

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lutego 2012 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Ryszard Trzebny
Sędzia SO Ewa Kaźmierczak
Sędzia SO Renata Norkiewicz

Protokolant sekr. sądowy Małgorzata Kotecka
po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2012r. w Poznaniu
na rozprawie

sprawy ze skargi wniesionej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krzysztofa Rdest EMKA Handel-Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP spółki z o.o. w Rzeszowie

przy udziale zamawiającego: Szpitala Wojewódzkiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze
przy udziale wykonawcy: Remondis Medison sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej
o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2011 r., w sprawie o sygn. akt

KIO 2085/11

I. oddala skargę;

II. kosztami postępowania wywołanego skargą obciąża skarżących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Krzysztofa Rdesta „EMKA Handel-Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP spółkę z o.o. w Rzeszowie i na tej podstawie zasądza od skarżących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

Krzysztofa Rdesta „EMKA Handel-Usługi w Żyrardowie i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP spółka z o.o. w Rzeszowie:

- a) na rzecz zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Zielonej Górze kwotę 1.834zł zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,
- b) na rzecz przystępującego wykonawcy Remondis Medison spółki z o.o. w Dąbrowie Górniczej kwotę 1.834zł z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ryszard Trzebny SSO Renata Norkiewicz
SSO Ewa Kaźmierczak

Oryginał należyście podpisano
Odpis sporządzono

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była kompleksowa usługa obejmująca transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia nr ref. TA/284/2011 zamawiający, Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze po dokonaniu oceny złożonych ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Remondis Medison spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Jednocześnie z postępowania został wykluczony wykonawca konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA Handel - Usługi Krzysztof Rdest oraz Firma Usługowo - Handlowa „EKO - TOP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. Od decyzji tej wykonawca - konsorcjum firm EMKA Handel - Usługi Krzysztof Rdest oraz Firma Usługowo - Handlowa „EKO - TOP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie do jego oferty. Odwołujący wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności jego wykluczenia z postępowania, jak też dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Uzasadniając zarzut i wnioski odwołania podał, że oświadczenie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. było pozbawione podstaw faktycznych i prawnych. Wskazał, iż uzależnił spełnienie żądania zamawiającego przedstawienia kart odpadów od przedłożenia przez zamawiającego prawidłowo wystawionego dokumentu przewozowego. Jednocześnie uzasadniając brak podstaw faktycznych do odstąpienia przez zamawiającego od umowy podał, że w treści SIWZ zamówienia o numerze TA/232/2011 nie zawarto zapisu o unieszkodliwianiu odpadów na terenie województwa lubuskiego. Nadto stwierdził, że moce przerobowe spalarni działających w Nowej Soli i Gorzowie Wielkopolskim nie wystarczają dla unieszkodliwienia wszystkich odpadów medycznych z województwa lubuskiego, co w jego ocenie wynikało również z Krajowego Planu Gospodarki Odpadami 2014 oraz z opinii Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska. Według tej ostatniej opinii jedynie w przypadku Województwa Pomorskiego i Łódzkiego istnieją możliwości unieszkodliwiania odpadów w granicach województwa. Z powyższej okoliczności odwołujący wywodził, że odpady medyczne zamawiającego muszą być wożone w celu unieszkodliwienia do instalacji spoza obszaru województwa lubuskiego. Argumentem potwierdzającym opinię skarżącego miał być art. 9 ust. 3 ustawy z 27 kwietnia 2001r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243). Podał przy tym, że zawarty w ust. 5 ww. przepisu zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Nadto stwierdził, że w ofercie wskazał miejsca unieszkodliwiania odpadów i nie były one kwestionowane przez zamawiającego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, zaś wykonawca Remondis Medison spółka z o.o. w Dąbrowie Górniczej, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego domagał się odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 7 w związku z art. 180 ust. 5 ustawy PZP, ewentualnie jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 11 października 2011 r. oddaliła odwołanie (punkt 1) oraz kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krzysztofa Rdest i Firmę Usługowo - Handlową „EKO - J OP” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (punkt 2) zaliczając jednocześnie w poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczonej przez tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę 7.500zł tytułem wpisu od odwołania (punkt 2.1).

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności uznała, iż brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 p.z.p., w tym w szczególności na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 wskazanej przez przystępującego Remondis Medison spółkę z o. o. Jak ustalono, zamawiający otrzymał od odwołującego kopię odwołania wraz załącznikami stanowiącymi jego zawartość merytoryczną za pośrednictwem poczty elektronicznej w terminie, co zostało wykazane wydrukami z przesłanej korespondencji z dnia 27 września 2011 r. godz. 12:04 (odwołanie) i godz. 12:30 (załączniki do odwołania).

Przystępując do merytorycznego rozpatrzenia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podlega ono oddaleniu. Dokonując analizy treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 września 2011 r. ustalono, że podstawą prawną wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. Wyjaśniono przy tym, że zamawiający odstąpił od uprzednio zawartej ze skarżącym umowy składając oświadczenie w tym zakresie w piśmie z dnia 26 sierpnia 2011 r. z powodu nie wywiązania się przez wykonawcę z warunków umowy, tj. nie przekazania kart odpadów oraz przekazywania odpadów poza teren województwa lubuskiego. W tym kontekście Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. nakaz dokonania czynności wykluczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wykluczenie następuje w razie łącznego zaistnienia wymienionych w przepisie przesłanek. Zauważono przy tym, że przesłanka wykluczenia z powodu odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność jest wprost zawarta w przepisie ustawy i jest związana z czynnością zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co uprawnia Krajową Izbę Odwoławczą do rozpatrzenia odwołania, w którym kwestionowana jest czynność wykluczenia i podstawy jej podjęcia. Za istotną dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy uznano okoliczność, czy rzeczywiście nastąpiło rozwiązanie umowy oraz czy przyczyny jej rozwiązania leżą po stronie odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że strony zawierając umowę nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. przewidziały możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego w § 9 wskazującym na art. 145 p.z.p. oraz w § 7 ust. 1, w którym ustalono kary umowne w określonej wysokości „w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca.” W ocenie Izby w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały przesłanki rozwiązania umowy na podstawie art. 145 ust. 1 p.z.p., albowiem taka podstawa nie była wskazywana przez zamawiającego, a co więcej zamawiający ogłosił kolejny przetarg w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o tożsamym przedmiocie zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oznacza to, że w interesie publicznym leży realizacja umowy na ten przedmiot zamówienia. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że w § 7 ust. 1 umowy strony przewidziały umowne prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego w razie zajścia wskazanych okoliczności. Biorąc pod uwagę treść oferty odwołującego z dnia 22 lipca 2011 r. oraz umowy zawartej z nim jako wybranym wykonawcą stwierdzono, że wykonawca zarówno w ofercie w formularzu cenowo-technicznym, jak i w § 11 umowy zobowiązał się do stosowania m.in. przepisów ustawy o odpadach, co w okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, oznacza w szczególności stosowanie zasady bliskości wynikającej z art. 9 ustawy z 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, późn. 1243). Izba stwierdziła, iż z powyższej regulacji wynika, że odpady medyczne winny być unieszkodliwiane w województwie, w którym zostały wytworzone. Odstępstwa od tej zasady występują w przypadku, gdy odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca przeznaczonego do ich unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do odpowiedniego miejsca położonego na terenie tego samego województwa. Odwołujący wskazał nadto na art. 9 ust. 2 ustawy mogący mieć zastosowanie w sprawie. W toku wykonywania umowy wobec stwierdzenia przekazywania odpadów powstających w Zielonej Górze do instalacji w Opolu zamawiający wskazywał wykonawcy dwa miejsca położone na terenie województwa wzywając do przekazywania odpadów na teren województwa lubuskiego. Jedno z takich miejsc, tj. spalarnia w Nowej Soli, zostało wskazane przez odwołującego w ofercie, w której zadeklarował, że część unieszkodliwiania odpadów nastąpi przy udziale podwykonawcy, którym będzie Wielospecjalistyczny Szpital SP ZOZ w Nowej Soli. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający miał zatem uzasadnione podstawy oczekiwać, że odpady będą

