

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Firma Usługowo-Handlowa „EKO-TOP” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Hetmańskiej 120 (35-078 Rzeszów) - Lider, **Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Płocku przy ul. Przemysłowej 34 (09-400 Płock)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie**, ul. Banacha 1A (02-097 Warszawa)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7 (97-400 Bełchatów) - Lider, **W. C.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZGO EKO ALF W. C., Gołębiów Nowy 5A, (99-300 Kutno), przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14.07.2016 r., polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FUH „EKO-TOP” Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie, Saba Sp. z o.o. z/s w Płocku, tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FUH „EKO-TOP” Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie, Saba Sp. z

o.o. z/s w Płocku kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi *odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych* (nr postępowania: DZP/270/69/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 100-178288 w dniu 26.05.2016 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z postępowania Konsorcjum w składzie Saba Sp. z o.o. i FUH EKO-TOP Sp. z o.o. wniosło w dniu 25 lipca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1368/16).

O czynnościach Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 14 lipca 2016 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 oraz art. 29 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia złożonej przez Odwołującego oferty;
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pz poprzez podjęcie decyzji o wykluczeniu oferty Odwołującego pomimo, że nie zaistniały przesłanki określone w tym przepisie.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert.

Podstawą decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowił brak dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów o kodzie 15 02 03 dla instalacji w Płocku, wskazanej w ofercie.

Argumentacja Odwołującego dotyczyła między innymi zakresu przedmiotu zamówienia, który dotyczy usługi odbioru, transportu i przetwarzania odpadów, w tym odpadów medycznych (rozdział IV pkt 1. Ppkt 1.1. siwz), zakwalifikowanych do grupy 18 – tj. odpadów medycznych i weterynaryjnych oraz odpadów zakwalifikowanych do grupy 15 – tj. odpady opakowaniowe: sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach. Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający zamiennie w treści ogłoszenia oraz siwz używa terminów *utylizacja/unieszkodliwienie/gospodarowanie odpadami*, nie definiując ich na potrzeby postępowania. Zgodnie z ustawą o odpadach unieszkodliwienie odpadów należy rozumieć proces niebędący odzyskiem, nawet jeżeli wtórnym skutkiem takiego procesu jest odzysk substancji lub energii. Gospodarowanie odpadami to zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów (proces odzysku lub unieszkodliwiania) łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami. Z uwagi na powyższe, warunek udziału w postępowaniu należało

odnosić do zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów oznaczonych kodami. W art. 17 ustawy o odpadach określona została hierarchia postępowania z odpadami zgodnie z którą, w przypadku jeżeli nie jest możliwym ponowne użycie lub recykling powstałych odpadów, odpady poddaje się innym procesom odzysku. Wyłącznie w sytuacji, w której odpady nie mogą zostać poddane procesom odzysku możliwym jest poddanie ich procesowi unieszkodliwiania. Odwołujący przedłożył dokument zezwalający na poddanie odpadów o kodzie 15 02 03 odzyskowi, czyli procesowi poprzedzającemu unieszkodliwienie odpadów. Dopuszczenie przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu wyłącznie podmioty, które oferują unieszkodliwienie odpadów o kodzie 15 02 03, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Ustawy, ograniczając dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Dodatkowo Odwołujący wskazał na decyzję administracyjną, która zezwala na unieszkodliwienie odpadów o kodzie 15 02 03, co wskazuje na brak uzasadnienia dla działań Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonując powtórnej oceny ofert powinien odrzucić ofertę Konsorcjum ECO-ABC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, w której zaoferowano wykonanie usługi z naruszeniem przepisów ustawy o odpadach, w zakresie zasady bliskości wyrażonej w treści art. 20 ustawy o odpadach.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie z udziałem wykonawcy (Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o. z/s w Belchatowie, W. C. - ZGO EKO ALF W. C.), który dopuszczony został do udziału w postępowaniu, jako uczestnik przystępujący po stronie Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do wniesienia odwołania, tj. naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakres zarzutów i żądań wobec czynności, podjęcia których Odwołujący się domaga. Odwołujący złożył ofertę, którą Zamawiający odrzucił i nie poddał porównaniu i ocenie w kryterium oceny ofert, czego konsekwencją było dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy, a tym samym Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Skutkiem uwzględnienia odwołania byłoby

