

Sygn. akt: KIO 1461/12

WYROK
z dnia 24 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2012 r. przez **ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 1 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny oferty;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ECO-ABC Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie na rzecz ECO-ABC Sp. z o.o. kwotę 18.591 zł 60 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych oraz odbioru odpadów komunalnych z Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznej im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie.*

W dniu 10 lipca 2012 r. wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, a także art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 2 lipca 2012 r. otrzymał informację o unieważnieniu postępowania przetargowego w zakresie części nr 1, w związku z wykluczeniem i odrzuceniem ofert wszystkich wykonawców. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z tym, że także pozostali wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, Zamawiający na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp unieważnił postępowanie. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający podał, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazał posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy). Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia tego warunku wymagał właściwej decyzji wydanej przez właściwy organ dotyczącej unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą o odpadach.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w § 5 ust. 1 pkt 1a SIWZ opisał sposób spełnienia przez wykonawców warunku posiadania uprawnień w następujący sposób: *Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca przedłoży koncesję, zezwolenie lub licencję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, tj. właściwą decyzję (zezwolenie, pozwolenie lub decyzję) wydaną przez właściwy organ, stosowne do grupy odpadów, dotyczącą: transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r.* Zamawiający powołując się na ww. zapis, jak również na zapis § 6 ust. 6 SIWZ (dopuszczający

podwykonawstwo) w zw. z 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 9 ustawy o odpadach zdecydował o wykluczeniu Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że § 6 ust. 6 SIWZ mówi wyłącznie o dopuszczalności posługiwania się przy wykonaniu niniejszego zamówienia wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym i osobami podmiotów trzecich. Taką też usługę zaoferował Odwołujący, wskazując, że w zakresie unieszkodliwiania odpadów skorzysta z potencjału technicznego podwykonawcy (instalacji firmy SARPI w Dąbrowie Górniczej). Odwołujący podkreślił, że korzysta wyłącznie z potencjału technicznego, a nie z uprawnień podmiotu trzeciego, ponieważ sam posiada takie uprawnienia, na dowód czego zostało do oferty dołączone pozwolenie zintegrowane dla instalacji w Bełchatowie.

Zdaniem Odwołującego, pomimo złożonych wyjaśnień (pismo z 28 czerwca 2012 r.) Zamawiający błędnie zinterpretował przepisy art. 9 ustawy o odpadach w związku z treścią § 5 ust. 1 pkt 1a SIWZ. W przepisach art. 9 ust. 3-5 zawarta jest tzw. zasada bliskości, zgodnie z którą odpady medyczne o właściwościach zakaźnych (zakaźne odpady medyczne) powinny być poddane unieszkodliwieniu na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone lub poza województwem, jeżeli odległość od wytwórcy odpadów do instalacji poza województwem jest mniejsza niż do instalacji położonej na terenie tego samego województwa.

Odwołujący podkreślił, że art. 9 ust. 4 w zw. z art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach określa warunki, przy spełnieniu których możliwe jest unieszkodliwianie odpadów na terenie innego województwa (decyduje odległość instalacji). Konsekwencją powyższego jest fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział wykonawcy dysponujący instalacjami położonymi na terenie innego województwa niż Zamawiający. Tak też należy interpretować ogólny zapis § 5 ust. 1 pkt 1a SIWZ, że decyzja ma być zgodna z przepisami ustawy o odpadach. Skoro bowiem ustawa o odpadach zezwala na unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa ich wytworzenia, to logiczną konsekwencją jest, że Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuścił posługiwanie się decyzją dla instalacji spoza województwa. Przeciwnie twierdzenie Zamawiającego jest nielogiczne i sprzeczne nie tylko z SIWZ, ale również łamie podstawową zasadę uczciwej konkurencji zawartą w przepisie art. 7 ust 1 ustawy Pzp. W praktyce bowiem oznacza niedopuszczenie do udziału w postępowaniu firm spoza województwa dolnośląskiego.

