Sygn. akt: KIO 2633/14

WYROK
z dnia 19 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: **RAF-EKOLOGIA sp. z o.o. z siedzibą w Jedliczach** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im.** Św. **Łukasza SPZOZ w Tarnowie z siedzibą w Tarnowie**

przy udziale wykonawcy: **Zakłady Sanitarne w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **RAF-EKOLOGIA sp. z o.o. z siedzibą w Jedliczach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **RAF-EKOLOGIA sp. z o.o. z siedzibą w Jedliczach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Tarnowie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie *usługi odbioru, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów medycznych jak również odpadów powstałych w wyniku działalności kuchni Szpitala Wojewódzkiego im.* Św. *Łukasza SP ZOZ w Tarnowie,* prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie wykonawca RAF-EKOLOGIA sp. z o.o. (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec:

1. odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp"] w zw. z art. 20 ust. 1 i 4 i w zw. z art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładów Sanitarnych w Krakowie sp. z o.o. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty Zakładów Sanitarnych w Krakowie sp. z o.o. (dalej także „przystępujący"),
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert,
3. zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkiem przedstawionym na

rozprawie.

Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp i to, iż wybór oferty odwołującego się spowodowałby naruszenia odrębnych przepisów, tj. art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy o odpadach.

Wskazał, że przepis art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach stanowi, że: „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", zaś zgodnie z ust. 6 w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ustępu 5 stosuje się odpowiednio.

Na podstawie ww. przepisów oraz tego, że oferta złożona przez odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ stanął na stanowisku, że nie istnieją podstawy, by uznać jego ofertę za podlegającą odrzuceniu z powodu okoliczności, które wedle zamawiającego miałyby rozstrzygać, że oferta odwołującego jest ofertą nieważną.

Podniósł, że w tym przypadku główną rolę odgrywać będzie odległość Szpitala (wytwórcy odpadów) do instalacji unieszkodliwiających te odpady, która kształtuje się następująco (wg google maps):

- do instalacji przystępującego – 84,8 km,
- do instalacji odwołującego – 69,7 km.

Podał, że cena oferty odwołującego jest zdecydowania korzystniejsza, a obaj wykonawcy deklarują odbiór odpadów w godzinach: 7:00 - 8:00.

Podał również, że zgodnie z wyjątkami od zasady bliskości odwołujący się świadczy usługi odbioru i unieszkodliwiania odpadów innym podmiotom na terenie województwa małopolskiego, położonym bliżej instalacji odwołującego (województwo podkarpackie) od instalacji w tym samym województwie.

Podniósł, że przepisy ustawy o odpadach pozwalają unieszkodliwiać odpady odebrane od zamawiającego w instalacji w Jedliczu, ponieważ znajduje się ona bliżej niż jakakolwiek instalacja z terenu województwa małopolskiego (w tym ZS Kraków), co – zdaniem odwołującego – oznacza, że czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego jest wadliwa i powinna być unieważniona wraz z czynnością wyboru oferty.

Uznał, że w analogiczny sposób w podobnym stanie faktycznym wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2013 r. o sygn. akt KIO 306/13.

Zwrócił uwagę, że mimo obowiązku ustanowionego w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z treści informacji zamawiającego nie wynika, na jakiej podstawie prawnej zamawiający uznał ofertę ,odwołującego za nieważną.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnionej składowi orzekającemu Izbie protokolarnie przez zamawiającego, tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, Zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 8 grudnia 2014 r., stanowiska przystępującego zawartego w *Przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego* (pismo z dnia 15 grudnia 2014 r.), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 20 ust. 1 i 4 w zw. z art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach oraz art. 7

ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.
Na podstawie Rozdziału I *Opis przedmiotu zamówienia* SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru, transportu oraz unieszkodliwiania odpadów medycznych jak również odpadów powstałych w wyniku działalności kuchni Szpitala Wojewódzkiego im. Św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie.
W tym samym Rozdziale zamawiający zażądał zrealizowania zamówienia w szczególności zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) [dalej „ustawa o odpadach" albo „u.o"] wraz z aktami wykonawczymi do tejże ustawy.

Z *Zawiadomienia o wyborze oferty* z dnia 8 grudnia 2014 r. (dalej „Zawiadomienie") wynika, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców:
1. Zakłady Sanitarne w Krakowie sp. z o.o., tj. przystępujący,
2. RAF-EKOLOGIA sp. z o.o., tj. odwołujący.

