

WYROK

z dnia 22 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKA Spółka Akcyjna w Żyrardowie i Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce**

przy udziale wykonawcy **ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKA Spółka Akcyjna w Żyrardowie i Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKA Spółka Akcyjna w Żyrardowie i Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKA Spółka Akcyjna w Żyrardowie i Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku** na rzecz **ECO-ABC Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w**

Bełchatowie kwotę **2 952 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Pisarskiego w Ostrołęce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i utylizację odpadów medycznych o kodach 180102, 180103, 180104, 180106, 180108, 180109, 180182 oraz odpadów o kodach 150202 i 150110.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 grudnia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMKA SA w Żyrardowie i Saba Sp. z o.o. w Płocku (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECO-ABC Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.)
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 20 ust. 3 i ust. 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie wskazanych przepisów.

Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECO-ABC Sp. z o.o.;
2. dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie oferty złożonej przez ECO-ABC Sp. z o.o. i odrzucenie tej oferty jako sprzecznej z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 20 ust. 3 i ust. 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
3. w konsekwencji zmianę postanowienia o wyniku postępowania;
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podnieśli, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest unieszkodliwianie odpadów medycznych, w tym odpadów zakaźnych, co potwierdza bezpośrednio zapis pkt 1.1.1. s.i.w.z.

Odwołujący wskazali, że zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. unieszkodliwianie odpadów powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady

zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliższe miejsca ich wytwarzania.

W ocenie odwołujących, wybrana przez zamawiającego oferta ECO-ABC Sp. z o.o. nie gwarantuje dochowania wymagania z s.i.w.z. oraz z ustawy o odpadach w zakresie regionalizacji.

Zgodnie ze złożoną przez ECO-ABC Sp. z o.o. ofertą i załączonymi do niej decyzjami na unieszkodliwianie odpadów, odpady unieszkodliwiane będą w instalacji w Bełchatowie, a więc w województwie łódzkim. Tym samym instalacja w Bełchatowie mieści się poza województwem wytworzenia odpadów, tj. poza województwem mazowieckim.

Odwołujący podnieśli, że równocześnie w postępowaniu została wskazana do realizacji zamówienia instalacja z obszaru województwa mazowieckiego, ponieważ odwołujący wskazali do realizacji zamówienia instalację w Płocku.

Odwołujący podkreślili, że instalacja ECO-ABC Sp. z o.o. nie dość, że jest spoza województwa wytworzenia odpadów, to również jest usytuowana w dalszej odległości od instalacji wskazanej w ofercie odwołujących. I tak:

- 1) instalacja ECO-ABC Sp. z o.o. jest usytuowana w odległości około 295 km od miejsca wytworzenia odpadów;
- 2) instalacja odwołujących w Płocku jest usytuowana w odległości około 160 km od miejsca wytworzenia odpadów.

W ocenie odwołujących, ECO-ABC Sp. z o.o. nie spełnia wymagań art 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach oraz postanowień s.i.w.z. dla niniejszego postępowania. Oferta ECO-ABC Sp. z o.o. powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach.

ECO-ABC Sp. z o.o. nie przewidział też w swojej ofercie podwykonawstwa zatem zamierza je wykonać samodzielnie. Wybór tej oferty stanowi też naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p. ponieważ dokonano wyboru oferty której treść nie spełnia wymagań s.i.w.z.

Odwołujący powołali się na orzecznictwo zespołów arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-451/06), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.03.2011 r., sygn. akt KIO/343/11 i inne.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 grudnia 2017 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2017 roku, zamawiający oświadczył, że

uwzględnić odwołanie i przystąpi do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o. w Bełchatowie (przystępujący), który wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji spowodować utratę zamówienia dla przystępującego.

Przystępujący zwrócił uwagę, że szereg orzeczeń przywołanych przez odwołujących dotyczy odmiennego stanu faktycznego. W powoływanych sprawach, wykonawcy mieli bowiem swobodę wyboru instalacji, w której w trakcie realizacji umowy unieszkodliwiane będą odpady. W niniejszym postępowaniu taka swoboda nie została przewidziana, albowiem zamawiający wymaga, by odpady były unieszkodliwiane w jego własnej spalarni w Ostrołęce, którą wynajmie wybranemu wykonawcy. Zgodnie z rozdziałem I pkt 4 s.i.w.z., warunkiem uczestnictwa w postępowaniu było wyrażenie zgody na najem pomieszczeń i urządzeń spalarni odpadów w Ostrołęce, w której zgodnie z § 2 ust. 4 wzoru umowy najmu, Najemca będzie realizował umowę na usługę odbioru i utylizację odpadów. Warunek ten przystępujący wypełnił, zatem jego oferta jest w pełni zgodna z s.i.w.z. i obowiązującymi przepisami.

