

Sygn. akt: KIO/UZP 124/09

Wyrok
z dnia 12 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 10 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm : Arkadiusz Tułeczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SERWIMED” z siedzibą w Krakowie, ul. Brogi 6 i „UTYLIMED” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16** protestu /~~protestów~~* z dnia **9 stycznia 2009 r.**

przy udziale **Firmy Usługowo-Handlowej „EKO-TOP” sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Hetmańska 120** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum firm : Arkadiusz Tułeczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SERWIMED” z siedzibą w Krakowie, ul. Brogi 6 i „UTYLIMED” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 3**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16** na rzecz przez **Konsorcjum firm : Arkadiusz Tułeczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SERWIMED” z siedzibą w Krakowie, ul. Brogi 6 i „UTYLIMED” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 3**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm : Arkadiusz Tułeczki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SERWIMED” z siedzibą w Krakowie, ul. Brogi 6 i „UTYLIMED” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Grenadierów 3**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, nr sprawy EA-2720/VII/08, umowa na okres 3 lat zostało wszczęte przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2008/S 159-215479 w dniu 19 sierpnia 2008r.

W dniu 31 grudnia 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i powiadomił o tym w dniu 2 stycznia 2009r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Firmy Usługowo-Handlowej „EKO-TOP” sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Hetmańska 120, zwanej dalej wykonawcą wybranym i odrzucił ofertę Konsorcjum firm : „SERWIMED” z siedzibą w Krakowie, ul. Brogi 6 i „UTYLIMED” sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul.

Grenadierów 3 – zwane dalej odwołującym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) wskazując, że w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert ustalił, iż decyzja Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie z dnia 17 września 2008r. znak DWTL.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 w sprawie wstrzymania od 20 grudnia 2008r. użytkowania instalacji zlokalizowanej na terenie SPZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Tarnobrzegu przy ul. Szpitalnej 1, której władającym jest odwołujący jest decyzją ostateczną, co potwierdza postanowienie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 26 listopada 2008r. znak DliO-420/188/08/em. Oznacza to, że odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu przetargowym, gdyż nie dysponował instalacją spełniającą technologiczne wymagania do utylizacji odpadów medycznych z powodu braku analizatora zanieczyszczeń służącego do ich monitorowania i tym samym nie spełniał tzw. wymogu BAT czyli kryterium „najlepszej technologii i techniki”, o której mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach.

W dniu 9 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na wyborze wykonawcy wybranego, pomimo tego, że nie spełnia on postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i został ostatecznie wykluczony z przedmiotowego postępowania w wyniku uwzględnienia protestu w dniu 17 października 2008r. oraz na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 pkt 2, pkt 5 i pkt 8 ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty prawomocnie odrzuconej, powtórzenie czynności badania i wyboru ofert spośród ofert nieodrzuconych, wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. W uzasadnieniu wskazał, że w ramach pierwotnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej składał protest, w którym żądał wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty. Zamawiający postanowił ten protest uznać, a wobec braku wskazania, że uznaje go tylko częściowo, należało przyjąć, że protest został uznany w całości, co zdaniem odwołującego oznaczało, że zamawiający wykluczył wykonawcę wybranego, odrzucił jego ofertę oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert spośród ofert nieodrzuconych. Wykonawca wybrany na tę czynność nie wniósł protestu i dlatego jego oferta została ostatecznie odrzucona. W tej sytuacji zamawiający bezzasadnie przyjął, że błąd w decyzji administracyjnej u odwołującego usprawiedliwia tolerowanie takiego samego błędu u wykonawcy wybranego, który nie wykazał się zdolnością do realizacji części umowy w zakresie utylizacji odpadów amalgamatu dentystycznego. Ponadto w toku tamtego postępowania wykonawca wybrany skutecznie nie przystąpił do postępowania, gdyż nie przekazał kopii przystąpienia odwołującemu. Odnosnie zarzutów

dotyczących nieprawidłowego wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, to zamawiający, w ocenie odwołującego zaniechał uzyskania wyjaśnień od odwołującego i nieprawidłowo ustalił stan faktyczny, gdyż decyzja na eksploatację spalarni odpadów w Tarnobrzegu jest ważna, a ocena prawidłowości funkcjonowania spalarni nie może być dokonywana przez zamawiającego. Zamawiający nie wziął także pod uwagę, że toczy się postępowanie administracyjne o przedłużeniu terminu wstrzymania prac instalacji spalarni i do ostatecznego rozstrzygnięcia tego postępowania nie można mówić o nakazie wstrzymania funkcjonowania spalarni. Konsekwencją postępowania jest rozprawa administracyjna wraz z pomiarem emisji pyłów i gazów z tej spalarni w dniu 15 stycznia 2009r. Odwołujący stwierdził, że posiada wszelkie wymagane uprawnienia do wykonywania określonej działalności i nie istniały podstawy do jego wykluczenia, a więc zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 ustawy, co spowodowało uszczerbek w interesie prawnym i ekonomicznym odwołującego. Protest został podpisany przez właściciela „SERWIMED” upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera Konsorcjum, zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do oferty, udzielonym przez osoby upoważnione do reprezentacji obu członków konsorcjum zgodnie z zaświadczeniem z ewidencji działalności gospodarczej oraz odpisem z KRS załączonymi do oferty. W dniu 9 stycznia 2009r. zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. W dniu 12 stycznia 2009r. (faksem) do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie protestu w całości, wskazując na interes prawny we wniesieniu przystąpienia polegający na konieczności obrony swojej oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Przystąpienie podpisał dwóch członków zarządu zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS załączonym do oferty. Podniósł, że jego oferta nie została odrzucona w wyniku rozstrzygnięcia protestu na pierwotną ocenę ofert, a zamawiający rozstrzygając protest wskazał, że zamierza powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a w szczególności zbadać przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy wybranego. Co do oferty odwołującego to wskazał, że niedopuszczalne jest posługiwanie się uprawnieniami podwykonawcy do wykonywania określonej działalności, a miało to miejsce w przypadku oferty odwołującego w zakresie utylizacji odpadów amalgamatu dentystycznego. Takie działanie jest sprzeczne z art. 22 ust. 1 ustawy, art. 36 ust. 5 ustawy oraz poglądami orzecznictwa (wyrok zespołu arbitrów z dnia 29 sierpnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2385/06) i doktryny (S. Wikariak Rzeczpospolita nr 213 z dnia 12 września 2006r.). Ponadto wskazał, że z dniem 20 grudnia 2008r. odwołujący na mocy decyzji Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie z dnia 17 września 2008r. znak DWTL.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 utracił prawo użytkowania instalacji do spalania odpadów medycznych i weterynaryjnych, a postanowieniem z dnia 26 listopada 2008r. Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znak

DliO-420/188/08/em decyzja Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie stała się z dniem 1 października 2008r. ostateczna. Oznacza to, że odwołujący nie ma stosownych uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia w spalarni w Tarnobrzegu. W dniu 16 stycznia 2009r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości i swoją decyzję doręczył odwołującemu w dniu 19 stycznia 2009r. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z orzecznictwem zespołu arbitrów z dnia 29 maja 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1505/06, z dnia 21 lipca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2085/06 i z dnia 23 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-136/06 oferta wykonawcy wybranego nie została na skutek rozstrzygnięcia pierwotnego protestu ostatecznie odrzucona i podlegała ponownemu badaniu i ocenie przy powtórzeniu tej czynności, a więc protest w tej części jest bezzasadny. Ponadto zamawiający dokonując powtórzenia czynności badania i oceny ofert znał treść decyzji Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie, która w dacie pierwotnej oceny ofert nie była ostateczna i nie podlegała wykonaniu, a nadto było również wszczęte postępowanie w sprawie cofnięcia pozwolenia na wprowadzenie gazów i pyłów do powietrza. Zamawiający przy ponownej ocenie brał pod uwagę stan faktyczny co do prawa użytkowania instalacji i pozwolenia na wprowadzenie gazów i pyłów do powietrza, aby rozstrzygnąć co do zasady bliskości wynikającej z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach. W wyniku ponownego badania i oceny ofert zarówno odwołujący jak i wykonawca wybrany dołączyli prawomocne decyzje Wojewody Podkarpackiego w zakresie unieszkodliwiania odpadów amalgamatu dentystycznego metodą termiczną, a sam zamawiający 17 grudnia 2008r. zatwierdził nową strukturę organizacyjną i nie będzie udzielał świadczeń zdrowotnych z zakresu stomatologii zachowawczej, a tym samym nie będzie wytwarzał odpadów amalgamatu dentystycznego. Co do braku uprawnień odwołującego, to w dniu 26 listopada 2008r. zapadło postanowienie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znak DliO-420/188/08/em, które jednoznacznie wskazuje na ostateczność decyzji o wstrzymaniu użytkowania instalacji w Tarnobrzegu i na jej wykonalność z mocy samego prawa. Zamawiający umożliwił odwołującemu złożenie wyjaśnień, z czego odwołujący skorzystał w dniu 15 stycznia 2009r., ale nie zmieniło to oceny zamawiającego, że od 20 grudnia 2008r. odwołujący nie posiada uprawnień do użytkowania instalacji w Tarnobrzegu, która została w ofercie odwołującego wskazana jako miejsce unieszkodliwiania odpadów. Kwestia prowadzenia postępowania w sprawie cofnięcia pozwolenia na wprowadzenia gazów i pyłów do powietrza nie ma znaczenia prawnego dla oceny sytuacji odwołującego.

Odwołujący w dniu 29 stycznia 2009r. wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście z wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz rozszerzając zarzuty o naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie wykluczenia wykonawcy wybranego,

nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście, dodatkowo podnosząc, że wstrzymanie użytkowania instalacji zlokalizowanej w Tarnobrzegu nie pozbawia go możliwości zrealizowania zamówienia, gdyż posiada uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów przy wykorzystaniu instalacji znajdujących się w innych miejscach. Ponadto Wojewódzki Inspektor Ochrony środowiska wyraził zgodę na użytkowanie instalacji w Tarnobrzegu do 30 czerwca 2009r., zobowiązując odwołującego do zainstalowania monitoringu, co odwołujący uczynił. Odnośnie wykluczenia wykonawcy wybranego, to nawet gdyby przyjąć, że jego oferta nie została ostatecznie odrzucona w ramach poprzedniego rozstrzygnięcia protestu, to dokonując ponownego badania i oceny oferty zamawiający powinien był to uczynić. Wykonawca wybrany przedłożył decyzję na unieszkodliwianie odpadów amalgamatu dentystycznego metodą D10 (termicznego przekształcania odpadów), podczas gdy zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2002r. odpady takie powinny być unieszkodliwiane wyłącznie metodą D9 (obróbka fizyczno-chemiczna). Wykonawca wybrany nie posiada, w ocenie odwołującego, zgodnych z prawem uprawnień do unieszkodliwiania odpadów amalgamatu, a zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych. Bez znaczenia jest tu okoliczność, czy po terminie składania ofert zamawiający zaprzestał prowadzenia stomatologii zachowawczej. W rozstrzygnięciu protestu zamawiający, według odwołującego, nie odniósł się do całości przedstawionych zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy wybranego. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 29 stycznia 2009r. i pisemnie listem poleconym nadanym w tym samym dniu. W dniu 6 lutego 2009r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na swój interes prawny. Podtrzymał w całości argumentację dotyczącą prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu ponownego badania i oceny ofert z udziałem wykonawcy wybranego oraz argumentację dotyczącą zasadności odrzucenia oferty odwołującego. Dodatkowo podniósł, że decyzja z dnia 29 listopada 2002r. nr ŚR.IV-6620/1/29/02 załączona przez niego do oferty jest decyzją wydaną przez właściwy organ administracyjny i decyzją ostateczną. Wskazał, że zgodnie z art. 42 ust. 1a ustawy o odpadach spalanie jest najskuteczniejszą metodą unieszkodliwiania odpadów zakaźnych, a inne metody zmierzają jedynie do pozbawienia właściwości zakaźnych odpadów medycznych. Wskazał na § 4, 5, 6, 6a rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie dopuszczalnych sposobów i warunków unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych z dnia 23 grudnia 2002r. (Dz. U. z 2003r. nr 8 poz. 104), które potwierdzają stanowisko wykonawcy wybranego. Nadto sam odwołujący przedstawił w swojej ofercie decyzję na unieszkodliwianie amalgamatu tą samą metodą, a więc zarzut w tym samym stopniu dotyczy odwołującego. Nadto odwołujący nie

może skutecznie powoływać się na właściwości podwykonawcy, bo w ofercie nie wskazał, że unieszkodliwianie amalgamatu powierza podwykonawcy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

W rozdziale III siwz – opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia stanowią usługi w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych m. in. amalgamatu kod 18 01 10 w ilości 0,020 Mg. W rozdziale V lit. a zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszego postępowania – ocena spełniania tego warunku miała być dokonana na podstawie dokumentów określonych w rozdziale VI A pkt 2 i 6 siwz. Zgodnie z rozdziałem VI A pkt 6 siwz zamawiający wymagał złożenia decyzji/zezwolenia właściwego organu na zbieranie, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych (z uwzględnieniem kodów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia). W przypadku oferty składanej przez kilku wykonawców, każdy wykonawca miał złożyć taki dokument odrębnie. A w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie spoza województwa lubelskiego – wykonawcy mieli przedłożyć aktualną zgodę na odbiór odpadów spoza województwa (zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach). W rozdziale XIII siwz zamawiający określił jako jedyne kryterium oceny ofert cenę. W załączniku nr 3 do siwz – projekcie umowy w § 3 pkt 1 tiret 4 zamawiający przewidział przyjęcie do unieszkodliwiania amalgamatu srebra, a zgodnie z ust. 5 tegoż paragrafu unieszkodliwianie odpadów miało następować wyłącznie zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. ustawą Prawo ochrony środowiska, ustawą o odpadach oraz rozporządzeniami wykonawczymi do tych ustaw. W wyjaśnieniach do siwz z dnia 9 września 2008r. zamawiający wskazał, że zezwolenie dla wykonawców spoza województwa lubelskiego, ma być potwierdzane decyzją, w której został określony obszar prowadzonej działalności. W dniu 20 października 2008r. odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, że decyzja DTWI.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 z dnia 17 września 2008r. Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie została zaskarżona odwołaniem, a w sprawie dotyczącej cofnięcia pozwolenia na wprowadzanie gazów i pyłów do powietrza odbędzie rozprawa administracyjna. W dniu 20 października 2008r. zamawiający wystąpił do Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie z zapytaniem czy decyzja DTWI.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 z dnia 17 września 2008r. się uprawomocniła. W dniu 22 października 2008r. odwołujący poinformował zamawiającego, że w swojej ofercie przetargowej wskazał podwykonawcę, który unieszkodliwia odpady amalgamatu dentystycznego kod 18 01 10 zgodnie z obowiązującym prawem w technologii D9, zaś oświadczenie wykonawcy wybranego, że unieszkodliwi odpady z amalgamatu we własnym zakresie metodą D10 jest niezgodne z prawem. W dniu 31 października 2008r. Podkarpacki

Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w Rzeszowie udzielił informacji, że decyzja ta jest nieprawomocna, gdyż w dniu 20 października 2008r. Arkadiusz Tułeckki właściciel firmy „SERWIMED” złożył odwołanie. W dniu 26 listopada 2008r. zapadło postanowienie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znak Dlio-420/188/08/em, w którym stwierdzono przekroczenie terminu do wniesienia odwołania oraz wskazano, że postanowienie jest ostateczne i przysługuje od niego skarga do WSA w Warszawie.

Oferta wykonawcy wybranego oferowała wykonanie zamówienia za kwotę 632 066,98zł., zaś oferta odwołującego za kwotę 731 448,58zł. Instalacja w Tarnobrzegu podana przez Odwołującego znajduje się w bliższej odległości od siedziby zamawiającego, niż instalacja wskazana przez wykonawcę wybranego.

W dniu 12 stycznia 2009r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie czy spalarnia odpadów w Tarnobrzegu dalej funkcjonuje, mimo ostatecznej decyzji wstrzymania jej użytkowania oraz o przesłanie informacji o treści pisma Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie znak DTWI-601/XXV/138/94/7/08. W dniu 15 stycznia 2009r. odwołujący wyjaśnił, że spalarnia nadal funkcjonuje, a pismo znak DTWI-601/XXV/138/94/7/08 dotyczy zawiadomienia o wszczęciu postępowania w sprawie rozpoznania wniosku odwołującego o zmianę terminu wstrzymania użytkowania spalarni oraz wyznaczenia terminu wykonania w laboratorium WIOŚ pomiarów emisji pyłów i gazów do atmosfery. Nadto odwołujący wyjaśnił, że wniósł skargę na postanowienie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znak Dlio-420/188/08/em oraz złożył wniosek o zmianę decyzji Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie oraz wniosek w trybie art. 54 § 3 uopsa w sprawie uwzględnienia skargi na postanowienie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. Wszystkie te czynności powinny doprowadzić do zmiany decyzji wstrzymującej użytkowanie instalacji w Tarnobrzegu.

W ofercie wykonawcy wybranego znajduje się decyzja Wojewody Podkarpackiego z dnia 29 listopada 2002r. znak ŚR.IV-6620/1/29/02 udzielająca pozwolenia firmie „EKO-TOP” sp. z o.o. na wytwarzanie odpadów, unieszkodliwianie oraz zbieranie odpadów obejmująca kod 18 01 10 – amalgamat srebra, co do którego wskazano metodę utylizacji D10 – okoliczność przyznana przez strony.

W ofercie odwołującego znajduje się decyzja w sprawie pozwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów Wojewody Podkarpackiego z dnia 5 grudnia 2007r. znak ŚR.IV-6620/28/07 dotycząca instalacji na terenie Wojewódzkiego Szpitala im. Zofii z Zamoyskich w Tarnobrzegu przy ul. Szpitalnej 1 wskazująca odpady niebezpieczne przeznaczone do unieszkodliwiania w tym odpady amalgamatu dentystycznego kod 18 01 10 metodą D10. Na stronie 7 oferty odwołujący złożył oświadczenie o miejscu unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych, wskazując, że będzie to miejsce w najbliższej odległości od siedziby zamawiającego. Odwołujący załączył

także decyzje dotyczące uprawnień w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych dla siebie i drugiego członka konsorcjum oraz decyzje dotyczące unieszkodliwiania odpadów dla Serwimed w zakresie instalacji znajdujących się w Rzeszowie i Jedliczach, które położone były dalej od siedziby zamawiającego niż instalacja w Tarnobrzegu – okoliczność niesporna. Ponadto odwołujący załączył decyzję odnoszącą się do utylizacji odpadów dla podwykonawcy, wskazanego w ramach stron 396 – 400 oferty, odnośnie, którego w decyzji wskazano, że utylizacja amalgamatu dentystycznego ma następować metodą D9 – okoliczność niesporna.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, wyjaśnień do siwz z dnia 9 września 2008r., oferty odwołującego, oferty wykonawcy wybranego, decyzji DTWI.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 z dnia 17 września 2008r. Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie, postanowienia Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znak Dlio-420/188/08/em z dnia 26 listopada 2008r., wyjaśnień odwołującego z dnia 15 stycznia 2009r, decyzji z dnia 29 stycznia 2009r. Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie znak DTWI.jj-601/XXV/138/94/6-10/09 i decyzji z dnia 26 stycznia 2009r. Marszałka Województwa Podkarpackiego znak RŚ.VI.NS.0724/10-4/08.

Izba wzięta od uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach i zaprezentowane na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż pomimo tego, że jego oferta jest drugą ofertą pod względem ceny, odwołujący kwestionuje prawidłowość ponownego wyboru wykonawcy wybranego oraz fakt swojego wykluczenia i odrzucenia własnej oferty, zatem w przypadku uwzględnienia powyższych zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Z tych względów przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi

na brak wymaganych uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności, a jego oferta odrzucona.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U.07.39.251 j.t. zm. Dz.U.05.175.1462) przez odpady medyczne rozumie się odpady powstające w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych oraz prowadzeniem badań i doświadczeń naukowych w zakresie medycyny. W myśl art. 42. ust. 1 i ust. 1a cyt. ustawy zakazuje się poddawania odzyskowi określonych rodzajów odpadów medycznych i weterynaryjnych oraz w inny sposób niż spalanie w spalarniach odpadów. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do cyt. ustawy procesami unieszkodliwiania odpadów są m. in. metoda D9 - Obróbka fizyczno-chemiczna niewymieniona w innym punkcie niniejszego załącznika, w wyniku której powstają odpady, unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek z procesów wymienionych w punktach od D1 do D12 (np. parowanie, suszenie, strącanie) oraz metoda D10 -Termiczne przekształcanie odpadów w instalacjach lub urządzeniach zlokalizowanych na lądzie. Zgodnie z § 2 rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 sierpnia 2007 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi Dz.U.07.162.1153 odpady medyczne klasyfikuje się w następujący sposób:

- 1) odpady medyczne o kodach 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 80* i 18 01 82*, zwane dalej "odpadami zakaźnymi", są to odpady niebezpieczne, które zawierają żywe mikroorganizmy lub ich toksyny, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do przyjęcia, że wywołują choroby zakaźne u ludzi lub innych żywych organizmów;
- 2) odpady medyczne o kodach 18 01 06*, 18 01 08* i 18 01 10*, zwane dalej "odpadami specjalnymi", są to odpady niebezpieczne, które zawierają substancje chemiczne, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do sądenia, że wywołują choroby niezakaźne u ludzi lub innych żywych organizmów albo mogą być źródłem skażenia środowiska;

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie dopuszczalnych sposobów i warunków unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych (Dz.U.03.8.104 zm. Dz.U.04.200.2061) w § 1 określa sposoby unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych i są to :

- 1) termiczne przekształcanie odpadów w instalacjach lub urządzeniach zlokalizowanych na lądzie (D10);
- 2) autoklawowanie (D9);
- 3) dezynfekcja termiczna (D9);
- 4) działanie mikrofalami (D9);
- 5) obróbka fizyczno-chemiczną inna niż wymieniona w pkt 2-4 (D9).

Odpady amalgamatu dentystycznego o kodzie 18 01 10* unieszkodliwia się przez obróbką fizyczno-chemiczną. Rozporządzenie nie podaje innych alternatywnych sposobów unieszkodliwiania tego odpadu.

Powołane przez wykonawcę wybranego na rozprawie rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów Dz.U.01.112.1206, mające stanowić podstawę do wydania decyzji Wojewody Podkarpackiego z dnia 29 listopada 2002r. znak ŚR.IV-6620/1/29/02 w zakresie unieszkodliwiania odpadu amalgamatu dentystycznego metodą D10, nie określa metod utylizacji, a więc w tym zakresie Izba nie dała wiary wyjaśnieniom wykonawcy wybranego.

Nie mniej jednak zamawiający słusznie podniósł treść art. 16 § 1 kpa i zasadę trwałości ostatecznych decyzji administracyjnych. Przedłożona przez wykonawcę wybranego decyzja Wojewody Podkarpackiego z dnia 29 listopada 2002r. znak ŚR.IV-6620/1/29/02 jest decyzją ostateczną. Odwołujący nie wykazał, że w odniesieniu do tej decyzji wszczęto postępowanie o jej uchylenie, zmianę lub unieważnienie, ani nie wykazał, że postępowanie administracyjne zostało wznowione. Z tego względu Izba, pomimo powyższych ustaleń, co do prawa, obowiązana była ocenić przedłożony dowód jako dowód z dokumentu urzędowego, a więc potwierdzającego stan faktyczny i prawny urzędowo w tym dokumencie zaświadczony. Dokument ten określa uprawnienie wykonawcy wybranego do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie utylizacji odpadu amalgamatu dentystycznego, co jest zgodne z postawionym przez zamawiającego warunkiem posiadania uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszego postępowania i zostało wykazane wymaganym przez zamawiającego dokumentem - decyzją/zezwoleńiem właściwego organu na zbieranie, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych (z uwzględnieniem kodów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia). Zgodnie z art. 179 ust. 1 i 191 ust. 1 i 2 ustawy Izba uprawniona jest do kontroli instancyjnej czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, które zostały przez niego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy. Izba nie ma natomiast kompetencji do rozstrzygania o zgodności z prawem aktów prawa administracyjnego. Taka kompetencja została przewidziana dla sądownictwa administracyjnego (art. 16 § 2 kpa) oraz organów administracyjnych w ramach kontroli pozainstancyjnej zgodnie z rozdziałem 12 i 13 Działu II KPA. Żądanie odwołującego zmierza do wydania orzeczenia, w którym Izba miałaby stwierdzić, że decyzja Wojewody Podkarpackiego z 29 listopada 2002r., w zakresie metody utylizacji odpadu amalgamatu jest niezgodna z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie dopuszczalnych sposobów i warunków unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych (Dz.U.03.8.104 zm. Dz.U.04.200.2061). To przekracza kompetencje orzecznicze Izby. Dopóki zatem odwołujący nie wykaże np. za pomocą wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego właściwego miejscowo, że decyzja

została wydana niezgodnie z prawem, lub nie wykaże jej uchylecia, zmiany czy unieważnienia, do tego momentu ani zamawiający, ani Izba nie mogą podważać ustaleń zawartych w decyzji. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru wykonawcy wybranego oraz zaniechanie wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego, iż zamawiający dokonał wyboru oferty ostatecznie odrzuconej, czym wedle odwołującego naruszył wskazane wyżej przepisy. Oferta wykonawcy wybranego na skutek rozstrzygnięcia protestu z dnia 17 października 2008r. nie została ostatecznie odrzucona. Zamawiający wyraźnie w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że powtórzy czynność badania i oceny oferty w odniesieniu do oferty wykonawcy wybranego, a w szczególności zbada ofertę pod kątem istnienia przesłanek odrzucenia. Wynika to wprost z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu. Rozstrzygnięciem tym zamawiający jednoznacznie nie rozstrzygnął zarzutu istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty. Nadto, w ocenie Izby, takie rozstrzygnięcie byłoby nieuprawnione wobec treści art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zamawiający zastosował wobec wykonawcy wybranego instytucję uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale w odniesieniu do rachunku zysków i strat oraz dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań jakościowych przez przedmiot oferty w zakresie legalizacji wag. Natomiast nie dokonywał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, czy wyjaśnień do tych dokumentów w odniesieniu do warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Zatem uznając protest odwołującego i stwierdzając, że istnieją podstawy do uznania, że przedstawione dokumenty zawierają błędy lub nie potwierdzają spełniania warunku w pierwszej kolejności, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy wybranego, miał obowiązek zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym zamawiający uwzględniając zarzut zaniechania prawidłowego badania i oceny oferty wykonawcy wybranego miał obowiązek zobowiązać się do powtórzenia tej czynności i wykonania w jej ramach także wszystkich innych czynności wynikających z przepisów prawa. W tej sytuacji do czasu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i zweryfikowania prawidłowości własnej decyzji o wyborze zamawiający nie mógł pozbawić statusu wykonawcy – wykonawcy wybranego. Wnioski odwołującego zawartego w proteście z dnia 8 października 2008r. o wykluczenie wykonawcy wybranego i odrzucenie jego oferty były przedwczesne. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że podstawą uwzględnienia protestu było niezachowanie przez niego przy ocenie ofert zasady bliskości określonej w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, a także, iż w ramach ponownej oceny ofert zbadał podnoszony zarzut błędnej metody utylizacji odpadu

amalgamatu. W wyniku tego badania doszedł do wniosku, że oferta wykonawcy wybranego oferuje wykonanie zamówienia w instalacji położonej dalej od siedziby zamawiającego, niż instalacja odwołującego oraz, że metoda wskazana w decyzji wykonawcy wybranego jest analogiczna z metodą wskazaną w decyzji przedłożonej w ofercie odwołującego, co jego zdaniem wykluczyło możliwość oczywistej omyłki pisarskiej w decyzji wykonawcy wybranego. Zamawiający doszedł też do przekonania, że nie ma prawa oceniać zgodności z prawem decyzji wykonawcy wybranego, o czym była mowa powyżej. Tym samym faktycznie zamawiający wykonał czynności uprzednio zaniechane i będące podstawą protestu z dnia 8 października 2008r. W trakcie tych czynności wykonawca wybrany był wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy i jego oferta funkcjonowała w postępowaniu. Wykonawca wybrany podniósł na rozprawie sprzeczność twierdzeń odwołującego z art. 183 ust. 5 ustawy. Izba podziela to stanowisko w takim zakresie, że rozstrzygnięcie protestu nie może być utożsamiane z dokonaniem czynności ponownie, czy dokonaniem czynności zaniechanej. Ustawodawca w art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy posłużył się pojęciem niezwłocznie, a nie jednocześnie. Tym samym zamawiający miał prawo dokonać rozstrzygnięcia protestu, a dopiero w dalszej kolejności wykonać swoje rozstrzygnięcie, powtarzając czynność lub dokonując czynności zaniechanej. Tym samym błędne jest przekonanie odwołującego, że rozstrzygnięcie protestu uwzględniające protest jest także wykonaniem czynności. W żaden zatem sposób nie można podzielić stanowiska odwołującego, że od dnia 17 października 2008r. wykonawca wybrany był wykluczony z postępowania, a jego oferta ostatecznie odrzucona.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty z powodu wstrzymania użytkowania instalacji w Tarnobrzegu z dniem 20 grudnia 2008r., mimo, że postępowanie administracyjne nadal się toczy, spalarnia funkcjonuje, a odwołujący ma możliwość realizacji zamówienia w innych instalacjach.

Zgodnie z art. 9. ust. 1 ustawy o odpadach odpady powinny być w pierwszej kolejności poddawane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania, a w przypadku braku takiej możliwości w najbliższej położonych miejscach, które przy uwzględnieniu najlepszej dostępnej techniki lub technologii mogą poddawać odzyskowi lub unieszkodliwianiu odpady (ust. 2 tegoż przepisu). 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 najbliższej położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione.

Do unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych oraz do unieszkodliwiania odpadów weterynaryjnych zakaźnych można wykorzystywać instalacje na obszarze tego województwa, w którym zostały wytworzone, albo na obszarze innego województwa, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji przeznaczonej do odzysku lub unieszkodliwiania, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub miejsca przeznaczonego do tego samego odzysku jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa (ust. 5 art. 9 ustawy o odpadach). Jak wskazano w poprzednim zarzucie odpady medyczne nie mogą być poddane odzyskowi, ale unieszkodliwianiu w spalarni. Rację należy zatem przyznać zamawiającemu i wykonawcy wybranemu, że dla oceny, czy dana instalacja spełnia wymogi art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach konieczne jest spełnienie łącznie zasady bliskości i zasady najlepszej dostępnej techniki czy technologii.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o odpadach zabrania się odzysku lub unieszkodliwiania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami spełniającymi określone wymagania. Instalacje oraz urządzenia do odzysku lub unieszkodliwiania odpadów mogą być eksploatowane tylko wówczas, gdy:

- 1) nie zostaną przekroczone standardy emisyjne, określone na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) pozostałości powstające w wyniku działalności związanej z odzyskiem lub unieszkodliwianiem będą poddawane odzyskowi lub unieszkodliwiane z zachowaniem wymagań określonych w ustawie.

W razie niedopełnienia przez posiadacza odpadów, prowadzącego odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, obowiązków, wojewódzki inspektor ochrony środowiska może wydać decyzję o wstrzymaniu tej działalności. Posiadacz odpadów, pomimo wstrzymania prowadzonej działalności, jest obowiązany do usunięcia jej skutków na własny koszt. Postępowanie w sprawie wydania decyzji o wstrzymaniu działalności wszczyna się z urzędu. Wojewódzki inspektor ochrony środowiska może ustalić termin do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, a w razie nieusunięcia ich w tym terminie - wstrzyma działalność związaną z odzyskiem lub unieszkodliwianiem odpadów.

Taka sytuacja miała miejsce w przypadku odwołującego. Decyzją znak DTWI.wk-601/XXV/138/94/3-3/08 z dnia 17 września 2008r. Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w Rzeszowie wstrzymał użytkowanie instalacji w Tarnobrzegu od dnia 20 grudnia 2008r., nakazując zainstalowanie pełnego monitoringu. Taki monitoring wedle treści odwołania na dzień 29 stycznia 2009r. nie został zainstalowany. Przedmiotowa decyzja stała się ostateczna z upływem terminu do wniesienia odwołania, który skończył się w dniu 17 października 2008r. Jednakże sam fakt wydania decyzji o wstrzymaniu

użytkowania instalacji nie przesądzał jeszcze o tym, że odwołujący utracił uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia. Przede wszystkim podkreślić należy, że zarówno w dacie dokonywania ponownej oceny ofert, w dacie składania protestu, a następnie odwołania oraz w dacie rozprawy i wyrokowania nie istniała decyzja zakazująca wykonywania odwołującemu działalności zbierania, transportu i unieszkodliwiania odpadów. Na dzień składania ofert decyzja przedłożona przez odwołującego nie budziła wątpliwości zamawiającego, czemu dał wyraz dokonując pierwotnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 2 października 2008r. Dopiero po tej dacie zamawiający powziął wiadomość, że toczy się postępowanie administracyjne, co do możliwości wstrzymania działalności i nie zostało ono ostatecznie zakończone. Ponadto bezsporne w sprawie jest, że decyzja Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska nie wstrzymywała działalności instalacji w Tarnobrzegu od momentu jej wydania, ale uzależniała wstrzymanie tej działalności od usunięcia w terminie stwierdzonych nieprawidłowości – tj. braku monitoringu. Zamawiający, mimo powziętych informacji, nie wykonał ciężących na nim z mocy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy obowiązków wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, *wymogi określone dla posiadania uprawnień związanych z utylizacją odpadów. Zaniechanie przez zamawiającego tych czynności doprowadziło do błędnego przyjęcia, że odwołujący nie spełnia postawionego warunku. Nie stanowi usprawiedliwienia tego zaniechania okoliczność, że inne lokalizacje wskazane przez odwołującego w ofercie nie są instalacjami najbliższymi położonymi od siedziby zamawiającego. Sam ten fakt mógł być jedynie podstawą do niższej oceny oferty odwołującego, ale nie podstawą odrzucenia.* Ponadto w wyniku uzupełnienia dokumentów odwołujący mógł wykazać inne uprawnienia do wykonywania określonej działalności i tym samym spełniać warunek. Ponadto wskazać należy, że zamawiający w siwz, ani w załącznikach do siwz nie zawarł wymogu, aby wykonawcy zagwarantowali posiadanie uprawnień przez cały czas świadczenia usługi tj. przez okres 3 lat, stąd podnoszony przez zamawiającego argument możliwości niezrealizowania zamówienia po dacie 30 czerwca 2009r., nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Na dzień wyrokowania Izba uznała, że odwołujący posiada uprawnienia do wykonywania działalności unieszkodliwiania odpadów w instalacji w Tarnobrzegu, gdyż odwołujący przedłożył dowód, iż wstrzymanie działalności instalacji może nastąpić po dniu 30 czerwca 2009r., o ile wcześniej odwołujący nie wykona instalacji monitoringu. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty, co było konsekwencją zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Na marginesie Izba wskazuje, że twierdzenie odwołującego o dopuszczalności wykazania się uprawnieniami podwykonawcy jest błędne. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Na potwierdzenie spełnianie tego warunku zamawiający mają prawo żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym, zwanym dalej "zamówieniem" na podstawie § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.06.87.605). Odwołujący nie może zatem powoływać się na uprawnienia podwykonawcy, gdyż przepis wyraźnie stanowi o uprawnieniach przysługujących wykonawcy. Nie jest to sytuacja podnoszona przez odwołującego wynikająca z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z 4 września 2008r. Analogiczne rozwiązanie w tym zakresie przyjmuje prawo wspólnotowe w art. 46 dyrektywy 2004/18/We Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.U.E.L.04.134.114 Dz.U.U.E-sp.06-7-132 zm. Dz.U.U.E.L.08.74.1) stanowiąc, że od każdego wykonawcy ubiegającego się o uczestnictwo w realizacji zamówienia publicznego można żądać dowodu posiadania przezeń wpisu do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, lub dostarczenia oświadczenia pod przysięgą lub zaświadczenia, zgodnie z opisem zawartym w załączniku IX A - w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, w załączniku IX B - w odniesieniu do zamówień na dostawy oraz w załączniku IX C - dla zamówień na usługi, i zgodnie z warunkami przewidzianymi przez prawo Państwa Członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę. W procedurze udzielenia zamówień na usługi, jeżeli kandydaci lub oferenci muszą posiadać określone zezwolenia lub muszą być członkami określonej organizacji, aby mieć możliwość realizowania w swoim kraju określonej usługi, instytucja zamawiająca może wymagać od nich przedstawienia dowodu, iż posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę na fakt, że zamawiający w siwz nie wskazał, że przy ocenie ofert będzie kierował się zasadą bliskości np. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert polegającym na odległości instalacji od siedziby zamawiającego, ani nie wskazał, że przy ocenie ofert będzie brał pod uwagę zasadę najlepszej techniki czy technologii. Zamawiający zatem dokonując ponownego badania i oceny ofert powinien wziąć pod uwagę treść art. 91 ust. 1 ustawy nakazującą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Zamawiający nie może prowadzić postępowania w sposób

niejawny dla wykonawców, a przede wszystkim sanować własne błędy przy konstrukcji siwz, w celu doprowadzenia do zgodności z przepisami innych ustaw niż ustawa Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz art. 26 ust. 3 i 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i mając to na uwadze uwzględniła odwołanie zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy, orzekając jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty Odwołującego Izba uznała koszty poniesionego wpisu stosownie do § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....