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Odwołaniem wykonawca zmierza zatem do przywrócenia swojej oferty do oceny, co umożliwiłoby jej wybranie jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do wniesienia odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść siwz, oferty Odwołującego wraz z uzupełnionymi na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentami, a także oferty Przystępującego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy (jako niezgodnej z siwz) Zamawiający podniósł, iż *na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie dostarczył dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w siwz, Rozdział II pkt 1 ppkt 1.1/1.1.1 a), tj. aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów o kodzie 15 02 03 dla instalacji w Płocku, wskazanej w złożonej do w/w postępowania Ofercie.*

W rozdziale II pkt 1 siwz Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, wskazując między innymi w pkt 1.1 ppkt 1.1.1 a) w odniesieniu do uprawnień do wykonywania określonej działalności na obowiązek złożenia aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 02, 18 01 08, 18 01 06, 18 01 09, 18 01 07, 15 02 03 zgodnie z przepisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2013 poz. 21 z późn. zm.). Zezwolenie to zostało ponownie przywołane w pkt 2.2.8 rozdziału II siwz. Zamawiający w pkt 8 (rozdział II) wskazał, iż *o zamówienie mogą ubiegać się podmioty występujące wspólnie. W przypadku oferty złożonej przez podmioty występujące wspólnie każdy z partnerów samodzielnie złoży dokumenty, o których mowa w pkt 2.1.1 do 2.1.6 siwz, oraz oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1, a także w przypadku Wykonawców występujących wspólnie, a mających siedzibę lub miejsce zamieszkania za granicą odpowiednio: pkt od 2.2.1 do 2.2.5 SIWZ. oraz oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1.* Wykonawca, który nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów zostanie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania (rozdział II, pkt 15 siwz).

W rozdziale V pkt 1 i 2 Zamawiający opisał zasady oceny ofert w kryteriach: cena (95 pkt) oraz odległość miejsca unieszkodliwienia odpadów od siedziby Zamawiającego (5 pkt).

Odwołujący załączył do oferty decyzje:

- decyzje Marszałka Województwa Mazowieckiego nr 95/15/PŚ.O z września 2015 r., dla Saba Sp. z o.o. na *wytwarzanie odpadów z instalacji do termicznego przekształcania odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w Płocku przy ul. Przemysłowej 36 oraz na przetwarzanie odpadów w procesie termicznego przekształcania* (str. 67), obejmujące odpady o kodach wskazanych w tabelach, w tym 15.02.03 (dopuszczone do odzysku, str. 68, poz. 116 tabeli nr 3 i przewidziane do zbierania – tabela nr 4), obejmujące zezwolenie na zbieranie odpadów, w tym oznaczonych kodem 15.02.03 (poz.16 tabeli). W treści decyzji wskazane zostały również wymagania dotyczące procesu unieszkodliwiania i odzysku odpadów. Ważność decyzji została ustalona: na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem zezwolenia na przetwarzanie odpadów i zezwolenia na zbierania odpadów (z wyłączeniem zakaźnych odpadów medycznych oraz zakaźnych odpadów weterynaryjnych) do dnia 7 września 2025 r., a na zbieranie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych do dnia 7 września 2016 r.(str. 70 oferty). Odpady oznaczone kodem 15 02 03 nie zostały wymienione w tabeli nr 2 – odpady dopuszczone do unieszkodliwiania;
- decyzje Marszałka Województwa Podkarpackiego OS-III.7221.20.2012.MM z 30.11.2012 r. wydana dla FUH Eko-Top Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie na *wytwarzanie odpadów w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcenia odpadów z uwzględnieniem działalności w zakresie odzysku, unieszkodliwiania, zbierania i transportu odpadów* (obejmująca dwie eksploatowane instalacje w Rzeszowie). W treści decyzji w pkt III.5 wskazane zostały rodzaje odpadów przewidziane do unieszkodliwiania, w tym odpady oznaczone kodem 15.02.03 (poz. 372 tabeli, str. 78 oferty). **Decyzja ważna do 30.11.2022 r.** Decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego nr z 23.10.2014 r. wydana dla FUH Eko-Top Sp. z o.o. z s/ w Rzeszowie na *wytwarzanie odpadów w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów*;
- decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego OS-III.7221.26.2013.MM z 23.10.2014 r. wydana dla FUH Eko-Top Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie na *wytwarzanie, przetwarzanie i zbieranie odpadów w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcenia odpadów*, **obowiązująca do 31 sierpnia 2024 r.** (str. 111- 115 oferty). W załączniku nr 1 do decyzji wskazane zostały w tabelach rodzaje i ilość odpadów przewidzianych do unieszkodliwiania, w tym odpady o kodzie 15 02 03 (poz. 373), do odzysku metodą R12, w tym odpady o kodzie 15 02 03 (poz. 170) oraz zbierania w tym odpady o kodzie 15 02 03 (poz. 643).

W piśmie z 04.07.2016 r., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o kodzie 15 02 03 dla instalacji wskazanej w ofercie oraz dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kodów wymienionych – dotyczy decyzji nr 95/15/PŚ (str. 67 – 70 oferty) – załączony do oferty dokument jest nieczytelny.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący ponownie przedłożył decyzję nr 95/15/PŚ.O oraz wyjaśnił, że odpady o kodzie 15 02 03 zgodnie z ustawą o odpadach (art. 17), zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami powinny zostać poddane procesowi odzysku, stąd wskazana została instalacja w Płocku, która przetwarza tego typu odpady w procesie odzysku R1. Jeżeli Zamawiający inaczej interpretuje Ustawę o odpadach i wymaga bezwzględnego unieszkodliwienia odpadu 15 02 03 to odpad zostanie unieszkodliwiony w spalarni w Rzeszowie, oddalonej 298 km od miejsca wytwarzania odpadów. Zezwolenie na unieszkodliwienie odpadu 15 02 03 zostało załączone do oferty – decyzja OS-III.7221.26.2013.MM z dnia 2014-10-23, załącznik nr 1 do decyzji, poz. 373, str. 12 załącznika. Odpad 15 02 03 nie podlega „zasadzie bliskości”.

W ofercie wybranej, w załączniku nr 3 do formularza oferty – *Parametry podlegające ocenie*, Konsorcjum zadeklarowało dwie instalacje do unieszkodliwiania odpadów, w miejscowościach Belchatów i Gołębiew Nowy, oddalone o 142 km od siedziby Zamawiającego (str. 99 oferty).

W ofercie w parametrze ocenianym, tj. odległość miejsca unieszkodliwiania odpadów od siedziby zamawiającego Odwołujący wskazał Płock w odległości 108 km (załącznik nr 4 do formularza oferty, str. 87).

### **Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.**

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej (Konsorcjum) Izba nie znalazła uzasadnienia do stwierdzenia jej niezgodności z treścią siwz.

Odwołujący sformułował zarzuty wobec czynności oceny jego oferty, uznanej przez Zamawiającego za niezgodną z siwz., a także czynność wyboru oferty Konsorcjum, która powinna podlegać odrzuceniu.

I.