Przystępujący zaprzeczył, że jego celem jest realizacja umowy tj. unieszkodliwianie odpadów w instalacji w Bełchatowie. Owszem na skutek wezwania zamawiającego (dokonanego zresztą nie w oparciu o zapisy s.i.w.z., lecz w oparciu o § 3 ust. 9 wzoru umowy, która nie została jeszcze podpisana), przystępujący wskazał jako alternatywną spalarnię - spalarnię w Bełchatowie. Nie oznacza to jednak, że przystępujący przez okres 36 miesięcy obowiązywania umowy, zamierza unieszkodliwiać odpady w spalarni w Bełchatowie. Celem przystępującego jest bowiem, zgodnie z wymaganiami, zamawiającego unieszkodliwianie odpadów w spalarni położonej na terenie zamawiającego, tj. w Ostrołęce. Tymczasem odwołujący próbują wyrzeć mylne wrażenie, że umowa z zamawiającym będzie realizowana niezgodnie z przepisami ustawy o odpadach, albowiem przystępujący proponuje realizację umowy poza obszarem województwa mazowieckiego. Odwołujący pomijają zatem podstawowe wymagania zamawiającego, który zobowiązał wykonawców do realizacji umowy bezpośrednio na terenie, w którym wytwarzane są odpady medyczne (tj. w Ostrołęce).

W ocenie przystępującego, nie ma przy tym znaczenia, że na dzień wyboru oferty spalania w Ostrołęce nie posiada aktualnych decyzji, umożliwiających jej funkcjonowanie. Jak wynika z treści orzeczenia KIO z dnia 11 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2772111, fakt iż w

dniu wyboru oferty spalarnia nie funkcjonuje, nie ma znaczenia dla oceny ważności i poprawności oferty, jeżeli może ona spełnić świadczenie w zakresie koniecznym do wykonania przedmiotu zamówienia. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, albowiem przy pomocy spalarni w Ostrołęce, w której zamawiający oczekuje unieszkodliwiania odpadów, przystępujący ma możliwość (a nawet obowiązek - po uzyskaniu stosownych decyzji) realizacji umowy. Oznacza to zaś, że oferta przystępującego spełnia wszelkie wymagania s.i.w.z.

Przystępujący wskazał, że postanowienia s.i.w.z., na które powołują się odwołujący tj. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a w przeważającej części stanowiące wyciąg z wzoru umowy, są postanowieniami, dotyczącymi sposobu wykonania umowy, co pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie przystępujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 8 maja 2013 roku wskazując, że „postanowienia s.i.w.z. gdzie wpisano, iż obowiązkiem wykonawców jest odbiór, transport, składowanie i utylizacja odpadów medycznych z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2013, poz. 21) są postanowieniami dotyczącymi sposobu wykonywania umowy, nie zaś spełniania warunków udziału, czy obowiązkowej treści oferty. Stąd na etapie oceny ofert wywiązanie się z tych obowiązków, za wyjątkiem ewentualnej deklaracji wykonawcy i złożenia stosownej decyzji zezwalającej, są nieweryfikowalne. Natomiast, jak wyżej wskazano, w zakresie wymaganym do złożenia w ofercie, wykonawcy spełnianie warunków potwierdzili. Oznacza to, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia żadnej z ofert jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest nieuzasadniony.” (wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 933/13).

Przystępujący wskazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, przedkładając m.in. zezwolenie (właściwego terytorialnie organu) na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie gospodarki odpadami. Tym samym, sposób wykonania umowy nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przebieg realizacji umowy pozostaje poza kognicją Izby, o czym zdają się zapominać odwołujący.