Zdaniem Odwołującego, na etapie oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe badanie ofert pod kątem ich zgodności z zasadą bliskości. Będzie to możliwe dopiero na drugim etapie

oceny ofert – pod kątem ich odrzucenia ze względu na przyczyny wymienione w przepisie art. 89 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu jednak odrzucenie oferty Odwołującego nie jest możliwe, ponieważ zaoferował on unieszkodliwienie odpadów w instalacji podwykonawcy na terenie województwa śląskiego. Odwołujący podkreślił, że dysponuje wymaganymi uprawnieniami do wykonywania działalności transportu i unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych, a wskazany w ofercie potencjał techniczny podwykonawcy z terenu województwa śląskiego należy oceniać na etapie badania ofert jako spełnienie zasady bliskości.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że instalacja w Bełchatowie spełnia wymóg zasady bliskości, ponieważ położona jest nieco bliżej niż instalacja firmy SARPI w Dąbrowie Górniczej. Dokładne zmierzenie odległości jaką musi pokonać pojazd wskazuje, że odległość od Zamawiającego do instalacji w Bełchatowie (ul. Przemysłowa 7) to 75,8 km, podczas gdy odległość do instalacji w Dąbrowie Górniczej (ul. Koksownicza 16) to 76,3 km (źródło: *maps.google.pl*). Już chociażby to pokazuje, że pozwolenie zintegrowane wydane dla instalacji w Bełchatowie nie tylko udowadnia spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, ale także udowadnia spełnienie zasady bliskości przez instalację w Bełchatowie, uniemożliwiając odrzucenie oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 5 SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*), w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, tj. dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W zakresie części nr 1 zamówienia (odbiór i unieszkodliwienie odpadów medycznych z pomieszczeń Zamawiającego), warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży *koncesję, zezwolenie lub licencję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. właściwą decyzję (zezwolenie, pozwolenie lub decyzję), wydaną przez właściwy organ, stosownie do grupy odpadów, dotyczącą: transportu*

i unieszkodliwiania odpadów medycznych, zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

Odwołujący załączył do oferty decyzję Wojewody Łódzkiego Nr PZ/60 z 23 maja 2007 r. w sprawie udzielenia spółce ECO-ABC pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych – Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7. Ponadto do oferty zostały załączone:

- oświadczenie o zamiarze skorzystania z usług podwykonawcy SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. w zakresie utylizacji odpadów medycznych,
- zobowiązanie SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. do udostępnienia posiadanego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawcy ECO-ABC Sp. z o.o. w zakresie unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem,
- decyzja Wojewody Śląskiego (wraz z decyzjami zmieniającymi) udzielająca ww. podmiotowi pozwolenia zintegrowanego dla instalacji do unieszkodliwiania odpadów przemysłowych metodą termicznego ich przekształcania, zlokalizowanej w Dąbrowie Górniczej, ul. Koksownicza 16.

W dniu 27 czerwca 2012 r. Zamawiający – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwał Odwołującego do przedłożenia *aktualnej koncesji, zezwolenia lub licencji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, tj. właściwej decyzji (zezwolenia, pozwolenia lub decyzji), wydanej przez właściwy organ, stosownie do grupy odpadów, dotyczącej: transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r.* Zamawiający wskazał, że warunek dotyczący posiadania uprawnień musi spełniać wykonawca, natomiast załączona do oferty decyzja dotycząca unieszkodliwiania odpadów medycznych wystawiona dla podwykonawcy nie może być uznana za wystarczającą. Z kolei decyzja, którą dysponuje wykonawca dotyczy Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie, czyli poza terenem województwa śląskiego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył pismo, w którym podniósł, że żądanie przedłożenia decyzji na unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych dla instalacji zlokalizowanej na terenie województwa nie ma oparcia w warunkach opisanych w SIWZ. Wykonawca wskazał, że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wystarczy legitymowanie się decyzją wydaną dla dowolnej instalacji położonej na terenie kraju, a taka decyzja została do oferty Odwołującego załączona. Odwołujący poinformował, że wskazany w ofercie potencjał techniczny podwykonawcy

z terenu województwa śląskiego należy oceniać na etapie badania ofert jako spełnienie zasady bliskości.

W dniu 2 lipca 2012 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania w zakresie części nr 1 zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podając, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty (REMONDIS MEDISON Sp. z o.o., . ECO-ABC Sp. z o.o., PBI Sp. j.) zostali wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, że wykonawca załączył do oferty decyzję w sprawie pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji w Bełchatowie, czyli poza terenem województwa śląskiego oraz decyzję dotyczącą unieszkodliwiania odpadów medycznych wystawioną dla podwykonawcy, który zobowiązał się unieszkodliwiać odpady medyczne, objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający uznał, że załączona decyzja podwykonawcy nie może być uznana przez Zamawiającego za wystarczającą, ponieważ ustawa Pzp nie dopuszcza polegania na potencjale innych podmiotów w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności polegającej na utylizacji odpadów medycznych, załączył bowiem do oferty pozwolenie zintegrowane na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych położonej w Bełchatowie. Fakt, że instalacja, której dotyczy powyższe pozwolenie, zlokalizowana jest poza obszarem województwa śląskiego, jest obojętny dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z opisu zamieszczonego w § 5 ust. 1 SIWZ nie wynika wymóg posiadania pozwolenia wydanego dla instalacji położonej na terenie województwa, w którym znajduje się siedziba Zamawiającego (wymóg taki prowadziłyby de facto do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców z terenu województwa śląskiego).

Należy stwierdzić, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli brać udział również wykonawcy dysponujący zakładami unieszkodliwiania odpadów

położonymi na terenie innych województw. W przypadku takich wykonawców nie można bowiem przesądzić niemożliwości wykonania zamówienia z zachowaniem wymogów określonych w przepisach ustawy o odpadach. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 4 tej ustawy, znajdującym zastosowanie do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych, odpady te mogą być unieszkodliwiane na obszarze województwa innego niż te, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca ich wytwarzania do miejsca unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Zatem w przypadku braku możliwości powierzenia unieszkodliwiania odpadów na obszarze województwa śląskiego, w odległości bliższej niż lokalizacja instalacji spoza obszaru województwa, Zamawiający miał możliwość, zgodnie ze wskazanym wyżej przepisem, powierzyć utylizację odpadów wykonawcy dysponującego instalacją zlokalizowaną w sąsiednim województwie.

Zdaniem Izby, Zamawiający oparł się na błędnym założeniu, że Odwołujący w sposób niedozwolony zamierza korzystać z potencjału innego podmiotu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, że to wykonawca musi dysponować stosownymi uprawnieniami i nie może oprzeć się w tym zakresie na potencjale innego podmiotu, Izba podkreśla, że w niniejszej sprawie takie „użyczenie” uprawnień nie miało miejsca. Odwołujący posiada własne pozwolenie na utylizację odpadów medycznych i przedstawił je na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast aby zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia i zapewnić zgodność jego realizacji z tzw. zasadą bliskości, zdecydował się powierzyć utylizację odpadów podwykonawcy, dysponującemu instalacją zlokalizowaną w Dąbrowie Górniczej. Możliwości takiej Zamawiający w SIWZ nie wyłączył. Ponadto, podczas rozprawy Zamawiający przyznał, że taki sposób wykonania zamówienia byłby zgodny z przepisami ustawy o odpadach.

Wydaje się, że Zamawiający utożsamiał spełnianie warunków udziału w postępowaniu z oferowanym sposobem realizacji zamówienia, co jest nieuzasadnione. Należy bowiem odróżnić sytuację podmiotową wykonawcy, warunkującą możliwość jego udziału w postępowaniu, od przedstawionego w ofercie sposobu wykonania zamówienia i jego zgodności z przepisami prawa i z oczekiwaniami Zamawiającego.

Podsumowując należy stwierdzić, że sytuacja podmiotowa wykonawcy oraz określony w ofercie sposób wykonania zamówienia gwarantują Zamawiającemu odbiór i utylizację odpadów w sposób zgodny z przepisami prawa, a wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego unieważnienia postępowania w zakresie części nr 1 zamówienia.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: