

Sygn. akt: KIO/1883/10

**WYROK**

**z dnia 15 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 września 2010 r. przez **Wykonawcę: Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** oraz uzasadnione koszty **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości **660 zł 00 gr** (słownie: sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) oraz poniesione opłaty od pełnomocnictw w wysokości **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy),
3. zasądza od **Zakładu Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1**

**im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze** kwotę **4 294 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby oraz poniesione opłaty od pełnomocnictw,

4. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., ul. Szkolna 15, 47-225 Kędzierzyn-Koźle** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „*Odbiór i utylizację odpadów niebezpiecznych - medycznych*”, zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, zwany dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 27 sierpnia 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych (233191-2010). W tym samym dniu opublikował na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 1 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, wniesioną odpowiedź na odwołanie oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego – Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o.:

Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o. zarzucała Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący kwestionował następujące zapisy:

- ogłoszenia:

- 1) pkt III. Ogłoszenia o Zamówieniu, ust. 3.1) Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, o treści: *„Dla potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Wykonawca dołączy do oferty ważne zezwolenia na zbieranie i transport odpadów niebezpiecznych-medycznych zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r.”.*
- 2) pkt III. Ogłoszenia o Zamówieniu, ust. 3.2) Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku, o treści: *„Dla potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, co najmniej dwie usługi odbioru i transportu odpadów niebezpiecznych -- medycznych o wartości brutto nie mniejszej niż 120.000,00 zł.”.*

– i odpowiadające im zapisy SIWZ:

- 1) Pkt 5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, ust. 5.3, o treści: *„Dla potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, dołączy do oferty ważne zezwolenia na zbieranie i transport odpadów niebezpiecznych - medycznych zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 39 poz. 251 z późn. zm)”.*
- 2) Pkt 5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, ust. 5.1.2), o treści: *„posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazując, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali, co najmniej dwie usługi odbioru i transportu odpadów niebezpiecznych - medycznych o wartości brutto nie mniejszej niż 120 000,00 zł (słownie: sto dwadzieścia tysięcy złotych 00/00)”*

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez zastąpienie

kwestionowanych przez niego wymogów udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zrealizowanych zamówień), w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, to jest przez określenie wymogu posiadania przez wykonawcę zdolności do transportu i unieszkodliwiania odpadów wyszczególnionych w załączniku nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w ilości nie mniejszej niż 172 900 kg w okresie 36 miesięcy, zaś w zakresie posiadanych przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności (zezwoleń), zgodnie z określonym przedmiotem zamówienia, to jest przez określenie wymogu posiadania przez wykonawcę ważnych decyzji na transport i unieszkodliwianie odpadów wyszczególnionych w załączniku nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w ilości nie mniejszej niż 172 900 kg w okresie 36 miesięcy.

Odwołujący uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty podnosił, iż Zamawiający sformułował zaskarżone wymogi udziału w postępowaniu w sposób nieodpowiadający wielkości, charakterowi, rodzajowi, a także samej istocie przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywał, iż przedmiot zamówienia dotyczy odbioru i unieszkodliwienia określonej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ilości odpadów niebezpiecznych - medycznych, partiami w okresie kolejnych 36 miesięcy kalendarzowych. Warunkiem wykonania zamówienia jest zatem zdolność danego wykonawcy, względnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do odbioru i unieszkodliwienia określonej wielkości odpadów w okresie tych kolejnych 36 miesięcy kalendarzowych, o szacunkowo wskazanej przez Zamawiającego ilości 172.900,00 kg. Bez znaczenia z tego punktu widzenia jest wartość wynagrodzenia jakie otrzyma Wykonawca, względnie Wykonawcy wspólnie wykonujący zamówienie, za odbiór i unieszkodliwienie tego rodzaju odpadów niebezpiecznych. Zaskarżony sposób opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Odwołującego, w żaden sposób nie odnosi się ani do obiektywnych możliwości, ani do zdolności do odbioru i unieszkodliwienia odpadów medycznych przez wykonawców prowadzących działalność w tym zakresie. Podkreślał on, że takie określenie zaskarżonych wymogów eliminuje z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy w porównywalnym okresie, dokonali wprawdzie odbioru i transportu odpadów, o wielkości nawet wielokrotnie przekraczającej wielkość odpadów, wyrażonych równowartością kwoty wynagrodzenia w wysokości 120.000,00 zł, jednak nie legitymujących się zawarciem jednostkowych, dużych umów tego rodzaju, jak również takich, którzy od wielu lat prowadzą działalność w zakresie unieszkodliwiania na poziomie znacznie przekraczającym określoną przez Zamawiającego wielkość zamówienia oraz dopiero zaczynają prowadzić na własny rachunek działalność

polegającą na transporcie odpadów i nie mogą w związku z tym legitymować się wykonaniem zamówień o wartościach co najmniej 120 000 zł.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający żąda spełniania wymagań co do odbioru i transportu odpadów ustalając takie kryteria, które są w ogóle nieprzydatne dla oceny możliwości wykonania Zamówienia przez wykonawcę, a w konsekwencji eliminujące z rynku wykonawców prowadzących działalność w wymaganym zakresie (dokonując przy tym także czynności unieszkodliwiania odpadów, o czym niżej), a jednak, którzy nie mogą legitymować się wykonaniem umów o wartościach określonych przez Zamawiającego. Tym samym wymagania te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, iż dał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko Wykonawcom posiadającym własne urządzenia do utylizacji i unieszkodliwiania odpadów, ale także dopuścił możliwość złożenia oferty w przypadku, kiedy Wykonawca sam nie posiada takiej instalacji, ale załączy do oferty kopię umowy z innym podmiotem, z której wynikać będzie, iż ten podmiot jest uprawniony do utylizacji, recyklingu i odzysku odpadów obejmujących przedmiot zamówienia. W ocenie Zamawiającego dopiero uznanie żądań Odwołującego i wprowadzenie do ogłoszenia postulowanych przez niego treści, tj. dopuszczenie tylko Wykonawców posiadających zezwolenie na transport i unieszkodliwianie, ograniczyłoby uczciwą konkurencję. Podkreślał on, iż nie każda firma posiadająca zezwolenie na zbieranie i transport jest uprawniona jednocześnie do utylizacji odpadów, a wprowadzenie wymogu zezwolenia również w tym zakresie, znacznie ograniczyłoby konkurencję, czego chciał uniknąć.

Zamawiający wyjaśniał, iż określając warunki, opis sposobu ich oceny, nie jest zobowiązany wymagać od wykonawców wykazywania się usługami obejmującymi pełen zakres przedmiotu zamówienia, a może poprzestać jedynie na części tego zakresu. Jest to jego uprawnienie i z tegoż uprawnienia skorzystał na etapie sporządzania SIWZ.

Podkreślał on, że w świetle obowiązujących przepisów Zamawiający jest uprawniony do żądania wykazania się wykonaniem usług o określonej wartości. Zamawiający wskazywał, że wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana na kwotę 481 007,80 zł. Wynika z tego, że żąda on wykazania usługi na poziomie ok. 25 % wartości przedmiotu umowy, co w jego ocenie spełnia wymóg, aby warunki były proporcjonalne i adekwatne.

Zamawiający wskazywał także, że z uwagi na specyfikę jego działalności i obowiązki dotyczące postępowania z odpadami medycznymi, szczególnie dla niego istotne jest doświadczenie kontrahenta w zbieraniu i transporcie odpadów.

Zamawiający podnosił, iż zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SIWZ (formularz asortymentowo-cenowy), w skład przedmiotu zamówienia wchodzi również unieszkodliwianie odpadów zawierających rtęć oraz opakowania z tworzyw sztucznych. Odpady te nie wchodzi w skład odpadów medycznych, a do ich zbierania i transportu potrzebne jest zezwolenie, o którym mowa w art. 28 ust. 5 ustawy o odpadach. Zamawiający podkreślał, iż w przepisie tym niewskazywana jest ilość odpadów przewidywana do zebrania i transportu. Podnosi również, iż w art. 3 ust. 3 pkt 1 wyraźnie mowa jest o zbieraniu odpadów, tym samym jest to pojęcie ustawowe, wbrew temu co twierdzi Odwołujący.

Zamawiający podnosił, iż mógł wymagać on zezwoleń jednostkowych lub zezwolenia zintegrowanego. Wymaganie tego drugiego ograniczałoby, w jego ocenie, konkurencję w porównaniu do obecnie brzmiącej treści SIWZ, która umożliwia w pkt 10.2 wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający zwracał także uwagę również na fakt, iż w dniu 06 września 2010 r. upłynął termin składania ofert. Jedną z ofert złożył Odwołujący. Wyjaśniał również, iż nie został jeszcze dokonany wybór oferty najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu oraz odpowiedzi na nie, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie analizy postanowień SIWZ, Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wymagał, aby Wykonawca „dołączył do oferty ważne zezwolenia na zbieranie i transport odpadów niebezpiecznych-medycznych zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r.” oraz by wykazał, iż „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, co najmniej dwie usługi odbioru i transportu odpadów niebezpiecznych -- medycznych o wartości brutto nie mniejszej niż 120.000,00 zł.”. Analogiczne postanowienia zostały zawarte w SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono rozpatrywane przez Izbę odwołanie, jest usługa odbioru wraz z załadunkiem, transportem i utylizacją odpadów niebezpiecznych – medycznych oraz szczątków pooperacyjnych. Szczegółowe określenie rodzajów i przewidywanej ilości Zamawiający zawarł w załączniku nr 4 do SIWZ (*Formularz asortymentowo-cenowy*).

Zgodnie z pismem z dnia 2 września 2010 r. Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę 449 540,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, oraz przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający kształtując kwestionowane przez Odwołującego zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ nie naruszył powołanego przepisu. Izba ustala, że zapisy ogłoszenia, w rozpatrywanym zakresie, są związane z przedmiotem zamówienia, ponieważ przedmiot usług, których wykonaniem wykazać się miał Wykonawca, wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Zachowany został również wymóg proporcjonalności do przedmiotu



zamówienia – wartość usług, których wykonaniem wykazać się mieli Wykonawcy, nie była, w ocenie Izby, zbyt wysoka w odniesieniu do ustalonej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia. Także wymaganie, od Wykonawców, aby dołączyli do oferty ważne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów niebezpiecznych – medycznych uzyskanego zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2007 r. poz. 88 Nr 587 z późn. zm.), również nie jest zdaniem składu orzekającego Izby warunkiem zbyt wygórowanym. Świadczenie usługi, o zakresie opisanym w SIWZ i stanowiącej przedmiot zamówienia, jest w świetle regulacji powołanej ustawy o odpadach działalnością regulowaną. Tym samym Wykonawca świadczący taką usługę powinien móc wykazać się uzyskaniem odpowiedniego zezwolenia wydanego w trybie tej ustawy. Stąd też żądanie przez Zamawiającego od Wykonawcy okazania takiego zezwolenia nie może być, w ocenie Izby, przedmiotem zarzutu. Nie zmienia tej oceny również fakt, iż do świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia koniecznym jest posiadanie nie tylko zezwolenia wymaganego przez Zamawiającego na etapie składania ofert, ale też innych np. na unieszkodliwianie odpadów. Izba uznała w tym zakresie za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków jest jego prawem i obowiązkiem. Tym samym to on jest uprawniony do rozstrzygnięcia, jakie dokumenty zobowiązani są złożyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Uprawnienie to ograniczone jest obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności powołanym przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp czy też art. 25 ust. 1. Istotnym jest, aby Zamawiający kształtując zapisy SIWZ w powołanym zakresie nie naruszał przepisów ustawy.

W rozstrzyganym przypadku, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy przez czynności Zamawiającego, do których odnosiły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 oraz § 5 ust. 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) powołanego rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi,

którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi wynosi 7 500 zł. W powołanej sprawie wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 449 540,00 zł, co stanowi równowartość 117 098,00 Euro, tym samym kwota ta jest mniejsza od kwoty 125 000 Euro określonej w powołanych przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a od osiągnięcia której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Tym samym Odwołujący wnosząc odwołanie zobowiązany był wnieść wpis powołanej kwocie 7 500 zł, podczas gdy wniósł z tego tytułu kwotę 15 000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł nadpłaconej z tytułu wpisu.

**Przewodniczący:**

.....