Przystępujący wskazał ponadto, że żaden z zapisów s.i.w.z. nie wykluczał możliwości wskazania przez wykonawcę alternatywnej instalacji znajdującej się poza obszarem województwa mazowieckiego. Co więcej, zamawiający na etapie ubiegania się o zamówienie, nie wymagał nawet wskazania alternatywnej instalacji, w której unieszkodliwiane będą odpady. Wymóg taki został przewidziany wyłącznie na etapie realizacji umowy, gdzie w § 3 ust. 9 wzoru umowy, zamawiający wskazał, że do czasu uzyskania stosownych decyzji lub w przypadku awarii, wykonawca zobowiązany jest wskazać alternatywną spalarnię. Wobec powyższego, złożenie przez przystępującego oferty, w której oświadczył on, że wynajmie spalarnię w

Ostrołęce i tam właśnie będzie unieszkodliwiał odpady, nie może zostać uznane za niezgodne z treścią s.i.w.z. Z uwagi na fakt, iż wymóg wskazania alternatywnej instalacji wynika wyłącznie z wzoru umowy, kwestia ta znajdować się powinna poza kognicją tak zamawiającego, jak i KIO.

Ponadto, przystępujący wskazał, że odwołanie się w s.i.w.z. do przepisów regulujących zasady gospodarki odpadami (ustawy o odpadach) nie wyklucza możliwości zaoferowania instalacji położonej poza obszarem województwa mazowieckiego, gdyż zasada bliskości nie ma bezwzględnego zastosowania. Zaoferowanie unieszkodliwiania odpadów w instalacji położonej na terenie innego województwa, nie świadczy zatem o niezgodności z si.w.z., a mogło mieć znaczenie tylko w kryterium oceny ofert w kryterium pozacenowym" (wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2016 roku, sygn. akt 1368/16).

Przystępujący podkreślił, że nie naruszył zasady bliskości wyrażonej w ustawie o odpadach, wskazując alternatywną spalarnię w Bełchatowie czy Tczewie. Zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego i możliwe jest unieszkodliwianie odpadów poza obszarem województwa, na którym są one wytwarzane m.in. wówczas, gdy instalacje z terenu województwa nie mają wystarczających mocy przerobowych. Potwierdził to Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w piśmie z dnia 19 września 2016 roku wskazując, że w takim przypadku „firma ECOABC Sp. z o. o. może przekazać odpady do najbliższej położonej instalacji na terenie innego województwa". Z kolejnych pism Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 3 i 10 listopada 2016 roku wprost wynika, iż na terenie województwa mazowieckiego eksploatowane są dwie instalacje do unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych, o łącznej mocy przerobowej 3106 Mg/rok (obecnie z uwagi na utratę ważności decyzji dla spalarni w Ostrołęce - tylko jedna instalacja). W 2015 roku ilość zakaźnych odpadów medycznych wyniosła 7483,4104 Mg, a zatem ponad dwukrotnie więcej. Przy czym szacuje się, że ilość odpadów będzie wzrastać ok. 1 % rocznie.

W związku z powyższym, Urząd Marszałkowski w dniu 10 listopada 2016 roku oświadczył, iż brak jest możliwości unieszkodliwiania całej ilości wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych (brak wystarczających mocy przerobowych). Firma ECO-ABC Sp. z o.o. posiada uprawnienia do zbierania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych na terenie województwa mazowieckiego (...) należy uznać, że w przypadku wytworzenia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa mazowieckiego i braku możliwości przetworzenia całej ilości wytworzonych odpadów (który to brak potwierdził Urząd Marszałkowski) dopuszcza się przekazywanie tych odpadów do najbliższej położonej instalacji na terenie innego województwa.

Istotne jest przy tym, że w sprawie rozpoznawanej pod sygnaturą akt 323/17, KIO jednoznacznie wskazała, że biorąc pod uwagę pisma Urzędu Marszałkowskiego z dnia 3 i 10 listopada 2016 roku (tj. pisma, który przystępujący załącza również do niniejszego przystąpienia) „istnieje możliwość wskazania instalacji położonej poza terenem województwa mazowieckiego. Z pism Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z 3 listopada 2016 r. oraz z 10 listopada 2016 r. wynika, że zdolności przerobowe instalacji do termicznego unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych wynoszą:

- I. instalacji SABA (konsorcjanta odwołującego) - 2800 Mg/rok;
2. instalacji na terenie Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce - 306 Mg/rok.

Tymczasem w roku 2015 na terenie województwa mazowieckiego zostało wytworzonych 7493, 4104 Mg zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych. W ocenie Izby wskazane dokumenty są wystarczające do uznania, że zamawiający był uprawniony do dopuszczenia w s.i.w.z. możliwości powołania się na przez wykonawców na Instalacje położone na terenie Innego województwa, a przystępujący do skorzystania z tej możliwości.” (wyrok KIO z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt 323/17).

Przystępujący oświadczył, że brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z s.i.w.z. albowiem:

- 1 warunkiem uczestnictwa w postępowaniu było wyrażenie zgody na najem pomieszczeń i urządzeń spalarni odpadów w Ostrołęce, w której zgodnie z § 2 ust. 4 wzoru umowy najmu, Najemca będzie realizował umowę na usługę odbioru i utylizację odpadów - warunek ten przystępujący wypełnił;
- 2 Zamawiający na etapie ubiegania się o zamówienie, nie wymagał wskazania instalacji, w której unieszkodliwiane będą odpady, albowiem przedmiotem postępowania jest unieszkodliwianie odpadów w spalarni w Ostrołęce - Wykonawca nie miał zatem wyboru co do miejsca unieszkodliwiania odpadów;
- 3 wskazanie alternatywnej spalarni zostało przewidziane wyłącznie na etapie realizacji umowy i nie oznacza, że zamiarem przystępującego jest realizacja umowy w tejże alternatywnej spalarni;
- 4 postanowienia s.i.w.z. nie wykluczały możliwości wskazania przez wykonawcę alternatywnej instalacji, znajdującej się poza obszarem województwa mazowieckiego;
- 5 ustawa o odpadach dopuszcza unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone m.in. w przypadku braku wolnych

mocy przerobowych instalacji znajdujących się na terenie województwa - a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie;

6, przestrzeganie ustawy o odpadach dotyczy realizacji umowy i nie ma wpływu dla rozstrzygnięcia postępowania - w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty istotne jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które to warunki przystępujący spełnił zgodnie z wymaganiami zamawiającego (bezsporne).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i utylizacja odpadów medycznych o kodach 180102, 180103, 180104, 180106, 180108, 180109, 180182 oraz odpadów o kodach 150202 i 150110.

Zgodnie z pkt. 1.1.1. s.i.w.z. „Usługa winna być wykonywana zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności ustawy prawo ochrony środowiska z dnia 27 kwietnia 2001 r. (j.t. Dz. U. z 2017 r., poz. 519, z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (j. t. 2016, poz. 1967 z późn. zm.), zgodnie z którą odpady medyczne o właściwościach zakaźnych powinny być spalane na obszarze województwa, na terenie którego zostały wytworzone lub w miejscach położonych najbliżej miejsca ich wytworzenia

W myśl § 1 ust. 2 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - Wzór/Projekt Umowy, „Usługa winna być wykonywana zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności ustawy prawo ochrony środowiska z dnia 27 kwietnia 2001 r. (j.t. Dz. U. z 2017 r., poz. 519, z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (j. t. 2016, poz. 1987 z późn. zm.), zgodnie z którą odpady medyczne o właściwościach zakaźnych powinny być spalane na obszarze województwa, na terenie którego zostały wytworzone lub w miejscach położonych najbliżej miejsca ich wytworzenia. "

Zgodnie z rozdziałem I pkt 4 s.i.w.z., warunkiem uczestnictwa w postępowaniu było wyrażenie zgody na najem pomieszczeń i urządzeń spalarni odpadów w Ostrołęce, w której zgodnie z § 2 ust. 4 wzoru umowy najmu, Najemca będzie realizował umowę na usługę odbioru i utylizację odpadów.

Zamawiający w punkcie 1.4. s.i.w.z. wskazał, że spalarnia w Ostrołęce funkcjonowała w oparciu odpowiednio o decyzję:

1) nr 42/15/PŚ.O z dnia 2 kwietnia 2015 r. dot. pozwolenia na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne powstające w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych - która była ważna do dnia 31.07.2017 r. oraz

2) decyzję nr 82/16/PZ.O z dnia 15 lipca 2016 r., dot. zezwolenia na zbieranie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - która była ważna do 14.07.2017 r.