Ofertę przystępującego zamawiający uznał za najkorzystniejszą, natomiast ofertę odwołującego zamawiający odrzucił, podając w uzasadnieniu Zawiadomienia:
„na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 8 Ustawy Prawo zamówień Publicznych (…) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów – Wybór tej oferty spowodowałby naruszenie zakazu zawartego w art. 20 ust. 3 pkt 2 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (…) w świetle którego zakazane jest unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa na którym zostały wytworzone. Brak jest przesłanek przewidzianych w art. 20 ust. 6 podanej wyżej ustawy, dopuszczających unieszkodliwianie zakaźnych

odpadów medycznych na obszarze innego województwa niż zostały wytworzone w najbliżej położonej instalacji".

Poza sporem był fakt, że przystępujący i odwołujący posiadają instalacje na terenie dwóch różnych województw (przystępujący posiada instalację na terenie województwa małopolskiego, zaś odwołujący posiada instalację na terenie województwa podkarpackiego).

Na rozprawie odwołujący, prezentując swoje stanowisko, odwołał się do stanowiska Ministerstwa Środowiska (pismo z dnia 23 grudnia 2014 r.), zgodnie z którym w podsumowaniu uznano:
„istnieje możliwość wyboru podmiotu, którego instalacja do unieszkodliwiania odpadów zakaźnych znajduje się najbliżej szpitala, w którym wytwarzane są odpady zakaźne. Zgodnie z zasadą bliskości, instalacja taka może znajdować się na terenie innego województwa niż szpital, w którym wytworzono odpady zakaźne, ale bliżej od takich instalacji posiadających wolne moce przerobowe, położonych na terenie województwa, w którym wytworzono odpady zakaźne.

Zamawiający natomiast, prezentując swoje stanowisko odwołał się do stanowiska Ministerstwa Środowiska (pismo z dnia 8 lipca 2013 r.), zgodnie z którym:
„obowiązek stosowania zasady bliskości w odniesieniu do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych został w sposób analogiczny przeniesiony do nowej ustawy o odpadach (art. 20 ust. 3-6). Ponadto w nowej ustawie o odpadach wprowadzono możliwość unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w przypadku gdy istniejące instalacje na terenie województwa, w którym wytworzono zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne nie mają wolnych mocy przerobowych"
a nadto do stanowiska Wicemarszałka Województwa Małopolskiego (pismo z dnia 10 lipca 2013 r.) – które zostało do zamawiającego skierowane – zgodnie, z którym:
„Jednocześnie, stosując „zasadę bliskości", zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Ponadto zakazuje się przywozu na obszar województwa zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych wytworzonych

poza obszarem województwa, w celu ich unieszkodliwiania. (…) dopuszcza się unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliżej

położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Jak trafnie wskazał Wojciech Radecki w komentarzu do ustawy o odpadach („Ustawa o odpadach. Komentarz" Wydanie III. LEX 2013):

„1. Uregulowana w art. 20 zasada bliskości w różnych swoich aspektach odnosi się do:

1) odpadów w ogólności (art. 20 ust. 1 i 2),
2) komunalnych odpadów ściekowych (art. 20 ust. 3 pkt 1, ust. 4 i ust. 5),
3) zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych (art. 20 ust. 3 pkt 2, ust. 4 i ust. 6),
4) zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, a także odpadów zielonych (art. 20 ust. 7, 8 i 9).

Z takiego ujęcia wynika, że regulacji art. 20 ust. 1 i 2 nie stosuje się do odpadów ujętych w pkt 2-4 wykazu.

2. Generalnym założeniem jest, że odpady poddaje się przetwarzaniu (…) w miejscu ich wytworzenia. Tylko wtedy, gdy przetwarzanie odpadów nie jest możliwe w miejscu powstania, przekazuje się je do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. W obu wariantach uwzględnia się hierarchię sposobów postępowania z odpadami (…), a w przypadku przekazania w inne miejsce – także najlepszą technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 p.o.ś., tj. (…)".

W odniesieniu do art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach ww. autor stwierdził:

„Regulując w art. 20 ust. 6 unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, ustawodawca nakazał odpowiednie stosowanie ust. 5, ale nie poprzestał na kryterium odległości, lecz wprowadził dodatkowe, polegające na tym, że w województwie, na którym odpady zostały wytworzone, nie ma instalacji, która pozwoliłaby je unieszkodliwić, albo istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Wówczas takie odpady mogą być unieszkodliwiane w najbliżej położonej instalacji na obszarze innego województwa",

a także:

„Ustawodawca zakazuje nie tylko (…), unieszkodliwiania (zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych) (…) z naruszeniem zasady bliskości,

lecz także samego ich przywożenia w tym celu na obszar innego województwa (art. 20 ust. 4) lub innego regionu gospodarki odpadami komunalnymi (art. 20 ust. 8). Zakaz przywozu nie obowiązuje, jeżeli takie operacje są wyjątkowo dozwolone, co w art. 20 ust. 9 ustawodawca stwierdza wprost, a co w odniesieniu do komunalnych osadów ściekowych oraz zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych jest samo przez się zrozumiałe. Naruszenie zasady bliskości we wszystkich jej aspektach zostało uznane za wykroczenie w art. 172 i 173 u.o.".

Skład orzekający Izby podzielił powyższe stanowisko i uznał, że art. 20 ust. 6 w zw. z art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach należy interpretować w ten sposób, iż samo istnienie poza województwem, w którym wytworzono odpady, instalacji bliżej położonej nie wystarcza, aby odstąpić od zasady dedykowanej odpadom medycznym, tj. polegającej na tym, że mogą one trafić poza województwo wytworzenia odpadów jedynie w dwóch przypadkach:

1. braku instalacji na terenie danego województwa (województwa wytworzenia

odpadów),
2. braku wolnych mocy przerobowych instalacji na terenie danego województwa (województwa wytworzenia odpadów).

Oznacza to, że dopiero w sytuacji wystąpienia jednej z dwóch wskazanych okoliczności („braku") odpady mogą być przekazane w celu unieszkodliwienia i unieszkodliwione w miejscu na terenie innego województwa niż to na którym zostały wytworzone – miejscu najbliżej położonym miejsca wytworzenia.

Jak podnosił przystępujący w piśmie z dnia 15 grudnia 2014 r. – co skład orzekający Izby podziela – odpowiednie stosowanie art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach nie oznacza stosowanie jego postanowień wprost, ale z uwzględnieniem specyfiki postanowień zawartych w ust. 6 dotyczącym w szczególności zakaźnych odpadów medycznych. Dlatego też, o ile odpady komunalne (zgodnie z ust. 5 ustawy o odpadach) mogą być przewożone poza województwo do bliższych instalacji, o tyle zakaźne odpady medyczne mogą być przewożone jedynie ww. sytuacjach wyjątkowych („braki").

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym postępowaniu zakaźne odpady medyczne zamawiającego – szpitala, zlokalizowanego na terenie województwa małopolskiego, ze względu na fakt, że na terenie tego województwa zlokalizowana jest posiadająca wolne moce przerobowe (nie było to przedmiotem sporu) instalacja przystępującego, nie mogą zostać przewiezione (a w dalszej kolejności unieszkodliwione) przez odwołującego na teren województwa podkarpackiego, na którym zlokalizowana jest instalacja odwołującego, pomimo że – nie było to przedmiotem sporu –

instalacja ta znajduje się bliżej miejsca wytworzenia odpadów (szpitala) niż instalacja przystępującego.

Odwołujący nie jest w stanie – w zakresie dotyczącym zakaźnych odpadów medycznych – zrealizować zamówienia, a ponieważ zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych (Rozdział II *Oferta częściowo i wariantowa* pkt 1) uznać należy, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia zgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w SIWZ zgodnie z ustawą o odpadach.

W ocenie składu orzekającego Izby w tych okolicznościach zaistniały podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, tyle że nie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jak wskazał zamawiający w piśmie z dnia 8 grudnia 2014 r., ale z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołujący nie zaoferował wykonania usługi w zgodzie z ustawą o odpadach, tj. nie oferuje wykonania usługi bez złamania zakazu wwiezienia zakaźnych odpadów medycznych na teren województwa, na którym znajduje się jego instalacja z innego województwa, na którym znajduje się szpital wytwarzający odpady (szpital zamawiający) w sytuacji, gdy nie wykazał, że instalacja przystępującego nie posiada wystarczających mocy przerobowych do obsługi zakaźnych odpadów medycznych zamawiającego szpitala.

Zarzut wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie to tzw. postępowanie podprogowe, w ramach którego wykonawca ma prawo składać odwołanie wobec enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności zamawiającego, tj.

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę,
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Jak z wynika z powyższego wykonawcy, wobec czynność wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej, odwołanie w postępowaniach podprogowych nie przysługuje, stąd skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a) 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: ……