

Sygn. akt: KIO 1801/12

WYROK
z dnia 6 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę C..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HYGEA C..... G....., w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Obornikach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Obornikach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego C..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HYGEA C..... G....., tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Obornikach na rzecz odwołującego C..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe HYGEA C..... G..... kwotę 11.333 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy trzystu trzydziestu trzech złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, oraz stawiennictwa odwołującego na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*usługę odbioru, wywozu utylizację odpadów medycznych dla SP ZOZ w Obornikach*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2012 r. pod nr 161011/12.

Odwołujący w dniu 20 sierpnia 2012 r. powziął za pomocą strony internetowej zamawiającego informację o wykluczeniu z postępowania, zaś w dniu 24 sierpnia 2012 r. wobec tej czynności wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu (brak uprawnień), mimo iż odwołujący wykazał, że spełnia te warunki zgodnie z wymogami specyfikacji, poprzez przedłożenie umowy ze spalarnią;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż żaden z przywołanych w tych przepisach przypadków warunkujących odrzucenie oferty nie zachodzi (oferta była zgodna z ustawą, jej treść była zgodna z treścią specyfikacji, a sama oferta nie została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu), a także wskutek braku zastosowania tych przepisów w sytuacji, gdy wykonawca został z postępowania wykluczony;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wskutek dokonania oceny spełnienia warunków przez odwołującego z pominięciem postanowień specyfikacji i oparcie tej oceny o domniemane wymagania, niewynikające z SIWZ, a także niezastosowanie jednakowych kryteriów oceny spełnienia warunków w stosunku do poszczególnych wykonawców (wykluczenie ECO - ABC Sp. z o.o. z powodu korzystania ze spalarni usytuowanej niezgodnie z zasadą bliskości oraz wykluczenie innego wykonawcy - PPUH HYGEA z powodu samego faktu korzystania ze spalarni),
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez niewybranie oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta odwołującego z racji najkorzystniejszej ceny i spełnienia wszystkich warunków wyszczególnionych w SIWZ,
- 5) zasady przejrzystości postępowania, poprzez pozostawienie w obiegu prawnym w tym postępowaniu dwóch decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty - z dnia 7 sierpnia

2012 r., (wybrana oferta PPUH HYGEA) i 14 sierpnia 2012 r. (wybrana oferta Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.) i zaniechaniu unieważnienia pierwszej z nich w sytuacji dokonania powtórnej oceny ofert,

- 6) art. 22. ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez uznanie, że odwołujący nie posiada uprawnień do utylizacji odpadów, podczas gdy w Rozdziale VIII SIWZ zamawiający dopuścił wykazanie się uprawnieniami poprzez przedłożenie umowy na unieszkodliwianie ze spalarnią.
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie przewidzianym w tym przepisie, w sytuacji gdy zamawiający uznał, że wykonawca wymaganych dokumentów nie złożył.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności powodującej wykluczenie odwołującego z postępowania oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanego w dniu 14 sierpnia 2012 r.;
- 2) w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 7 sierpnia 2012 r. (nie unieważniony) utracił moc obowiązującą - nakazanie zamawiającemu powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, iż:

- zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił jakichkolwiek reguł, które można by uznać za warunki udziału w postępowaniu, ograniczając się w tym zakresie do przywołania przepisów art. 22 ust. 1 ustawy. Jednocześnie, nie konkretyzując warunków udziału, zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków (de facto niewyznaczonych). Zamawiający dopuścił w specyfikacji, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogli wykazywać uprawnienia do jego wykonania przedkładając stosowne decyzje w zakresie zbierania, transportu i spalania odpadów. Jednakże w przypadku spalania odpadów, zamawiający przewidział możliwość wykazania się uprawnieniami poprzez dostarczenie kopii umowy ze spalarnią wraz z kserokopią decyzji/umowy na unieszkodliwianie odpadów o kodach 18 01 01, 18 01 06, 18 01 09 oraz umowy/ decyzji na składowanie i utylizację odpadów medycznych o kodach 18 01 02* i 18 01 03* (Rozdziałem VIII pkt 2 ppkt 1 SIWZ). Zamawiający przewidział zatem, że wykonawca może unieszkodliwiać odpady poprzez spalarnię, która winna mieć odpowiednią decyzję uprawniającą ją do spalania odpadów o kodach wymienionych w specyfikacji. Odwołujący wszystkie te warunki spełnił. W ofercie Odwołującego przedłożono kserokopie: decyzji na zbieranie i transport odpadów znak OS.III-7644/66/2002/03, decyzję w zakresie zbierania odpadów medycznych, znak: DSR.VI.7244.36.36.2011 oraz decyzję wydaną spalarni na unieszkodliwianie znak: SR.V.6621-12/07.

- SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko na podstawie tego dokumentu wykonawcy przygotowują składane następnie oferty i ten dokument wiąże wykonawcę. Specyfikacja wiąże również drugą stronę postępowania tj. zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszym rzędzie kierować się jej zapisami. Interpretacja zapisów SIWZ, wedle której wykonawca może wykazać swoje uprawnienia do wykonania zamówienia legitymując się umową ze spalarnią (posiadającą stosowne zezwolenia) jest tym bardziej uprawniona jeśli się zważy, że sam zamawiający wydając decyzję z dnia 7 sierpnia 2012 r. wykluczającą z postępowania inną firmę - ECO ABC spółka z o.o. nie miał wątpliwości, że może ona unieszkodliwiać odpady w spalarni w Pile, zaś powodem wykluczenia był nie brak uprawnień, ale nieuzupełnienie dokumentów w postaci kopii umowy z pilską spalarnią.

- zamawiający nie uchylił tej decyzji, wobec czego w niniejszym postępowaniu, zaprzeczając zasadzie równości i uczciwej konkurencji, doszło do nierównej oceny wykonawców, gdzie w jednym przypadku wyklucza się wykonawcę z powodu braku uprawnień wskutek powierzenia utylizacji odpadów spalarni (PPUH HYGEA), a z drugiej strony wyklucza się wykonawcę z powodu nieprzedłożenia umowy ze spalarnią (EKO ABC Sp. z o.o.).

- zamawiający w swoim piśmie z dnia 21 sierpnia 2012 r. skierowanym do Odwołującego stwierdził : *„Odnosząc się do zastrzeżenia zawartego w SIWZ dotyczącego umowy ze spalarnią na unieszkodliwienie odpadów zamawiający podaje, że czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegają powszechnie obowiązującym przepisom prawa i w tym kontekście powyższe zastrzeżenie w treści SIWZ nie wywołuje skutków prawnych”*. Cytowane stanowisko zamawiającego nie może znaleźć aprobaty. Ocena spełnienia warunków może opierać się wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane przez SIWZ. Inne zachowanie zamawiającego, opierające ocenę oferty o domniemane wymagania, (wyraźnie sprzeczne z SIWZ) prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności bądź niezgodności ze swoimi intencjami czy też przepisami, które nie zostały doprecyzowane w SIWZ. W tym kontekście *zastrzeżenia w treści SIWZ odnoszące się do możliwości przedłożenia w ofercie umowy ze spalarnią i w ten sposób wykazania się uprawnieniami-* wbrew stanowisku zamawiającego - *odnoszą skutek prawny*. Jeżeli nawet uznać, że zamawiający błędnie sformułował zapisy SIWZ , to ten błąd nie może być podstawą wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania;

- w decyzji z dnia 14 sierpnia 2012 r. przy okazji wykluczenia odwołującego, na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy odrzucono jego ofertę. Jak się wydaje, zacytowane przepisy nie mają tu zastosowania - oferta nie może być na ich podstawie odrzucona przede

wszystkim dlatego, że nie jest niezgodna z treścią specyfikacji, ani też nie została złożona przez osobę wykluczona z postępowania (wykluczenie nastąpiło po złożeniu oferty). Ofertę co najwyżej można uznać za odrzuconą, jeżeli istnieją uprzednio podstawy do wykluczenia;