Zamawiający w załączniku nr 6 do s.i.w.z. - Wzór/Projekt Umowy, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (sposobu wykonania zamówienia) wskazał, iż wymaga:

- 1) w § 1 ust. 5 - „odbioru od Zamawiającego odpadów w dni robocze w godz. 8.00-14.00, lecz nie rzadziej niż co 72 godziny
- 2) w § 1 ust. 4 - potwierdzeń przyjęcia odpadów do utylizacji oraz potwierdzenia ich utylizacji zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- 3) w § 1 ust. 9a - realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach;
- 4) w § 3 ust. 8 wskazał, iż „Wykonawca po podpisaniu umowy na własny koszt dokona wszelkich formalności związanych z przejęciem po uzyskaniu decyzji dotyczących funkcjonowania spalarni (m.in. pozwolenia na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza, pozwolenia na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne powstających w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych, zezwolenia na zbieranie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych). Z chwilą uzyskania decyzji pozwalających na funkcjonowanie spalarni, Wykonawca będzie wykorzystywał urządzenia w celu zapewnienia prawidłowej realizacji niniejszej umowy”;
- 5) w § 3 ust. 9 wskazał, iż „Do czasu pozyskania przez Wykonawcę Decyzji i pozwoleń o których mowa w § 3 ust. 8, lub w przypadku awarii spalarni przy Mazowieckim Szpitalu Specjalistycznym im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Wykonawca zobowiązany jest wskazać alternatywną spalarnię, w której odpady określone w § 1 ust. 1 niniejszej umowy pochodzące z działalności Zamawiającego będą unieszkodliwiane zgodnie z przepisami określonymi w § 1 ust 2 niniejszej umowy.”

W punkcie XVI.1. s.i.w.z. określono charakter załącznika nr 6 do s.i.w.z. Wzór/Projekt Umowy, gdzie wskazano, że „Umowa zostanie zawarta na warunkach zawartych we wzorze umowy, który stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ”.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – odwołujących i przystępującego.

Pismem z dnia 20 października 2017 roku zamawiający wezwał przystępującego na podstawie § 3 ust. 9 wzoru umowy do wskazania alternatywnej spalarni, o której mowa w § 3 ust. 8. Przystępujący wskazał spalarnię w Bełchatowie.

Pismem z dnia 30 listopada 2017 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż wykonanie przedmiotu zamówienia co do zasady winno odbywać się z wykorzystaniem spalarni w Ostrołęce, jednakże – do czasu uzyskania stosownych pozwoleń – wybrany wykonawca winien wykorzystywać spalarnię alternatywną, z zastosowaniem wskazanych przez zamawiającego przepisów ustawy o ochronie środowiska i ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1987 ze zm.), zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Wskazany wyżej zakaz nie ma jednak charakteru bezwzględny. W myśl ust. 5, komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa. Zgodnie zaś z ust. 6, w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. 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.

Przystępujący do postępowania odwoławczego podnosił, że w jego przypadku zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 20 ust. 6 zdanie drugie ustawy o odpadach. Nie kwestionował, że na terenie województwa mazowieckiego znajduje się instalacja do unieszkodliwiania odpadów (instalacja w Płocku), jednak nie ma ona wolnych mocy przerobowych, w związku z czym, do czasu uzyskania stosownych pozwoleń, będzie wykorzystywał spalarnię w Bełchatowie (województw łódzkie).

Przystępujący do pisma, w którym zgłosił przystąpienie dołączył pisma Urzędu Marszałkowskiego z dnia 3 i 10 listopada 2016 roku, z których wynika, że zdolności przerobowe instalacji do termicznego unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych wynoszą:

- I. instalacji SABA (konsorcjanta odwołującego) - 2800 Mg/rok;
2. instalacji na terenie Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce - 306 Mg/rok.