unieszkodliwiane przez ten podmiot, położony na terenie województwa ich wytworzenia, a zatem zgodnie ze wskazanymi zasadami ustawy o odpadach. Nadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołujący nie udowodnił zajścia w toku realizacji umowy przesłanek uzasadniających możliwość unieszkodliwiania odpadów poza województwem ich wytworzenia. Stwierdzono, że odległość instalacji w Opolu uchybia zasadzie bliskości tym bardziej, że odwołujący nie wykazał przy tym, że jest to najbliższa położona spalarnia, która ma realne możliwości do wykorzystania, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła przy tym, że użyte w art. 24 ust. 1 pkt 1 a p.z.p. sformułowanie „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odpowiada w swej treści instytucji odpowiedzialności kontraktowej unormowanej w art. 471 k.c., która ma zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że skoro zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy to w postępowaniu odwoławczym stosownie do reguły wynikającej z art. 471 k.c. odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Niezależnie od powyższego podkreślano, że zamawiający jako faktyczną przesłankę uznania, że podjął decyzję o odstąpieniu od umowy wskazał niesporny między stronami i przyznany na rozprawie fakt przekazywania odpadów do instalacji w Opolu. W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił jednak wystarczającego dowodu obalającego twierdzenia zamawiającego tak w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych.

Skargę na powyższe orzeczenie wniosło konsorcjum firm Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą EMKA Handel - Usługi Krzysztof Rdest oraz Firma Handlowo - Usługowa „EKO - TOP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1 a p.z.p. poprzez uznanie za zasadne wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia na kompleksową usługę obejmującą transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia (nr. ref. TA/ 284/2011), podczas gdy oświadczenie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. pozbawione było jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych;
2. art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni postanowień umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r., polegającej na przyjęciu, że w § 7 ust. 1 umowy strony uzgodniły umowne prawo odstąpienia przez zamawiającego w razie zajścia wskazanych okoliczności, odczas gdy wskazany zapis umowy dotyczy jedynie kary umownej, należnej „w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca” i w żadnym wypadku nie stanowi samodzielnej podstawy prawnej do odstąpienia od umowy;
3. art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 395 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie w ustalonym stanie faktycznym, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, że strony umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. w § 7 ust. 1 skutecznie zastrzegły umowne prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego, podczas gdy zapis ten nie przewiduje terminu, do którego zamawiający mógłby skorzystać z prawa odstąpienia i jako taki powinien być uznany za nieważny.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie odwołania skarżącego oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na kompleksową usługę obejmującą transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia-nr. ref. TA/284/2011. Nadto wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Remondis Medison spółki z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Ewentualnie, w przypadku zawarcia już umowy o zamówienie skarżący wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 198f ust. 2 u.p.z.p. w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 u.p.z.p. Skarżący domagał się także zasądzenia na jego rzecz od

przeciwnika skargi kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, a także w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w tym kosztów zastępstwa procesowego według przedłożonej w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą kopią faktury VAT, wpisu od odwołania i opłat skarbowych od pełnomocnictw.

W uzasadnieniu skarżący podał, że wbrew ustaleniom Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie nie zostały spełnione dwie przesłanki umożliwiające wykluczenie skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie zamawiający odstąpił od umowy bez jakiegokolwiek podstawy prawnej z powodu okoliczności, za które wykonawca nie ponosił odpowiedzialności. Wyjaśnił przy tym, że nie zachodziły również ustawowe podstawy do odstąpienia od umowy przewidziane w kodeksie cywilnym (art. 491 § 1 k.c., 492 k.c.; 493 k.c. i 495 § 2 k.c.), a w niniejszej sprawie nie znajdują zdaniem skarżącego zastosowania szczególne regulacje dotyczące odstąpienia od umowy: sprzedaży, kontraktacji, o dzieło, o roboty budowlane, pożyczki, przewozu czy też ubezpieczenia. Nadto skarżący zgodził się z wywoływaniem Krajowej Izby Odwoławczej o braku podstaw do zastosowania art. 145 ust. 1 p.z.p. W ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza dokonała jednak błędnej wykładni postanowień umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. w zakresie jej § 7 ust. 1 przyjmując, że strony przewidziały w nim prawo odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Podkreślił, że zapis ten określa jedynie kary umowne co do ich wysokości oraz wskazuje przypadki, w których będą przysługiwały. W żadnym natomiast wypadku nie stanowi samodzielnej podstawy odstąpienia od umowy. Nadto podał, że przy wykładni powyższego zapisu należało zwrócić uwagę § 9 umowy, z którego wynika możliwość odstąpienia od umowy. Tylko w przypadku skorzystania z tego przez zamawiającego przysługiwać będzie mu kara umowna w wysokości określonej w § 7 umowy. W konsekwencji w ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że zamawiający skutecznie odstąpił od umowy nr TA/232/2011 z dnia 5 sierpnia 2011 r. z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca oraz, że zasadnie wykluczono skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia na kompleksową usługę obejmującą transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia (nr. ref. TA/ 284/2011). Tym samym zdaniem skarżących, doszło również do naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. poprzez uznanie, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy istniały podstawy do jego zastosowania wobec skarżących.

Niezależnie od powyższego skarżący podał, że nie ponosi odpowiedzialności za odstąpienie od umowy przez zamawiającego. Podkreślił, że zamawiający w SIWZ nie zawarł zapisu o wymogu unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa lubuskiego, a jedynym kryterium oceny ofert była cena. W dalszej części skarżący powielił argumentację odnośnie zastosowania art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach zawartą w odwołaniu. Podał, iż moce przerobowe spalarni działających na terenie województwa lubuskiego w Nowej Soli i Gorzowie Wielkopolskim nie wystarczają dla unieszkodliwiania wszystkich odpadów medycznych z tego województwa, a na poparcie tego twierdzenia powołał w skardze dowód z opinii Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 czerwca 2011 r. Z tego skarżący wywodzi wniosek co do konieczności wywożenia odpadów pochodzących od zamawiającego w celu ich unieszkodliwienia do instalacji poza obszar województwa lubuskiego. Skarżący podkreślił również, iż w ofercie wskazał miejsce unieszkodliwiania odpadów i nie było one kwestionowane przez zamawiającego. Nie było w niej zapisanych wyłącznie miejsc unieszkodliwiania odpadów na terenie Województwa Lubuskiego. Zamawiający zaś na etapie przetargu nie uznał, iż jest to zachowanie sprzeczne z jakimikolwiek przepisami i nie odrzucił z tego powodu oferty skarżącego.

Abstrahując od powyższego skarżący podał, że nawet gdyby przyjąć, iż § 7 ust. 1 umowy stanowi samodzielną podstawę odstąpienia od umowy, to i tak zapis ten jest nieważny, gdyż nie przewiduje on terminu, do którego zamawiający mógłby skorzystać z prawa odstąpienia od umowy. Z ostrożności procesowej skarżący podał, że zgłoszenie w niniejszej skardze zarzutów naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów kodeksu cywilnego nie stanowi naruszenia przepisu art. 198 lit. d p.z.p., albowiem w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi strona musi mieć zagwarantowane prawo rozszerzania lub zgłaszania nowych zarzutów. Skarga ma bowiem zapewniać kontrolę instancyjną rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem wskazywać musi uchybienia popełnione w toku rozpoznania odwołania.

W odpowiedzi na skargę przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego Remondis Medison spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wniosła o jej odrzucenie ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2011 r. w całości i odrzucenie odwołania. W przypadku nieuwzględnienia wniosków w powyższym zakresie wniesiono o oddalenie skargi w całości oraz wniosków dowodowych skarżącego, a także przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie przystępującego stanowiącym odpowiedź na skargę. Uzasadniając wniosek o odrzucenie skargi przystępujący do postępowania podniósł zarzut braku legitymacji czynnej skarżącego. W jego ocenie podmiotem uprawnionym do wniesienia skargi był wykonawca ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum firm Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel Usługi Krzysztof Rdest wspólnie z Firmą Usługowo-Handlową „EKO-TOP” spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. Skarga natomiast została podpisana przez r.pr. Huberta Nowaka, który dołączył do niej dwa dokumenty pełnomocnictwa. Zdaniem przystępującego z treści owych dokumentów nie można wyprowadzić wniosku, że mocodawcy działali wspólnie upoważniając pełnomocnika do złożenia skargi, podczas gdy wykonawcą w ramach przedmiotowego postępowania uprawnionym do wniesienia skargi było konsorcjum dwóch podmiotów działających łącznie. Nadto przystępujący zarzucił skarżącemu jako podstawę odrzucenia skargi okoliczność, że odpis skargi doręczono zamawiającemu, a nie pełnomocnikowi zamawiającego, tj. radcy prawnemu Jolancie Chaszczyńskiej, która reprezentowała zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.

Uzasadniając natomiast wniosek ewentualny o uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie odwołania przystępujący podał, że zamawiający, a zatem również przystępujący do postępowania nie otrzymali kopii załączników powołanych w treści odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej, które stanowiły element merytorycznej zawartości odwołania. Zdaniem przystępującego dołączenie ich było niezbędne dla zapewnienia możliwości odniesienia się przez zamawiającego i innych wykonawców do argumentów podniesionych w odwołaniu. Nie zgodził się przy tym z twierdzeniem skarżącego, jakoby do odpisu odwołania przekazanego zamawiającemu dołączone były wszystkie załączniki. Z ustaleń poczynionych przez przystępującego u zamawiającego wynikało bowiem, iż w dniu 27 września 2011 r., wpłynęła jedynie treść odwołania bez załączników, które zostały doręczone dopiero dnia następnego. Nadto zakwestionował, aby stanowiące część odwołania dokumenty znajdowały się w posiadaniu zamawiającego, albowiem przekazana przez skarżącego kopia odwołania nie wskazuje, że wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej jako element odwołania dokumenty są tożsame z tymi, które zostały złożone wcześniej przy innej okazji. Na tę okoliczność złożył wniosek o przesłuchanie świadka Haliny Miler.

W dalszej części przystępujący w pełni zaaprobował ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej leżące u podstaw wydanego rozstrzygnięcia. Powołał jednakże przytoczoną uprzednio argumentację o braku uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej do badania podstawności odstąpienia od umowy przez zamawiającego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. W jego ocenie wykonawca, który kwestionuje prawidłowość odstąpienia od umowy przez zamawiającego, winien dochodzić swoich praw przed sądem powszechnym, a nie w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Podniósł, że skoro skarżący nie wystąpił z żadnymi roszczeniami z tytułu bezpodstawnego odstąpienia przez zamawiającego od umowy, jak również nie kwestionował faktu ogłoszenia kolejnego przetargu w przedmiocie usług zbieżnych z usługami, których dotyczyła wspomniana umowa to nie wykorzystał przysługujących mu środków cywilnoprawnych, lecz przystąpił do nowego przetargu.

Niezależnie od powyższego przystępujący podał, że zasadnym było wykluczenie skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a p.z.p., albowiem skarżący naruszył przewidzianą w art. 9 ustawy o odpadach tzw. zasadę bliskości poprzez wywożenie odpadów poza teren województwa, z którego pochodziły i na terenie którego powinny zostać unieszkodliwione. Niż zgodził się przy tym ze skarżącym, aby na terenie województwa lubuskiego nie zachodziła możliwość utylizacji odpadów medycznych powstałych w tym województwie, tym bardziej wobec faktu funkcjonowania na jego terenie co najmniej dwóch nowoczesnych spalarni odpadów medycznych. W jego ocenie załączone do skargi pismo Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska

w Warszawie nie mogło być podstawą do oceny przedmiotowej sprawy, albowiem opisuje w zakresie utylizacji odpadów medycznych w województwie warmińsko-mazurskim, natomiast sytuacja w województwie lubuskim jest całkowicie odmienna. Na tę okoliczność domagał się przesłuchania świadka Jacka Komorowskiego i przeprowadzenia dowodów z dokumentów wskazanych w treści pisma. Nadto stwierdził, że działanie skarżącego w zakresie wadliwej i niezgodnej z ustawą o odpadach realizacji poprzedniej umowy można uznać jako działanie nie leżące w interesie publicznym i będące okolicznością, której zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili zawierania umowy ze skarżącym, co skutkowało możliwością odstąpienia od umowy na podstawie § 9 umowy w zw. art. 145 p.z.p.

Z kolei zamawiający w odpowiedzi na skargę skarżących wniosł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami postępowania. W jego ocenie prawidłowym było zastosowanie w sprawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a p.z.p., tym bardziej, że skarżący zobowiązał się do stosowania przepisów ustawy o odpadach. Trafne jego zdaniem były rozważania poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, która uznała że skarżący nie wykazał zaistnienia okoliczności uzasadniających wywóz zakaźnych odpadów medycznych poza teren Województwa Lubuskiego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga złożona w tej sprawie uznana została za wniesioną skutecznie, lecz okazała się bezzasadna i jako taka została oddalona.

Po dokonaniu analizy toku postępowania do wydania wyroku przez KIO oraz treści wydanego w wyniku odwołania wyroku KIO stwierdzić należało, że zaskarżony wyrok winien się ostać, bowiem odpowiada prawu, aczkolwiek nie sposób było się zgodzić z częścią wywodów poczynionych przez KIO w jego pisemnym uzasadnieniu.

Przed przystąpieniem do poszczególnych zarzutów zawartych w skardze należy w pierwszej kolejności, wobec podnoszonych przez przystępującego do odwołania Remondis Medison spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w odpowiedzi na skargę twierdzeń, ustalić czy skarga od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej została wniesiona przez podmiot do tego legitymowany w kontekście treści załączonych do skargi pełnomocnictw. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, przy czym w myśl ust. 2 ww. przepisu w takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja zawarta w ww. przepisie nie zmienia zasad dotyczących ustanawiania pełnomocników procesowych. Z jego treści wynika, że obejmuje ono reprezentowanie wykonawców jedynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do tak udzielonego pełnomocnictwa mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące pełnomocnictw. Natomiast postępowanie wywołane skargą wniesioną od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie jest już postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, lecz postępowaniem sądowym, do którego zgodnie z art. 198a ust. 2 p.z.p. stosuje się odpowiednio przepisy ustawy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału, w którym unieszczony jest ten przepis, nie stanowią inaczej. W postępowaniu tym, oprócz przepisów dotyczących postępowania apelacyjnego, mają także zastosowanie przepisy ogólne dotyczące postępowania procesowego, w tym przepisy o pełnomocnictwie procesowym. Przepisy kodeksu postępowania cywilnego zawierają odrębne w stosunku do ogólnych przepisów zawartych w kodeksie cywilnym oraz innych ustawach regulacje odnoszące się do pełnomocnictwa procesowego m.in. w zakresie ograniczeniu swobody wyboru osób, które mogą być pełnomocnikiem procesowym (uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008r., III CZP 154/07, OSNC z 2008 r. Nr 12, poz. 133). Nie budzi natomiast wątpliwości Sądu Okręgowego, że na skuteczność pełnomocnictwa nie wpływa okoliczność, iż zostało ono udzielone w kilku odrębnych oświadczeniach. Dla prawidłowego umocowania dokonanego w odrębnych dokumentach istotnym jest tylko, czy z treści pełnomocnictwa

wynika dla pełnomocnika umocowanie do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Przypomnieć bowiem należy, że konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej, a tym samym nie posiada zdolności sądowej. W konsekwencji stroną w znaczeniu procesowym są wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010r., III CZP 25/10, Lex nr 602808). W rozpoznawanej sprawie skarga od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej została wniesiona zarówno przez Krzysztofa Rdesta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel - Usługi Krzysztof Rdest oraz Firmę Usługowo - Handlową „EKO - TOP” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tworzących konsorcjum, wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego kompleksowej usługi obejmującej transport odpadów medycznych o szacunkowej ilości 127 Mg rocznie wraz z ich przekazaniem do unieszkodliwienia dla Szpitala Wojewódzkiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Zielonej Górze. Do skargi dołączone zostały dwa odrębne dokumenty pełnomocnictwa procesowego z dnia 24 października 2011 r. dla radcy prawnego Huberta Nowaka podpisane przez Krzysztofa Rdesta oraz prezesa zarządu Michała Wilka oraz wiceprezesa zarządu Romana Lichotę uprawnionych do reprezentacji Firmy Usługowo - Handlowej „EKO - TOP” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zakres obu ww. pełnomocnictw odwoływał się do wspólnie złożonej oferty i obejmował umocowanie do wniesienia skargi do tutejszego Sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2085/11 oraz do reprezentowania przed Sądem w postępowaniu wywołanym wniesioną skargą. W treści pełnomocnictwa udzielonego przez Krzysztofa Rdesta wskazano, iż jest wykonawcą składającym wspólną ofertę jednocześnie określając zakres podmiotowy oraz przedmiotowy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne odwołanie znajduje się w treści pełnomocnictwa udzielonego przez działających w imieniu Firmy Usługowo - Handlowej „EKO - TOP” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Michała Wilka oraz Romana Lichoty. Co więcej z analizy zarówno treści skargi, jak i toku postępowania wynika, że zarówno Krzysztof Rdest oraz Firma Usługowo - Handlowa „EKO - TOP” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wspólnie ubiegali się o zamówienie publiczne. W ocenie Sądu Okręgowego, wskazanie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz określenie podmiotów wspólnie występujących w owym postępowaniu w roli konsorcjum jest wystarczające do stwierdzenia istnienia legitymacji czynnej skarżących. Mając zatem na uwadze powyższe, nie sposób uznać, aby z ww. wskazanych dowodów nie wynikała wola udzielenia pełnomocnictwa radcy prawnemu do działania w imieniu konsorcjum. Tym samym nie mogło zasługiwać na aprobatę żądanie przystępującego po stronie zamawiającego do niniejszego postępowania Remondis Medison spółki z ograniczoną odpowiedzialnością odrzucenia skargi na tej podstawie. Chybione było również wywodzenie o konieczności doręczenia odpisu skargi pełnomocnikowi zamawiającego, a nie samemu zamawiającemu. W tym miejscu wskazać należy na treść art. 198b ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. W dacie wniesienia skargi zamawiający nie był reprezentowany przez pełnomocnika radcę Joannę Chaszczońską, która posiadała jedynie umocowanie do reprezentowania zamawiającego przed KIO w postępowaniu odwoławczym w dniu 11 października 2011 r., stąd odpis skargi wniesionej w dniu 25 października 2011 r. prawidłowo został skierowany na ręce samego zamawiającego. Z powyższego wynika bowiem, iż zamawiający ograniczył zakres umocowania dla owego radcy prawnego jedynie do dokonania określonej w nim czynności i to w oznaczonym dniu. Oznacza to, że z chwilą zakończenia posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą przedmiotowe pełnomocnictwo wygasło. Nie było zatem żadnych podstaw, aby skarżący przesyłał odpis ustanowionemu w sprawie pełnomocnikowi, skoro nie był on uprawniony do dalszego reprezentowania zamawiającego. Kolejnego pełnomocnictwa dla tejże radcy zamawiający udzielił dopiero 15 grudnia 2011 r. (k. 169akt). Słusznie zatem skarżący dokonał doręczenia odpisu skargi wraz z odpisem załączników bezpośrednio na adres i ręce zamawiającego.

Przechodząc do kolejnej przesłanki formalnej, na podstawie której przystępujący domagał się uchylecia zaskarżonego wyroku i odrzucenia odwołania stwierdzić trzeba było, iż wniosku tego i argumentów na jego poparcie nie można było uwzględnić z niżej podanych względów. Otóż przystępujący podnosił, iż skarżący miał doręczyć w terminie zamawiającemu jedynie

odwołanie bez załączników doń, które jakoby doręczono dnia następnego. W tym kontekście

Sąd Okręgowy w całości akceptuje ustalenia i wywody poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że skarżący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego wynikała również okoliczność wykluczenia skarżącego z postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 22 września 2011 r. Natomiast odwołanie wraz z załącznikami przesłał w dniu 27 września 2011 r., co potwierdzały wskazane przez KIO dowody. Zresztą wcześniej zamawiający o zaistnieniu rzekomego faktu w tej mierze nie podnosił, a jedynie na rozprawie przed KIO oświadczył, iż załączniki do odwołania otrzymał po terminie do jego wniesienia. Skoro wcześniej zamawiający nie wypowiadał się na tę okoliczność - jego sprzeczne ze wskazanymi przez KIO dowodami oświadczenie nie mogło odnieść pożądanego skutku. Dodatkowych dowodów na poparcie twierdzenia w tej mierze przed KIO ani zamawiający, ani przystępujący doń nie zgłosili, a przecież zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy przed KIO. Jeśli zaś chodzi o zgłoszenie po raz pierwszy w odpowiedzi na skargę przystępującego do zamawiającego wniosku dowodowego o przesłuchanie na tę okoliczność świadka Haliny Miler to Sąd Okręgowy wniosek ów na podstawie art. 381kpc w związku z art. 198a ust 2 pzp oddalił. Zgodnie z art. 381kpc Sąd może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (tu odpowiednio przed KIO i to do zamknięcia tamże rozprawy - art. 190 ust.1 pzp), chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Przystępujący zgłaszając ów wniosek dopiero na etapie postępowania ze skargi do sądu w żadnym razie nie przytoczył jakiegokolwiek uzasadnienia wskazującego na szczególną potrzebę, jaka wynikłaby dopiero teraz w tym względzie. Uprzedzając kolejne wątki w tym miejscu stwierdzić należało, że te same powody kierowały sądem odnośnie nowych wniosków zarówno skarżącego o przeprowadzenie dowodu z pisma z 9 czerwca 2011 r. (rozprawa przed KIO odbyła się 11 października 2011 r.), jak i przystępującego - o przesłuchanie świadka Jacka Komorowskiego i z wydruków załączonych do odpowiedzi na skargę. Zasadność skargi i argumentów uczestników tego postępowania zbadano więc z pominięciem owych dowodów.

Przystępując do oceny merytorycznych zarzutów skargi w pierwszej kolejności należało zauważyć, że zamawiający dokonując czynności wykluczenia skarżącego jako podstawę prawną dokonania tej czynności wskazał art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp podnosząc, że nastąpiło „odstąpienie” przezeń w dniu 26 sierpnia 2011 r. od umowy zawartej z wykonawcą z dnia 5 sierpnia 2011 r. w sprawie zamówienia publicznego na usługę odbioru, transportu do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych z powodu okoliczności, za które wykonawca podnosi odpowiedzialność. O powyższym fakcie został poinformowany skarżący. Okoliczność ta bezsprzecznie wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 września 2011 r. Oznacza to, że zamawiający dokonując czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt.1a pzp - zgodnie z ustępem 4 tegoż dokonał w istocie odrzucenia jego oferty i wskazując wszelkie podstawy faktyczne i prawne, na jakich opiera czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty jednocześnie informując o takich podstawach i okolicznościach wykonawcę w formie pisemnej (lub w innej formie porozumiewania, przewidzianej w SIWZ) nie może w trakcie rozprawy formułować nowych podstaw wykluczenia wykonawcy, o których nie poinformował wcześniej wykonawcy w sposób przewidziany w ustawie p.z.p. i SIWZ (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2011 r., KIO 2228/11, LEX nr 1025911). W rezultacie powoływanie się przez zamawiającego w treści pisma procesowego z dnia 19 grudnia 2011 r. stanowiącego odpowiedź na skargę skarżącego na art. 145 p.z.p. jako podstawę odstąpienia od umowy z zamawiającym nie mogło zasługiwać na uwzględnienie. Twierdzenie przeciwne powodowałoby bowiem pozbawienie wykonawcy wniesienia ewentualnych środków ochrony prawnej, pełnego ustosunkowania się do decyzji zamawiającego oraz brak możliwości oceny sytuacji w tym zakresie i ewentualnego podniesienia zarzutów. Wobec powyższego również nie zasługiwała na uwzględnienie tożsama argumentacja uczestnika postępowania zawarta w piśmie procesowym z dnia 15 listopada 2011 r.

Przechodząc do rozważań co do zasadności zarzutów zawartych w skardze zwrócić należało uwagę, że art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, z którym dany zamawiający rozwiązał, albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Dla dokonania wykluczenia na podstawie ww. przepisu konieczne jest w istocie kumulatywne zaistnienie następujących przesłanek:

- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a więc zakończenie wcześniejszej umowy przez tegoż zamawiającego;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy następuje z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania;
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi, co najmniej 5% wartości umowy.

Nie ulega również wątpliwości, że wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. nakaz ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że w przypadku zaistnienia określonych w nim przesłanek wykluczenie następuje z mocy prawa i jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego. Wymaga jednak od zamawiającego w każdym przypadku dokonania czynności wykluczenia i zawiadomienia o tym wykluczonego wykonawcę. Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca Remondis Medison spółka z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej podnosił, że badanie przez KIO skuteczności i zasadności oraz przyczyn odstąpienia, wypowiedzenia czy rozwiązania poprzedniej umowy przez zamawiającego nie należy do jego kognicji. W istocie zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 p.z.p. odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Powyższe oznacza, że izba rozpoznaje zarzuty dotyczące jedynie postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże ograniczenie się przez KIO przy ustalaniu zaistnienia przesłanki wykluczenia z udziału w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jedynie do stwierdzenia faktu złożenia przez zamawiającego oświadczenia o wypowiedzeniu, rozwiązaniu, czy odstąpieniu od umowy, ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy, a to z kolei sprzyjałoby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłoby w zasadzie tylko formalną ocenę czynności wykluczenia (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 września 2011 r., KIO 1822/11, LEX nr 951538). Tym samym uznać należało kompetencję Krajowej Izby Odwoławczej, jak też w następstwie skargi Sądu Okręgowego do oceny i ustalenia zasadności przyczyn odstąpienia od uprzednio zawartej ze skarżącym umowy.

W tej kwestii zaś nie sposób było nie uznać za uzasadnione uwagi krytycznych skarżącego pod adresem KIO, zaś przedstawionej w pisemnym uzasadnieniu wyroku KIO interpretacji uprzednio zawartej pomiędzy zamawiającym a skarżącym umowy z dnia 5 sierpnia 2011 r. o numerze TA/232/2011 za uprawnioną i właściwą. W istocie nie sposób z zapisu §7 ust. 1 owej umowy dokonać takiej interpretacji woli stron, z której wynikałby wniosek, że strony tej umowy poprzez wprowadzenie §7 ust.1 dokonały ustalenia umownego prawa odstąpienia. Takie wnioskowanie stanowi nadinterpretację omawianego zapisu i bez szerszego postępowania dowodowego nakierowanego na ustalenie woli sygnatariuszy tej umowy uznać należy za całkowicie dowolne. Nadto, co słusznie zarzucał skarżący w ramach trzeciego zarzutu skargi zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia dla skuteczności i ważności takiego zastrzeżenia wymagało ustalenia terminu do skorzystania zeń przez zamawiającego. W ocenie Sądu z zapisu §7 ust. 1 omawianej umowy można co najwyżej wywodzić uprawnienie zamawiającego do naliczenia opisanej tam kary w sytuacji, gdyby powstało po stronie zamawiającego prawo odstąpienia od umowy wynikające z ustawy, a więc w sytuacji skorzystania z prawa do odstąpienia na podstawie art. 491 §1kc i art. 493 §1kc, o ile zaistniałyby wskazane w przepisach tych sytuacje uprawniające

zamawiającego do wykonania takiego prawa, a z tym nie mieliśmy w sprawie niniejszej do czynienia. Dokonana przez KIO interpretacja zarówno umowy nr TA/232/2011, jak i oświadczenia woli zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. była nie do zaakceptowania.

Niemniej jednak skargi nie można było uwzględnić, a zaskarżony wyrok KIO oddalający odwołanie odpowiadał prawu. Dla oceny, czy zamawiający zasadnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp wykluczył skarżące konsorcjum z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia konieczne było zbadanie, czy w okolicznościach sprawy zaistniały wszystkie z opisanych tamże przesłanek łącznych takowego wykluczenia. Nie ma wątpliwości, że skarżący ubiegający się o kolejne zamówienie wcześniej wygrał inny przetarg rozpisany przez zamawiającego o numerze TA/232/2011 i w dniu 5 sierpnia 2011 r. podpisał z nim umowę. Ten sam skarżący ubiegał się w niniejszym postępowaniu o udzielenie mu zamówienia na tożsamy zakres. Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w dniu 26 sierpnia 2011 r. kolokwialnie rzecz nazywając „zerwał” ową umowę, zakończył ją, używając określenia „odstepuję od umowy”, a za przyczynę podał nie przekazanie kart odpadów, o czym mowa była w §2 ust.3 umowy, jak też ustalenie, że kontrahent (skarżący) przekazywał odbierane od zamawiającego odpady niebezpieczne objęte umową poza granice województwa lubuskiego, co zresztą nigdy nie było przez skarżące konsorcjum kwestionowane; fakt wywożenia odpadów do spalarni w Opolu był bezsporny, a jedynie skarżący i zamawiający różnili się w ocenie zgodności z prawem i umową stron co do prawidłowości wykonywania w ten sposób umowy.

Pochylając się nad oświadczeniem zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2011 r. w sprawie umowy nr TA/232/2011 stwierdzić należy, co następuje: w ocenie Sądu rozpoznającego skargę oświadczenie to, które złożył w imieniu zamawiającego zastępca dyrektora szpitala ds. eksploatacyjno-technicznych inżynier Ryszard Mielcarek, a więc nie-prawnik, należy zgodnie z art. 60 i 65 §1 kc oceniać w kategoriach oświadczenia o wypowiedzeniu owej umowy z powodu stwierdzenia, że umowa nie jest wykonywana w sposób wcześniej ustalony, umówiony i sprzeczny z ustawą o odpadach, bowiem oczywiście pierwsza z przyczyn opisanych w analizowanym oświadczeniu zgodnie z §2 ust.3 umowy (nie przekazanie kart odpadów) jedynie skutkować mogła niewymagalnością roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie za wykonane czynności. Niemniej jednak druga z nich miała znaczenie istotne i wymagała szerszej analizy. Zgodnie z art. 60 kc z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). „Ujawnienie woli w sposób dostateczny zawiera w sobie wymaganie takiej formy uzewnętrznienia zamiarów podmiotu dokonującego czynności prawnej, która stwarza możliwość rozumienia oświadczenia przez innych uczestników obrotu, a więc podporządkowania go interpretacji zgodnie z przyjętymi regułami znaczeniowymi.”- tak Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449¹⁰, tom I, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo: C.H.Beck, wydanie 6. Z kolei jak trafnie wskazano w komentarzu do art. 60 kc pod red. prof. dr hab. Edwarda Gniewka, również wydawnictwo C.H.Beck, wydanie 4: „Artykuł 60 kc formułuje ustawową definicję oświadczenia woli, w myśl której jest nim zachowanie się osoby dokonującej czynności prawnej, ujawniające jej wolę w sposób dostateczny. Definicja ta nie jest pełna, jeżeli nie odwołamy się do pojęcia czynności prawnej (art. 56 kc). Oświadczeniem woli jest bowiem wyłącznie zachowanie zmierzające do wywołania skutku w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego, czyli zachowanie mające wpływać na istnienie i treść uprawnień i obowiązków cywilnoprawnych.” Zaś w publikacji „Czynności prawne. Art. 56-81 KC. Komentarz”, autorstwa dr Jarosława Grykiela i dr Marcina Łemkowskiego, rok wydania 2010, wydawnictwo C.H.Beck, wydanie 1, kwestię tę ujęto następująco: „Oświadczenie woli jest podstawowym instrumentem prawnym kształtowania przez podmioty prawa cywilnego ich sytuacji prawnej. Ma charakter czynności konwencjonalnej, której treść, wyrażona materialnym substratem znaku (mową, gestem, impulsem elektronicznym) ustalana jest na podstawie określonych reguł znaczeniowych (powszechnie stosowanych, właściwych jedynie dla danego środowiska albo ustalonych pomiędzy stronami czynności na ich wyłączne potrzeby). Ustalona w ten sposób treść oświadczenia woli nie zawsze musi pokrywać się z treścią przeżycia psychicznego osoby składającej to oświadczenie. Celem składania oświadczeń woli jest wywołanie określonych skutków prawnych, polegających co do zasady na wykreowaniu, zmianie lub wygaśnięciu

stosunku prawnego. Nie będzie zatem oświadczeniem woli zachowanie podmiotu, z którego wynika brak zamiaru wywołania jakichkolwiek skutków prawnych (zob. & Rudnicki, [w:] Komentarz..., s. 286). Oczywiście w treści oświadczenia woli nie muszą być wskazane wszystkie skutki prawne związane przez prawo z tym oświadczeniem. Wystarczy wskazanie takich skutków prawnych, które uzupełnione o skutki prawne wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, pozwolą prawidłowo ukształtować stosunek prawny, którego oświadczenie dotyczy.” Z kolei zgodnie z art. 65§ 1 kc, z którego wynikają dyrektywy wykładni oświadczeń woli odnoszące się do wszystkich kategorii czynności prawnych - oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Celem wykładni oświadczeń woli jest ustalenie znaczenia potrzebnego dla określenia praw i obowiązków stron stosunków cywilnoprawnych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2007r. w sprawie II CSK 244/07- Legalis i w uchwale z 29 czerwca 1995 r. w sprawie III CZP 66/95- OSNC 1995, Nr 12, poz. 168). Przenosząc te ogólne uwagi w realia rozpoznawanego zagadnienia stwierdzić można bez wątpienia, iż wola zamawiającego wynikająca z analizowanego oświadczenia nie budzi żadnych wątpliwości- oczywistym jest, iż zamawiający oświadczeniem tym zamierzał zakończyć łączący go ze skarżącym stosunek prawny- umowę z 5 sierpnia 2011 r. z tego powodu, że nie akceptował sposobu wykonywania przez skarżącego umówionego tam świadczenia uznając, że skarżący świadczenie wykonuje nienależycie. Użycie słowa „odstępuję” przez zastępcę dyrektora szpitala o wykształceniu inżynierskim, a nie prawniczym skłania do oceny przypadkowości, a nie celowości użycia tego właśnie sformułowania, niemniej jednak wola jego jest jasna i oczywista - skarżący źle wykonuje umowę i szpital z tego powodu ma zamiar zakończyć z nim współpracę.

W sprawie tej nikt nie pokusił się dotąd dokonania analizy i oceny umowy z dnia 5 sierpnia 2011 r. co do jej rodzaju i charakteru w kategoriach prawa cywilnego materialnego. Nie ma przecież aktualnie żadnych wątpliwości co do tego, że umowy zawierane w wyniku wygrania procedury przetargowej są umowami w pełni cywilnoprawnymi i podlegają ocenie przez pryzmat reguł tegoż prawa. Zgodnie bowiem z art. 139 ust.1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Analiza zaś taka jest absolutnie niezbędna dla oceny skutków co do niej i jej dalszego bytu w kontekście powyżej opisanej woli zamawiającego zakończenia wiążącej go ze skarżącym umowy z 5 sierpnia 2011 r. W ocenie Sądu z treści owej umowy z dnia 5 sierpnia 2011 r. wynika, że wykonawca zobowiązał się do wykonywania usług: odbierania od zamawiającego odpadów niebezpiecznych i ich przetransportowania do unieszkodliwienia oraz dostarczania ich do zakładu utylizacji. Przedmiotem jego zobowiązania było jednak nie tylko przetransportowanie odpadów niebezpiecznych do miejsca ich unieszkodliwienia, ale też spowodowanie ich unieszkodliwienia we właściwym zakładzie utylizacji (vide SIWZ do TA/232/2011- „kompleksowa usługa obejmująca transport odpadów medycznych do miejsca ich unieszkodliwienia wraz z ich unieszkodliwieniem”). Wykonawca obowiązany był więc do zorganizowania unieszkodliwienia odebranych odpadów, jak też do dostarczania zamawiającemu odpowiednich opakowań. Korelatem tych zobowiązań wykonawcy był obowiązek zamawiającego zapłaty wynagrodzenia. Taka treść obowiązków stron, a szczególnie wykonawcy pozwala zakwalifikować ów stosunek prawny jako umowę o odpłatne świadczenie usług, do której art. 750kc nakazuje odpowiednio stosować przepisy o zleceniu. Zgodnie zaś z art. 746§1kc dający zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Powinien jednak zwrócić przyjmującemu zlecenie wydatki, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia; w razie odpłatnego zlecenia obowiązany jest uiścić przyjmującemu zlecenie część wynagrodzenia odpowiadającą jego dotychczasowym czynnościom, a jeżeli wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, powinien także naprawić szkodę. Regulacja ta jest wynikiem faktu, że omawiana umowa jest „stosunkiem obligacyjnym opartym na wzajemnym zaufaniu stron. Tłumaczy to przyjętą w KC konstrukcję każdorazowego wypowiedzenia zlecenia przez każdą ze stron ze skutkiem *ex nunc*. Wypowiedzenie dokonywane jest przez jednostronne oświadczenie woli złożone drugiej stronie. Skutkiem oświadczenia woli (z respektowaniem zasad określonych w art. 61) jest wygaśnięcie zlecenia.”- Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088 Tom II, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, wydawnictwo C.H.Beck, wydanie 6 do art. 746kc. „Wypowiedzenie odpłatnego zlecenia z „ważnych powodów” (tj. choroba strony

wypowiadającej, zmiana sytuacji życiowej, zmiana miejsca zamieszkania, nieotrzymanie zaliczki, uargumentowana utrata zaufania itp.) nie rodzi odpowiedzialności za zaistniałą skutek wygaśnięcia zlecenia szkodę.”- także. Jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokując w sprawie I ACa 84/08 w dniu 15 września 2008r. (publ. Orzecnictwo Sądów Apelacyjnych rok 2010, Nr 4, poz. 12, str. 57) przesłanka wzajemnego zaufania stron jest aktualna w odniesieniu do umowy o świadczenie usług, jego brak uzasadnia wypowiedzenie umowy o świadczenie usług zawartej na czas oznaczony (art. 750 w związku z art. 746 § 1 kc). W sytuacji więc odpłatnej umowy o świadczenie umówionych usług wskazywana przez zamawiającego przyczyna zerwania podpisanej umowy, czyli ujawnienie się faktu, iż wykonawca wywozi odpady poza granice województwa lubuskiego, jak też do innego podmiotu niż zadeklarowany w ofercie złożonej w zamówieniu TA/232/2011 (także wskazano w pkt. 7, że ta część zobowiązania wykonawcy w postaci samego już unieszkodliwiania odpadów będzie realizowana przez podwykonawcę skarżącego - Wielospecjalistyczny Szpital SP ZOS w Nowej Soli ul. Chałubińskiego 7), co korelowało z treścią oświadczenia tegoż skarżącego złożonego w toku postępowania TA/232/ 2011 w pkt. 3.b, iż dysponuje on odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania przedmiotu zamówienia wskazując w tym zakresie również na ów szpital, a nie na przedsiębiorstwo w Opolu - pozwalało na uznanie, że zamawiający dowiedziawszy się o tym, że skarżący odpady przewozi w zupełnie inne miejsce - do Opola był w pełni uprawniony do uzasadnionej utraty zaufania wobec tegoż wykonawcy i z tego powodu do wypowiedzenia umowy, mocą którego zrealizowała się wola zamawiającego zakończenia stosunku prawnego, który to skutek miał prawne oparcie w treści art. 750kc w związku z art. 746§ 1 kc. Jak już wcześniej wskazywano zgodnie z art. 139 ust.1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Przy tym ostatnim zastrzeżeniu nie sposób pominąć normy materialnoprawnej wynikającej z przepisu art. 140 ust. 1 pzp, który stanowczo stwierdza i wymaga, by zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a tego niewątpliwie w toku wykonywania przez skarżącego umowy z dnia 5 sierpnia 2011 r. zabrakło. Oferując swe usługi w zamówieniu 232/1 1 skarżący wskazywał na spalarnię w Nowej Soli, a nie w Opolu. Wszelkie wątpliwości rozwiewa w ocenie Sądu treść zawiadomienia zamawiającego o udzieleniu wyjaśnień dotyczących treści SIWZ z 20 lipca 2011 r., z którego wynika wprost, że świadczenie wykonawcy ma być wykonywane w ten sposób, że wykonawca będzie odbierał odpady i przekazywał je do unieszkodliwiania podmiotowi do tego uprawnionemu - spełniającemu wskazane warunki z ustawy o odpadach, przy czym wykonawca może z takim podmiotem (spalarnią odpadów) swobodnie ukształtować relacje prawno-ekonomiczne. Dopuszczono, by spalarnia taka była konsorcjantem, podwykonawcą pomocnikiem wykonawcy, itp., jednakże wskazano, że spalarnia taka winna być najbardziej realnym w regionie lubuskim podmiotem zajmującym się unieszkodliwianiem odpadów medycznych. W tym kontekście realizacja podpisanej umowy w sposób odmienny od deklarowanej w ofercie polegająca na zawarciu umowy przez skarżącego ze spalarnią w Opolu nie mogła być uznana za prawidłowe jej wykonanie. Warto dostrzec także pismo Krzysztofa Rdesta do zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2011r. stanowiącego odpowiedź na pismo z dnia 8 sierpnia 2011 r., z którego wynika, iż wykonawca wyraził także pogląd, że zamawiający nie musi się wcale interesować tym, co wykonawca czyni z odebranych odpadami, bowiem to wykonawca ma status posiadacza odpadów, więc nawet niezgodne z prawem działania wykonawcy nie będą obciążać szpitala. Wynika stamtąd, że wykonawca tenże uważa, że nie jest rzeczą szpitala kontrola wykonywania umowy i że szpital nie ma się interesować tym, co dzieje się z odpadami niebezpiecznymi, co w ocenie Sądu wobec wagi problemu odpadów tego rodzaju jest nie do zaakceptowania. Idąc tym tokiem rozumowania szpital nie powinien również zareagować w sytuacji wykrycia, np. że odpady są wyrzucane do lasu, bądź spalane w spalarni do tego nie dostosowanej. Nadto nie sposób pominąć oceny zawartej pomiędzy stronami w maju 2011 r. umowy przez pryzmat ustawy o odpadach, gdy wykonawca obowiązany był do niej się stosować, o czym jednak dalej. Reasumując dotąd poczynione rozważania i uwagi uznać należało, że w istocie zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.1 a pzp miał podstawy do wykluczenia skarżącego z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem wcześniej zawarta umowa została rozwiązana przez zamawiającego pismem z dnia 26 sierpnia 2011r. w trybie wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym zgodnie z art. 750kc w związku z art. 746§1kc i to z ważnych powodów tkwiących po stronie wykonawcy, bowiem ten wykonywał umowę sprzecznie z jej treścią i złożoną ofertą.

W stanie faktycznym tej sprawy istotne było również, kto i co winien był wykazać dowodowo. Jak wskazano wyżej zamawiający wykazał, że miał uprawnienie i uzasadnione prawnie powody, by z opisanych względów zakończyć byt prawny umowy przez jej wypowiedzenie, bowiem wykonawca wywoził odpady do innej spalarni, niż ta, jaką deklarował w ofercie. W tej sytuacji procesowej to na skarżącego przeszedł ciężar przeciwdowodu - dowodu zasadności jego twierdzeń, że nie było możliwości spalania odpadów tak jak to oferowano w Nowej Soli i konieczne oraz w pełni uzasadnione faktycznie i prawnie było ich wożenie i spalanie w Opolu, bowiem tak właśnie twierdził skarżący i z faktu tego wywodził skutki prawne (art. 6 kc), a szpital temu przeczył, a więc to skarżący winien przedstawić wiarygodny i pełny materiał dowodowy i to do zamknięcia rozprawy przed KIO, że wykonywał poprzednią umowę właściwie i zgodnie z ustawą o odpadach, a takiego dowodu skarżący nie przedstawił, pozostając do dziś zresztą wyłącznie w sferze własnych niczym nie popartych twierdzeń. Również z tego powodu należało uznać, że KIO trafnie oddaliło jego odwołanie.

Dokonując zaś oceny przekazywania przez wykonawcę zakaźnych medycznych odpadów poza teren województwa lubuskiego do spalarni w Opolu w kontekście norm wynikających z art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (Dz. U. z 2010r., nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) to należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem przed jego zmianą, która weszła w życie 1 stycznia 2012r., a więc przed zmianą dokonaną w art. 4 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011, Nr 152, poz. 897) wszystkie odpady, bez rozróżnienia rodzaju co do zasady powinny być w pierwszej kolejności poddawane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania (ust.1). Jeśli zasady tej nie da się zrealizować, co w sposób oczywisty zachodziło w rozpoznawanym stanie faktycznym odpady, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione (ust.2). Z kolei w ust. 3, 3 a i 4 ustawodawca ustanowił określone zakazy wywozu z terenu województwa, przywozu na teren województwa, czyli przemieszczania pomiędzy nimi odpadów opisanych tamże, które to zakazy i wyjątki z mocy ust. 5 art.9 ustawy stosuje się odpowiednio do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych. Wszelkie wywody skarżącego, zarówno przed KIO, jak i ujęte w skardze, zresztą głośłowne i nie poparte dowodami koncentrowały się na owym odpowiednim stosowaniu ust. 3 art. 9 do sytuacji wywozu odpadów do Opolu i w istocie prowadziły do nieuprawnionego i oczywiście głośłownego wnioskowania, że skoro odpowiednio ustawodawca kazał stosować zakaz wywozu do odpadów medycznych to w zasadzie zakaz ten nie obowiązywał, a nawet doszedł do odosobnionego wniosku, że odpady musiały być wywożone. W ocenie Sądu przeciwnie - obowiązywał, chyba, że wykonawca wykazałby swe niczym nie poparte twierdzenie, że na terenie województwa lubuskiego spalanie odpadów zamawiającego w odpowiednich technologicznie spalarniach nie było możliwe. Pozostaje pytaniem retorycznym, jak analizował te kwestie skarżący składając w poprzednim przetargu ofertę ze wskazaniem spalarni w Nowej Soli jako miejsce spalania. Nadto jego twierdzenie, że moce przerobowe spalarni w Nowej Soli i Gorzowie nie były po temu wystarczające nic zostało udowodnione.

Nie sposób też pominąć marginalizowany ust. 2 owego art. 9 ustawy o odpadach, który obowiązuje w stosunku do wszelkich odpadów, a który stanowił, że odpady, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione. Okoliczność, na którą się powoływał skarżący, że właściwą i spełniającą owe kryteria była spalarnia w Opolu wymagał dowodzenia, iż ta spalarnia właśnie była najbliższą położoną spalarnią dysponującą najlepszą dostępną techniką i technologią, o której mowa w art. 143 ustawy o ochronie środowiska. To skarżący podniósł owo twierdzenie, więc on zgodnie z art. 6kc winien je wykazać, a tego nie uczynił w żadnym razie. Co prawda przy tym słusznie podnosił skarżący, że zawarta w art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach zasada nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującej i dopuszcza możliwość utylizacji zakaźnych odpadów medycznych poza terenem województwa, ale w sytuacji, gdy miejsce instalacji jest w bliższej odległości od miejsca wytworzenia odpadu gdy wprowadzić instalację na terenie województwa

jest w odległości mniejszej od instalacji spoza terenu województwa, ale nie spełnia wymogu najlepszej dostępnej techniki. Dopiero wtedy, kiedy to niemożliwe, mogą być przewożone w inne miejsca. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 42 ust. 1a ustawy o odpadach zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne mogą być unieszkodliwiane tylko przez spalanie w spalarniach odpadów. Oznacza to, że wymagania określone w art. 9 ust. 3 i 4 odnoszą się tylko do spalarni odpadów, skoro odpady zakaźne w żaden inny sposób nie mogą być unieszkodliwiane (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Warszawie z dnia 27 listopada 2008r., IV SA/Wa 1444/08, Opubl. Legalis; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 lipca 2011 r., KIO 1419/11, Lex nr 896082; W. Radecki, Komentarz do art. 9 ustawy o odpadach, Opubl. Lex). Poza tym nie jest ważne, jakie są możliwości wykonawców, ale jakie istnieją obiektywnie możliwości, a przesłankę bliskości należy oceniać w sposób obiektywny, biorąc pod uwagę miejsca, w których możliwe jest unieszkodliwianie odpadów, stanowiących przedmiot zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 czerwca 2011 r., KIO 1293/11, Lex nr 852632). Skarżący nie przeprowadził w tym zakresie dowodu, jak też dowodu na okoliczność braku możliwości utylizacji zakaźnych odpadów medycznych odebranych od szpitala w województwie lubuskim. Nie powołał dowodu, z którego wynikałoby jaka ilość limitu przerobu została przez instalacje w Nowej Soli oraz Gorzowie Wielkopolskim wykorzystana i czy rzeczywiście nie miały one możliwości obsłużenia odpadów zamawiającego. Nie wykazał, aby spalarnia odpadów zakaźnych mieszcząca się w Opolu była najbliższą położoną instalacją w stosunku do miejsca odbioru odpadów. Dowód z pisma Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska został oddalony z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części. Nadto nawet gdyby dowód ten został właściwie zgłoszony to i tak faktów tych w żaden sposób nie można wywieść z treści przedłożonego przez skarżącego pisma Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska datowanego na dzień 9 czerwca 2011 r. Analiza jego treści dowodzi jedynie, że instalacje znajdujące się na terenie województwa warmińsko - mazurskiego mają zbyt małe moce przerobowe dla obsłużenia odpadów zakaźnych medycznych z terenu całego województwa, co uzasadnia ich utylizację poza terenem województwa. Wprawdzie jak podaje Inspektor Ochrony Środowiska problem ten dotyczy większości województw to jednak nie podaje, iż jest on aktualny również w stosunku do województwa lubuskiego. Co więcej brak jest pewności, że zawarte w ww. piśmie dane nie uległy dezaktualizacji, albowiem odnosiły się w swej treści do planu gospodarki odpadami dla województwa warmińsko - mazurskiego na lata 2007 - 2010. Mając na uwadze poczynione powyżej rozważania nie można przyjąć, iż skarżący sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art. 6 k.c.

Z uwagi na przedstawione wyżej argumenty Sąd Okręgowy, na podstawie art. 198f ust. 2 p.z.p., orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania na podstawie art. 198f ust. 5 p.z.p. i art. 198a ust. 2 p.z.p. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący doń domagali się zasądzenia na ich rzecz od skarżącego konsorcjum kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zarówno przed sądem, jak i przed KIO oraz kosztów opłat od pełnomocnictw. Wnioski te uwzględniono i na tej podstawie zasądzone od skarżącego konsorcjum na rzecz zarówno zamawiającego, jak i przystępującego kwoty po 1.834zł, na które składały się po dwie opłaty od pełnomocnictw zarówno do występowania przed KIO, jak i przed sądem, a także wynagrodzenia pełnomocników tychże przed KIO w wysokości 1.200zł ustalone na podstawie §1 ust. 2, §2 ust. 1 i 2, §5 oraz §10 ust. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu z dnia 28 września 2002 r. (Dz.U. Nr 163, poz. 1349, z późn. zmianami), oraz po 600zł wynagrodzenia za reprezentowanie mocodawców przed sądem na podstawie tych samych przepisów oraz nadto §12 ust. 1 pkt. 1 w/w rozporządzenia.

Oryginał należy podpisać
Odpis sporządzić

23 LUT 2012

Syl a w rzy niak