- w decyzji z dnia 14 sierpnia 2012 r. zawarto ponadto informacje, z których wynika, że „*pkt 2 nie miał zastosowania natomiast miał zastosowanie pkt 3 cytowanego art.*” Informacja ta jest niezrozumiała;

- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę odbioru wywozu i utylizacji odpadów było dwukrotnie unieważniane co spowodowało wnioski do Prezesa urzędu zamówień o przeprowadzenie kontroli. Zamawiający, uznając, że wykonawca nie złożył wszystkich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miał obowiązek wezwać go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do ich uzupełnienia. Obowiązku tego nie wypełnił. Zamiast wezwania, do odwołującego wpłynęło pismo z dnia 13 sierpnia 2008 r. informujące o wyjaśnianiu wątpliwości wraz z zapytaniem i prośbą o nadesłanie zezwolenia. Instytucje wyjaśnień złożonych dokumentów przewidują przepisy art. 26 ust.4 i należy ją odróżnić od wezwania przewidzianego w art. 26 ust. 3, którego niedopełnienie rodzi skutki dalej idące (zatrzymanie wadium) niż zignorowanie wezwania o wyjaśnienie. Brak wezwania czyni co najmniej przedwczesną decyzję o wykluczeniu oferenta z postępowania;

- zamawiający przeprowadzając ponowną ocenę ofert i wybierając ponownie najkorzystniejszą ofertę w dniu 14 sierpnia 2012 r. - nie unieważnił decyzji poprzedniej, z dnia 7 sierpnia 2012 r. tj. decyzji na mocy, której za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę PPUH HYGEEA. W ten sposób w jednym postępowaniu wybrano jako najkorzystniejsze - oferty dwóch firm i obie decyzje zachowują swoją aktualność. Jest to rażące pogwałcenie przepisów postępowania, bowiem w obiegu prawnym nie mogą znajdować się dwie sprzeczne decyzje dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez odwołującego wraz z jej uzupełnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oddalono wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadniony jego złożeniem po upływie terminu (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy), wobec przekazania informacji o czynności będącej przedmiotem odwołania w dniu 14 sierpnia 2012 r. faksem, podczas gdy odwołujący wykazywał, że informacje tę pozyskał ze strony internetowej zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2012 r. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

- zamawiający okazał dowód raport z transmisji dwóch przesyłek faksowych na dwa numery: odwołującego oraz innego wykonawcy, z którego wynika wysyłka dwóch faksów, w tym na numer podany przez odwołującego – transmisja o godzinie 15:08:37 dwóch stron faksu, oraz na numer innego wykonawcy (Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Koninie) o godzinie 15:10:46, z wynikiem OK. Jednocześnie zamawiający okazał potwierdzenie wysyłki faksu z odzwierciedleniem jednej strony wysyłanego tekstu do Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Koninie o godz. 15:10:46 (raport transmisji), podając, że przy jednoczesnej wysyłce dokumentów na dwa numery z zadanej listy wysyłkowej, faks drukuje potwierdzenie z wydrukiem strony wysyłanej wyłącznie w odniesieniu do jednego ze wskazanych numerów. Zamawiający nie dysponował analogicznym raportem wysyłki faksu na numer odwołującego;
- odwołujący okazał dwie strony oryginalnych wydruków z otrzymanej transmisji faksem w dniu 14 sierpnia 2012 r. o godzinie 15:08. Obie strony były puste, nie zawierały żadnego tekstu;
- z treści pisma z dnia 14 sierpnia 2012 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz wyborze oferty Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Koninie wynika, że zamawiający nie żądał potwierdzenia otrzymania faksu, do czego był uprawniony, w myśl art. 27 ust. 2 ustawy. Zamawiający nie dysponował dowodem, by faks dotarł do odwołującego w sposób pozwalający na jego odczytanie;
- odwołujący, po otrzymaniu przesyłki faksowej, wystosował w dniu 20 sierpnia 2012 r. zapytanie o termin podpisania z nim umowy, w związku z dokonaniem w dniu 7 sierpnia 2012 r. wyborem najkorzystniejszej oferty;

Biorąc pod uwagę powyższe, dostrzeżenia wymaga, że jakkolwiek należy przyjąć domniemanie, że przy komunikacie pochodzącym z aparatu faksowego wskazującym na skuteczny przekaz, przesyłka przetransferowana za pomocą faksu została jej odbiorcy efektywnie dostarczona, to powyższe domniemanie podlega obaleniu. W analizowanej sprawie, odwołujący obalił to domniemanie okazując oryginalny wydruk z faksu, z którego wynika otrzymanie pustych stron. Zamawiający natomiast nie skorzystał z możliwości żądania potwierdzenia doręczenia faksu, co przerzuca na niego ryzyko związane z konsekwencjami tak dokonanej przesyłki. Jak wskazuje się bowiem, zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 6 k.c., na składającym oświadczenie woli spoczywa w takich

przypadkach ciężar dowodu, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności, natomiast na adresacie tego oświadczenia spoczywa ewentualnie ciężar wykazania, że nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią (Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, s. 301; por. M. Piekarski (w:) *Komentarz* 1972, t. 1, s. 179; B. Ziemianin, Z. Kuniewicz, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Poznań 2007, s. 169). W judykaturze przyjęto np., że sam wydruk kontrolny potwierdzający wysłanie faksu z potwierdzeniem odebrania go przez adresata, nie jest dowodem pewnym, lecz tylko dowodem *prima facie*, że odbiorca mógł zapoznać się z zawartym w jego treści oświadczeniem woli. Dowód pewny stanowi dopiero potwierdzona przez odbiorcę kopia faksu. Ustawodawca, w warunkach determinowanej szybkością postępowania a dopuszczonej w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych komunikacji za pomocą faksu oraz poczty elektronicznej wprost przewidział możliwość potwierdzenia na żądanie wysyłającego przesyłkę w tej formie, jej odbioru przez adresata (art. 27 ust. 2 ustawy). Powyższe służy uzyskaniu pewności, że przesyłka została efektywnie przetransferowana do jej odbiorcy. Rzeczą zamawiającego jest skorzystanie z tej możliwości, jeśli chce następnie wywodzić z tej okoliczności skutek w postaci domniemania doręczenia przesyłki. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., w spr. IV CSK 9/08, Lex nr 371831) podano, iż *art. 61 k.c nie wymaga, aby adresat oświadczenia rzeczywiście zapoznał się z jego treścią. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Jednak sam wydruk kontrolny potwierdzający wysłanie faksu z potwierdzeniem odebrania go przez adresata, nie jest dowodem pewnym, lecz tylko dowodem prima facie, że odbiorca mógł zapoznać się z zawartym w jego treści oświadczeniem woli. Dowód pewny stanowi natomiast potwierdzona przez odbiorcę kopia faksu. Jak natomiast wskazano w uchwale Sądu Najwyższego 2 października 2002 r. w spr. III PZP 17/02, (...) faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut itp.) między dwoma aparatami, z których - w konkretnej sytuacji - jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi - odbiorcy. Jest przy tym charakterystyczne, a zarazem istotne to, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest bowiem - podobnie jak receptis pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód prima facie, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń*

pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata (zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Wydanie trzecie, Warszawa 2001, s. 202). Na gruncie analizowanej sprawy, zamawiający nie tylko nie dysponuje potwierdzeniem odbioru przez odwołującego faksu z informacją o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania, ale odwołujący złożył przeciwdowód, w postaci wydruku z jego faksu, zawierający dwie puste strony.

Zamawiający argumentował przy tym, nawiązując do profesjonalnego charakteru postępowania, iż wykonawca otrzymując nawet puste strony powinien był wykazać należytą staranność i zainteresować się, co było przedmiotem przesyłki. Nie sposób jednak pomijać faktu, że w dacie otrzymania spornego faksu, odwołujący miał pełne podstawy, by oczekiwać że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, skoro zamawiający rozstrzygnął postępowanie dokonując jej wyboru, co zakomunikował 7 sierpnia 2012 r. Nie sposób stawiać oczekiwanie, by wykonawca, do którego dotarł faks bez zawartości merytorycznej (puste strony), miał zakładać, że faks ten niesie szczególnie istotne dla niego treści, takie jak informacja o ponowionym wyborze i wykluczeniu go z postępowania. Powyższy sposób rozumowania zakłada nieakceptowany poziom domyślności wykonawcy o czynnościach dokonywanych z własnej inicjatywy zamawiającego, jakim jest ponowiony wybór najkorzystniejszej oferty i wykluczenie odwołującego z postępowania. Reasumując, w okolicznościach analizowanej sprawy, brak jest podstaw do przyjęcia, że odwołujący już w dniu 14 sierpnia 2012 r. powziął informację o wykluczeniu z postępowania, i że od tej daty należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Odwołujący wykazał, że dopiero 20 sierpnia 2012 r. dowiedział się o czynności zamawiającego, co czyni odwołanie złożone w dniu 24 sierpnia 2012 r. wniesionym w terminie.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Po pierwsze, uwzględniając podniesioną w odwołaniu argumentację, dotyczącą dwukrotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, dostrzeżenia wymaga, że powtórzenie przez zamawiającego badania i oceny ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, sfinalizowane następnie wyborem innego wykonawcy, należy uznać za równoznaczne w swym skutku z unieważnieniem poprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak się bowiem wskazuje w orzecznictwie, 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 są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Pogląd powyższy wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11. Wyraz tego dał zamawiający w piśmie z 14 sierpnia 2012 r. nr L.Dz. ZPUK/04/12/23, w którym podano: *Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Obornikach w związku z informacjami wniesionymi na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) o naruszeniu w toku przedmiotowego postępowania przepisów ustawy Pzp w sposób zagrażający interesowi prawnemu Informującego uznaje słuszność postawionych zarzutów i na podstawie art. 181 ust. 2 Pzp informuje o powtórzeniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.*

Nie sposób zatem z samego faktu ponowienia wyboru najkorzystniejszej oferty czynić zarzutu. Kwestia unieważnienia poprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty pozostaje przy tym bez wpływu dla oceny czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Po drugie, fakt dwukrotnego unieważnienia postępowania także nie może być uznany za mający znaczenie dla oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, które kierowane są wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Argumentacja w tym zakresie pozostaje bez związku podniesionymi zarzutami oraz jakiegokolwiek wpływem na wynik przedmiotowego postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy), nie może ona także być brana pod uwagę, w myśl art. 180 ust. 2 ustawy.

W odniesieniu do samej podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, na uwagę zasługuje argumentacja, jaką prezentował zamawiający na rozprawie w zakresie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego. Zamawiający wskazywał, iż w toku

postępowania okazało się, że postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest błędne, niezgodne z ustawą o odpadach, która nie pozwala przenosić uprawnień reglamentowanych, co dotyczy postanowienia specyfikacji dotyczącego wymagania złożenia umowy ze spalarnią odpadów na unieszkodliwianie odpadów.

Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem: jeśli zamawiający uznał, po terminie składania ofert, że nie ustrzegł się błędów na etapie formułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie może tych błędów korygować w fazie oceny ofert w sposób, który abstrahuje od brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli ostatecznie zamawiający uznał, że zamówienie powinien wykonywać tylko taki podmiot, który posiada decyzje na wszystkie fazy wykonywania zamówienia (odbiór, wywóz oraz utylizację odpadów), to nie może takiej konstatacji czynić wbrew jednoznaczному brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która dopuszcza złożenie umowy na utylizację odpadów przez odpowiedni podmiot i dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty wbrew postanowieniom tego dokumentu oraz wykluczać wykonawców z postępowania, mimo, że ich oferty czynią zadość wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby bowiem poddane takiej reinterpretacji na etapie oceny oferty warunki były od początku znanymi wykonawcom, nie można wykluczyć, że wykonawcy (przykładowo odwołujący) dostosowaliby się do wymagań zamawiającego, czy to przedkładając stosowne decyzje, czy też składając oferty wspólnie z innymi wykonawcami, posiadającymi takie decyzje. Wykluczenie wykonawcy, który w pełni zastosował się do wytycznych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zasługuje na akceptację. Ewentualne niedoskonałości w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które stałyby na przeszkodzie wyborowi oferty odpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale stojącej w kolizji z obowiązującymi przepisami, nie pozwalają jednak na wybór jednej z ofert oraz wykluczenie wykonawców, z powodów nie znajdujących umocowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli tego rodzaju wady postępowania by zaistniały, należało raczej wziąć pod rozwagę unieważnienie postępowania.

Poddając analizie powody wykluczenia odwołującego z postępowania, dostrzeżenia wymagało, iż:

- po pierwsze, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca obowiązany był posiadać umowę ze spalarnią odpadów na unieszkodliwianie odpadów. W rozdziale VIII *Warunki wymagane od wykonawców i dokumenty uwiarygadniające jakie wykonawcy winni dostarczyć wraz z ofertą* pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą: decyzji wydanej przez właściwy

organ, stosownie do danej grupy odpadów dotyczącej zbierania, transportu i spalania odpadów, zgodnie z ustawą o odpadach (ppkt a rozdziału VIII, pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia); kserokopii decyzji/umowy na unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach 18 01 01, 18 01 06, 18 01 09 zgodnie z wymogami ustawowymi obowiązującymi w tym zakresie oraz umowę/decyzję na składowanie i utylizację odpadów medycznych o kodach 18 01 02* i 18 01 03* zgodnie z wymogami ustawowymi, tj. unieszkodliwianie na terenie województwa wielkopolskiego lub poza województwem, jeżeli odległość od wytwórcy do instalacji jest mniejsza niż w województwie wielkopolskim (ppkt b rozdziału VIII, pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia); kopię umowy ze spalarnią odpadów na unieszkodliwianie odpadów wraz z kopiami koncesji, zezwolenia lub licencji wydanej przez właściwy organ, stosownie do danej grupy odpadów dot. spalania odpadów, zgodnie z ustawą o odpadach (ppkt c rozdziału VIII, pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący zastosował się do tak opisanych wymagań: złożył dwie decyzje dotyczące zbierania i transportu odpadów a także dwie decyzję wydaną dla Szpitala Specjalistycznego w Pile oraz decyzję wydaną dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. na spalanie odpadów wraz z wymaganymi w Rozdziale VIII, pkt 2, ppkt c specyfikacji istotnych warunków zamówienia umowami. Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym, że zamierza powierzyć unieszkodliwianie odpadów dwóm spalarniom: w Szpitalu Specjalistycznym w Pile oraz w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp, załączył jednocześnie oświadczenie, iż odległość od szpitala do spalarni wynosi odpowiednio: 73 km (spalarnia przy Szpitalu Specjalistycznym w Pile) oraz 131 km (spalarnia przy Samodzielnym Publicznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp). W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie ograniczył podwykonawstwa. Odwołujący uczynił zatem zadość wymaganiom zamawiającego postawionym w celu wykazania spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- po drugie, wbrew twierdzeniu zamawiającego, nie jest tak, że jedynie podmiot posiadający decyzję na spalanie odpadów może wykonać przedmiotowe zamówienie. Przepisy ustawy z 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2001 . Nr 62, poz. 628 ze zm.) pozwalają na przekazywanie odpadów, wymagając jednocześnie posiadania na każdym etapie od posiadacza odpadów odpowiednich zezwoleń. Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 13 tej ustawy, posiadaczem odpadów jest każdy, kto faktycznie włada odpadami (wytwórca odpadów, inna osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna), z wyłączeniem prowadzącego działalność w zakresie transportu odpadów; domniemywa się, że władający powierzchnią ziemi jest posiadaczem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Zgodnie z przepisami

art. 25 ust. 1 – 4 ustawy o odpadach, posiadacz odpadów jest obowiązany do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami, wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami. Wytwórca odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami innemu posiadaczowi odpadów; posiadacz odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga zezwolenia. Jeżeli posiadacz odpadów, w tym wytwórca odpadów, przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który ma zezwolenie właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów lub koncesję na składowanie odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych, posiada decyzję, o której mowa w art. 31 lub w art. 32, lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 33 ust. 5, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów. Ponadto zlecający usługę transportu odpadów jest obowiązany wskazać prowadzącemu transport odpadów miejsce odbioru odpadów oraz posiadacza odpadów, do którego należy dostarczyć te odpady.

Dorobek orzecznictwa także potwierdza, że czynności z zakresu utylizacji odpadów w złożonych zamówieniach, agregujących w swym zakresie odbiór, wywóz oraz utylizację odpadów mogą być wykonywane przez podmioty posiadające odpowiednie zezwolenia na odbiór i wywóz odpadów oraz zawarte umowy ze spalarnią. Potwierdza to orzecznictwo dotyczące zachowania wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach zasady bliskości spalarni od miejsca odbioru odpadów, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lipca 2011 r. w spr. KIO 1398/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1293/11 (zmieniony następnie wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z 16 sierpnia 2011 r. w spr. o sygn. IX Ga 183/11 – w związku z odmiennym rozumieniem zasady bliskości), w których nie kwestionuje się samej dopuszczalności posłużenia się przez wykonawcę w postępowaniu, którego przedmiotem jest odbiór, wywóz oraz utylizacja odpadów innym podmiotem (spalarnią odpadów), na podstawie zawartej umowy.

Odmiennie rozumowanie przeczyłoby zresztą istocie postępowania o zamówienie publiczne, jako postępowania z założenia konkurencyjnego, skoro w istocie przedmiot zamówienia mogłyby wykonać jedynie podmioty posiadające uzyskane dla siebie zezwolenie na spalanie odpadów (spalarnie), względnie działające w konsorcjum ze spalarnią. Nadto, jeśli uwzględnić postulaty płynące z konieczności sprostania zasadzie bliskości, wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, należałoby przyjąć, że postępowanie, co do zasady, jest dedykowane wyłącznie dla spalarni położonej najbliżej miejsca odbioru odpadów, względnie podmiotów, które będą ubiegać się o zamówienie publiczne wspólnie z taką spalarnią.

Powyższej oceny nie zmienia przy tym okoliczność, że zamawiający zdawał się kwalifikować postawione w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt b i c specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganie złożenia umowy wraz z kopiami koncesji, zezwolenia lub licencji wydanej przez właściwy organ, stosownie do danej grupy odpadów dot. spalania odpadów, zgodnie z ustawą o odpadach, jako dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Przyjęta w specyfikacji istotnych w warunków zamówienia konstrukcja, w tym wymaganie złożenia umowy ze spalarnią wraz z kopiami koncesji, zezwolenia lub licencji wydanej przez właściwy organ, odpowiada regulacji przewidzianej w ustawie o odpadach, zaś samo wymaganie takiej umowy ze spalarnią, która to spalarnia dopiero obowiązania jest do posiadania odpowiedniego zezwolenia, nie musi oznaczać postawienia wobec wykonawcy wymagania posiadania przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności. Postawienie odpowiedniego wymagania dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, o czym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnia wynikający z odpowiednich przepisów obowiązek lub brak takiego obowiązku posiadania uprawnień. Jak wskazano, przepisy wymagają posiadania odpowiednich zezwoleń na poszczególne czynności, mające za przedmiot odpady, dopuszczają jednak przekazanie posiadania odpadów; w takim wypadku podmiot, któremu odpady zostały przekazane ponosi za nie odpowiedzialność. Z punktu widzenia regulacji powołanej ustawy, istotne jest zatem posiadanie odpowiednich zezwoleń na wszystkich etapach posiadania odpadów. Celem spalarni jest świadczenie usług spalania odpadów z określonego obszaru, w sposób jak najbardziej optymalny (zasada bliskości, oraz obowiązek uwzględnienia najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska).

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 3 pkt 17 ustawy o odpadach, spalarnia odpadów to zakład lub jego część, przeznaczone do termicznego przekształcania odpadów z odzyskiem lub bez odzysku wytwarzanej energii cieplnej, obejmujące instalacje i urządzenia służące do prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów wraz z oczyszczaniem gazów odlotowych i wprowadzaniem ich do atmosfery, kontrolą, sterowaniem i monitorowaniem procesów oraz instalacjami związanymi z przyjmowaniem, wstępnym przetwarzaniem i magazynowaniem odpadów dostarczonych do termicznego przekształcania oraz instalacjami związanymi z magazynowaniem i przetwarzaniem substancji otrzymanych w wyniku spalania i oczyszczania gazów odlotowych. W myśl art. 44 powołanej ustawy, termiczne przekształcanie odpadów może być prowadzone w spalarniach odpadów lub we współspalarniach odpadów, przy czym spalarnie odpadów oraz współspalarnie odpadów

powinny być projektowane, budowane, wyposażane i użytkowane w sposób zapewniający osiągnięcie poziomu termicznego przekształcania, przy którym ilość i szkodliwość dla życia, zdrowia ludzi lub dla środowiska odpadów i innych emisji powstających wskutek termicznego przekształcania odpadów będzie jak najmniejsza.

Powyższe pozwala na ogólną konstatację, że zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganie uwzględniające regulację ustawy o odpadach. Sama zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia została ostatecznie ukształtowana; terminy na jej kwestionowanie upłynęły, zatem zamawiający jest obowiązany na etapie oceny ofert zastosować się do ustalonych w niej reguł. Zmiana znaczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na obecnym etapie, poprzez taką jej interpretację, która nie znajduje odzwierciedlenia w treści jej postanowień, stanowiłaby niedopuszczalną zmianę reguł w trakcie postępowania, nie dającą się pogodzić z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadami przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenia przepisów mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w kontekście wskazanych wyżej okoliczności.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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). Uwzględniono uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego, w wysokości 11.333,00 zł, obejmujące wpis w wysokości 7.500 zł; wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego rachunku, to jest 3.444,00 zł (§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia); koszty noclegu pracownika a zarazem pełnomocnika odwołującego w kwocie 290 zł a także koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pracownika a zarazem pełnomocnika odwołującego, oraz koszty powrotu – w łącznej wysokości 99 zł (na podstawie złożonych potwierdzonych kopii biletów na trasie Poznań - Warszawa oraz z powrotem). Nie

uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów postępowania, w części obejmującej koszty noclegu pełnomocnika odwołującego oraz jego dojazdu na posiedzenie i rozprawę. Uwzględniono w powyższym zakresie okoliczność, że przepisy *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*, w § 3 pkt 2 wymieniają uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (a także przystępującego, który złożył sprzeciw w razie uwzględnienia odwołania), wśród których, w sposób przykładowy, wyszczególniono koszty jako strony (ewentualnie przystępującego): koszty związane z dojazdem na rozprawę, względnie posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynagrodzenie pełnomocników, nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Powyższe oznacza, że ustawodawca do kosztów postępowania zalicza wyłącznie koszty poniesione przez stronę lub wykonawcę przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania, przy czym jedną z kategorii kosztów strony lub przystępującego jest wynagrodzenie jej pełnomocników. Ustawodawca nie przewidział, by kosztem postępowania miał być koszt pełnomocnika, jak przykładowo koszt jego noclegu lub dojazdu na posiedzenie lub rozprawę, przyjmując że wyłącznie wynagrodzenie tego pełnomocnika ponoszone przez stronę w związku z jej zastępstwem stanowi koszt strony lub odpowiednio przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania.

Przewodniczący: