Sygn. akt KIO 323/17

WYROK
z dnia 1 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. w Warszawie, Saba Sp. z o.o. w Płocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie

przy udziale ECO-ABC Sp. z o.o. w Bełchatowie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. w Warszawie, Saba Sp. z o.o. w Płocku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. w Warszawie, Saba Sp. z o.o. w Płocku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 323/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla SPDSK w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 223-406384. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. w Warszawie, Saba Sp. z o.o. w Płocku wnieśli odwołanie 20 lutego 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach (Dz. U. z 2013. poz. 21) przez brak odrzucenia oferty ECO-ABC Sp. z o.o. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w zakresie oferty złożonej przez ECO-ABC Sp. z o.o. i odrzucenie tej oferty jako sprzecznej z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, zmianę postanowienia o wyniku postępowania oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że wskazanie przez ECO-ABC Sp. z o.o. instalacji do unieszkodliwiania odpadów, która nie jest położona na terenie województwa mazowieckiego, nie realizuje tzw. zasady bliskości wskazanej w art. 20 ust. 3, 5-6 ustawy o odpadach.

Poszanowania tych przepisów domagał się zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: SIWZ, w związku z czym oferta ECO-ABC Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o. w Bełchatowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że odwołujący nie może ponieść szkody w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż złożona przez niego oferta nie jest już zabezpieczona wadium. Podniósł, że:

1. postanowienia SIWZ wiążą sankcję odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ z sytuacją, gdy wykonawca zadeklaruje wydajność instalacji mniejszej od wymaganej

przez zamawiającego;
2. postanowienia SIWZ nie wykluczały możliwości wskazania przez wykonawcę innych instalacji niż te znajdujące się na obszarze województwa mazowieckiego;
3. wskazanie instalacji spoza województwa mazowieckiego miało znaczenie tylko w kryterium oceny ofert – współczynnik bliskości – a w tym zakresie zamawiający ocenił oferty zgodne z określonymi kryteriami;
4. przestrzeganie ustawy o odpadach dotyczy realizacji umowy i nie ma wpływu dla rozstrzygnięcia postepowania - w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty istotne jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a warunki te przystępujący bezspornie spełnił.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że termin związania ofertą złożoną przez odwołującego upłynął a oferta ta nie jest już zabezpieczona wadium. Wywodził, że oceniając tę ofertę działał na podstawie postanowień SIWZ, które są zgodne z przepisami ustawy o odpadach. Wskazał również, że przed wszczęciem postępowania zwrócił się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego, a z uzyskanej odpowiedzi wynika, że moce przerobowe dwóch instalacji unieszkodliwiania odpadów położonych na ternie województwa mazowieckiego są niewystarczające w stosunku do ilości wytworzonych odpadów weterynaryjnych i medycznych. Zamawiający wskazał, że w związku z uzyskaną odpowiedzią tak ukształtował treść SIWZ, żeby dopuścić możliwość instalacji spoza województwa mazowieckiego (w przypadku braku możliwości przerobowych).

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący wskazał pkt 28 SIWZ w brzmieniu „Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który złoży ważną ofertę oraz wykaże instalację/instalacje do unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach" oraz pkt 2 OPZ (załącznika nr 1 do SIWZ), stanowiący : „Wykonanie usługi odbioru i transportu Wykonawca zobowiązany jest wykonywać z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęte odpady w zakresie określonym obowiązującymi przepisami."

Zamawiający podał natomiast powołał, że jako kryterium oceny ofert ustalił „wartość współczynnika bliskości" oraz przywołał postanowienia SIWZ dotyczące sposobu oceny oferty w tym kryterium. Wskazał ponadto, że w powołanym pkt 28 SIWZ ustalił, że „współczynnik bliskości" uwzględnia zapisy art. 20 ustawy o odpadach, gdzie przy ocenie bliskości oprócz miejsca ich wytwarzania bierze się pod uwagę również wolne moce przerobowe instalacji. Wyjaśnił, że w pkt 28

SIWZ zastrzegł, że w przypadku wątpliwości, co do instalacji wskazanej w ofercie, zwróci się do odpowiedniego Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska lub właściwego terytorialnie Urzędu Marszałkowskiego z prośbą o udostępnienie danych niezbędnych do zweryfikowania treści złożonej oferty.

Ponadto Izba ustaliła, że dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w pkt 11.1.1 ppkt 1) i 2) SIWZ zamawiający wymagał podania instalacji mających wolne moce przerobowe. W pkt 18. A. ppkt 1) i 2) wymagał złożenia dokumentów dla instalacji mających wolne moce przerobowe w całym

okresie trwania umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego Izba uznała, że odwołujący spełnił przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze odnosząc się do tej kwestii w aspekcie materialnym, zamawiający otrzymał kopie odwołania przed upływem terminu związania ofertą, nie ma więc podstaw do twierdzenia, że odwołujący nie jest związany złożoną przez siebie ofertą. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 6 Pzp wniesienie odwołania powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Trafnie też podniósł odwołujący, że w obecnym stanie prawnym obowiązek utrzymania ciągłości zabezpieczenia oferty wniesionym wadium dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznania za najkorzystniejszą. Art. 46 ust. 1 Pzp nakazuje zwrócenie wadium wszystkim pozostałym wykonawcom. Ponadto art. 46 ust. 3 Pzp wskazuje, że zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. W tej sytuacji upływ terminu ważności gwarancji wadialnej nie ma znaczenia dla możliwości zawarcia umowy z odwołującym, a tym samym jest bez znaczenia z punktu widzenia możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy. Skoro bowiem skutkiem rozpoznania zarzutów odwołania i potwierdzenia ich zasadności zamawiający wybrałby ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą, będzie zobligowany do żądania ponownego wniesienia wadium przez odwołującego.

Po drugie, w aspekcie procesowym, badanie przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp może nastąpić wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu, zatem badając odwołanie powinna ustalić wyłącznie, czy wskazywane naruszenia przepisów ustawy mają związek z możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, nie zaś rozszerzająco badać, czy możliwe jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Ustalenie, że materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania zostały spełnione oznacza konieczność zbadania zarzutów odwołania. Izba dokonała oceny i uznała odwołanie za

---

bezzasadne.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga stwierdzenia niezgodności tej oferty z wymaganiami zamawiającego jasno opisanymi w SIWZ. Izba dokonała zatem oceny postanowień SIWZ i uznała, że nie dają one podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

Stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie zmierzało do wykazania, że zamawiający w toku oceny ofert powinien wziąć pod rozwagę jedynie te oferty, które wskazywały instalacje położone wyłącznie na terenie województwa mazowieckiego. Twierdzenie te opierał na postanowieniach SIWZ dotyczących wykonania umowy w sprawie zamówienia oraz obowiązku zgodności oferty z wymaganiami ustawy o odpadach. Jest poza sporem, że odpowiada to podstawowej regule wyrażonej w art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach, jednak ustawodawca przewidział wyjątki od tej reguły opisane w art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach i możliwości te zostały uwzględnione przez zamawiającego w treści SIWZ.

Przepisy art. 20 ustawy o odpadach mają charakter bezwzględnie obowiązujący w tym znaczeniu, że zamawiający musi stosować je *in corpore* i nie może modyfikować ich treści udzielając zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak, że reguła bliskości wyrażona w art. 20 ust. 3 Pzp nie doznaje ograniczeń. Wyjątki od niej zawarte zostały w art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach.

Izba nie miała wątpliwości, że zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy wskażą instalacje nie położone na terenie województwa mazowieckiego. W pkt 28 SIWZ wskazał bowiem, że ustalony jako kryterium oceny ofert „współczynnik bliskości" uwzględnia zapisy art. 20 ustawy o odpadach, gdzie przy ocenie bliskości oprócz odległości od miejsca wytwarzania bierze się pod uwagę również moce przerobowe instalacji. Dodatkowo ustalił, że ewentualne wątpliwości dotyczących instalacji wskazanych przez zamawiającego będą wyjaśniane na podstawie informacji uzyskanych od Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska.

Na dopuszczenie przez zamawiającego możliwości podania instalacji położonych poza terenem województwa mazowieckiego wskazują również wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w pkt 11.1.1 ppkt 1) i 2) SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje instalacji mających wolne moce przerobowe.

Postanowienia te, których odwołujący nie powołał wskazując w odwołaniu relewantne okoliczności faktyczne, nie mogą zostać pominięte przy wyrokowaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny. SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego i badając zgodność oferty z jej treścią nie można wybiorczo opierać się wyłącznie na postanowieniach SIWZ wskazanych przez odwołującego, a pomijać inne, które nie wzmacniają jego stanowiska. Art. 65 § 1 k.c. zawierający dyrektywy wykładni oświadczeń woli nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia – zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.
Skoro art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach w sytuacji braku wolnych mocy przerobowych istniejących instalacji, pozwala na unieszkodliwianie odpadów medycznych w instalacjach położonych na terenie innego województwa, niż tego, na terenie którego odpady zostały wytworzone, to odwołanie się do

przesłanki wolnych mocy przerobowych w sposób jasny wskazuje na brak ograniczenia przez zamawiającego możliwości podania instalacji położonej w innym województwie niż mazowieckie. Analogiczne stanowisko w zbliżonych okolicznościach faktycznych Izba zajęła w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 1368/16.

Jeśli zdaniem odwołującego taka możliwość jest prawnie niedopuszczalna, to powinien wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ w terminie wyznaczonym ustawą. Po upływie terminów przewidzianych na wniesienie odwołania postanowienia SIWZ wiążą strony w postępowaniu i czynności zamawiającego powinny zamawiającego mogą być dokonywane wyłącznie na ich podstawie.

Wywodzenie przez odwołującego na rozprawie, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona z racji prawnej niedopuszczalności wskazania instalacji położonej poza terenem województwa mazowieckiego, w sposób spóźniony kontestuje wymagania SIWZ. Ta bowiem – jak już zostało wskazane wcześniej – umożliwia złożenie ofert wskazujących instalacje inne, niż położone na terenie województwa mazowieckiego.

Końcowo należy stwierdzić, że zamawiający i przystępujący wykazali możliwość wskazania instalacji położonej poza terenem województwa mazowieckiego. Z pism Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z 3 listopada 2016 r. (załączone do odpowiedzi na odwołanie) oraz z 10 listopada 2016 r. (załączone do przystąpienia) wynika, że zdolności przerobowe instalacji do termicznego unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych wynoszą:

1.instalacji SABA (konsorcjanta odwołującego) – 2.800 Mg/rok;
2. instalacji na terenie Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. Dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce – 306 Mg/rok.

Tymczasem w roku 2015 na terenie województwa mazowieckiego zostało wytworzonych 7493, 4104 Mg zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych. Dodatkowo z pisma złożonego przez przystępującego jasno wynika, dopuszczalność przekazywanie tych odpadów do najbliżej położonej instalacji na terenie innego województwa zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach.

W ocenie Izby wskazane dokumenty są wystarczające do uznania, że zamawiający był uprawniony do dopuszczenia w SIWZ możliwości powołania się na przez wykonawców na instalacje położone na terenie innego województwa, a przystępujący do skorzystania z tej możliwości.
Dowody na twierdzenie przeciwne nie zostały powołane przez odwołującego, choć to na nim ,jako na twierdzącym, że wskazanie instalacji było niedopuszczalne i domagającym się odrzucenia oferty przystępującego, spoczywał ciężar dowodu.
Odwołujący ograniczył się jedynie do kwestionowania treści powołanych pism w oparciu o różnice sformułowania, gdyż użyto w nich określenia „zdolność przerobowa", a nie pojęcia ustawowego „moc przerobowa" oraz wskazywał, że skoro on wykorzystuje instalacje położone na terenie województwa mazowieckiego, to w razie nieuzyskania zamówienia, część mocy przerobowych tych instalacji zostanie zwolniona.
Izba nie podzieliła tego stanowiska. Odwołujący nie wykazał, aby określenie „zdolność przerobowa"

miało faktycznie lub prawne znaczenie inne niż „moc przerobowa", co oznacza, że różnica ta ma znaczenie jedynie semantyczne. Ponadto hipotetyczne niewykorzystanie mocy przerobowych instalacji przez odwołującego nie oznacza, że moce te będą dostępne dla przystępującego. Brak jest również dowodów na twierdzenie, że liczba zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych wytworzonych na terenie województwa mazowieckiego w roku 2017 umożliwi przekazywanie odpadów do tej instalacji. W świetle realnego wzrostu w latach 2014 i 2015 oraz prognozowanego wzrostu w kolejnych latach Izba uznała to za nierealne.

Finalnie należy podkreślić, że zamawiający nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń przepisów i wbrew twierdzeniu odwołującego dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie oparł się wyłącznie na kryterium ceny, lecz zgodnie z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp wybrał ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: .....