

Sygn. akt KIO/KD 31/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 kwietnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 marca 2014 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach
ul. Rybickiego 1
96-100 Skierniewice

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r., (znak: UZP/DKD/KND/6/13; nr pisma: UZP/DKD/DWKZ/425/46(11)/13/WR).

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

wywóz i unieszkodliwienie odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych)
pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej w Wojewódzkim
Szpitalu Zespolonym w Skierniewicach kod 1801

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli są częściowo zasadne.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; zwanej dalej „Pzp”), w okresie od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia 13 marca 2014 r. dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach (zwany dalej: Zamawiającym), którego przedmiotem był „Wywóz i unieszkodliwienie odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Skierniewicach kod 1801”.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r. (nr pisma: UZP/DKD/DWKZ/425/46(11)/13/WR) Prezes UZP stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Prawa zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie odrzucenia, uznanej za najkorzystniejszą, oferty wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. ;
- 2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. ;
- 3) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. .

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2012 r, poz. 155064-2012 oraz na stronie internetowej i w siedzibie Zamawiającego. Szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 199 584,00 zł netto.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają uprawnienia do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot zamówienia, tj. posiadają zezwolenia właściwych organów administracji publicznej na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym zgodnie z wymogami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r.

o odpadach (Dz.U.2010.185.1243 ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w dacie dokonania wyboru oferty „Emka” Handel Usługi K.R. ; zwanej dalej „ustawą o odpadach) – zezwolenie wydane przez właściwy organ, stosownie dla danej grupy odpadów dot. zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, wraz z ofertą należało przedłożyć m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp; oświadczenie, że usługa wywozu i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Skierniewicach KOD 1801, zostanie wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami; kserokopię uprawnień zezwalających na transport i unieszkodliwianie odpadów w tym odpadów zakaźnych wymienionych w Rozdziale I; wykaz miejsc, w których wykonawca będzie unieszkodliwiał odpady (w tym odpady zakaźne).

Zgodnie z pkt I.7 SIWZ Zamawiający wskazał, iż wywóz i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej odbywać powinno się na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone.

W § 1 pkt 5 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający zobowiązał wykonawców do wykonania usługi z zachowaniem przepisów ustawy o odpadach i ponoszenia odpowiedzialności za przyjęte odpady w zakresie określonym przepisami tej ustawy.

Jako kryterium oceny ofert Zamawiający ustalił najniższą cenę – 100%. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 215 550,72 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert zostały złożone trzy oferty:

1. oferta wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „Eko-Top” Sp. z o.o. z ceną 278 208,00 zł, w której jako miejsce unieszkodliwiania odpadów wskazany został zakład w Łodzi (woj. łódzkie – odległość od miejsca wytwarzania odpadów ok. 58 km);
2. oferta wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. z ceną 220 752,00 zł, w której jako miejsce unieszkodliwiania odpadów wskazany został zakład w Ostrołęce (woj. mazowieckie) oraz w Tczewie (woj. pomorskie) – odległość od miejsca wytwarzania odpadów – odpowiednio ok 171 km i 278 km;
3. ECO-ABC Sp. z o.o. z ceną 266 112,00 zł, w której jako miejsce unieszkodliwiania odpadów wskazany został zakład w Bełchatowie (woj. łódzkie) – odległość od miejsca wytwarzania odpadów ok 93 km.

Pismem z dnia 24 maja 2012 r., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę „Emka” Handel Usługi K.R. do uzupełnienia decyzji Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r. (znak: WŚR-O.6620/3/03), udzielającej SP ZOZ im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na unieszkodliwianie i zbieranie odpadów, w części dotyczącej eksploatacji instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów – spalarki monoblokowej IMEF typu PSC-2, zlokalizowanej na terenie SP ZOZ w Ostrołęce, bowiem w/w wykonawca załączył do oferty jedynie decyzję Nr 339/11/PŚ.O z dnia 14 czerwca 2011 r., w treści której stwierdzono o przeniesieniu na jego rzecz praw i obowiązków wynikających z powołanej powyżej decyzji, natomiast nie załączona została właściwa decyzja, o uzupełnienie której wnosił Zamawiający.

W odpowiedzi wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , pismem z dnia 25 maja 2012 r., uzupełnił w/w decyzję Wojewody Mazowieckiego, z treści której wynikało, iż po rozpatrzeniu wniosku znak: SZPZOZ-1-21/2003 z dnia 19 marca 2003 r. Samodzielnego Zespołu ZOZ w Ostrołęce w sprawie wydania pozwolenia na wytwarzanie odpadów, udzielono wnioskodawcy pozwolenia na wytwarzanie odpadów. Zgodnie z pkt III w/w decyzji termin jej obowiązywania ustalono na okres od 21 marca 2003 r. do 28 lutego 2012 r. Z kolei w uzasadnieniu powyższej decyzji wskazano, iż pozwolenie zostało wydane na okres 10 lat, przy czym jako datę wydania decyzji wskazano 26 marca 2003 r.

W ocenie Zamawiającego uzupełniony przez wykonawcę dokument potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dniu 30 maja 2012 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. , jako najkorzystniejszej.

W dniu 1 czerwca 2012 r., wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o. na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp poinformował Zamawiającego o naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który poprzez załączenie do oferty nieobowiązującej decyzji w zakresie zbierania i unieszkodliwiania odpadów medycznych, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień. Jednocześnie w/w wykonawca podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. , jako niezgodnej z art. 9 ustawy o odpadach.

Pismem z dnia 6 czerwca 2012 r., Zamawiający ustosunkował się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. wskazując, iż w zakresie zarzutów dotyczących nieobowiązywania decyzji Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r., znak: WŚR-O.6620/3/03 po uzyskaniu informacji od wykonawcy stwierdzono, iż przedmiotowa decyzja w zakresie terminu (daty) obowiązywania – wskazuje dwa terminy.

Pierwszy w pkt III, gdzie popełniono oczywistą omyłkę w zakresie terminu końcowego obowiązywania decyzji. Zapisano bowiem, iż „Decyzja obowiązuje od dnia 21.03.2003 r. do 28.02.2012 r.”, podczas gdy w uzasadnieniu zapisano, iż „Pozwolenie zostało wydane na 10 lat”. Organ wydający decyzję na skutek oczywistej omyłki wpisał w pkt III błędną datę końcową jej obowiązywania, która powinna być oznaczona na marzec 2013 r. Z kolei ustosunkowując się do zarzutu naruszenia zasady bliskości, Zamawiający wyjaśnił, iż nie podziela stanowiska wnioskodawcy, przy czym na potwierdzenie słuszności swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1362/08, oraz wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r., sygn. akt KIO 2094/11.

Umowa nr WSZ.XIII.2511/105/2012 w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została zawarta w dniu 31 maja 2012 r. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 czerwca 2012 r., poz. 185350-2012.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r. (sygnatura pisma: UZP/DKD/DWKZ/425/46(11)/13/WR), Prezes Urzędu stwierdził, że zgodnie z pkt I.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia winno odbywać się zgodnie z obowiązującymi przepisami, m.in. ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów oraz rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi. Jednocześnie, Zamawiający wymagał załączenia przez wykonawców wykazu miejsc, w których wykonawca będzie unieszkodliwiał odpady oraz oświadczenia, że usługa wywozu i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Skierniewicach, kod 1801, zostanie wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wskazał instalacje w Ostrołęce (woj. mazowieckie) i Tczewie (woj. pomorskie), które znajdowały się poza obszarem województwa, w którym siedzibę ma Zamawiający (woj. łódzkie). Instalacje te nie znajdowały się również bliżej niż instalacja w Bełchatowie (położona na terenie województwa łódzkiego) wskazywana przez drugiego z wykonawców – ECO-ABC Sp. z o.o.

Prezes UZP stwierdził również, że unieszkodliwianie odpadów z naruszeniem zasady bliskości byłoby niezgodne z zapisem § 1 pkt 5 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, zobowiązującym wykonawców do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z treścią ustawy o odpadach. W konsekwencji oferta naruszająca zasadę bliskości powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślono ponadto, że wyrażona w art. 9 ust. 3 – 5 ustawy o odpadach, w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia przedmiotowego postępowania, zasada bliskości dotycząca stosowania komunalnych osadów ściekowych, w tym unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych oraz odpadów weterynaryjnych o właściwościach zakaźnych, ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Odpady medyczne o właściwościach zakaźnych oraz odpady weterynaryjne o właściwościach zakaźnych co do zasady mogą być unieszkodliwiane jedynie na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone. Odpady te wyjątkowo można unieszkodliwiać na obszarze innego województwa, niż te na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa. Prezes UZP podniósł w tym zakresie, że w piśmie Ministerstwa Środowiska z dnia 9 maja 2006 r. wskazano, iż przy wyborze instalacji do unieszkodliwiania przedmiotowych odpadów nie mogą być brane pod uwagę inne niż zasada bliskości przesłanki, w tym również kryteria ekonomiczne, które mogą znaleźć zastosowanie jedynie przy wyborze pomiędzy instalacjami funkcjonującymi na obszarze danego województwa. Zamawiający był zatem zobowiązany do stosowania zasady bliskości przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż powyższe przepisy ustawy o odpadach mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a odstępstwo od ich stosowania skutkowałoby nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 § 1 Kc. Wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , unieszkodliwiając odpady we wskazanych w ofercie zakładach w Ostrołęce i Tczewie, naruszyłby zasadę bliskości wynikającą z art. 9 ustawy o odpadach, co byłoby także niezgodne z zapisami umowy stanowiącej załącznik do SIWZ.

Ofertę, w której wykonawca zaproponował świadczenie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów z naruszeniem zasady bliskości należałoby odrzucić, jako sprzeczną z ustawą o odpadach. Konkludując, Prezes UZP stwierdził, że poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. , Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane zostało następnie, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności zezwolenia właściwego organu administracji publicznej na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym zgodnie z wymogami ustawy o odpadach. W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku wraz z ofertą należało przedłożyć zezwolenie wydane przez właściwy organ, stosowanie dla danej grupy odpadów, dotyczące

zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów (zgodnie z ustawą o odpadach).

Wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu załączył do oferty m.in. decyzję nr 339/11/PŚ.O Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 14 czerwca 2011 r., w której w/w organ orzekł o przeniesieniu na rzecz w/w wykonawcy praw i obowiązków wynikających z decyzji Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r. (znak: WŚR-O.6620/3/03), udzielającej SP ZOZ w Ostrołęce pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na unieszkodliwienie i zbieranie odpadów, w części dotyczącej eksploatacji instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów, przedłożył również w/w decyzję Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r. (znak: WŚR-O.6620/3/03). Zgodnie z pkt III przedmiotowej decyzji termin jej obowiązywania ustalono na okres od 21.03.2003 r. do 28.02.2012 r. Z kolei w uzasadnieniu powyższej decyzji wskazano, iż pozwolenie zostało wydane na okres 10 lat, przy czym jako datę wydania decyzji wskazano 26.03.2003 r.

