

WYROK
z dnia 11 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 grudnia 2011 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP sp. z o.o., CENMED Stanisław Suder, ul. gen. Stefana Grota-Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **ECO-ABC Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP sp. z o.o., CENMED Stanisław Suder, ul. gen. Stefana Grota-Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP**

sp. z o.o., CENMED Stanisław Suder, ul. gen. Stefana Grota-Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.591 zł 60 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) przez odwołującego **EMKA Handel-Usługi Krzysztof Rdest, Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP sp. z o.o., CENMED Stanisław Suder, ul. gen. Stefana Grota-Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** na rzecz zamawiającego **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ, ul. Weigla 5, 50-981**

Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbiór, transport i utylizacja odpadów medycznych powstających w wyniku działalności szpitala oraz podległych przychodni«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 listopada 2011 r. poz. 379324.

Zamawiający zawiadomił 22 grudnia 2011 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ECO-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Belchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Belchatów;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Emka Handel-Usługi Krzysztof Rdest (pełnomocnik do reprezentowania), FUH Eko-Top sp. z o.o., Cenmed Stanisław Suder, ul. gen. Grota-Roweckiego, 96-300 Żyrardów gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca Emka Handel-Usługi Krzysztof Rdest (pełnomocnik do reprezentowania), FUH Eko-Top sp. z o.o., Cenmed Stanisław Suder, ul. gen. Grota-Roweckiego, 96-300 Żyrardów, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 27 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 5 Pzp w zw. z rozdziałem II pkt 2 specyfikacji – przez nieprawidłowe uznanie, że odwołujący stosuje podwykonawstwo do realizacji zamówienia i odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 i Nr 203, poz. 1351 oraz z 2011 r. Nr 106, poz. 622, Nr 117, poz. 678, Nr 138, poz. 809, Nr 152, poz. 897 i Nr 171, poz. 1016) – przez nieprawidłowe zastosowanie przepisów wobec oferty odwołującego.

3

Odwołujący wniósł o:

- 1) dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie oferty odwołującego i unieważnienie czynności odrzucenia tej oferty;
- 2) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Ad 1.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 5 Pzp w zw. z rozdziałem II pkt 2 specyfikacji – przez nieprawidłowe uznanie, że odwołujący stosuje podwykonawstwo do realizacji zamówienia i odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zaproponował unieszkodliwianie odpadów w instalacji w Opolu, która aktualnie jest posiadana przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym jest to instalacja wykonawców wnoszących odwołanie a nie podwykonawcy. Dowodem są w szczególności decyzje administracyjne dla instalacji w Opolu, które są wydane na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie na podmiot zewnętrzny.

Dowód: Decyzja dla instalacji w Opolu – w ofercie odwołującego.

Tym samym w postępowaniu nie ma do czynienia z podwykonawstwem po stronie odwołującego. Instalacja w Opolu jest elementem zasobów posiadanym przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ad 2.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach – przez nieprawidłowe zastosowanie przepisów wobec oferty odwołującego.

Przedmiotem zamówienia jest unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych, które powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 9 ust. 3-5 ustawy o

odpadach, tj. unieszkodliwianie odpadów powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliżej miejsca wytwarzania tych odpadów.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ uznał, że ta oferta nie spełnia reguły bliskości w kontekście oferty złożonej przez innego wykonawcę. W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) odwołujący – oferujący unieszkodliwianie odpadów w Opolu;
- 2) Zakład Utylizacji Odpadów – oferujący unieszkodliwianie odpadów w Koninie;
- 3) ECO-ABC – oferujący unieszkodliwianie odpadów w Miliczu i Bełchatowie.

4

Z zaproponowanych lokalizacji tylko lokalizacja w Miliczu jest lokalizacją znajdującą się na terenie województwa dolnośląskiego, ale nie może być brana pod uwagę, ponieważ zgodnie z pismem ECO-ABC adresowanym do WIOŚ we Wrocławiu jest to instalacja, której eksploatacja jest zatrzymana.

Dowód: pismo ECO-ABC do WIOŚ we Wrocławiu – kopia w załączeniu.

Z pozostałych instalacji żadna nie jest zlokalizowana na terenie województwa dolnośląskiego, zatem zastosowanie powinno znaleźć kryterium instalacji najbliższej położonej od zamawiającego. Instalacją najbliższą położoną od zamawiającego jest zaś zaoferowana przez odwołującego instalacja w Opolu.