Na wstępie należy zauważyć, iż uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy odnosi się do brakujących dokumentów wymaganych

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale II pkt 1.1.1 lit a siwz. Zgodnie ze wskazaną podstawą prawną odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Norma ta dotyczy zatem merytorycznej treści oferty (zobowiązania wykonawcy), a nie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe prowadzi zatem do stwierdzenia, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał subsumcji stanu faktycznego do normy prawnej, z której wywiódł podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie ma to przesądzającego znaczenia dla uznania odwołania w tym zakresie za zasadne, gdyż Izba niezależnie od podstawy prawnej decyzji Zamawiającego zobowiązana była ocenić, czy okoliczności wskazane w uzasadnieniu decyzji mogły prowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że sam Zamawiający w siwz w rozdziale II pkt 15 określił, iż wykonawca, który nie złoży wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów zostanie wykluczony z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a oferty takich wykonawców uznaje się za odrzucone (art. 24 ust. 4 Ustawy).

Przechodząc do oceny dokumentów przedłożonych w ofercie Odwołującego, należy ponownie wskazać na brzmienie warunku, który stanowił podstawę weryfikacji uprawnień wykonawcy wymaganych przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności, co miał potwierdzić przez złożenie dokumentu, tj. aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 02, 18 01 08, 18 01 06, 18 01 09, 18 01 07, 15 02 03 zgodnie z przepisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2013 poz. 21 z późn. zm.). Zezwolenie to zostało ponownie przywołane w pkt 2.2.8 rozdziału II siwz (dotyczący dokumentów). Odnośnie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie (składających wspólnie ofertę) Zamawiający w pkt 8 (rozdział II) wymagał, aby każdy z partnerów samodzielnie złożył dokumenty, o których mowa w pkt 2.1.1. do 2.1.6 siwz. a w przypadku Wykonawców występujących wspólnie, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania za granicą odpowiednio: pkt od 2.2.1 do 2.2.5 SIWZ. Z zapisów tych wynika zatem, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne nie było obowiązku składania aktualnych zezwoleń na prowadzenie działalności przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający nie miał także podstaw do badania, czy zezwolenia dotyczące każdego z konsorcjantów w pełni obejmowały wszystkie wymienione kodami rodzaje odpadów. Możliwe było bowiem wykazanie, iż konsorcjum



wspólnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, co mogło nastąpić albo przez złożenie jednego zezwolenia w całości obejmującego zakres wymagany w treści warunku wystawionego na jednego z członków konsorcjum, albo złożenie zezwoleń dla każdego z tych podmiotów, które łącznie obejmowały zgodę na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 02, 18 01 08, 18 01 06, 18 01 09, 18 01 07, 15 02 03. Zamawiający w żaden sposób w siwz nie wskazał, aby zezwolenie jakiego wymagał dotyczyło konkretnej instalacji, do której wykonawca zamierza kierować odebrane od Zamawiającego odpady dla tego konkretnego zamówienia. Ocena uprawnień miała jedynie na celu zweryfikowanie, czy wykonawca może zbierać, transportować i unieszkodliwiać odpady z grupy opisanej kodami. Powyższe miało istotne znaczenie dla oceny dopuszczalności uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie przedłożył wymaganych dokumentów, tj. *aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów o kodzie 15 02 03 dla instalacji w Płocku, wskazanej w złożonej do w/w postępowania Ofercie*. Izba pominęła tą część argumentacji Odwołującego, w której podważał brzmienie warunku, jako spóźnioną próbę zakwestionowania warunku udziału w postępowaniu i rozstrzygnęła w oparciu o zapisy siwz istniejące na moment składania ofert.

Izba kierując się rozumieniem warunku wskazanym powyżej oddaliła odwołanie uznając, iż złożone pierwotnie w ofercie dokumenty były prawidłowe i potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący załączył bowiem aktualne decyzje wystawione dla każdego z konsorcjantów, odpowiednio dotyczące instalacji w Płocku (dla Saba Sp. z o.o., nr 95/15/PŚ.O z września 2015 r.) oraz w Rzeszowie (dla Eko-Top Sp. z o.o. – decyzja OS-III.7221.20.2012.MM z 30.11.2012 r.). Istotnym w sprawie było stwierdzenie, czy Zamawiający mógł wyłącznie uwzględnić decyzję dotyczącą instalacji w Płocku, która nie obejmowała zgody na unieszkodliwianie odpadów o kodzie 15 02 03. (odpady o tym kodzie zostały wskazane, jako podlegające odzyskowi), pomijając decyzję dotyczącą instalacji w Rzeszowie uwzględniającej odpady o kodzie 15 02 03, które mogą podlegać unieszkodliwieniu. Zamawiający połączył weryfikację podmiotową wykonawcy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a dotyczącym wskazanej instalacji w Płocku, do której zamierza kierować odpady, w tym te o kodzie 15 02 03.

W świetle ustalonych w postępowaniu zasad oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba uznała, iż Zamawiający nie wymagał, aby decyzja (zgoda na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 02, 18 01 08, 18 01 06, 18 01 09, 18 01 07, 15 02 03) obejmowała wyłącznie instalację wskazaną w treści załącznika nr 4 do formularza oferty. Zamawiający dokonał modyfikacji warunku na potrzeby oceny złożonych przez Odwołującego dokumentów, gdyż

wprowadził dodatkową przesłankę związaną z miejscem unieszkodliwiania odpadów, wcześniej nie ujawnioną wykonawcom. Jakkolwiek taki sposób badania uprawnień koniecznych do wykonania zamówienia byłby dopuszczalny, to jednak nie wynika on z brzmienia warunku udziału w postępowaniu, który od momentu jego upublicznienia stał się wiążący na dalszym etapie postępowania dla wykonawców i samego zamawiającego. Skoro w siwz i ogłoszeniu Zamawiający nie sprecyzował, iż oczekuje aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów o podanych kodach w konkretnej (zadeklarowanej w ofercie) instalacji, to wystarczającym było przedłożenie zezwolenia dla dowolnej instalacji. Taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu, gdyż Odwołujący złożył decyzję zakresowo spełniającą warunek udziału w postępowaniu dla instalacji w Rzeszowie.

Odmienną kwestią pozostaje ocena ofert w kryterium oceny ofert, której podstawą nie są dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zezwolenie), lecz oświadczenie wykonawcy składane w załączniku nr 4 do formularza oferty, dotyczące miejsca unieszkodliwiania odpadów. Ponieważ zarzuty nie dotyczyły oceny ofert w kryterium oceny ofert, Izba nie odniosła się do sposobu oceny oferty Odwołującego w kryterium pozacenowym. Zamawiający dopiero ponawiając czynności w postępowaniu będzie zobowiązany ocenić oferty z uwzględnieniem ustalonych kryteriów oceny.

II.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, dotyczącego oceny oferty wybranej przez Zamawiającego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności stawianego zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum z siwz. O niezgodności z siwz świadczyć miało wskazane w załączniku nr 4 do formularza oferty miejsce unieszkodliwienia odpadów z naruszeniem zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach. Konsorcjum podało dwie instalacje w Bełchatowie oraz Gołębiewie Nowym, które nie są najbliższymi miejscami wytwarzania odpadów.

Przede wszystkim należy wskazać, iż żaden z zapisów siwz nie wykluczał możliwości wskazania przez wykonawcę innych instalacji niż te znajdujące się na obszarze województwa mazowieckiego (dwie). Odwołanie się w siwz do przepisów regulujących zasady gospodarki odpadami (Ustawa o odpadach), takiej możliwości nie wykluczało, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami składanymi w toku rozprawy, zasada bliskości nie ma bezwzględnego zastosowania i możliwe jest odstępstwo od niej w przypadkach wskazanych w ustawie. Potwierdza to również deklaracja Odwołującego złożona Zamawiającemu w piśmie z dnia 05.07.2016 r., o możliwości unieszkodliwienia odpadów o kodzie 15 02 03 w instalacji oddalonej o prawie 300 km od siedziby Zamawiającego. Konsorcjum zadeklarowało

natomiast instalacje oddalone o 142 km, co nie świadczyło o niezgodności z siwz, a miało znaczenie ale tylko w kontekście oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła odwołanie uznając, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego, podjęta z naruszeniem ustalonych zasad oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący: .....**