W toku kontroli doraźnej uzyskano z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego wyjaśnienia, w których podano że decydującym jest termin określony w rozstrzygnięciu, a nie termin określony w jej uzasadnieniu, który mógł być wynikiem pomyłki organu wydającego decyzję. Tym samym należało uznać, że przedłożona przez wykonawcę „Emka” Handel Usługi K.R. decyzja, pomimo wezwania do uzupełnienia, nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności na dzień upływu terminu składania ofert tj. 23 maja 2012 r. Zamawiający winien był w tych okolicznościach wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp, tj. z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. , Zamawiający dopuścił się w konsekwencji naruszenia w/w przepisu.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Prezes UZP stwierdził, że z wyjaśnień udzielonych przez Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w toku postępowania kontrolnego wynika, iż wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , pismem z dnia 26 marca 2012 r., a więc po upływie terminu obowiązywania przedmiotowej decyzji, a przed upływem terminu składania ofert, zwrócił się do Marszałka Województwa Mazowieckiego z prośbą o wyjaśnienie i jednoczesne sprostowanie w/w decyzji w zakresie terminu (daty) jej obowiązywania. Postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2012 r. – znak: PŚ-IV.7243.26.2012.PS Marszałek Województwa Mazowieckiego odmówił w/w wykonawcy sprostowania przedmiotowej decyzji w zakresie terminu (daty) jej obowiązywania, uzasadniając odmowę

tym, iż w sprawie nie zachodzą przesłanki do sprostowania decyzji w trybie art. 113 § 1 Kpa, ani przesłanki zastosowania trybu nadzwyczajnego określonego w art. 155 Kpa. Ponadto Marszałek Województwa Mazowieckiego uznał, iż w przedmiotowej sprawie nie zostały naruszone przepisy ustawy Prawo ochrony środowiska dotyczące wydawania pozwoleń, które warunkowałyby konieczność uznania argumentacji wnioskodawcy (np. sztywno określony termin na jaki ma być wydane pozwolenie – 10 lat) i wzruszenia decyzji. Stwierdzono, że przedmiotowa decyzja została wydana prawidłowo, a termin jej obowiązywania, który nie narusza przepisów ustawy Prawo ochrony środowiska, zgodnie z ustępem „III” upłynął w dniu 28 lutego 2012 r. Na powyższe postanowienie wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , nie wniósł zażalenia.

W związku z uznaniem, iż wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , nie posiadał aktualnego na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 23 maja 2012 r. zezwolenia wymaganego przepisami prawa, niezbędnego do wykonywania określonej przedmiotem zamówienia działalności oraz mając na względzie posiadanie przez w/w wykonawcę – już na dzień 26 kwietnia 2012 r. – wiedzy o tym, iż ważność przedmiotowej decyzji wygasła przed upływem terminu składania ofert, wykonawca ten składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, podał nieprawdziwe informacje, mające w tym przypadku wpływ na wynik postępowania, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Z tego też względu wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zaniechanie jego wykluczenia przez Zamawiającego stanowi naruszenie w/w przepisu.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 marca 2014 r. (data wpływu do UZP – 21 marca 2014 r.) złożył zastrzeżenia od Informacji o wyniku kontroli doraźnej, przytaczając fakt złożenia w trakcie przeprowadzonej kontroli szczegółowych wyjaśnień w piśmie z dnia 19 lipca 2012 r., znak: WSZ.XIII.254/14/2014. Nadmieniono dodatkowo, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale IV „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, pkt 2 ppkt 7), wymagał złożenia „oświadczenia Wykonawcy, że usługa wywozu i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Skierniewicach KOD 1801, zostanie wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami”. Wszyscy wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania przetargowego złożyli wymagane oświadczenia, a treść złożonych oświadczeń nie budziła wątpliwości Zamawiającego. Będąca przedmiotem rozważań decyzja Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r., nie była dokumentem żądanym przez Zamawiającego w SIWZ, a zatem nie mogła być oceniana, jako dokument decydujący o odrzuceniu oferty. Zamawiający wymagał wskazania

podwykonawców, a wykonawca „Emka” Handel Usługi K.R. , nie wskazał w ofercie, że będzie korzystał z podwykonawców. Podkreślono, że zamawiający nie bada prawidłowości oświadczenia wykonawcy, lecz w razie powzięcia wiadomości o składaniu fałszywych zeznań zawiadamia o tym organ ścigania. Jednocześnie, Zamawiający przedłożył protokół z kontroli WIOŚ nr WIOS-LODZ 1/2014 z dnia 20 stycznia 2014 r., z którego nie wynikają jakiegokolwiek nieprawidłowości w kwestii gospodarowania odpadami medycznymi. Wskazano również, że firma „Emka” Handel Usługi K.R. , jako przejmująca odpady, posiadała zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami (tj. decyzję na odbiór i transport). W chwili przekazania odpadów to wykonawca (w tym przypadku „Emka” Handel Usługi K.R.) odpowiada za przestrzeganie przepisów wynikających z ustawy o odpadach, w tym zasady bliskości. Również najniższa cena, która była jedynym kryterium oceny ofert nie była obojętna dla finansów szpitala. Konkludując, Zamawiający stwierdził, że w trakcie postępowania będącego przedmiotem kontroli nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i ustawy o odpadach.

W odpowiedzi Prezes UZP – pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r. (nr pisma: UZP/DKD/DWKZ/425/46(14)/13 WR) – nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, informując jednocześnie o przekazaniu zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty, zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przedstawionej dokumentacji postępowania oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej zasługują na częściowe uwzględnienie.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska, że w niniejszej sprawie oferta wybranego wykonawcy podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przedmiotowy przepis statuuje obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Ustawa o odpadach (w brzmieniu obowiązującym w okresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), w tym wskazywany w Informacji o wyniku kontroli przepis art. 9 ust. 3 – 5, nie zawierała norm prawnych, które

stanowiłyby o nieważności oferty, w której zaoferowano świadczenie usługi z naruszeniem wymogów w niej zawartych. Izba nie kwestionuje stanowiska Kontrolującego, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany był do stosowania zasady bliskości przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Niemniej jednak dotyczy to etapu wyboru, a nie złożenia oferty. Z przepisu art. 9 ust. 3–5 ustawy o odpadach nie wynikał bezwzględny zakaz wywożenia zakaźnych odpadów medycznych poza teren województwa. Zostało to wskazane również w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, gdzie stwierdzono, iż odpady te wyjątkowo można unieszkodliwiać na obszarze innego województwa, niż te na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa. Wobec braku w tej materii regulacji przewidującej zakaz bezwzględny oraz stanowiącej o nieważności oferty wykonawcy dysponującego instalacją poza terenem danego województwa, nie można uznać, że tego rodzaju oferta jest sama w sobie dotknięta nieważnością w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jak wskazano powyżej, na gruncie ustawy o odpadach, brak jest ku temu podstaw prawnych. Powyższa ocena koresponduje z poglądami zawartymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – przykładowo w wyroku z dnia 10 października 2011 r., sygn. akt KIO 2094/11, oraz w wyroku z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1419/11. Należy także przytoczyć stanowiska zajęte w tej materii na gruncie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2013.21 ze zm.). W uzasadnieniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 669/13, Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, iż przepisy prawa nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy o odpadach, a tym samym nie znajduje zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Tożsame stanowisko zawarto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 933/13. Nowe przepisy (art. 20 ust. 5 i 6) zachowały regulacje ujęte poprzednio w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r., a tym samym w pełni uprawnionym jest odniesienie powyższej linii orzeczniczej do zdarzeń zaistniałych pod rządami poprzedniej regulacji.

Fakt, że ustawa o odpadach nie zawierała przepisów, które stanowiłyby o nieważności oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, potwierdza pośrednio sama Informacja o wyniku kontroli, gdzie dla uzasadnienia nieważności oferty nie wskazano przepisów ustawy o odpadach, które przewidywałyby tego rodzaju skutek, lecz przyjęte stanowisko oparto o przepis art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie, należy wskazać na ogólny stopień argumentacji przedstawionej w tym zakresie. Stwierdzone bowiem zostało, że sformułowanie przepisów art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach pozwala w sposób jednoznaczny na uznanie, iż mają one charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem odstępstwo od ich stosowania skutkowałoby nieważnością czynności prawnej, jako

sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 § 1 K.c. Nie kwestionując charakteru powyższej regulacji należy podnieść, że w Informacji nie zostało szczegółowo wyjaśnione, do jakiej konkretnie czynności prawnej odniesiono tezę o nieważności wynikającej z odstępstwa od stosowania tych przepisów – czy czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli (oferty), czy też czynności prawnej w postaci zawarcia umowy. W tym ostatnim przypadku przedmiotowa nieważność niewątpliwie mogłaby zaistnieć. Nie można jednak uznać, by mogła ona dotyczyć – w realiach tej sprawy – samej oferty, a więc czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli. Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 553/06 „przepis art. 58 K.c. dotyczy sytuacji, gdy czynność prawna już w chwili rodzenia się była sprzeczna z ustawą i zasadami współżycia społecznego lub miała na celu obejście ustawy”. Funkcja art. 58 K.c. polega zaś na tym, aby zapobiegać powstawaniu stosunków prawnych przez system prawny zakazany. Ustawa o odpadach nie zakazywała natomiast, co ujęto powyżej, zaoferowania instalacji spoza terenu województwa. Trudno także uznać, by złożenie oświadczenia woli (oferty) mogło być w tym przypadku sprzeczne z zasadami współżycia społecznego lub było nakierowane na obejście ustawy. Należy krytycznie odnieść się do założenia, by na moment składania oferty, a więc na chwilę „rodzenia się” tej czynności prawnej, mogło być już w ogóle wiadomym, w szczególności dla wykonawcy, iż oferta narusza zasadę bliskości. Samo więc złożenie oferty z instalacją spoza terenu danego województwa, która to oferta dopiero w toku dalszego postępowania mogła być uznana za niespełniającą zasady bliskości, nie mogło być uznane za działanie sprzeczne z ustawą o odpadach, a tym samym za czynność nieważną z mocy art. 58 K.c. Odrębną kwestią jest natomiast zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za niespełniającą warunków zasady bliskości. Celem regulacji zawartej w przepisie art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach było niewątpliwie zapobieżenie kształtowaniu się stosunku cywilnoprawnego – a więc umowy, sprzecznej z zasadą bliskości, której w zakresie unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych należy nadać charakter nadrzędny. Z zasady bliskości wynika środowiskowa konieczność ograniczenia transportu odpadów do jednego z najbliższych położonych miejsc. Wyprzedza ona przy tym reguły konkurencji oparte o kryteria finansowe. W przypadku kolizji zasad konkurencji i bliskości pierwszeństwo będzie miała zasada bliskości (por. Uwagi na piśmie Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 3 października 2012 r., przedłożone w sprawie C-292/12 Ragn-Sells).

Podsumowując, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy do uznania, że oferta wybranego wykonawcy obarczona była wadą nieważności na podstawie odrębnych przepisów. W konsekwencji, Izba nie podzieliła stanowiska Kontrolującego, iż Zamawiający dopuścił się w tym zakresie zaniechań, czym miał naruszyć art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W pozostałym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego. Izba w pełni podziela stanowisko i wnioski Kontrolującego przedstawione w Informacji o wyniku kontroli w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach postępowania objętego kontrolą nie budzi wątpliwości Izby, że treść oferty wybranego wykonawcy nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Należy przede wszystkim podkreślić, że w pkt I.7 SIWZ Zamawiający wskazał, że wywóz i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (w tym odpadów zakaźnych) pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej odbywać powinno się na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone. Wybrany wykonawca zaoferował natomiast instalacje znajdujące się poza obszarem województwa, w którym zostały wytworzone. Jednocześnie w § 1 pkt 5 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, Zamawiający zobowiązał wykonawców do wykonania usługi z zachowaniem przepisów ustawy o odpadach. Ponadto, zgodnie z pkt I.1 SIWZ zastrzeżono, że wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia winno odbywać się zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym ustawą o odpadach. W treści SIWZ zawarte więc zostało odzwierciedlenie m.in. ustawowej zasady bliskości. Instalacje wybranego wykonawcy nie znajdowały się jednak bliżej niż instalacje innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wybrany wykonawca objął jednocześnie treścią swojej oferty, że wykonanie usługi będzie odbywać się zgodnie z przepisami tej ustawy (§ 1 pkt 5 wzoru umowy), jednak zaoferowany przez niego sposób świadczenia usługi nie odpowiadał ostatecznie tym wymogom, a w konsekwencji pozostawał niezgodny ze SIWZ, w której treści zaanektowane zostały zasady ustawy o odpadach, w tym zasada bliskości. Unieszkodliwianie odpadów z naruszeniem zasady bliskości byłoby w tym przypadku niezgodne z przepisami tej ustawy. Jest to przy tym sytuacja odmienna od omówionej wcześniej nieważności oferty, w dodatku nieważności bezwzględnej, gdyż o takiej właśnie nieważności stanowi powoływany przez Kontrolującego art. 58 § 1 K.c. Konkludując, Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jak niezgodna z treścią SIWZ. Z uwagi na zaniechanie podjęcia tej czynności Zamawiający dopuścił się tym samym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie zasługiwały także na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgromadzony w toku postępowania kontrolnego materiał jednoznacznie potwierdził, że wybrany wykonawca nie przedłożył ważnego zezwolenia

dotyczącego zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów, a tym samym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp), w szczególności zezwolenia właściwego organu administracji publicznej na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym, zgodnie z wymogami ustawy o odpadach. W sposób arbitralny Zamawiający przyjął, że to w osnowie decyzji Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r., znak WŚR-O.6620/03, a nie w jej uzasadnieniu, widniała oczywista omyłka rachunkowa. Wyjaśnienia, że we wniosku o wydanie zezwolenia postulowano wydanie decyzji na 10 lat nie stanowią argumentu uzasadniającego pominięcie rzeczywistego brzmienia rozstrzygnięcia zawartego w sentencji przedmiotowej decyzji. Zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U.2008.25.150 ze zm.– w brzmieniu obowiązującym w okresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), pozwolenie jest wydawane na czas oznaczony, nie dłuższy niż 10 lat. Przepisy nie stanowią więc, że pozwolenie musi być wydane na 10 lat. W uzasadnieniu decyzji nie został także przywołany art. 107 § 4 Kodeksu postępowania administracyjnego *in principio*, który mógłby stanowić dla Zamawiającego podstawę do wywodzenia prezentowanych w toku kontroli wniosków. Przepis ten stanowi bowiem, iż można odstąpić od uzasadnienia decyzji, gdy uwzględni ona w całości żądanie strony.

Zamawiający nadał jednak nadrzędne znaczenie fragmentowi uzasadnienia (stanowiącym o wydaniu decyzji na okres 10 lat), a nie brzmieniu sentencji decyzji, w której termin jej obowiązywania ustalono na okres od 21.03.2003 r. do 28.03.2012 r. W przypadku sprzeczności pomiędzy rozstrzygnięciem aktu administracyjnego, a jego uzasadnieniem należy jednak dać pierwszeństwo samemu rozstrzygnięciu (por. wyrok NSA z dnia 17 grudnia 1999 r., sygn. akt IV SA 2070/97; wyrok SNA z dnia 4 października 1999 r., sygn. akt II SA 1191/99; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 23 lipca 2004 r., sygn. akt II SA/Po 385/04). Jest to uzasadnione zwłaszcza w sytuacji, gdy brzmienie sentencji jest jednoznaczne – tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

Ważność powyższego pozwolenia wygasła z dniem 28.03.2012 r. Termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego upływał natomiast w dniu 23 maja 2012 r. Nie ulega tym samym wątpliwości, że przedłożona przez wybranego wykonawcę decyzja, pomimo wezwania do uzupełnienia, nie potwierdzała spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności na dzień upływu terminu składania ofert. Powyższej oceny nie może zmienić powoływanie się na przeprowadzenie kontroli u Zamawiającego przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska. Terminy decyzji, którymi wybrany wykonawca dysponował w chwili tej kontroli nie obejmowały bowiem okresu, w którym

przeprowadzono skontrolowane przez Prezesa UZP postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Za pozbawione podstaw faktycznych i prawnych należało jednocześnie uznać zastrzeżenia Zamawiającego, w których podnosił, że będąca przedmiotem rozważań decyzja Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r., nie była dokumentem żądanym przez Zamawiającego w SIWZ, a zatem nie mogła być oceniana, jako dokument decydujący o wykluczeniu wykonawcy „Emka” Handel Usługi K.R. . Zgodnie z treścią Sekcji III pkt 3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału III pkt 1.1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku wraz z ofertą należało przedłożyć zezwolenie wydane przez właściwy organ, stosownie dla danej grupy odpadów, dotyczące zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów – zgodnie z ustawą o odpadach. Przedmiotowa decyzja była w istocie dokumentem źródłowym niezbędnym dla wykazania posiadania zezwolenia, czemu dał wyraz sam Zamawiający poprzez wezwanie wykonawcy do jej uzupełnienia. W tych okolicznościach twierdzenia Zamawiającego, że w celu wykazania spełnienia warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wymagał załączenia stosownego zezwolenia, jak słusznie stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli, nie znajdowały żadnego oparcia. W konsekwencji, mając na względzie fakt przedłożenia – na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie posiadania uprawnień – decyzji, której termin ważności upłynął przed terminem składania ofert, w/w wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a w związku z zaniechaniem tej czynności Kontrolujący zasadnie stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Za bezzasadne Izba uznała również zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustalenia kontroli potwierdziły, że wybrany wykonawca już przed terminem składania ofert posiadał wiedzę o wygaśnięciu ważności zezwolenia wymaganego przepisami prawa. Składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu podał tym samym nieprawdziwe informacje, mające w tym przypadku wpływ na wynik postępowania. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zaniechał natomiast ustalenia, czy z uwagi na rozbieżności pomiędzy treścią sentencji decyzji Wojewody Mazowieckiego z dnia 26 marca 2003 r. (znak: WŚR-O.6620/3/03), a jej uzasadnieniem, była ona dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert, tj. na dzień 23 maja 2012 r. Bezpodstawnie uznał przy tym, że uzupełniony przez wybranego następnie wykonawcę dokument potwierdza spełnianie warunku w zakresie posiadania uprawnień. Nie zasługiwały na uwzględnienie, złożone w tym zakresie wyjaśnienia Zamawiającego, w którym podnosił,

że zamawiający nie ma obowiązku weryfikacji autentyczności składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Izba podziela stanowisko Kontrolującego, że zarówno ocena treści oferty, jak i ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być dokonana w sposób rzetelny, tj. z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i informacji, które zamawiający powziął w związku z prowadzonym postępowaniem. Temu celowi służy m.in. tryb wyjaśniania treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp) i treści złożonych przez wykonawcę dokumentów (art. 26 ust. 4 Pzp). W konsekwencji, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych dokumentów, winny podlegać wyjaśnieniu. Źródłem obowiązku podjęcia tych czynności jest dla Zamawiającego przede wszystkim przepis art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności obarczone są wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Powyższy pogląd, w pełni podzielany przez skład wydający niniejszą uchwałę, wyrażono w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej – przykładowo w wyroku z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt KIO 2037/12 i 2047/12, wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1231/11, wyroku z dnia 23 września 2010 r., sygn. akt KIO 1939/10, wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2685/10 i KIO 2686/10, wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 34/11. Zamawiający jest więc uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej czynności, jeśli uprzednio w ramach wcześniejszych czynności popełnił błąd czy dopuścił się naruszenia ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W niniejszej sprawie wykazano, że wybrany wykonawca podlegał wykluczeniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Ze względu na zaniechanie tej czynności Kontrolujący zasadnie stwierdził naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez Zamawiającego, który pomimo zaistnienia okoliczności wymagających wyjaśnienia nie podjął w tym zakresie działań, a co więcej bezpodstawnie uznał, że uzupełniony dokument potwierdzał spełnianie warunku w zakresie posiadania uprawnień.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....