

Sygn. akt: KIO 2069/11

WYROK

z dnia 06 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **06 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 września 2011 r.** przez wykonawcę **ECO-ABC Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego CMKP, ul. Czerniakowska 231, 00-416 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

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

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

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*usługę wywozu i utylizacji odpadów medycznych oraz odczynników chemicznych z Zakładu Patomorfologii w ciągu 36 m-cy*”, (znak 78/8/2011), zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. W. Orłowskiego CMKP, ul. Czerniakowska 231, 00-416 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 235355-2011; data zamieszczenia 02.09.2011 r.

W dniu 21.09.2011 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 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*” w zw. z art. 9 ustawy o odpadach, oferty firmy: ECO-ABC Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów zwanej dalej: „*ECO-ABC Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” oraz wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum firm: 1) Firma Usługowo-Handlowa „*EKO-TOP*” Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) „*EMKA*” Handel-Usługi Krzysztof Rdest (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera: ul. Hetmańska 120, 35-078 Rzeszów zwanego dalej: „*Konsorcjum EKO-TOP*”.

W dniu 26.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie ECO-ABC Sp. z o.o. na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wnosił odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum EKO-TOP z naruszeniem przepisów Pzp, w szczególności art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp. Wnosił o:
 - cofnięcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
 - dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
 - dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tzn. uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty podano, że oferta nie spełnia wymagań SIWZ w zw. z art. 9 ustawy o odpadach oraz

przepisów wykonawczych do tej ustawy.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem mniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zakaźne odpady medyczne (odpady o kodach 1801 03, 1801 02). Zgodnie z art. 9 ust. 2-5 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. Ponadto odpady powinny być przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być unieszkodliwione.

Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu żaden Wykonawca nie dysponuje spalarnią odpadów położoną na terenie województwa mazowieckiego, umożliwiającą unieszkodliwienie wszystkich odpadów zakaźnych objętych przedmiotowym postępowaniem. Na terenie województwa mazowieckiego nie ma w ogóle instalacji, która mogłaby unieszkodliwić wszystkie odpady zakaźne objęte przedmiotowym zamówieniem i spełniającej warunki najlepszej dostępnej techniki bądź technologii. Tak więc zakaźne odpady medyczne muszą zostać unieszkodliwione poza terenem województwa mazowieckiego. Fakt ten nie ulega wątpliwości i został uznany przez Zamawiającego, który zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum przyjął, że zamierza ono unieszkodliwiać odpady w instalacji w Łodzi przy ul. Mińskiej.

Dokonując wyboru instalacji unieszkodliwiania odpadów zgodnie z wykładnią art. 9 ustawy o odpadach należy kierować 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 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Treść art. 9 ust. 2-5 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: „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 poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu uwzględniając najlepszą dostępną technikę bądź technologię, o której mowa w art. 143

ustawy z dnia 27.04.2001 r. - Prawo ochrony środowiska. Oznacza to, że przeprowadzając procedurę udzielenia zamówienia publicznego należy brać pod uwagę obie przesłanki".

Przywołał również wyrok KIO z dnia 27.06.2011 r., o sygn. akt: KIO 1293/11, jak i wyrok KIO z dnia 13.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1419/11.

W związku z powyżej przedstawionymi stanowiskami KIO w zakresie interpretacji przepisów ustawy o odpadach i Pzp należy wskazać, że Zamawiający w przetargach dotyczących unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, winien zbadać w jakiej instalacji będą unieszkodliwiane oddawane 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 mógłby podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty. Na potwierdzenie przywołał wyrok KIO z dnia 15.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1398/11. Zgodnie z powyższym Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dysponował wystarczającymi podstawami do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ oraz ustawą o odpadach, a tym samym nie było podstaw do odrzucenia naszej oferty.

Na marginesie wspomniał, że z danych, którymi dysponuje Odwołujący wynika, że najbliższą Zamawiającego instalacją, która mogłaby unieszkodliwić zakaźne odpady medyczne w ilościach wskazanych w SIWZ jest instalacja Odwołującego w Bełchatowie. Z ogólnie dostępnych informacji wynika, że instalacja w Ostrołęce nie działa i nie wiadomo kiedy będzie mogła pracować, natomiast w Żyrardowie znajduje się jedynie autoklaw, w którym nie można unieszkodliwiać zakaźnych odpadów. Dysponujemy także informacjami, że instalacja w Łodzi ma wykorzystane w 100 % moce przerobowe i nie jest w stanie przyjąć więcej odpadów niż wynika to z obecnie wykonywanych zleceń. W tym stanie rzeczy odpady musiałyby jeździć do innych instalacji Konsorcjum (np. do Rzeszowa), czyli położonych dalej niż instalacja Odwołującego w Bełchatowie. I to właśnie stanowiłoby naruszenie zasady bliskości z art. 9 ustawy o odpadach. Mając powyższe na uwadze najbliższą położoną instalacją względem Zamawiającego spełniającą wszystkie wymogi SIWZ oraz ustawy o odpadach jest instalacja Odwołującego położona w Bełchatowie.

Podkreślił, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena, złożyła najkorzystniejszą ofertę i zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający winien ją wybrać.

Zamawiający w dniu 26.09.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) Firma Usługowo-Handlowa „EKO-TOP” Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) „EMKA” Handel-Usługi Krzysztof Rdest (Partner Konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera: ul. Hetmańska 120,

35-078 Rzeszów zwane dalej: „Konsorcjum EKO-TOP” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Jednakże, z uwagi na przekroczenie 3 dniowego terminu na przystąpienie, Izba uznała niniejsze za nieskuteczne.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego i Konsorcjum EKO-TOP, wezwaniem z dnia 14.09.2011 r. przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp Konsorcjum EKO-TOP do wyjaśnienia treści oferty, stosownym wyjaśnieniem przesłanym Zamawiającemu 16.09.2011 r., zawiadomieniem z dnia 21.09.2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum EKO-TOP, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na rozprawie przez Zamawiającego, dwustronicowym formularzem ofertowym z dnia 22.02.2011 r. sygnatura przetargu: CSKDZMIZP-2375/20/01/01/2011, pismem z dnia 01.09.2011 r. oraz z dnia 21.09.2011 r. Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, jak i wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.08.2011 r., sygn. akt: IX Ga 183/11 złożonymi także na rozprawie przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się naruszeń.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter), ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, iż przystąpienie z dnia 30.09.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum EKO-TOP nie jest skuteczne z powodu nie zachowanie terminu ustawowego (3 dni od otrzymania kopii odwołania). Z oświadczenia zawartego w zgłoszonym przystąpieniu wynika, że stosowne wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp miało miejsce

w dniu 26.09.2011 r., zaś zgłoszenie przystąpienia miało miejsce w dniu 30.09.2011 r.

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 o sygn. akt: KIO 2069/11, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego i Konsorcjum EKO-TOP, wezwania z dnia 14.09.2011 r. przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp Konsorcjum EKO-TOP do wyjaśnienia treści oferty, stosownych wyjaśnień przesłanych Zamawiającemu 16.09.2011 r., zawiadomienia z dnia 21.09.2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum EKO-TOP, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego, dwustronicowego formularza ofertowego z dnia 22.02.2011 r. sygnatura przetargu: CSKDZMIZP-2375/20/01/01/2011, pisma z dnia 01.09.2011 r. oraz z dnia 21.09.2011 r. Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce złożonymi na rozprawie przez Odwołującego. Ponadto, Izba zapoznała się z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.08.2011 r., sygn. akt: IX Ga 183/11.

Izba na podstawie art. 190 ust. 3 Pzp dopuściła dowód, przeprowadzony na rozprawie, z przesłuchania świadka pana Jana F. na okoliczność instalacji w Łodzi i ciągłości realizacji w jej ramach usługi.

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

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

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezachowanie zasady bliskości, Izba uznała, że w/w zarzuty są niezasadne.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach Rozdz. II SIWZ zawarł: *„Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz wymagania formalno-prawne”*. Zgodnie z jego ust. 3: *„Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy, wymagane od dostawców lub wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w Polsce”* należało załączyć m.in. decyzję zezwalającą na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie – odbioru, transportu i termicznego unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem

(pkt 3.3). Oprócz niniejszego i innych wskazanych w ust. 3 Rozdz. II SIWZ dokumentów należy załączyć oświadczenia zgodnie z wymaganiami zawartymi w Rozdz. III: „*Uszczegółowienie przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy*” pkt 1 ppkt f, g, tzn. – „*Wykonawca powinien dysponować zakładem utylizacji odpadów medycznych o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego, w ilościach i terminie określonych w SIWZ (załączyć stosowne dokumenty) lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania urządzeń niezbędnych do utylizacji odpadów medycznych*”, jak i „*Wykonawca powinien dysponować specjalistycznymi środkami transportu wyposażonymi w legalizowaną wagę, o ładowności zapewniającej systematyczny odbiór odpadów od Zamawiającego (załączyć oświadczenie)*”.

Ponadto, jak stanowi Rozdz. III ust. 2 SIWZ: „*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. Zgodnie z ustawą o odpadach medycznych – art. 9, unieszkodliwianie odpadów medycznych zakaźnych musi odbywać się na terenie województwa mazowieckiego lub w miejscach najbliższej położonych.*”.

Według Rozdz. V SIWZ: „*Zasady oceny ofert*” ust. 3: „*Zasady wyboru oferty i udzielenia zamówienia*” – „*Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta:*

- *odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dn. 29.01.2004 r. (tekst jednolity Dziennik Ustaw z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późniejszymi zmianami)*
- *odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w SIWZ;*
- *została uznana za najkorzystniejszą w oparciu o podane kryteria wyboru.*”.

Ponadto, jak stanowi § 2 ust.1 wzoru umowy – załącznik nr 5 do SIWZ: „*Odpady będą odbierane w terminach każdorazowo uzgadnianych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (substancje chemiczne, formalina wraz z odpadami o kodzie 180102 - odbierane będą średnio dwa razy w miesiącu, odpady medyczne o kodzie 180103 - będą odbierane każdorazowo w terminie uzgodnionym z Zamawiającym min 1 raz w tygodniu).*”.

W ramach swojej oferty, Odwołujący załączył Decyzje Wojewody Łódzkiego Nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie pozwolenia zintegrowanego na instalacje w Bełchatowie (str. od 11 do 34), jak i Decyzje Marszałka Województwa Łódzkiego Nr PZ/34/10 z dnia 29 października 2010 r. w sprawie zmiany decyzji Wojewody Łódzkiego Nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 r. także instalacji w Bełchatowie (str. od 35 – 43).

W ramach oferty, Konsorcjum EKO-TOP załączyło decyzje dotyczące lidera konsorcjum: Decyzje Marszałka Województwa Łódzkiego znak: RO.VI.7243.1.25.2011.AB z dnia 29 sierpnia 2011 r. w sprawie udzielenia pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla odzysku i unieszkodliwiania odpadów na instalacje w Łodzi (str. od 21 do 30), Decyzje Wojewody Podkarpackiego znak: SR.IV-6620/1/29/02 z dnia 29.11.2002 r. w sprawie wydania pozwolenia na wytwarzanie odpadów na instalacje w Rzeszowie (str. od 31 do 90), Decyzje Wojewody Podkarpackiego znak: ŚR.IV-6620/1/25/04 z czerwca 2006 r. zmieniającą Decyzje Wojewody Podkarpackiego z dnia 29.11.2002 r. w sprawie wydania pozwolenia na wytwarzanie odpadów także na instalacje w Rzeszowie (str. od 91-93). Odnośnie konsorcjanta załączono: Decyzje Wojewody Mazowieckiego znak: WŚR.V.6620/51/2004 z dnia 05 maja 2004 r. w sprawie zezwolenia na unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych z uwzględnieniem transportu (str. od 94 do 97), Decyzje Starosty Żyrardowskiego znak: O.Ś. IV/7631-Z-6/03 z dnia 12 maja 2003 r. w sprawie zezwolenia na zbieranie z terenu Powiatu Żyrardowskiego odpadów niebezpiecznych na instalacje w Żyrardowie (str. od 98 do 102), Decyzje Starosty Żyrardowskiego znak: O.Ś IV/7631-ZT-6-1/04 z dnia 17 luty 2004 r. w sprawie zezwolenia na transport zbieranych odpadów (str. od 103-105), Decyzje Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 348/11/PŚ.O z dnia 20 czerwca 2011 r. w sprawie zezwolenia na zbieranie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na instalacje w Żyrardowie (str. od 106-109), Decyzje Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 339/11/PŚ.O w sprawie przeniesienia praw i obowiązków dotyczących instalacji w Ostrołęce (str. od 110-111) oraz Decyzje Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 26/10/PŚ.O dotyczącą instalacji w Ostrołęce (str. od 112 do 124), Decyzje Marszałka Województwa Pomorskiego znak: DROŚ-S.7244.3.2011.EB z dnia 25.03.2011 r. dotycząca zezwolenia na zbieranie zakaźnych odpadów medycznych dla instalacji w Tczewie (str. od 125 – 128) oraz Decyzje Marszałka Województwa Pomorskiego znak:DROŚ.EB.7653-36/10 z dnia 08.11.2010 r. w sprawie przeniesienia praw i obowiązków także instalacji w Tczewie (str. od 129 do 141).

W dniu 14.09.2011 r. przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 Pzp wezwał Konsorcjum EKO-TOP do wyjaśnienia treści oferty odnośnie instalacji w Ostrołęce. Stosownie wyjaśnień przesłanych Zamawiającemu w dniu 16.09.2011 r. stwierdzono, że na dzień składania ofert instalacja w Ostrołęce legitymuje się ważnym zezwoleniem, zaś przejściowe trudności – okoliczności takie, jak remont, chwilowe wstrzymanie eksploatacji nie wpływa wole wykonania zamówienia zgodnie z posiadanymi decyzjami. Wskazano też na drugą instalacje w Łodzi, spełniającą obie przesłanki zasady bliskości.

Izba zapoznała się z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.08.2011 r., sygn. akt: IX Ga 183/11, jednakże nie podziela przedstawione w nim stanowiska, uznając go,

za zbyt daleko idący.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, iż instalacja w Łodzi będąca podstawą oceny ofert Konsorcjum EKO-TOP nie jest w stanie zrealizować zamówienia na rzecz Zamawiającego i ma wykorzystane w 100 % swoje moce przerobowe. W tym zakresie Izba uznała za przeważający dowód z przesłuchania świadka, który zeznał, że pierwszeństwo każdorazowo mają odpady ze „szpitali” nad odpadami z innych źródeł, wynika to z restrykcyjnych kar umownych zawartych w umowach między stronami. Ponadto, odpowiedział twierdząco, na pytanie czy między lutym, a wrześniem 2011 r. instalacja w Łodzi w sposób nieprzerwany realizowała wywóz odpadów. Nadto, na pytanie, czy zdarzyła się sytuacja, że utylizacja odpadów szpitalnych wymagała posilkowania się instalacją poza Łodzią, precyzuje, iż chodzi o odpady zakaźne, świadek zeznał, że nie było takiej potrzeby. Potwierdził także, że instalację w Łodzi Konsorcjum EKO-TOP eksploatuje samodzielnie. Wskazał także, że jego pracownicy obsługują spalarnię. Powyższe, Izba uznała za wiarygodne. W tym zakresie nie uznała za wystarczający dowód w postaci dwustronicowego formularza ofertowego z dnia 22.02.2011 r. sygnatura przetargu: CSKDZMIZP-2375/20/01/01/2011 złożony na rozprawie przez Odwołującego: „*Oświadczamy, że posiadamy prawo do unieszkodliwiania 820 . MG (podać ilość) odpadów rocznie (...), w instalacjach zlokalizowanych w Łodzi (...). Suma odpadów unieszkodliwionych miesięcznie na dwa dni prze terminem składania ofert w instalacjach, w których będą spalane odpady odbierane (..) wynosi 119 (podać w MG) Średnio miesięcznie 68.*”

Po drugie, Izba zauważa, że Konsorcjum EKO-TOP złożyło ważne decyzje administracyjne w zakresie instalacji w Ostrołęce, jak i w Łodzi. W odniesieniu do pierwszej z instalacji, pisma z dnia 01.09.2011 r. oraz z dnia 21.09.2011 r. Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce złożone na rozprawie przez Odwołującego, potwierdzają - chwilowe wstrzymanie eksploatacji, na które wskazywało samo Konsorcjum EKO-TOP, w swoich wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu 16.09.2011 r. Przy czym decydujące znaczenie ma instalacja w Łodzi, także Zamawiający niniejsze podkreślał na rozprawie oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie. Niniejsza instalacja, wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego na rozprawie, w ramach załączonej decyzji administracyjnej (str. 29 oferty) potwierdza, że proces technologiczny spełnia wymogi art. 143 ustawy z dnia 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska. Wynika więc z powyższego, że instalacja w Łodzi spełnia obie równorzędne przesłanki zasady bliskości /art. 9 ust. 2 – 5 ustawy o odpadach/ (1 - miejsce utylizacji musi znajdować się możliwie najbliżej /znajduje się bliżej niż instalacja Odwołującego w Bełchatowie/ 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 /potwierdza to - Decyzja Marszałka Województwa Łódzkiego znak: RO.VI.7243.1.25.2011.AB z dnia 29 sierpnia 2011 r. w sprawie udzielenia pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla odzysku i unieszkodliwiania odpadów na instalacje w Łodzi).

Kwestia, że instalacja w Łodzi jest własnością konsorcjum, zaś dzierżawa ma miejsce w odniesieniu do pomieszczeń, w których spalarnia jest zamontowana (zaplecze) jest bez znaczenia, bo w obu wypadkach mamy do czynienia z tytułami prawnymi honorowanymi przez organy wydające, co wynika także z samych treści załączonych przez Konsorcjum EKO-TOP decyzji administracyjnych.

Odwołujący nie wykazał wyższości technologii nad instalacją Konsorcjum EKO-TOP w Łodzi, co Izba rozważył w kontekście zgody odpowiednich władz, które wyraźnie stwierdziły spełnienie przez nią wymogów art. 143 ustawy z dnia 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....