów na terenie wojew. podlaskiego oraz warmińsko-mazurskiego. W związku z określeniem kryteriów oceny ofert za pomocą systemu punktowego: cena 98% oraz zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego

2 pkt, poza województwem 0 pkt; Zamawiający nie przyznał punktów Odwołującemu, mimo wyraźnego wskazania przez niego miejsca zagospodarowania odpadów również na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego. W warunkach udziału w postępowaniu przetargowym, a także przy określaniu kryteriów oceny ofert Zamawiający nie zastrzegł konieczności podania jednego miejsca zagospodarowania odpadów, zatem Odwołujący nie naruszył żadnego z tychże warunków określając w ofercie faktyczne miejsca zagospodarowywania przez niego odpadów w ramach prowadzonej działalności, tj. na terenie wojew. podlaskiego oraz warmińsko-mazurskiego. Odwołujący odpowiedział zgodnie z logiką sformułowanego przez Zamawiającego pytania ofertowego. Jak wynika bowiem z ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Ustawą o odpadach*”, zagospodarowanie odpadów to: „*zbieranie, transport, odzysk i unieszkodliwianie, w tym również nadzór nad takimi działaniami oraz nad miejscami unieszkodliwiania odpadów*”, a co za tym idzie, gospodarowanie odpadami w formie odzysku to przewóz np. pozyskanych surowców do recyklerów i organizacji odzysku na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego; bądź też w przetworzonej postaci do odbiorców, np. PET na terenie wojew. śląskiego, nie mówiąc o pozyskanym na bazie odpadów o kodzie 200301 (a taki był przedmiotem zamówienia) paliwie alternatywnym z odpadów o kodzie 191210 przekazywanym cementowniom np. w wojew. kujawsko-pomorskim. Odwołujący umieścił wojew. warmińsko-mazurskie w swojej ofercie mając również możliwość unieszkodliwiania odpadów poprzez składowanie na terenie Warmii i Mazur. Podniósł, że unieszkodliwianie poprzez składowanie (jedyna forma proponowana przez Konsorcjum Amest Kętrzyn) nie było przedmiotem zamówienia, a zagospodarowanie odpadów dostarczonych przez Zamawiającego przez odzysk jest jednocześnie zbieżne z Rozporządzeniem Zmieniającym Ministra Gospodarki z 12 czerwca 2007 r. (Dz. U. Nr 121, poz. 832) zał. 4a do Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z 7 września 2005 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu, przewidującym ograniczanie składowania odpadów o kaloryczności powyżej 6 MJ i całkowity zakaz ich składowania z upływem 2012 r. Takiego rozwiązania nie proponuje Konsorcjum Amest Kętrzyn z załączonej dokumentacji nie wynikają bowiem takie możliwości techniczne.

Wynik postępowania przetargowego wskazuje, iż oferta najkorzystniejsza została wybrana z naruszeniem art. 91 ust 1 Pzp. Odwołujący w wyniku postępowania przetargowego uzyskał mniejszą ilość punktów mimo, iż przedstawił korzystniejszą ofertę cenową oraz spełnił kryterium prowadzenia działalności również na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego.

Zamawiający w dniu 21.01.2011 r. wezwał emailem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) W dniu 24.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Amest Kętrzyn zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Przystępujący wnosili: a) o odrzucenie odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp), jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; b) o oddalenie odwołania w związku z bezzasadnymi zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Odwołujący stawia zarzut stosowania dyskryminujących kryteriów oceny ofert i naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp i art. 91 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie mógł przyznawać punktów za: „*zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie województwa warmińsko - mazurskiego 2 pkt, poza województwem 0 pkt. (art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2004 r. o odpadach)*”. Zdaniem Odwołującego to kryterium dotyczy właściwości wykonawcy. Negując ten fakt Przystępujący stwierdził, że choć Odwołujący formalnie wniósł odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to w istocie zaskarża jedno z kryteriów oceny ofert w brzmieniu: „*zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie województwa warmińsko - mazurskiego 2 pkt, poza województwem 0 pkt. (art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2004 r. o odpadach)*”. W trybie przetargu nieograniczonego kryteria oceny ofert i ich znaczenie w tym samym dniu publikowane są zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Natomiast każdy z wykonawców ma uprawnienie wniesienia odwołania zarówno na treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i na treść SIWZ. Zatem Odwołujący miał ustawowe terminy (10 dni albo 15 dni) na wniesienie odwołania na kryterium oceny ofert opisane jako: „*zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie województwa warmińsko - mazurskiego 2 pkt., poza województwem 0 pkt. (art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2004 r. o odpadach)*”. Odwołujący nie wniósł jednak odwołania na powyższe kryterium w terminie przewidzianym przez Pzp, być może zakładając, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący zaskarżył powyższe kryterium dopiero, gdy jego oferta nie została wybrana w niniejszym postępowaniu. Dlatego też w ocenie Przystępującego odwołanie powinno być odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Natomiast w przypadku nie odrzucenia odwołania przez KIO, Przystępujący podnosił co następuje. Po pierwsze, kwestionowany przez Odwołującego opis kryterium oceny ofert nie dotyczy właściwości wykonawcy, lecz przedmiotu zamówienia. Po drugie, zaskarżone przez Odwołującego kryterium oceny ofert odzwierciedla tzw. zasadę bliskości. Treść 9 ust. 4 ustawy o odpadach stanowi: „*Niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze województwa innego niż te, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji lub miejsca przeznaczonego do odzysku lub unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa*”. W treści niniejszego przepisu sformułowana została zatem tzw. zasada bliskości.

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 poszerzenia 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. Co niezwykle istotne również dorobek orzecznictwa jednoznacznie wskazuje na to, że Zamawiający powinien zasadę bliskości odzwierciedlić w treści SIWZ:

- *„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 ZA z dnia 20.06.2006 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-1723/06),
- *Skoro czynność ta będzie wykonywana w odległości ok. 280 km, a więc większej niż oferowana przez Odwołującego, to oznacza uchybienie zasadzie „bliskości” wynikającej z art. 9 ustawy o odpadach, która, w ocenie Zespołu Arbitrów, winna być bezwzględnie przestrzegana”* (wyrok ZA z dnia 13.05.2006 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-667/06),
- *„Regulacje prawne ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i dlatego mają pierwszeństwo w stosowaniu w przypadku zamówienia dotyczącego odzysku lub unieszkodliwiania odpadów”* (wyrok ZA z dnia 13.03.2006 r.; sygn. akt: UZP/ZO/0-665/06).

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 KC, tj. sprzeczność czynności prawnej (umowy) z ustawą o odpadach.

W dniu 26.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniosła na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp,

odpowieź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w calosci odwolania. Kopia zostala przekazana Odwołujacemu oraz Przystepujacemu na rozprawie.

Wskazal, ze gospodarka odpadami zajmuje sie od chwili powstania, tj. 31.10.1991 r. Posiada CERTYFIKAT ZINTEGROWANEGO SYSTEMU ZARZADZANIA JAKOSC \* SRODOWISKO wg. norm PN-EN 9001:2009 i PN-EN 14001:2005. Jako podmiot zobowiazana jest do stosowania Pzp oraz ustaw srodowiskowych w tym ustawy o odpadach. Zamowienie publiczne z zakresu zagospodarowania odpadow realizuje po raz drugi. W roku ubieglym w przetargu zlozono dwie oferty :

- 1) Zaklad Zagospodarowania Odpadow Euro - Sokolka
- 2) MPO Bialystok; obie z wojew. podlaskiego. Po zawarcu umowy otrzymal pisma od Wojewodzkiego Inspektora Ochrony Srodowiska w Olsztynie oraz Marszalka Wojewodztwa Podlaskiego, ze nie respektuje wymogow opisanych art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach. W związku z powyższym w SIWZ zamowienia wprowadzil dodatkowe punkty za zagospodarowanie odpadow na terenie wojew. warmińsko- mazurskiego.

Nie ograniczyl jednak udzialu w postepowaniu Wykonawcom spoza wojewodztwa, majac na względzie, ze przy braku ewentualnych zgloszen Wykonawcow z wojew. warmińsko-mazurskiego nie doszloby do realizacji zamowienia. Zmawiajacy nie przewidywal punktow za czesciowe tylko zagospodarowanie odpadow na terenie tego wojewodztwa. Uwzgledniajac „zasade bliskości” o ktorej mowa w art. 9 ustawy o odpadach - wskazujemy, ze odleglosc z Ełku do Sokolki jest wieksza niz do Mazan o okolo 25 km. Nie podzielim stanowiska Odwołujacego, ze zastosowanie powyższego kryterium jest istotnym naruszeniem zasady rownego traktowania oferentow, wedlug niego jest to spełnienie wymogow srodowiskowych. Od chwili zamieszczenia SIWZ Odwołujacy posiadal wiedze o kryteriach, a mimo to i nie wnosil odwolania.

**Skład orzekajacy Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu sie z materialem dowodowym wskazanym ponizej, postanowieniami SIWZ, wyjasnieniami Zamawiajacego treści SIWZ z dnia 16.12.2010 r., ofertą Odwołujacego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11.01.2011 r., odwołaniem, przystapieniem do postepowania odwoławczego, odpowiedzią na odwołania wraz z załącznikami, po wysluchaniu oswiadczen, jak i stanowisk stron oraz Przystepujacego zlozonych ustnie do protokolu w toku rozprawy, ustalil i zważyl, co nastepuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekajacy Izby ustalil, ze nie zostala wpełniona zadna z przeslanek skutkujacych odrzuceniem odwolania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszacy odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniajacy go do zlozenia odwolania, przy zalozeniu potwierdzenia sie zarzutow. Zdaniem Izby, Odwołujacy, ktorego oferta zostala sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny



ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, wyjaśnień Zamawiającego treści SIWZ z dnia 16.12.2010 r., oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11.01.2011 r., odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (pismo z dnia 03.09.2010 r. Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Olsztynie oraz pismo z dnia 05.03.2010 r., Marszałka Województwa Podlaskiego), jak również złożone w toku rozprawy przez Odwołującego kopie 2 umów (1 - umowa z dnia 02.08.2010 r., jak i 2 – umowa z dnia 30.12.2010 r.) .

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego z posiedzenia poparty przez Przystępującego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu w trybie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy wskazać, że z odwołania wynika co najwyżej spóźniony charakter niektórych zarzutów, do czego Izba odniesie się w dalszej części. Wobec brak podstaw prawnych do częściowego odrzucenia, jak biorąc pod uwagę sformułowanie zarzutu będącego konsekwencją błędnej oceny oferty Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego, w toku badania i oceny złożonych ofert i brak przyznania punktów według kryterium, zagospodarowanie odpadów na terenie woj. warmińsko - mazurskiego przez oferenta, Izba uznała jak na wstępie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez określenie dyskryminujących kryteriów oceny ofert, za pomocą systemu punktowego: cena 98 % oraz zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego 2 pkt, poza województwem 0 pkt. Ponadto, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 3 Pzp, stwierdzając, że kryteria określone w SIWZ jednoznacznie dyskryminują szereg podmiotów ze względu na właściwość jaką stanowi miejsce prowadzenia działalności.

Izba ww. zarzutów nie rozpatrywała, z uwagi na ich nie podtrzymanie przez Odwołującego na rozprawie. Ponadto, odnosiły się one *stricte* do jednego z kryterium oceny ofert, tj. zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego, czyli do postanowień SIWZ, wszelkie ewentualne zarzuty w tym zakresie były spóźnione z uwagi na upływ terminów ustawowych na składanie środków ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 91 ust 1 Pzp poprzez nie przyznanie punktów z tytułu zagospodarowanie odpadów także na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego mimo wyraźnego wskazania w tym zakresie w ofercie. Izba uznała, niniejszy zarzut za zasadny. W konsekwencji Zamawiający naruszył także art. 7 ust.1 Pzp.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający określił w SIWZ następujące postanowienia:

*„Usługa odbioru i transportu odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 celem ich dalszego zagospodarowania z miejscowości Siedliska k/Ełku, 19-300 Ełk. (..) Zamawiający nie jest wytwórcą odpadów w związku z powyższy nie ma wpływu na rzeczywistą ich ilość. Do kalkulacji należy przyjąć 22 500 Mg./rok. Przewidywana miesięczna ilość odpadów do wywiezienia wynosi około 1 500 Mg (..)” (Rozdz. III Przedmiot zamówienia);*

*„Istotne postanowienia warunków umowy stanowi załącznik nr 8 do SIWZ (..)”(Rozdz. XVII Informacje o formalnościach jakie zostaną zachowane po wyborze oferty w celu zawarcia umowy);*

*„1.Wykonawca zobowiązuje się do odbioru i transportu odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 z miejscowości Siedliska k/Ełku celem ich dalszego zagospodarowania.*

*2.Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwą organizację transportu i unieszkodliwiania odpadów zgodnie z przepisami prawa” (§ 1 wzoru umowy);*

*„2. Przewidywana miesięczna ilość odpadów to około 1 500 Mg.*

*3. Zamawiający nie jest wytwórcą odpadów i w związku z powyższym nie ponosi odpowiedzialności w przypadku niezrealizowania przewidywanych do zagospodarowania ilości odpadów” (§ 3 wzoru umowy);*

*„1. Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania: Opis sposobu dokonywania spełnienia tego warunku*

*a) Prowadzenie zarejestrowanej działalności gospodarczej tożsamej z przedmiotem zamówienia,*

*b) Posiadanie aktualnych decyzji właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarowania odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami, zapewniające wykonanie całości zamówienia w okresie nie krótszym niż do 30.04.2012 r.*

*c) Posiadanie licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, zgodnie z ustawą o transporcie drogowym, zapewniającą wykonanie całości zamówienia w okresie nie krótszym niż do 30.04.2012 r. (...)” (Rozdz. VIII Opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków);*

„ W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków działu w postępowaniu (zał. Nr 2) należy przedłożyć:

- a) aktualne decyzje właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami o kodzie 20 03 01, zapewniające wykonanie całości zamówienia w okresie nie krótszym niż do 30.04.2012 r.
- b) aktualne decyzje na transport odpadów o kodzie 20 03 01 zapewniające wykonanie całości zamówienia w okresie nie krótszym niż do 30.04.2012 r.
- c) licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, zgodnie z ustawą o transporcie drogowym, zapewniającą wykonanie całości zamówienia w okresie nie krótszym niż do 30.04.2012 r. (..)” (Rozdz. IX Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału oraz nie podleganiu wykluczenia);
- d) „ 1. Ofertę należy sporządzić przy wykorzystaniu formularza stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.” (Rozdz. XIV Opis sposobu przygotowania ofert);

„ Oferty zostaną ocenione za pomocą systemu punktowego. Kryteria oceny ofert

1. Cena 98 % Cena wyliczana wg wzoru:

$$\text{Ilość punktów} = \text{cena brutto 1 Mg najniższej oferty} : \text{cena brutto 1 Mg badanej oferty} \times 100 \text{ pkt.}$$

2. zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie województwa warmińsko – mazurskiego 2 pkt., poza województwem 0 pkt. (art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2004 r. o odpadach).” (Rozdz. XVI Kryteria oceny oferty i ich znaczenie);

„2. Odpady zostaną zagospodarowane na terenie województwa .....(...)” (Formularz oferty załącznik nr 1 do SIWZ).

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 16.12.2010 r. Zamawiający udzielił na pytanie 5: „zapisu zawartego w pkt. XVI ppkt. 2 SIWZ tj: „zagospodarowanie odpadów przez oferenta na terenie województwa warmińsko-mazurskiego 2 pkt, poza województwem 0 pkt. ( art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach) w pkt. V SIWZ zamawiający powołuje się m.i. na ustawę o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r., której art. 9 ust. 3 i ust. 4 stanowi ,że :

unieszkodliwianie odpadów o kodzie 20 03 21 poza terenem województwa jest zabronione, jeśli istnieje instalacja lub miejsce zagospodarowania odpadów w bliższej odległości na terenie tego województwa , w którym były one wytworzone

Proszę więc o wyjaśnienie, czy w kryterium oceny ofert opisane w pkt. XVI ppkt. 2 nie stoi w sprzeczności z art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach ?

w przypadku pozytywnej odpowiedzi wnosimy o zmianę kryterium oceny ofert w ten sposób aby zamówienie mogło być udzielone Wykonawcy spoza województwa warmińsko - mazurskiego TYLKO WYŁĄCZNIE WTEDY, jeśli nie zostanie złożona nie podlegająca

odrzuconiu oferta, zakładająca zagospodarowanie odpadów w bliższej odległości i na terenie województwa warmińsko-mazurskiego. W tym celu, w naszej opinii należy również dodać w formularzu oferty punkt , w którym oferent oświadczy, w jakiej odległości od siedziby Zamawiającego znajduje się zakład, w którym zamierza zagospodarować odpady z przedmiotowego zamówienia.”; następującej odpowiedzi: „Nadrzędnym celem stosowania ustawy - prawo zamówień publicznych jest - racjonalne wydatkowanie środków publicznych . W wyniku postępowania wybiera się najkorzystniejszą ofertę którą zgodnie z Art. 2 pkt 5 mówi: „najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, .... „

O przyczynach ekologicznych i ekonomicznych mówi również art. 7 ustawy o odpadach .

W związku z powyższym podtrzymujemy nasze stanowisko, które preferuje miejsce zagospodarowanie odpadów na terenie naszego województwa poprzez przyznanie dodatkowych 2 pkt. ale decydującym kryterium pozostaje cena.”.

Odwołujący w ramach złożonej oferty wskazał w formularzu oferty: „2. Odpady zostaną zagospodarowane na terenie województwa podlaskie i w.-mazurskie” (str.1 oferty). Ponadto, przedłożył zobowiązania 2 podmiotów trzecich w zakresie usługi transportowej w związku z realizacją umowy w wypadku jej podpisania (str. 31 i 32 oferty) – w obu wypadkach podmiot trzeci deklaruje transport z PUK EŁK do Karcze k. Sokółki. Nadto, załączył m.in. stosowne licencje konsorcjanta i podmiotu trzeciego (str. 36-37 oferty) oraz decyzje administracyjne podmiotów trzecich (zezwolenia na transport odpadów) (str. 38-44, 58-59 oferty). Odwołujący przedłożył również aktualne decyzje właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarowania odpadami wydane przez Starostwo Powiatowe w Sokółce dotyczące wojew. podlaskiego (str.45-57, 60-61 oferty). Zamawiający w wyniku badania i oceny ofert nie przyznał Odwołującemu 2 pkt, lecz 0 w ramach drugiego kryterium oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że drugim kryterium oceny ofert określonym przez Zamawiającego - nie była odległość od miejsca przekazania wskazanego w SIWZ do miejsca zagospodarowania odpadów. W konsekwencji nie było konieczności podania konkretnego jednego lub większej ilości miejsc docelowego zagospodarowania odpadów, tudzież podania określonej ilości km. Należało zadeklarować województwo na terenie którego będzie miało miejsce zagospodarowanie odpadów. W ocenie Izby, istniejące postanowienie SIWZ, w tym także wskazanie w nawiasie art. 9 ustawy o odpadach było w swej wymowie niejednoznaczne, w tym zakresie uznając argumentację Odwołującego z rozprawy za trafną, a w szczególności, że: „(..) zagospodarowanie co najmniej 1kg odpadów na terenie województwa warmińsko – mazurskiego obligowało do przyznania 2

*punktów(..)”. Należy podkreślić, że kontekst drugiego kryterium oceny ofert w odniesieniu do art. 9 ustawy o odpadach był tylko pozornie jednoznaczny. Izba wskazuje, że Zamawiający miał możliwość usunięcia niejasności, jednakże w ramach odpowiedzi na pytanie 5 (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 16.12.2010 r.) nie skorzystał z zaistniałej możliwości. Zadane pytanie wprost wskazywało istniejący problem, zagrożenia wynikające z istniejącego postanowienia SIWZ i ewentualny kierunek modyfikacji.*

Po drugie, Izba wskazuje, że niejednoznaczność SIWZ, tudzież problem ich interpretacji uległ dalszemu pogłębieniu z uwagi na niejednoznaczność samych sformułowań. Fakt, że Zamawiający dopiero drugi raz organizuje postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego (powyższe wskazał w ramach odpowiedzi na odwołanie) w przedmiotowym zakresie nie jest żadnym usprawiedliwieniem. Zamawiający nie wziął pod uwagę, możliwości zagospodarowania odpadów w kilku województwach, co jest właśnie z uwagi na zasadę bliskości i wyjątki od niej zjawiskiem powszechnym na rynku, wobec istniejącej licznej konkurencji w skali danego województwa, czy też kraju. Nie dokonał żadnych zastrzeżeń np. wykluczających możliwość zadeklarowania więcej niż jednego terenu województwa dla zagospodarowania odpadów. Nie wyjaśnił także, że przez zagospodarowanie odpadów będzie rozumiał ich składowanie, takiego doprecyzowania dokonał dopiero na rozprawie. Nie przewidział jak należy ocenić ofertę, która zamierza zagospodarować odpady komunalne niesegregowane częściowo na terenie wojew. warmińsko-mazurskiego, a częściowo na terenie wojew. podlaskiego. W tym zakresie, Izba jednoznacznie podkreśla, że nie może przyjąć argumentacji z rozprawy Zamawiającego i Przystępującego, gdyż sprowadza się ona do interpretacji drugiego kryterium oceny ofert, tj. niejednoznacznych postanowień SIWZ na niekorzyść Odwołującego. Izba w tym zakresie związane jest ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, że wszelkie niejasności, a takie bezspornie miały miejsce w SIWZ należy interpretować na korzyść uczestników postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Po trzecie, nie bez znaczenia dla okoliczności sprawy jest okoliczność dodatkowa, otóż Zamawiający wymagał tylko i wyłącznie stosownej deklaracji w ramach formularza oferty. Nie żądał umów takich np. jak przedłożył na rozprawie Odwołujący w celu weryfikacji rzeczywistego zamiaru zagospodarowania odpadów na deklarowanym terenie danego województwa, tudzież stosownej decyzji administracyjnej docelowych odbiorców odpadów, nie określił także, że potwierdzeniem zagospodarowania odpadów na terenie danego województwa będzie zobowiązanie podmiotów trzecich, czy też stosowne decyzje administracyjne Wykonawcy składającego ofertę (dokumenty dla celów oceny oferty w ramach drugiego kryterium oceny oferty).

W konsekwencji Izba nie mogła w sposób miarodajny oprzeć się na zobowiązaniach podmiotów trzecich załączonych do oferty, tudzież załączonych decyzjach administracyjnych mówiących tylko o zagospodarowaniu odpadów w Karcze k. Sokółki, skoro jedyną podstawą oceny w ramach drugiego kryterium oceny ofert - była deklaracja w formularzu oferty,

a jednocześnie z art. 25 ust. 2 i 3 ustawy o odpadach wynika prawo posiadacza odpadów (przedmiotowym stanie faktycznym będzie nim Odwołujący) do ich przekazania następnemu posiadaczowi odpadów (podmioty z którymi umowy zawarł Odwołujący, a przedłożone na rozprawie), który uzyskał zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami, a odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów.

Izba zapoznała się z wyrokiem KIO z dnia 09.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 107/10 uznając, że podziela zawarte tam stanowisko, że na treść oferty składa się nie tylko formularz ofertowy, lecz również inne dokumenty złożone przez Wykonawcę w terminie na składanie ofert. Jednakże nie uważa, że z uwagi na tą zasadę winna sanować niejasne postanowienia SIWZ sformułowane przez Zamawiającego i wynikające z tego faktu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Winien on bowiem mieć świadomość, że dokument jakim jest SIWZ ma istotne znaczenie w procesie udzielenia zamówienia publicznego, zaś zadawane pytania w toku postępowania winny być poddane wnikliwej analizie z korzyścią nie tylko dla uczestników, którzy zamierzają złożyć ofertę, ale i dla samego Zamawiającego.

Po czwarte, Izba nie neguje zasady bliskości (wszystkich jej aspektów, tak odległościowego, tudzież technologicznego, jak i wyjątków od niej), należy bowiem stwierdzić, że mimo bardzo ogólnego charakteru wzoru umowy przygotowanego przez Zamawiającego zawarto w nim następujące postanowienie: *„2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwą organizację transportu i unieszkodliwiania odpadów zgodnie z przepisami prawa” (§ 1 wzoru umowy)*. Wynika z niego, że nikt nie zwalnia Odwołującego ze stosowania art. 9 ust. 2 i 3 ustawy o odpadach w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, jak i pozostałych jej przepisów. Ewentualne łamanie powszechnie obowiązujących przepisów prawa będzie działaniem na wyłączną odpowiedzialność Odwołującego. Fakt, że Zamawiający nie zawarł możliwości weryfikacji przestrzegania zasady bliskości przez Odwołującego w toku realizacji umowy, nie zmienia faktu, że sam Odwołujący zawarł wyraźną deklarację także w ofercie jej przestrzegania: *„8. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy zawartymi w SIWZ i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na podanych warunkach, w miejscu i terminie podanym przez Zamawiającego”* (str. 1 oferty). Wynika bowiem z niniejszego oświadczenia, że Odwołujący zobowiązał się do zawarcia umowy na podanych warunkach, czyli także z uwzględnieniem § 1 ust. 2 wzoru umowy, a więc również zasady bliskości.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie, w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, Zamawiający winien uwzględnić okoliczności i wynikające z nich konsekwencje wskazane w uzasadnieniu, tzn. przyznać Odwołującemu w ramach drugiego kryterium oceny ofert - 2 pkt.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) zgodnie z § 3 przedłożonej umowy zlecenia (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....