Oferta odwołującego nie naruszyła reguły regionalizacji, ponieważ wskazała do unieszkodliwiania odpadów instalację najbliższą położoną od zamawiającego spośród wszystkich sprawnych i działających instalacji wskazanych w ofertach wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa dolnośląskiego jest koniecznością, ponieważ odpady medyczne wytwarzane na terenie tego województwa muszą być z przyczyn faktycznych unieszkodliwiane poza tym województwem, gdyż na terenie tego województwa brak jest instalacji zapewniających możliwość spalania odpadów.

Powyższe potwierdzają pisma Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z:

- 1) 28 kwietnia 2011 r. adresowane do Warmińsko-Mazurskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska oraz
- 2) 9 czerwca 2011 r. adresowane do Prezydenta Miasta Olsztyna.

Zgodnie z przywołanymi pismami, cyt.: „Tylko województwa pomorskie i łódzkie posiadają możliwość unieszkodliwiania wszystkich wytworzonych odpadów na swoim terenie [...], dlatego tego rodzaju odpady mogą, a nawet muszą być wywożone w celu unieszkodliwiania do innych instalacji w kraju, które mają wolne moce przerobowe, w przypadku, gdy nie ma możliwości ich unieszkodliwiania na obszarze tego województwa, gdzie zostały wytworzone. Dotyczy to sytuacji, gdy brak jest instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa, gdy istniejące instalacje nie posiadają wystarczających mocy przerobowych do unieszkodliwiania wszystkich wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa, bądź instalacje te nie zapewniają ciągłości odbioru zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych, np. z powodu remontów, awarii, itp. oraz w przypadkach, o których mowa w art. 9 ust. 4 ustawy o odpadach. Właśnie takie sytuacje wystąpiły w przypadku unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów na obszarze, np. województw: warmińsko-mazurskiego, podlaskiego,

5

zachodniopomorskiego, lubelskiego, mazowieckiego i wielu innych. Wobec powyższego fakt wywozu i unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, wytworzonych na obszarze województwa warmińsko-mazurskiego poza tym województwem, nie może być traktowany w kategorii naruszenia przepisów ochrony środowiska, a zarzut dotyczący działań sprzecznych z ustawą o odpadach w tym zakresie nie jest zasadny”.

Prawidłowość interpretacji odwołującego potwierdza również wyrok KIO z 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1419/11, wydany w analogicznej sprawie.

W zakresie instalacji zaoferowanej w Belchatowie przez wykonawcę ECO-ABC odwołujący stwierdza, że jest to spalarnia zlokalizowana poza terenem województwa ich wytworzenia (w Belchatowie, tj. województwie łódzkim), podczas gdy odwołujący oferuje unieszkodliwianie odpadów w Opolu, a więc bliżej.

Uwzględniając powyższe wykonawca ECO-ABC nie spełnia wymagań art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach oraz postanowień specyfikacji i zgodnie z orzecznictwem KIO powinna być odrzucona.

Odwołujący wskazał na

1) wyrok Zespołu Arbitrów z 21 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-451/06), wydany na skutek odwołania wniesionego przez ECO-ABC Sp. z o.o.; zgodnie z tym wyrokiem:

„Zdaniem Zespołu Arbitrów art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach stanowi nakaz, który winien być od dnia 13 października 2005 r. bezwzględnie przestrzegany. Uzasadnieniem tej wykładni jest dodatkowo art. 9 ust. 4 ustawy o odpadach stanowiący normę dopełniającą nakaz. Zgodnie z tym przepisem unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych może nastąpić na obszarze województwa, na którym nie zostały wytworzone, tylko jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji przeznaczonej do unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji na obszarze województwa, w którym odpady wytworzono. Sankcją naruszenia tego zakazu jest cofnięcie zezwolenia w warunkach określonych w art. 30 oraz odpowiedzialność karna na podstawie art. 69a ust. 1 i 2 ustawy o odpadach. W świetle takiego stanu prawnego unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych co do zasady może nastąpić jedynie na obszarze województwa, w którym zostały wytworzone. Odwołujący w swej ofercie takiego sposobu unieszkodliwiania odpadów nie zapewnił. W zezwoleniu na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu, unieszkodliwiania i magazynowania odpadów niebezpiecznych, jako miejsce unieszkodliwiania wskazano instalację zlokalizowaną w B. Na rozprawie przedstawiciel odwołującego dodatkowo stwierdził, że zamiarem wykonawcy jest dokonywanie unieszkodliwień na obszarze B. W takiej sytuacji realizacja zawartej z odwołującym umowy następowałaby z