Na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 roku przystępujący złożył pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 15 grudnia 2017 roku, z którego wynika, że w roku 2015 na terenie Województwa Mazowieckiego wytworzonych zostało 7436,7561 Mg zakaźnych odpadów medycznych, natomiast w roku 2016 ilość ta wyniosła 8246,5996 Mg. Szacuje się, że ilość powstających tego rodzaju odpadów będzie wzrastać o około 1% rocznie. Na terenie województwa mazowieckiego eksploatowana jest jedna instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych: instalacja należąca do SABA, zlokalizowana w Płocku przy ul. Przemysłowej 34 o zdolności przerobowej 2800 Mg/rok. Instalacja zlokalizowana na terenie Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce o zdolności przerobowej 306 Mg/rok, nie posiada ważnej decyzji na unieszkodliwianie odpadów medycznych i weterynaryjnych. Dotychczasowa decyzja wygasła 31.07.2017 roku. Brak jest możliwości unieszkodliwienia całej ilości wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych.

Z pisma z dnia 15 grudnia 2017 roku wynika także, że firma ECO-ABC Sp. z o.o. posiada uprawnienia do zbierania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych na terenie województwa mazowieckiego. Mając na uwadze obowiązujące przepisy prawa w tym zakresie, należy uznać, że w przypadku wytworzenia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa mazowieckiego i braku możliwości przetworzenia całej ilości wytworzonych odpadów (brak wystarczających mocy przerobowych) dopuszcza się przekazywanie tych odpadów do najbliższej położonej instalacji na terenie innego województwa.

Izba przeprowadziła dowód ze wskazanych wyżej pism i skonstatowała, iż przystępujący wykazał, iż jest uprawniony do korzystania z innej instalacji niż instalacja w Płocku, a zatem – z instalacji położonej na terenie innego województwa niż województwo mazowieckie. Wskazane pisma zawierają bowiem informacje na temat ilości odpadów wytwarzanych na terenie województwa mazowieckiego oraz możliwości przerobowych instalacji w Płocku i Ostrołęce. Porównanie tych danych pozwala na wniosek, iż instalacje te

nie posiadają mocy przerobowych wystarczających do unieszkodliwienia wszystkich odpadów wytwarzanych na terenie województwa.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonych przez odwołujących dokumentów, potwierdzających, iż instalacja w Płocku unieszkodliwia dostarczane odpady, niemniej jednak – w ocenie Izby – odwołujący nie wykazali za pomocą tych dowodów, iż instalacja ta ma moce przerobowe na tyle duże, że będzie w stanie przyjąć i unieszkodliwić odpady wytworzone w związku z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia. Z przedłożonych dokumentów wynika jedynie, że instalacja ta funkcjonuje i przyjmuje odpady do unieszkodliwiania, niemniej jednak fakt ten nie był przez uczestników postępowania odwoławczego kwestionowany. Kwestionowane były bowiem moce przerobowe instalacji, a nie fakt jej działania w ogóle. Oczywistym jest, że czynna instalacja przyjmuje i unieszkodliwia odpady. Istotą jednak było wykazanie, iż jej moce przerobowe wyłączają możliwość zastosowania art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, czemu odwołujący nie sprostali.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku zachodzi zatem okoliczność, o której mowa w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, co oznacza, że przystępujący był uprawniony do wskazania, jako alternatywnej, spalarni w Bełchatowie. Izba nie dopatryła się w tym zakresie nieważności oferty przystępującego ani jej niezgodności z treścią s.i.w.z.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z pozostałych dokumentów złożonych przez odwołujących, tj. potwierdzenia przyjęcia wniosku dotyczącego udzielenia pozwolenia na wytwarzanie odpadów, decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego z 02.04.2015 r., w sprawie udzielenia EMKA S.A. pozwolenia na wytwarzanie odpadów, a także pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z 21.03.2017 r., protokołu kontroli z 30.08.2016 r. oraz pisma Inspekcji Ochrony Środowiska z 17.11.2017 r. Dwa pierwsze dokumenty zostały złożone na okoliczność wykazania przewlekłości postępowania w sprawie wydania pozwolenia na wytwarzanie odpadów, co jest bezprzedmiotowe dla niniejszej sprawy. Podkreślić należy, że odwołujący nie sformułowali w odwołaniu zarzutu, który wskazany wniosek dowodowy miałyby wykazać, a ponadto zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie określił maksymalnej granicy czasowej korzystania z instalacji alternatywnej. Pozostałe dokumenty miały wykazać niemożność korzystania z instalacji w Bełchatowie, co również nie było przedmiotem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....