

Sygn. akt: KIO 1175/18

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2018 r. przez wykonawcę: **ECO - ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97 - 400 Bełchatów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. dr. K. Jaczewskiego 8, 20 - 954 Lublin,**

przy udziale wykonawcy: **Firma Usługowo – Handlowa EKO - TOP Sp. z o.o., ul. Hetmańska 120, 35-078 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **ECO - ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97 - 400 Bełchatów**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 558370-N-2018 z dnia 15 maja 2018 r.

Pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Firmę Usługowo – Handlową EKO - TOP Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Wykonawca ECO - ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie uzyskał w ramach oceny ofert - 8,22 pkt.

Wykonawca ECO - ABC Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art 20 ust. 3 i 5 - 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Firmy Usługowo - Handlowej EKO - TOP Sp. z o.o.
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Firmy Usługowo - Handlowej EKO - TOP Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Firmy Usługowo - Handlowej EKO - TOP Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Usługowo - Handlową EKO - TOP Sp. z o.o, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 20 ust. 3 i 5 - 6 ustawy o odpadach, a także dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego kosztów wpisu od odwołania.

Odwołujący podniósł, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na sprzeczność z treścią SIWZ. Oferta wybranego wykonawcy nie spełnia postanowienia, w którym Zamawiający określił, iż wykonawca musi postępować z odpadami (transport i unieszkodliwianie) zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (rozdział 2 pkt 6 SIWZ oraz pkt 11 załącznika nr 2 SIWZ). Ponadto, w rozdziale 12 pkt 7 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, iż „dokona wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem art 20 ustawy o odpadach (tj. Dz. U. z 2018r. poz. 21) - w pierwszej kolejności biorąc pod uwagę kod 18 01 03* - jako główną masę utylizacji odpadu*.

Zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia jest unieszkodliwianie odpadów medycznych, w tym odpadów o właściwościach zakaźnych. Zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ustawy o odpadach, tj. unieszkodliwianie odpadów powinno co do zasady następować na obszarze tego samego województwa na którym odpady zostały wytworzone.

Zakaz wywożenia zakaźnych odpadów medycznych poza teren województwa nie jest zakazem bezwzględnie obowiązującym. Wyjątki od powyższej zasady przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach. W myśl art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Wyrażona w przywołanych przepisach zasada bliskości (regionalizacji) ma przy transporcie o unieszkodliwianiu odpadów priorytetowe znaczenie, stąd też również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot stanowią wskazanego rodzaju odpady, winna być uwzględniana. Powyższemu dał wyraz Zamawiający w postanowieniach SIWZ, wskazując, iż sposób postępowania z odpadami musi pozostawać w zgodzie z ustawą o odpadach.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 29/14 jednoznacznie wskazała, iż Zamawiający jest zobowiązany, powołując się na zasadę bliskości w treści SIWZ, jak również mocą bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, do oceny, czy rzeczona zasada została uwzględniona przy formułowaniu treści oferty (miejsce położenia spalarni) i wynik tej oceny powinien przesądzać o tym, czy oferta zostaje odrzucona czy też podlega dalszej ocenie, zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert - art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (uchwała KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 29/14).

Zamawiający, w którym wytwarzane są odpady położony jest na terenie województwa lubelskiego. W postępowaniu nie złożono jednak żadnej oferty, w której zaoferowano by unieszkodliwienie odpadów na terenie tego samego województwa tj. na terenie województwa lubelskiego. Tym samym, Zamawiający dokonując wyboru oferty zobowiązany jest wybrać ofertę, w której wykonawca zaoferuje unieszkodliwienie odpadów poza terenem województwa, z zastrzeżeniem, iż musi to być instalacja położona najbliżej miejsca wytwarzania odpadów.

Zamawiający miał świadomość, iż zasada bliskości musi być przestrzegana w niniejszym postępowaniu, zaś o wyborze oferty zdecyduje odległość między miejscem wytwarzania odpadów a miejscem ich unieszkodliwiania. W załączniku nr 1 do SIWZ - formularzu cenowym - Zamawiający jednoznacznie wymagał wskazania instalacji, w której unieszkodliwiane będą odpady wskazując przy tym, „odległość pomiędzy siedzibą

Zamawiającego a miejscem wykorzystania/unieszkodliwiania odpadów (wyrażona w kilometrach, liczona wg najkrótszej trasy koniecznej do przebycia drogami asfaltowymi/utwardzonymi przez pojazd z odpadami)". Zamawiający dokona sprawdzenia podanej odległości przy pomocy programu „Automapa” i skorzysta z serwisu „Targeo” - wpisując adres swojej siedziby oraz adres wskazanej przez Wykonawcę lokalizacji miejsca unieszkodliwiania; w przypadku rozbieżności między tymi dwoma wskazaniem - dla weryfikacji - wybrana zostanie krótsza trasa.

Odwołujący wskazał instalację do unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych w Sandomierzu, ul. Schinzla 13 (województwo świętokrzyskie) - załącznik nr 1 - formularz cenowy oferty. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wskazał Instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w Rzeszowie, ul. Hetmańska 120 (województwo podkarpackie) - załącznik nr 1 - formularz cenowy oferty. Odległość miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania wynosi: 105 km (mapa targeo) - w przypadku instalacji oferowanej przez Odwołującego oraz 167 km (mapa targeo) - w przypadku instalacji oferowanej przez Firmę Usługowo - Handlową EKO - TOP Sp. z o.o. Zatem, instalacja unieszkodliwiania odpadów zakaźnych oferowana przez Odwołującego jest najbliższą położoną instalacją na obszarze województwa innego niż to, na którym wytworzono odpady zakaźne. Tylko więc oferta Odwołującego zgodna jest z przepisami art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach i w konsekwencji postanowieniami SIWZ (żadna z instalacji zaoferowanych w postępowaniu nie jest zlokalizowana na terenie województwa lubelskiego - wybór musi ograniczać się do instalacji najbliższej położonej od zamawiającego). Ustawodawca posługując się terminem „najbliższej położonej instalacji” wskazuje na konieczność odnoszenia przedmiotowego wymogu do odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich unieszkodliwiania. Przy czym zasada bliskości zostanie spełniona w odniesieniu do miejsca, w którym będą unieszkodliwiane odpady, pozostającego w najmniejszej odległości od miejsca ich wytwarzania (*wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2013 roku, KIO 669/13*). W orzeczeniach KIO podkreśla się, że przy wyborze instalacji do zagospodarowania odpadów określonych w SIWZ nie mogą być brane pod uwagę wyłącznie przesłanki ekonomiczne. Przepisy ustawy o odpadach statuujące zasadę bliskości mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający nie może uchylić się od ich stosowania, co zostało potwierdzone m.in. w orzecznictwie Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/O-151/06) i następnie KIO (*wyrok z dnia 9 marca 2010 r., KIO/UZP 107/10*).

Zarzut naruszania art. 91 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej - oferty, która nie powinna zostać uznano za najkorzystniejszą w zw. z zarzutem naruszania art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji jest wynikiem zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Firmy Usługowo - Handlowej EKO - TOP Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 21 czerwca 2018 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 21 czerwca 2018 r.), w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się do dokonania czynności powtórnego badania ofert.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia przekazania przez Zamawiającego wykonawcom kopii odwołania, tj. od dnia 14 czerwca 2018 r., wykonawca Firma Usługowo – Handlowa EKO - TOP Sp. z o.o. zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wykonawca, na podstawie §13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.), został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania w tej sprawie. W zakreślonym terminie ww. wykonawca Firma Usługowo – Handlowa EKO - TOP Sp. z o.o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, uwzględniając okoliczność, że wykonawca, który przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba nakazała zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł, którą wniósł Odwołujący tytułem wpisu.

Przewodniczący: