

Sygn. akt: KIO/UZP 326/09

WYROK

z dnia 27 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Emil Kuriata
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECO-ABC Sp. z o.o., Bełchatów, ul. Przemysłowa 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, Chorzów, ul. Strzelców Bytomskich 11** protestu z dnia 5 marca 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, Chorzów, ul. Strzelców Bytomskich 11 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ECO-ABC Sp. z o.o., Bełchatów, ul. Przemysłowa 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 705,56 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset pięć złotych pięćdziesiąt sześć groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich, Chorzów, ul. Strzelców Bytomskich 11** na rzecz **ECO-ABC Sp. z o.o., Bełchatów, ul. Przemysłowa 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECO-ABC Sp. z o.o., Bełchatów, ul. Przemysłowa 7.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę odbioru, wywozu i utylizacji odpadów medycznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2009 r. pod numerem 21274 - 2009.

W dniu 27 lutego 2009 r. (pismem z dnia 26 lutego 2009 r.) Zamawiający poinformował ECO-ABC Sp. z o.o. o jego wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na nie złożenie następujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

- aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 z późn. zm.), tj. uprawnienia do wykonywania działalności na terenie województwa śląskiego,
- ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż Wykonawca ten wskazując podwykonawcę w zakresie unieszkodliwiania odpadów nie spełnił wymogu realizacji całości zadania samodzielnie. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta ECO-ABC Sp. z o.o. uznana została za odrzuconą.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o., który wniósł w dniu 5 marca 2009 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 36 ust. 5 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Protestujący wskazał, iż w dziale IV B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający żądał aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, zgodnie z ustawą o odpadach oraz decyzji w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów. Podkreślił, iż zmiana treści Specyfikacji na etapie oceny ofert jest niedopuszczalna. ECO-ABC Sp. z o.o. oświadczyła, że złożyła wszystkie wymagane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym:

1. pozwolenie zintegrowane potwierdzające posiadanie uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie objętym zamówieniem (strony 18 – 43 oferty),
2. decyzję na użytkowanie Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów (strony 44 - 45 oferty),
3. ofertę, umowę z podwykonawcą na unieszkodliwianie odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem (strony 61 – 64),
4. decyzje podwykonawcy uprawniające do prowadzenia działalności w zakresie objętym zamówieniem (strony 65 - 195 oferty).

Protestujący wywiódł, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ posiada wszelkie uprawnienia (decyzje) do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem. Podniósł, iż w celu dostosowania sposobu realizacji usługi do wymogów art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach podpisał umowę z podwykonawcą posiadającym uprawnienia i instalację zlokalizowaną na terenie województwa śląskiego. Protestujący wyjaśnił, iż nie korzysta z uprawnień wskazanego podwykonawcy, ponieważ sam je posiada, korzysta natomiast z instalacji zlokalizowanej na terenie województwa śląskiego. Podkreślił, że zarówno ECO-ABC Sp. z o.o. jak i wskazana jako podwykonawca firma Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. posiadają pełnię uprawnień do unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem. Stwierdził, że Zamawiający nie zakazał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia udziału podwykonawców - zapisy Specyfikacji wskazują wprost na dopuszczenie udziału podwykonawców w zakresie unieszkodliwiania odpadów. Jako przykład podał treść działu IV B Specyfikacji, gdzie Zamawiający żądał od Wykonawców przedstawienia decyzji w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów oraz dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydane w drodze decyzji przez właściwy organ. Protestujący zwrócił również uwagę na treść art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Protestującego, potwierdzeniem możliwości korzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawców jest również art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że posiada uprawnienia do unieszkodliwiania odpadów medycznych, co wynika z załączonego do oferty pozwolenia zintegrowanego, przedstawił również pisemne zobowiązanie innego podmiotu (Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o.) do udostępnienia potencjału technicznego (instalacji zlokalizowanej na terenie województwa śląskiego), w celu zapewnienia zgodnej z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach realizacji zamówienia. W świetle powyższego, w ocenie Protestującego, Zamawiający wykluczając ECO-ABC Sp. z o.o. z postępowania i odrzucając jego ofertę naruszył w sposób rażący przepisy ustawy Pzp.

Protestujący zwrócił również uwagę na fakt, iż w sytuacji, gdy złożone przez niego oświadczenia bądź dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego, zobowiązany był on zwrócić się o ich wyjaśnienie bądź uzupełnienie w trybie art. 26 ustawy Pzp. Zdaniem Protestującego, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Protestującego z postępowania manipulując zapisami działu IV B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, cofnięcie decyzji o wykluczeniu Protestującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, a także o dokonanie ponownej oceny złożonych ofert.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 marca 2009 r. przez jego oddalenie. Zwrócił uwagę, że w dziale IV B pkt 1.2 ppkt a i b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia żądał złożenia przez Wykonawców następujących dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą o odpadach,
- decyzji w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów.

Zdaniem Zamawiającego, Protestujący nie złożył obu ww. dokumentów. Stwierdził również, że zawarte w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. stwierdzenie: „tj. uprawnienia do wykonywania działalności na terenie województwa śląskiego, zgodnie z art. 9 ustawy o odpadach” nie stanowi zmiany Specyfikacji, a jedynie przytoczenie obowiązujących przepisów ww. ustawy. Zamawiający zwrócił przy tym szczególną uwagę na art. 9 ust. 2 i 3 oraz art. 69a ustawy o odpadach. Podkreślił też, że Protestujący nie przedstawił w swojej ofercie ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów – przedstawił jedynie ofertę złożoną przez firmę Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., która nie stanowi takiej umowy.

Zamawiający zwrócił także uwagę na treść działu XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w którym jednoznacznie określił wymóg realizacji całego zamówienia przez wykonawcę składającego ofertę, co oznacza, że nie dopuszcza możliwości realizacji zadania przez podwykonawców.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o., który wniósł w dniu 16 marca 2009 r. (pismem z dnia 13 marca 2009 r.) odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 36 ust. 5 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego w kwestii obowiązywania ustawy o odpadach. Zauważył jednak, że zgodnie z art. 9 ww. aktu prawnego zakaźne odpady medyczne należy poddawać 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 (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 z późn. zm.) lub w miejscach najbliższych miejsca ich wytworzenia. Podkreślił, że art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach posługuje się nie jednym, a dwoma kryteriami, które przy wyborze oferty winny zaistnieć łącznie.

Odwołujący stwierdził, że nieuprawnione jest powoływanie się przez Zamawiającego na art. 69a ustawy o odpadach, ponieważ przepis ten odwołuje się do treści art. 9 ust. 3-4 ww. ustawy, a z treści ust. 4 wynika wprost, że odpady, przy spełnieniu odpowiednich przesłanek, mogą być poddane unieszkodliwieniu na terenie innego województwa, niż to, na terenie którego zostały wytworzone. Wybór instalacji poza województwem, spełniającej kryteria wskazane w art. 9 ust. 4 ustawy o odpadach nie jest zatem czynem zagrożonym karą przewidzianą w art. 69a ustawy.

Odwołujący podkreślił, że załączając umowę oraz decyzje firmy Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. na unieszkodliwianie odpadów na terenie województwa śląskiego, spełnił oba kryteria wyboru instalacji wskazane w art. 9 ustawy o odpadach.

Wskazał także, że do oferty załączył również decyzję dotyczącą pozwolenia zintegrowanego na unieszkodliwianie odpadów w instalacji w Bełchatowie, z której wynika, że spełnia ona wymóg najlepszej dostępnej techniki. Zamawiający na etapie badania spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie może zakładać, że instalacja Odwołującego w Bełchatowie nie spełnia wymagań określonych w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, ponieważ zasadę bliskości można oceniać dopiero porównując oferty poszczególnych Wykonawców. Zakładając więc, że oferta Odwołującego nie spełniałaby „zasady bliskości” wskazanej w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, to Zamawiający nie mógłby wykluczyć Odwołującego na tej podstawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący wskazał na opinię Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2007 r. wydaną w związku z pytaniem Odwołującego.

Odwołujący za niesłuszne uznał również zarzuty Zamawiającego wobec umowy zawartej pomiędzy ECO-ABC Sp. z o.o. a Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. Wywiódł, że ww. umowa załączona do oferty (strony 61-64 oferty) zawarta została w drodze złożenia i zaakceptowania oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) złożone przez firmę Sarpi Dąbrowa

Górnicza Sp. z o.o. oświadczenie spełnia warunki ważnej oferty, ponieważ zawiera wszystkie istotne postanowienia umowy. W związku z tym, zgodnie z pkt 5 oferty (strona 64 oferty) oraz przepisami części ogólnej ustawy kodeks cywilny dotyczącymi sposobów zawarcia umowy, w szczególności akceptacji oferty (art. 66-72 ustawy kodeks cywilny), staje się ona umową z chwilą podpisania przez osobę upoważnioną, co nastąpiło w dniu 12 lutego 2009 r. Oznacza to, że z tym dniem umowa stała się wiążąca i ma obowiązywać przez 12 miesięcy trwania zlecenia wykonywanego przez firmę ECO-ABC Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, nie można mieć wątpliwości, że umowa zawarta przez Odwołującego z firmą Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. jest umową ważną. Ponadto zwrócił uwagę, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do ważności złożonej umowy, powinien zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwać Odwołującego do uzupełnienia braków i złożenia ważnej umowy lub złożenia wyjaśnień co do przedstawionych dokumentów.

Odnosząc się do możliwości wykonywania zamówienia przy udziale podwykonawców Odwołujący stwierdził, że wprawdzie oprócz odbioru i transportu odpadów przedmiotem zamówienia jest też ich utylizacja, ale opisane wymagania w stosunku do Wykonawcy oraz zakres jego obowiązków i odpowiedzialności jednoznacznie wskazują na to, że zakład utylizacyjny nie jest podwykonawcą, a jedynie odbiorcą odpadów, który zgodnie z przepisami i wymaganiami Zamawiającego ma zakończyć proces likwidacji odpadów. Stwierdził, że w żadnym punkcie działu II Specyfikacji Zamawiający nie wymaga, aby to Wykonawca bezpośrednio dokonał utylizacji, co jest zgodne, w ocenie Odwołującego, w treścią działu IV B pkt 1.2. ppkt b Specyfikacji, gdzie Zamawiający żąda załączenia „ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów”. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy przyjąć na podstawie ciągu zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego, że pod pojęciem podwykonawcy należy rozumieć tylko taki podmiot, który miałby wykonać obowiązek lub przejąć część odpowiedzialności za zadania wyraźnie dla Wykonawcy zastrzeżone. W związku z tym, że utylizacja odpadów nie została wskazana jako obowiązek Wykonawcy, nie jest też jego zadaniem, nie dotyczy jej zapis działu XVII Specyfikacji.

Z kolei zakładając, że utylizacja odpadów jest jednak obowiązkiem Wykonawcy, Odwołujący wskazał, że Zamawiający opierając się wyłącznie na treści działu XVII pominął inne postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z których wynika, że dopuszczalne jest zlecenie utylizacji odpadów podwykonawcy. Z brzmienia działu IV B pkt 1.2. ppkt b Specyfikacji wynika, że Zamawiający oczekuje przedłożenia decyzji dotyczącej eksploatacji zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów. Takie sformułowanie Specyfikacji oznacza, że Zamawiający dopuszcza przeprowadzenie utylizacji odpadów przez inny zakład niż

Wykonawcy oraz że na równi traktuje wykonanie utylizacji w zakładzie Wykonawcy oraz w innym zakładzie, z którym Wykonawca ma podpisaną umowę. Biorąc pod uwagę, że w ramach zamówienia publicznego Wykonawca może korzystać z pomocy innych podmiotów tylko za zasadzie podwykonawstwa, jest niewątpliwe, w ocenie Odwołującego, że dopuszczając złożenie umowy z innym zakładem, Zamawiający *de facto* dopuścił w zakresie utylizacji odpadów podwykonawstwo. Potwierdza to także zakres obowiązków Wykonawcy określony w dziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zapis pkt 3 Załącznika nr 6 do Specyfikacji, w którym Zamawiający żąda potwierdzenia, że Wykonawca „posiada umowę z zakładem utylizacji odpadów z obszaru województwa śląskiego”. W ocenie Odwołującego, z treści pkt 3 ww. Załącznika jasno wynika, że Zamawiający oczekuje, że Wykonawca w ramach umowy zawartej z zakładem - podwykonawcą z terenu województwa śląskiego przekaże temu zakładowi odpady do utylizacji. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający żądając w kilku miejscach Specyfikacji umowy „z innym zakładem utylizacji” nie mógł mieć na uwadze zakładu w ramach konsorcjum, ponieważ z członkiem konsorcjum mającym zakład na terenie województwa śląskiego nie zawiera się umowy na unieszkodliwianie odpadów. Konsorcjum jako całość jest wykonawcą i nie można w jego ramach zawierać umów na wykonanie poszczególnych części zamówienia. Współpracę Konsorcjantów reguluje wyłącznie umowa konsorcjum. Zatem pod pojęciem umowy „z innym zakładem utylizacji” można rozumieć wyłącznie umowę z podwykonawcą. Odwołujący przywołał też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-250/06).

Odwołujący zwrócił również uwagę na brzmienie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Stwierdził, że regułą jest, że udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia jest dozwolony i zależny wyłącznie od woli Wykonawcy. Obowiązująca przy utylizacji odpadów medycznych „zasada bliskości” przemawia w jego ocenie za tym, aby umożliwić Wykonawcom korzystanie z pomocy podwykonawców w zakresie utylizacji odpadów. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawców korzystających z pomocy podwykonawcy zwiększa konkurencję oraz szansę na to, że odpady będą unieszkodliwione w miejscu możliwie najbliższym miejsca wytworzenia, w instalacji spełniającej wymogi najlepszej dostępnej technologii.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że wskazując w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego, że wymaga „uprawnienia do wykonywania działalności na terenie województwa śląskiego, zgodnie z art. 9 ustawy” naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, wymóg taki nie został zawarty w Specyfikacji, nie można też uznać, że było to tylko przytoczenie treści przepisu, ponieważ art. 9 ustawy o odpadach nie zawiera obowiązku unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa śląskiego, przewiduje także, oprócz kryterium odległości, także kryterium stosowania najlepszej dostępnej techniki

i dopuszcza jednak utylizację odpadów medycznych poza województwem, w którym zostały wytworzone. Wobec powyższego, ww. treść pisma stanowi niedozwoloną modyfikację Specyfikacji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający swoim działaniem naruszył szereg przepisów ustawy Pzp, a jego postępowanie narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że Decyzja Wojewody Łódzkiego nr PZ/60 z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie pozwolenia zintegrowanego złożona w ofercie przez Odwołującego stanowi dokument, którego żądał Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w dziale IV B pkt 1.2 ppkt a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 64 077,50 PLN, co stanowi równowartość 16 527,17 euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 2 Wykonawców. Ranking złożonych w postępowaniu ofert pod względem zaoferowanych cen przedstawia się następująco:

1. ECO-ABC Sp. z o.o. – 68 175,80 PLN,
2. Zakład Utylizacji Odpadów Szpitalnych i Komunalnych – 68 688,40 PLN.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (dział XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z pkt II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, odbiór, transport i utylizacja odpadów medycznych z jednostek organizacyjnych Zespołu Szpitali Miejskich przy ul. Strzelców Bytomskich 11 oraz przy ul. Karola Miarki 40 w Chorzowie na podstawie ustawy o odpadach.

W celu potwierdzenia, że wykonawcy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał w dziale IV B pkt 1.2 Specyfikacji przedstawienia dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą wykonywały zamówienie posiadają wymagane prawem zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydane w drodze decyzji przez właściwy organ tj. aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą o odpadach oraz decyzji w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważnej umowy na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów.

W dziale XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zastrzegł, iż „żąda realizacji całości zadania przez Wykonawcę składającego ofertę”.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Głównym przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest możliwość udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający w pkt XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarł jednoznaczne żądanie, aby całe zadanie zostało zrealizowane przez Wykonawcę składającego ofertę. Mimo takiego stwierdzenia, w dziale IV B pkt 1.2 ppkt b Specyfikacji określając dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dał Wykonawcom możliwość włączenia do realizacji zamówienia podmiotu trzeciego. O powyższym świadczy wymóg, aby Wykonawca przedłożył decyzję w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów lub ważną umowę na utylizację z innym zakładem unieszkodliwiania odpadów. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, „innym zakładem unieszkodliwiania odpadów” nie może być członek konsorcjum. W sytuacji, gdy ofertę składa kilku wykonawców występujących wspólnie (w tzw. konsorcjum), z uwagi na cel łączenia się kilku podmiotów przy realizacji danego zamówienia i ich solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie, uprawnienia, wiedzę, doświadczenie, ich potencjał techniczny i kadrowy, czy też ich sytuację ekonomiczną należy rozpatrywać wspólnie, jako zdolność jednego podmiotu. Taka jest bowiem idea konsorcjum. Zatem w sytuacji, gdy ofertę złożyłoby konsorcjum kilku firm, posiadana przez jednego z jego członków decyzja w sprawie pozwolenia na eksploatację zakładu unieszkodliwiania odpadów stanowiłaby wystarczający dokument potwierdzający spełnienie

warunku udziału w postępowaniu – bezprzedmiotowe i nieuprawnione byłoby w takim przypadku żądanie umowy na utylizację zawartej pomiędzy członkami konsorcjum. Wobec powyższego Izba uznała, że treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest w zakresie możliwości udziału podwykonawców wewnętrznie sprzeczna. Z uwagi na to, że ułomność sporządzonej przez Zamawiającego Specyfikacji nie może pociągać za sobą negatywnych skutków dla Wykonawców biorących udział w postępowaniu, należy uznać, iż wskazanie przez Odwołującego firmy Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. jako podwykonawcy w zakresie unieszkodliwiania odpadów było działaniem uprawnionym.

Kolejną kwestią, która podlegała rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą jest możliwość uznania dokumentu złożonego przez Odwołującego na stronach 61 – 64 oferty za ważną umowę, której żądał Zamawiający w dziale IV B pkt 1.2 ppkt b Specyfikacji. Zważyć należy, iż zawarcie umowy odbywa się przez złożenie zgodnych oświadczeń woli. Jednym ze sposobów zawarcia umowy może być złożenie jednostronnego oświadczenia woli w postaci oferty i jej akceptacja przez adresata. Oferta powinna wyrażać stanowczą wolę zawarcia umowy – powinna być tak sformułowana, aby do zawarcia umowy wystarczające było wyłącznie oświadczenie o przyjęciu oferty, powinna zatem kształtować treść przyszłej umowy przez zawarcie istotnych postanowień umowy. Oferta Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2009 r. spełnia ww. wymogi: została wyrażona w formie pisemnej, oznaczony został w niej adresat tj. ECO-ABC Sp. z o.o., szczegółowo przedmiot umowy, warunki techniczno – organizacyjne wykonania usługi, w tym termin jej realizacji, obowiązki stron, cena, warunki płatności, a także określony został czas związania ofertą tj. do dnia 31 marca 2009 r. W pkt 5 oferty Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. określone zostały również warunki złożenia przez adresata oświadczenia o jej przyjęciu: „Usługa zostanie przyjęta przez Sarpi do zrealizowania po pisemnym zaakceptowaniu warunków niniejszej oferty poprzez jej podpisanie przez osobę upoważnioną. Po zaakceptowaniu oferta staje się formą Umowy pomiędzy stronami i nabiera ważności przez okres 12 miesięcy od daty podpisania Umowy pomiędzy ECO-ABC Sp. z o.o. a Szpitalem.” Oświadczenie woli o przyjęciu oferty może zostać złożone w sposób dowolny – przez każde zachowanie adresata oferty wyrażające w sposób dostateczny jego wolę zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie (art. 60 ustawy kodeks cywilny). Istotna jest przy tym zgodność woli stron zawarcia umowy o określonej treści. Zgodność treści oferty oraz jej przyjęcia ustalać należy przy zachowaniu odpowiednich zasad wykładni oświadczeń woli. W ocenie Izby, podpis pani Aleksandry W. - samoistnego prokurenta ECO-ABC Sp. z o.o. jako osoby ujawnionej w KRS do reprezentowania firmy, w dacie związania ofertą tj. w dniu 12 lutego 2009 r., świadczy o jej bezwarunkowej akceptacji, a co za tym idzie, zawarciu umowy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, złożenie podpisu przez samoistnego prokurenta ECO-ABC Sp. z o.o. nie stanowi jedynie dowodu wpływu oferty do adresata – wystarczającym dowodem na to, że

oferta dotarła do ECO-ABC Sp. z o.o. w dniu 11 lutego 2009 r. jest prezentata umieszczona przez adresata na pierwszej stronie oferty. Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący złożył stosowny dokument, o którym mowa w dziale IV pkt 1.2 ppkt b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego budziło upoważnienie pani Lidii K., która podpisała ofertę w imieniu Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazać również należy, iż błędnym jest twierdzenie Zamawiającego o braku możliwości wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów określonych w dziale IV pkt 1.2 pkt a i b Specyfikacji. Dokumenty te były wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, stanowi zatem dokumenty, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i mogłyby zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku ich nie złożenia lub zawartych w nich błędów.

Izba za zasadne uznała, wobec stwierdzonego powyżej dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości udziału podwykonawców, wskazanie przez Odwołującego firmy Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. jako podmiotu, któremu powierzone zostanie zadanie unieszkodliwiania odpadów. Odwołujący posiada co prawda pozwolenie zintegrowane na unieszkodliwianie odpadów, dotyczy ono jednak województwa łódzkiego. Tymczasem zgodnie z dyspozycją art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach, zakaźne odpady medyczne powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze województwa, na którym zostały wytworzone, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii lub w miejscach najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia. Odpady te mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze innego województwa niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji przeznaczonej do odzysku lub unieszkodliwiania, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii lub miejsca przeznaczonego do tego samego odzysku jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Z powyższego wynika, iż unieszkodliwianie odpadów zgodnie z zasadą bliskości tj. w miejscu ich wytworzenia lub w miejscu położonym najbliższym miejsca powstania odpadów przy uwzględnieniu kryterium technologicznego jest priorytetem. Wobec powyższego, zaangażowanie w realizację zamówienia podmiotu posiadającego zakład unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa śląskiego stanowi o woli należytego, zgodnego z prawem, zrealizowania zamówienia.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut dotyczący wykluczenia Wykonawcy z postępowania z uwagi na niewskazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez nie złożenie dokumentu wymaganego przez Zamawiającego z dziale IV B pkt 1.2 ppkt a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem zasadność tego zarzutu została

przyznana na rozprawie przez Zamawiającego, w związku z czym nie stanowi sporu między stronami.

Jednocześnie Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Określając w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. dokument w postaci zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych jako uprawniający do wykonywania działalności na terenie województwa śląskiego Zamawiający dokonał jedynie interpretacji ustawy o odpadach, którą wskazał w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie precyzował natomiast warunku.

Za bezpodstawny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła nierównego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również Odwołujący, zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy kodeks cywilny, nie wykazał takiego naruszenia.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Przepis ten zawiera generalną zasadę dającą wykonawcom możliwość powierzenia całości bądź części zamówienia podwykonawcom. Formułuje ona jednak również uprawnienie skierowane do Zamawiającego do ograniczenia ww. możliwości ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał z ww. uprawnienia, jednak niekonsekwentnie, co opisano powyżej.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i jego dojazdu na posiedzenie Izby, Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....