6

naruszeniem art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, co uzasadnia zarzut jej nieważności w rozumieniu art. 58 Kc. Zespół Arbitrów stwierdza, że problem pozbawienia odwołującego praw wynikających z uzyskanych zezwoleń jest pozorny. Zezwolenia te są ważne. Odwołujący zachowuje w pełni uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów innych niż zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych. Art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach nakazał określony sposób gospodarowania tylko odpadami zakaźnymi, medycznymi i zakaźnymi weterynaryjnymi”.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10, wydany przeciwko ECO-ABC Sp. z o.o., zgodnie z którym:

„[...] oferta odwołującego została przez zamawiającego prawidłowo odrzucona, jako sprzeczna z treścią specyfikacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Postanowieniem specyfikacji, którego oferta odwołującego nie wypełniała jest postanowienie zawarte w rozdziale IV pkt 4.4, gdzie zamawiający określił, że do obowiązków wykonawcy należy unieszkodliwianie odpadów zgodnie z obowiązującymi ustawami i przepisami prawnymi w tej sprawie, a zwłaszcza z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. Zgodnie z art. 9 ust. 3-5 tej ustawy odpady, w tym stanowiące przedmiot zamówienia odpady medyczne, powinny być poddane 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, Nr 111, poz. 708, Nr 138, poz. 865, Nr 154, poz. 958, Nr 171, poz. 1056, Nr 199, poz. 1227, Nr 223, poz. 1464 i Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 100, Nr 20, poz. 106, Nr 79, poz. 666, Nr 130, poz. 1070 i Nr 215, poz. 1664, z 2010 r. Nr 21, poz. 104, Nr 28, poz. 145, Nr 40, poz. 227, Nr 76, poz. 489, Nr 119, poz. 804, Nr 152, poz. 1018 i poz. 1019, Nr 182, poz. 1228, Nr 229, poz. 1498 i Nr 249, poz. 1657 oraz z 2011 r. Nr 32, poz. 159, Nr 63, poz. 322, Nr 94, poz. 551, Nr 99, poz. 569, Nr 122, poz. 695, Nr 129, poz. 734, Nr 152, poz. 897, Nr 178, poz. 1060 i Nr 224, poz. 1341), lub w miejscach najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia. Wyrażona w tym przepisie zasada bliskości ma przy wywozie i unieszkodliwianiu odpadów priorytetowe znaczenie, stąd też również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot

stanowią wskazanego rodzaju odpady, zasada ta winna być uwzględniana. Powyższemu dał wyraz zamawiający w postanowieniach specyfikacji, wskazując na wymóg związany z realizacją przedmiotowego zamówienia, tj. na konieczność stosowania do unieszkodliwiania odpadów medycznych przepisów tej ustawy. Przy weryfikacji treści oferty odwołującego pod tym właśnie kątem Zamawiający wziął pod uwagę całość oferty złożonej przez odwołującego, tj. również decyzję administracyjną Nr PZ/60 z 23 maja 2007 r., wydaną przez Wojewodę Łódzkiego (znak: SR.VII-M/6617-2/PZ/60/2007), zezwalającą na prowadzenie

7

instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, o zdolności przetwarzania ponad 10 ton na dobę, Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7. Skład orzekający Izby uznał, że dla oceny wypełnienia przez odwołującego przy realizacji zamówienia dyspozycji przepisu art. 9 ustawy o odpadach było zasadne wzięcie pod uwagę przez zamawiającego dokumentu składanego w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że określony w tym zakresie przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji (Rozdział II pkt 2.1.6) warunek udziału w postępowaniu został formalnie przez tego wykonawcę wypełniony. Wykonawca ten – zgodnie z przywołanym postanowieniem specyfikacji po zmianach wynikających z modyfikacji specyfikacji dokonanej przez zamawiającego 26 listopada 2009 r. – posiada stosowne, wymagane przepisami prawa uprawnienie do wykonywania określonej działalności, tj. posiada zezwolenie na prowadzenie wymagane do realizacji przedmiotu zamówienia polegającego na wywozie i utylizacji odpadów medycznych. Wykonawcy bowiem – jak wskazują postanowienia specyfikacji po modyfikacji – mieli w tym przedmiocie złożyć stosowną decyzję wydaną przez uprawniony organ, zezwalającą na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów objętych zamówieniem, tj. w grupach 18 0102, 18 0103.

Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy o odpadach, na którą zamawiający powołał się, w związku z postanowieniami specyfikacji dotyczącymi sposobu realizacji zamówienia, tj. w zakresie merytorycznej treści oferty, nie sposób pominąć wskazanej decyzji administracyjnej Wojewody Łódzkiego, załączonej do oferty odwołującego. Na treść oferty składają się bowiem, nie tylko sam formularz ofertowy, lecz również inne dokumenty złożone przez wykonawcę w terminie na składanie ofert. Na takie ujęcie treści oferty wskazywał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do uchwały z 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05), wydanej po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Skoro zatem owa decyzja związana jest ze sposobem wykonywania przez tego konkretnego wykonawcę przedmiotu zamówienia, to należało ją uwzględnić nie tylko pod kątem badania przesłanek podmiotowych służących weryfikacji wykonawcy w zakresie warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji, lecz również pod kątem weryfikacji przesłanek przedmiotowych odnoszących się do sposobu wykonania zamówienia (treść oferty).

Powyższa ocena okazała się dla odwołującego niekorzystna z uwagi na niewypełnienie przesłanki wynikającej z przywoływanej powyżej zasady bliskości. (...) Reasumując zatem unieszkodliwianie odpadów powinno odbywać się na obszarze tego samego województwa, a na obszarze innego województwa jedynie w sytuacji, gdy odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji przeznaczonej do odzysku lub unieszkodliwiania, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, jest mniejsza niż odległość do

8

instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Ten warunek w ofercie odwołującego co do instalacji w Bełchatowie położonej na terenie województwa łódzkiego nie jest wypełniony, niewątpliwie bowiem odległość instalacji w Bełchatowie jest większa niż odległość do instalacji położonej na obszarze województwa mazowieckiego, gdzie odpady są wytwarzane i którą to instalację zaproponował w swojej ofercie inny wykonawca”.

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO/343/11, wydany przeciwko ECO-ABC Sp. z o.o., zgodnie z którym:

„Jedyny zarzut podniesiony w odwołaniu, dotyczył zgodności z przepisami ustawy

czynności zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Omyłkowe wskazanie w uzasadnieniu odwołania na podstawę prawnej decyzji zamawiającego uchylonej normy przepisu art. 89 ust. 2 ustawy, nie wpływało na możliwość ustalenia treści zarzut. Jak wynika z informacji zawartej w piśmie z 15 lutego 2011 r., podstawą decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego było ustalenie naruszenia zasady bliskości przy wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, określonej w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 9 ust. 3-5 tej ustawy odpady, w tym stanowiące przedmiot zamówienia odpady medyczne, powinny być poddane 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, lub w miejscach najbliższej położonych miejsca ich wytworzenia. Konieczność przestrzegania wyrażonej w tym przepisie zasady bliskości nie była kwestionowana przez odwołującego, który jedynie podnosił, że w oparciu o treść oferty nie można stwierdzić jej naruszenia.

Zdaniem odwołującego, złożone dokumenty, w tym między innymi decyzja administracyjna Nr PZ/60 z 23 maja 2007 r. wydana przez Wojewodę Łódzkiego (znak SR.VII-M/6617-2/PZ/60/2007), zezwalająca na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, stanowiła podstawę oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i w tym celu była żądana przez zamawiającego. Nie mogła stanowić ona podstaw do weryfikacji zgodności oferty z wymaganiem bliskości utylizacji odpadów, gdyż dokumentem, jaki był żądany od wykonawców w tym zakresie było pisemne oświadczenie o unieszkodliwianiu odpadów medycznych na obszarze województwa mazowieckiego lub w miejscach najbliższej położonych zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (pkt IV. 1 ppkt 7 specyfikacji). Oświadczenie takie zostało przez odwołującego załączone do oferty na stronie 59. Mając na uwadze stanowisko odwołującego, podniesiony zarzut sprowadzał się do ustalenia, czy zamawiający był uprawniony oceniać zgodność oferty odwołującego na podstawie dokumentu, który nie był przedstawiony w celu potwierdzenia

9

wypełnienia przy realizacji zamówienia dyspozycji przepisu art. 9 ustawy o odpadach. W ocenie składu orzekającego, zamawiający był uprawniony do dokonania oceny zgodności oferty w oparciu o żądane przez niego dokumenty, w tym w szczególności decyzje administracyjne, składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro wymaganiem zamawiającego było, aby realizacja usługi odbywała się w zgodzie z obowiązującymi przepisami, które określają miejsce utylizacji odpadów niebezpiecznych, to zamawiający nie może pomijać treści decyzji administracyjnej określającej miejsce, w jakim odwołujący może unieszkodliwiać takie odpady. Zgodnie z pkt IV. 1 ppkt 5 specyfikacji, wykonawcy mieli złożyć decyzję na unieszkodliwianie odpadów medycznych w tym odpadów niebezpiecznych z grupy 18 lub umowę z wykonawcą, któremu usługa zostanie zlecona na okres objęty realizacją usługi. W ocenie Izby, żądanie złożenia decyzji w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu było powiązane ściśle z przedmiotowym zamówieniem, a pisemne oświadczenie wykonawcy o unieszkodliwianiu odpadów na obszarze województwa mazowieckiego lub w miejscach najbliższej położonych stanowiło zobowiązanie co do sposobu świadczenia usługi.

Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, że zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia przy ocenie oferty wszystkich dokumentów w niej złożonych, jakie były wymagane od wykonawców. Nie było sporu pomiędzy stronami, co do ustalenia, czy spalarnia w Bełchatowie, na której prowadzenie odwołujący posiada zezwolenie, spełnia wymagania w zakresie bliskości położenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów w stosunku do miejsca ich wytworzenia. Izba uznała, że instalacja ta nie spełnia warunku bliskości, ponieważ nie jest położona na obszarze województwa mazowieckiego. Izba przyjęła stanowisko prezentowane już wcześniej w wyroku dotyczącym analogicznego zagadnienia, tj. orzeczeniu z 9 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10, w którym uznano, że analiza przepisów ustawy o odpadach wskazuje, że ustawodawca jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość unieszkodliwiania odpadów na obszarze innego województwa, niż zostały wytworzone, w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, tj. w sytuacji, kiedy odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji przeznaczonej do unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa (art. 9 ust. 4).

Ten warunek w ofercie odwołującego co do instalacji w Bełchatowie położonej na terenie województwa łódzkiego nie jest wypełniony, niewątpliwie bowiem odległość instalacji w Bełchatowie jest większa niż odległość do instalacji położonej na obszarze województwa mazowieckiego, gdzie odpady są wytwarzane i którą to instalację zaproponował w swojej ofercie przystępującego. Ponieważ odwołujący nie przedstawił w ofercie umowy z wykonawcą, któremu zleciłby utylizację odpadów. Izba uznała, że odwołujący zamierzał

10

samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia z wykorzystaniem instalacji znajdującej się w Bełchatowie.

Mając powyższe na względzie. Izba uznała, że odwołujący nie zapewnił wykonania zamówienia w sposób zgodny z warunkiem zachowania bliskości instalacji, w której ma odbywać się utylizacja odpadów niebezpiecznych z miejscem ich wytworzenia, a zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp".

4) wyrok KIO z 10 października 2011 r., sygn. akt KIO 2094/11 wydany przeciwko ECO-ABC Sp. z o.o. w analogicznej sprawie, zgodnie z którym: „Podstawowym argumentem odwołującego było, że zakłady którymi dysponuje, szczególnie położony w Bełchatowie, zapewniają nowocześniejszą technologię przetwarzania odpadów medycznych, co w opinii odwołującego miało przeważać okoliczność, że nie został spełniony warunek bliskości, gdyż obie te spalarnie są położone poza terytorium województwa opolskiego.

Zdaniem Izby, przepis art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, że odpady powinny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu w instalacjach spełniających wymagania najlepszej techniki lub technologii, stanowi normę ogólną – adresowaną nie tylko do wykonawców składających oferty na unieszkodliwianie odpadów medycznych, jak przede wszystkim do ośrodków decyzyjnych w odniesieniu do ochrony środowiska naturalnego i prowadzonej przez nich polityki w tym zakresie i wydawanych zezwoleń na unieszkodliwianie odpadów. Taki też charakter kierunkowy, wyznacza stwierdzenie w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, że powinny one być unieszkodliwiane uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy o ochronie środowiska. Przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, stanowią skonkretyzowanie nakazanych norm postępowania podmiotów, które w swojej działalności wytwarzają określone kategorie odpadów, zbierają je, gromadzą, transportują oraz zajmują się ich unieszkodliwianiem. Przepis art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach zezwala na przekazanie odpadów, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione w miejscu ich powstawania – do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, uwzględniając najlepszą technikę lub technologię. Postanowienia ust. 3 art. 9 ustawy o odpadach zakazują wprost poddawania odzyskowi lub unieszkodliwianiu określonych odpadów, wytworzonych poza obszarem tego województwa, na którym zostały wytworzone. Zakazem takim objęty jest również przywóz w celach poddawania odzyskowi lub unieszkodliwieniu, odpadów wytworzonych w innym województwie.

Z mocy art. 9 ust. 4 odpady mogą być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze województwa innego, niż te, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytworzenia odpadów do instalacji lub miejsca przeznaczonego do odzysku lub

11

unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa. Ze wskazania art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach wynika, że wyżej przytaczane przepisy ust. 3 i 4, stosuje się odpowiednio do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych. Sposób sformułowania wskazanych przepisów, w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, że mają one charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem odstąpienie od ich stosowania skutkowałoby nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 §1 Kc.

Odwołujący w formularzu złożonej oferty i zaakceptowanym wzorze umowy, która będzie zawarta z wykonawcą zamówienia, w § 1 pkt 4 zagwarantował, że wykonanie usługi odbywać się będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, oraz ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. –

Prawo ochrony środowiska, tym samym objął to zobowiązanie treścią swojej oferty. Przyjęcie zatem oferty odwołującego z uwzględnieniem wywozu odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych do spalarni w województwie łódzkim, czy dolnośląskim, w sytuacji gdy na terenie Opola znajduje się zakład utylizacji tego typu odpadów, posiadający wystarczające moce przerobowe, oraz zawarcie na takich warunkach umowy o realizację zamówienia – mogłoby skutkować nieważnością tej umowy.

Powoływany przez odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie o sygn. akt IX Ga 183/11 z 16 sierpnia 2011 r. zapadł w odmiennych okolicznościach faktycznych. W szczególności Sąd ten stwierdził, że oceniał okoliczność – »wobec braku na terenie województwa lubelskiego instalacji służącej unieszkodliwianiu tego rodzaju odpadów«.

W przekonaniu Izby, zasadnie zamawiający uznał ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji – nie oferuje wykonania usługi najbliżej miejsca wytworzenia odpadów, mimo że w Opolu istnieje odpowiednia instalacja spalarni, mająca wolne moce przerobowe. Przy czym z protokołu komisji przetargowej z 16 września 2011 r. wynika, że wszyscy wykonawcy, uczestniczący w postępowaniu stosują procesy spalania oznaczone symbolem »D10«, co świadczy o zbliżonej technologii.

Ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu do podmiotów, które byłyby w stanie wykazać, że posiadają własne, lub dysponują na innej podstawie prawnej, np. dzierżawy – instalacjami do spalania odpadów medycznych na terenie województwa opolskiego, wraz ze stosownymi wydanymi im zezwoleniami, wynika z upoważnienia ustawy o odpadach, zatem nie może być uznane za czynność zamawiającego naruszającą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca przez ustanowienie »zasady bliskości« w odniesieniu do procedur unieszkodliwiania odpadów, realizuje nadrzędny interes publiczny, aby odpady niebezpieczne, jakimi są odpady medyczne o oznaczonych kodach, podlegały przemieszczeniu w celu ich unieszkodliwienia, na jak najkrótszej trasie, w celu

12

zminimalizowania ryzyka ich oddziaływania zakaźnego i możliwości rozprzestrzeniania chorób, chociażby wskutek potencjalnych wypadków komunikacyjnych.

Izba podzieliła poglądy wyrażone w wyroku KIO 122/11 z 2 lutego 2011 r. Zakładając jednak racjonalność ustawodawcy, nie można byłoby z góry wyłączyć dopuszczalności wyboru oferty wykonawcy dysponującego instalacją w innym województwie, nawet zlokalizowaną w dalszej odległości, ale jedynie w sytuacji wykazania niewystarczających mocy przerobowych miejscowej spalarni odpadów (czy wyłączenia z użytkowania – wskutek remontów, przestojów), gdyż nadmierne gromadzenie u wytwórcy zakaźnych odpadów medycznych, stwarzałoby również określone zagrożenia. Z tych względów Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że oferta odwołującego sama w sobie jest dotknięta bezwzględną nieważnością i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp”.

Uprzedzając ewentualne rozważania wykonawcy ECO-ABC dotyczące najlepszych dostępnych technik, zdaniem odwołującego konieczne jest przywołanie:

1) wyroku KIO z 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1362/08, również wydanym na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę ECO-ABC, zgodnie z którym to wyrokiem:

„Tym samym dla wypełnienia normy art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach konieczne jest jednocześnie spełnienie przez wykonawcę wykonującego utylizację odpadów medycznych zarówno bliskości jej położenia jak i technologii. Jednakże z uwagi na to, że art. 42 ust. 1a ustawy o odpadach przewiduje tylko jedną technologię unieszkodliwiania odpadów, ustanawianie kryterium odnoszącego się zarówno do najlepszej techniki czy technologii oraz odległości byłoby kryterium pustym w odniesieniu do techniki i technologii, bo spełnionym przez każdego wykonawcę, który posiada decyzję zezwalającą na utylizację odpadów o kodzie 18 01”;

2) oraz przywołanego powyżej wyroku KIO z 10 października 2011 r., sygn. akt KIO 2094/11 (przeciwko ECO-ABC Sp. z o.o.), zgodnie z którym:

„Mimo, że przywołane wyżej przepisy odnoszą się do uwzględnienia najlepszej techniki czy technologii zakładu przeznaczonego do termicznego przekształcania odpadów (spalarni odpadów), to nie wprowadzają żadnej kategoryzacji tych zakładów według powyższego kryterium. Przynajmniej odwołujący na to się nie powoływał, jedynie ogólnie wywodząc, że

dysponuje bardziej nowoczesną linią do spalania odpadów niż konkurenci. Izba przyznała rację przystępującemu, że adresatem tej normy są organy wydające odpowiednie zezwolenia, które są w stanie ocenić spełnienie normatywnych wymagań i parametrów technicznych, czy emisji spalin do środowiska. W przekonaniu Izby, zamawiający, jako zakład opieki zdrowotnej, nie ma ani obowiązku, ani też możliwości ustalania, która z instalacji oferowana do wykonania usługi unieszkodliwiania odpadów, jest bardziej

13

nowoczesna – zaawansowana technicznie i technologicznie. Z punktu widzenia zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy składającego ofertę, istotny jest fakt, że proponowany zakład spalarni spełnia wymagania, co potwierdza decyzja uprawnionego organu administracyjnego dopuszczenia do użytkowania w tym zakresie, wydana na rzecz podmiotu ubiegającego się o zamówienie”.

Dotychczasowe postępowanie zamawiającego narusza interes odwołującego, ponieważ przez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego uniemożliwia odwołującemu wygranie zamówienia, w sytuacji gdy w świetle jedyne kryterium oferty (jakim jest cena) odwołujący zaproponował najniższą cenę spośród wszystkich ofert.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.12.2011 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 28.12.2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca ECO-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 30.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 9 stycznia 2012 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

W dniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie istniały przyczyny do odrzucenia oferty wykonawcy ECO-ABC.

Wykonawca ten uruchomi ponownie spalarnię od 6 lutego 2012 r., a więc podpisanie umowy z odwołującym i wykonanie tej umowy może być niezgodne z przepisami, gdyż naruszy regułę transportowania odpadów do możliwie najbliższej spalarni.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) strony 19 i 20 z protokołu kontroli WIOŚ przeprowadzonej w instalacji spalania odpadów w Miliczu nr 59/2011 na dowód, że instalacja

14

wymaga przeprowadzenia istotnych zmian i ma do niej zastosowanie art. 147 i art. 149 ustawy o ochronie środowiska

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz – złożony przez odwołującego wyciąg z protokołu kontroli WIOŚ przeprowadzonej w instalacji spalania odpadów w Miliczu nr 59/2011 (strony 19 i 20).

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach przez nieprawidłowe zastosowanie przepisów wobec oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozpoznawanego postępowania jest »Odbiór, transport i utylizacja odpadów medycznych powstających w wyniku działalności szpitala oraz podległych przychodni«. Do postępowania mają w szczególności zastosowanie przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, a zwłaszcza art. 9 ust. 3-5 tej ustawy. Na podstawie tych przepisów spalarnia powinna być zlokalizowana na obszarze województwa dolnośląskiego, czyli na obszarze województwa, na którym odpady zostały wytworzone. Jednak spalarnia może być zlokalizowana na obszarze innego województwa, jeżeli jest położona w odległości mniejszej od miejsca wytwarzania odpadów niż odległość do spalarni usytuowanej na obszarze województwa dolnośląskiego.

Przystępujący wykazał, że będzie w celu spełnienia świadczenia używał spalarni w Miliczu, odległego o około 54 km od Wrocławia. Dlatego, zgodnie z przywołanymi przepisami art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, odwołujący mógłby zaoferować wykonanie zamówienia w spalarni znajdującej się w innym województwie, ale w odległości mniejszej niż ok. 54 km.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w spalarni w Opolu, czyli w spalarni położonej w innym województwie. Odległość między Wrocławiem a Opolem wynosi około 85 km. Ze względu na to, że odległość między Wrocławiem a Opolem (miejscowości położone w innych województwach) jest większa niż między Wrocławiem a Miliczem

15

(miejscowości położone w tym samym województwie) zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Ponadto odwołujący zamierzał wykazać, że spalarnia w Miliczu została zatrzymana ze względu na niewłaściwe funkcjonowanie i zastrzeżenia kontroli (dowód nr 1) do 31 grudnia 2011 r., a nawet – zgodnie z oświadczeniem przystępującego – do 6 lutego 2012 r. i nie będzie mogła właściwie funkcjonować bez wykazania spełnienia warunków określonych w art. 147 i art. 149 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska. Wykazanie to może nastąpić po przeprowadzeniu długotrwałych procedur.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący mógł wskazać miejsce wykonania świadczenia poza województwem dolnośląskim. Jednak w takim razie musiała to być lokalizacja bliższa niż wykazana w ofercie innego wykonawcy na terenie województwa dolnośląskiego. Wskazana w ofercie odwołującego spalarnia mieści się poza terenem województwa dolnośląskiego (w Opolu) i w miejscu bardziej odległym niż wskazana w ofercie innego wykonawcy – spalarnia w Miliczu zlokalizowana na terenie województwa dolnośląskiego. W związku z tym zamawiający musiał odrzucić ofertę na podanie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z przytoczonymi przepisami art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

Ponadto odwołujący nie udowodnił w dowodzie nr 1, że spalarnia w Miliczu nie może być użytkowana. Odwołujący przedstawił wykaz stwierdzonych przez kontrolę nieprawidłowości, ale w dokumencie tym brak jest odniesienia się do wagi naruszeń oraz brak jest zaleceń pokontrolnych. W szczególności odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie dysponuje spalnią w Miliczu, mogącą spełnić świadczenie w zakresie koniecznym do wykonania przedmiotu zamówienia bądź, że tej spalarni organ administracji cofnął decyzje administracyjne dające uprawnienia dopuszczające do funkcjonowania tej spalarni w zakresie koniecznym do wykonania przedmiotu zamówienia.

Podobnie stwierdza wyrok KIO z 2 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 122/11) cyt. „Zasada bliskości, która występuje także w prawie ochrony środowiska Unii Europejskiej wymaga możliwie bliskich miejsc wytwarzania oraz zagospodarowania odpadów. Przepisy zawarte w art. 9 ustawy o odpadach zmierzają bowiem do osiągnięcia dwóch celów – ograniczenia przemieszczania odpadów oraz ustalenia ogólnych wymagań, jakim powinny odpowiadać procesy odzysku i unieszkodliwiania oraz urządzenia czy instalacje, w których są te procesy realizowane. [...] Zamawiający jest związany [...] także pozostałymi przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Zatem w rozpoznawanym przypadku zamawiający ma także obowiązek przestrzegać treści art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, który obliuguje do przestrzeganie zasady bliskości. Zatem przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001

sprzecznie z zasadą bliskości oznaczałoby nieważność umowy w oparciu o art. 58 Kc, tj. sprzeczność czynności prawnej (umowy) z ustawą o odpadach”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach przez nieprawidłowe zastosowanie przepisów wobec oferty odwołującego – nie może być uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 5 Pzp w zw. z rozdziałem II pkt 2 specyfikacji – przez nieprawidłowe uznanie, że odwołujący stosuje podwykonawstwo do realizacji zamówienia i odrzucenie oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w piśmie z 22 grudnia 2011 r. w sprawie zawiadomienia o odrzuceniu ofert zawarł stwierdzenie, cyt. „Dodatkowo zamawiający wyraźnie wyłączył na podstawie art. 36 ust. 5 Pzp możliwość korzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia z podwykonawców”. W uprzedniej części ani w dalszej części tego pisma zamawiający nie przywoływał tego stanu, jako podstawy do odrzucenia oferty, odrzucił ofertę ze względu na – naruszenie „zasady bliskości” określonej w art. 9 ust. 3, 3a, 4 i 5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Ponadto na rozprawie zamawiający stwierdził, że „zdanie o podwykonawcy powołał tylko informacyjnie, bez zarzucania takiego stanu ofercie odwołującego”.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zawarcie kwestionowanego zdania w piśmie zamawiającego nie miało znaczenia, poza dodatkowym, chociaż zbędnym, poinformowaniem, że zamawiający wyłączył na podstawie art. 36 ust. 5 Pzp możliwość korzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia z podwykonawców.

Ze względu na to, że odwołujący nie wykazał, aby z informacyjnej części pisma zamawiający wyciągał jakiekolwiek konsekwencje w stosunku do odwołującego, skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył we wskazanym zakresie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przywołany przez odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie o sygn. akt IX Ga 183/11 z dnia 16 sierpnia 2011 r. zapadł w odmiennych okolicznościach faktycznych. Sąd ten stwierdził, że oceniał okoliczność cyt. „[...] wobec braku na terenie województwa lubelskiego instalacji służącej unieszkodliwianiu tego rodzaju odpadów”, a zostało wykazane, że na terenie województwa dolnośląskiego znajduje się spalarnia. Również wyroki KIO zapadły w odmiennych okolicznościach faktycznych.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez odwołującego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 591,60 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....