

Sygn. akt KIO/KD 1/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 stycznia 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 24 grudnia 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Zachodniopomorskie Centrum Onkologii w Szczecinie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej [UZP/DKD/KND/18/14, doręczonej Zamawiającemu w dniu 17 grudnia 2014 r.], postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Usługa w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 18 01 02, 18 01 03, 18 01 06 i 18 01 08 wytworzonych na terenie Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii”, przeprowadzonym z naruszeniem *przepisu* art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) [dalej także ustawa Pzp],

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Młacka

Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie podlegają uwzględnieniu.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [Informacja], których przedmiotem była „Usługa w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 18 01 02, 18 01 03, 18 01 06 i 18 01 08 wytworzonych na terenie Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii” Prezes Urzędu w punkcie II.1 podał, że (...) Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał wskazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych z uwzględnieniem dokładnego adresu, województwa oraz odległości w km od miejsca ich wytwarzania, która podlegała następnie ocenie w ramach poza cenowego kryterium oceny ofert „odległość od miejsca wytwarzania do miejsca spalania” o wadze 80 %. Wykonawca X, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jako miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach 18 01 02, 18 01 03, 18 01 06, 18 01 08 wskazał w złożonej ofercie spalarnię w Gorzowie Wlkp. (województwo lubuskie, odległość 120 km). Jednocześnie, w toku postępowania Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy m.in. o wyjaśnienie treści złożonej oferty, bowiem z załączonej decyzji Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 14 stycznia 2011 r., w której Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Wojewódzkiemu przy ul. Walczaka 42 w Gorzowie Wlkp. udzielono zezwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem prowadzenia działalności w zakresie unieszkodliwiania, zbierania i transportu odpadów wynikało, iż spalarnia w Gorzowie Wlkp. umożliwi unieszkodliwienie odpadu o kodzie 18 01 08 w ilości mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego w postępowaniu - 9 500 kg/rok - tj. jedynie 3 000 kg/rok. Z uwagi na powyższe Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie wskazanej niezgodności i ewentualnie wskazanie spalarni, w której unieszkodliwiane mogą być pozostałe odpady, nieobjęte decyzją dla spalarni w Gorzowie, z uwzględnieniem zasady bliskości wynikającej z art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zgodnie z którą unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, powinno być realizowane na terenie województwa, na terenie którego są wytwarzane. W sytuacji wskazania drugiej spalarni Zamawiający zwrócił się z prośbą o dołączenie decyzji zezwalających na unieszkodliwianie odpadów medycznych dla tej spalarni oraz określenie, jakie ilości określonego odpadu będą tam unieszkodliwiane. W odpowiedzi na powyższe wykonawca X przekazał Zamawiającemu oświadczenie w którym wskazał, że odpady o kodzie 18 01 08

poza wskazaną spalarnią w Gorzowie Wlkp. będą spalane w spalarni w Nowej Soli w ilości 6 500 kg/rok oraz załączył żądane decyzje dla spalarni w Nowej Soli z dnia 05.04.2004 r. oraz 19.12.2007 r., jak również umowę nr 12/2013 zawartą w dniu 10.01.2013 r. pomiędzy wykonawcą X oraz SP ZOZ w Nowej Soli". Prezes Urzędu w zakresie tego punktu wskazał, że (...) Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Z kolei z art. 87 ust. 1 ustawy wynika, iż po otwarciu ofert dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści jest niedopuszczalne. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty jednak takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty, a ograniczać się muszą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofertach. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nie jest dopuszczalne uzupełnianie przez wykonawcę, w trybie wskazanym w art. 87 ust. 1 ustawy treści zawartych w ofercie. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 201/14): „Pozyskanie informacji w ramach wyjaśnień (art. 87 ust. 1 p.z.p.) nie jest możliwe, jeżeli wyjaśnienia składane są co do treści, której oferta nie zawiera. Pozyskanie tych informacji oznaczałoby uzupełnienie (zmianę) treści oferty po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne (art. 84 ust. 1 p.z.p. a contrario)". Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych przedmiotowego postępowania, stwierdzić należy, iż w wyniku udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę X w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doszło do wskazania dodatkowego miejsca utylizacji. Zamawiający akceptując wyjaśnienia wykonawcy dopuścił do sytuacji, w której doszło do zmiany treści oferty, co należy uznać za naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 ustawy. Jednocześnie, zgodnie z § 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zobowiązał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do przestrzegania przepisów ustawy o odpadach wraz z przepisami wykonawczymi. Z kolei z art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach wynika, iż dopuszcza się unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż te, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Zgodnie z ofertą wykonawcy X wszystkie odpady miały być przekazywane w 87 % do spalarni w Gorzowie Wielkopolskim (woj. lubuskie), a w 13 % do spalarni w Nowej Soli (woj. lubuskie). Z kolei, zgodnie z decyzją nr WOŚ.II.7243.28.8.2012.BK z dnia 4 stycznia 2013 r. wydaną przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, udzielającą pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem

warunków przewidzianych dla zezwolenia na unieszkodliwianie odpadów i w związku z eksploatacją instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych w Gryficach (woj. zachodniopomorskie), ilości wytwarzanych przez Zamawiającego odpadów o kodach 18 01 02 i 18 01 03 mieściły się w ilościach wskazanych w decyzji dla spalarni w Gryficach. Wykonawca X unieszkodliwiając odpady medyczne o kodach 18 01 02 oraz 18 01 03 we wskazanych w ofercie zakładach w Gorzowie Wlkp. lub Nowej Soli, w sytuacji gdy instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w Gryficach na terenie województwa zachodniopomorskiego posiadała wolne moce przerobowe, naruszyłby zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach”. Wskazał również, że unieszkodliwianie odpadów z naruszeniem zasady bliskości byłoby niezgodne z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, jak i z zapisem § 1 pkt 2 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ, zobowiązującym wykonawców do wykonywania przedmiotu umowy zgodnie z treścią ww. ustawy. Tym samym oferta wykonawcy X, jako naruszająca zasadę bliskości, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ”.

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym oraz prawnym Zamawiający poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty wykonawcy X po upływie terminu składania ofert oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, dopuścił się naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W punkcie 2 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu podał, że (...) Zamawiający w rozdziale XV SIWZ - Kryteria oceny ofert - wskazał, iż w przypadku wskazania przez wykonawcę więcej niż jednej spalarni, zobowiązany jest do wskazania ilości i rodzajów odpadów kierowanych do określonych spalarni. Wykonawca Y wskazał jako miejsce unieszkodliwiania odpadów zakład w Gryficach (województwo zachodniopomorskie, odległość 105 km), w Gorzowie Wlkp. (województwo lubuskie, odległość 120 km) oraz Gdańsku (województwo pomorskie, odległość 377 km), przy czym ww. wykonawca zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, samoistnie uzupełnił informację o ilości odpadów planowanych do unieszkodliwienia w poszczególnych spalarniach pocztą elektroniczną w dniu 25.11.2013 r., w więc po upływie terminu składania ofert. Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Zmiana taka po upływie ww. terminu jest niedopuszczalna”. Prezes Urzędu wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1288/14), w którym Izba stwierdziła, że „uzupełnienia czy wyjaśnienia (na

podstawie art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 p.z.p.) muszą być składane w ściśle uregulowanym przez ustawodawcę trybie, tj. być poprzedzone wezwaniem zamawiającego i co do zasady mieć określony termin ich udzielenia. Wykonawca wobec ustawowo uregulowanego trybu postępowania nie może samodzielnie i swobodnie udzielać wyjaśnień i uzupełniać dokumentów, a jeśli to robi musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami swoich czynności". Zdaniem Izby, niedopuszczalne jest uzupełnienie oferty po terminie składania ofert, czy to z inicjatywy wykonawcy, czy też po wezwaniu zamawiającego. Zatem, stwierdzić należy, iż w wyniku samoistnego uzupełnienia oferty przez wykonawcę Y doszło do niedopuszczalnej zmiany jej treści po upływie terminu składania ofert.

Stosownie do treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty składanej przez wykonawcę musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożenie przez wykonawcę oferty, której treść nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkuje jej odrzuceniem stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta niezawierająca obligatoryjnie wymaganego wskazania ilości i rodzajów odpadów kierowanych do określonych spalarni, w przypadku wskazania w ofercie więcej niż jednej spalarni, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie powinien uznać za skuteczne uzupełnienia oferty w zakresie ww. informacji po upływie terminu składania ofert. Działanie takie mogłoby bowiem doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy".

Prezes Urzędu stwierdził, że powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu podał, że (...) Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych wskazał, iż wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej winien przedłożyć dokument wystawiony w kraju w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Natomiast ogłoszenia o zamówieniu zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego oraz w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie nie zawierały informacji dotyczącej obowiązku

przedłożenia ww. dokumentu w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Prezes Urzędu wskazał, że (...) Zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób, nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych”.

W konkluzji Prezes Urzędu stwierdził, że zawarcie odmiennego katalogu wymaganych dokumentów, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego i w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie, od katalogu dokumentów wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, narusza art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy.

W punkcie 4 Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu podał, że Zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2013 r., działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy X o uzupełnienie oferty m.in. o informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert na kwotę min. 100 000 zł. Prezes Urzędu wskazał jednocześnie, że ten wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia załączył na s. 72 oferty zaświadczenie PKO BP S.A. wystawione w dniu 19.11.2013 r., z którego wynikało, iż wykonawca X posiada zdolność kredytowaną kwotą 150 000,00 zł. Zatem, z uwagi na fakt, iż ww. wykonawca załączył dokument wymagany w SIWZ na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy X do uzupełnienia ww. dokumentu, albowiem zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego m.in. oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy.

Prezes Urzędu stwierdził, że powyższym działaniem Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, stwierdził w pierwszej kolejności, że (...) Dokonując prawidłowych ustaleń faktycznych kontrolujący dokonał jednak wysnucia niesłusznych - zdaniem kontrolowanego wniosków, albowiem, jakkolwiek istotnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, (choć nie wszystkich wskazanych w Informacji), to naruszenie to nie miało wpływu na jego wynik”.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp [punkt 3 Informacji o wyniku kontroli] stwierdził, że to naruszenie nie miało (...) jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Rynek transportu niebezpiecznymi odpadami medycznymi jest ograniczony do kilku konkurujących przedsiębiorców i nic ma podmiotu, którego siedziba mieściłaby się poza granicami kraju. Ponadto potencjalni, wykonawcy informacje o przetargu czerpią niemal wyłącznie z Biuletynu Zamówień Publicznych. Z identycznym naruszeniem przepisów ustawy został przeprowadzony wcześniejszy przetarg nieograniczony (unieważniony), w którym wpłynęły dwie oferty złożone przez, znanych zamawiającemu, wykonawców. Toteż w kolejnym przetargu złożenie dwóch ofert przez konkurujące firmy nie może skutkować wnioskiem, iż pominięcie w ogłoszeniu, na stronie internetowej i na tablicy ogłoszeń, informacji dla wykonawcy, dotyczącej obowiązku przedłożenia, dokumentu wystawionego w kraju, w którym ma on siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, mogło mieć wpływ na wynik postępowania. To stwierdzenie wypływa z faktu, iż takich potencjalnych wykonawców nie było. Nadto zamawiający sanowałby ów brak poprzez instytucję uzupełnienia dokumentów oferty”.

Podobne stanowisko, co do braku wpływu na wynik tego postępowania, przedstawił odnośnie pozostałych zarzutów [z punktu 1 i 2 Informacji], podkreślając jednocześnie ich nietrafność. Zdaniem Zamawiającego, (...) w szczególności nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy, albowiem wzywając wykonawcę X do uzupełnienia dokumentów i informacji w kwestii spalania odpadów o kodzie] 80108, przy jednoczesnym samoistnym ich uzupełnieniu (po otwarciu ofert) przez Y, o dwa dokumenty: brakującej w ofercie informacji określającej, jakie ilości i poszczególne rodzaje odpadów będą spalane w poszczególnych spalarniach oraz wykaz usług; nie mógł naruszyć uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców, gdyż tożsame czynności i skutki powstały w stosunku do obu wykonawców. Jakkolwiek w przypadku jednej z firm nastąpiło to z

inicjatywy zamawiającego, a przypadku drugiej z inicjatywy tego wykonawcy, to sytuacja obu wykonawców pozostawała tożsama, co potwierdza ustalenie kontroli". Dalej podał, że (...) Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w specyfikacji w rozdz. VII Opis sposobu przygotowania oferty oraz opis warunków udziału w postępowaniu w pkt. 6.3.1. w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę uprawnień do wykonywania działalności w zakresie transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych. zamawiający zażądał załączenia do oferty ważnego zezwolenia na transport, i zezwolenia na unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych medycznych (o kodach 180102, 180103, 180106 i 180108), Natomiast w przypadku wykonywania, zamówienia przez podwykonawcę wykonawca zobowiązany był przedłożyć zarówno pozwolenie dla siebie, jak i podwykonawcy, na odpowiednio wykonywane przez nich części zamówienia (transport i unieszkodliwianie odpadów). Z kolei w celu zachowania zasady bliskości, o której mowa w art.. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U, z 2013, poz. 21), zamawiający w rozdz.. XV Kryteria oceny wprowadził dwa kryteria oceny: odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca spalania i cenę, przy czym cenie nadał wagę 20%, Ponadto zamawiający przewidując wskazanie przez wykonawców więcej niż jednej spalarni, oczekiwał w takim przypadku wskazania ilości i rodzaju odpadów kierowanych do określonych spalarni, bowiem wówczas punkty za odległość miały być policzone za odległość dla każdej spalarni i przemnożone przez udział procentowy odpadów kierowanych do danej spalarni. Warunkiem dojścia danej oferty do etapu oceny pod względem, kryteriów było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Jak wiadomo ustawodawca w art. 26 ust, 3 Pzp nakazał zamawiającemu przeprowadzenie procedury uzupełniania dokumentów, co jak wynika z przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający uczynił w zakresie pkt 63.1. s.i.w.z". Zdaniem Zamawiającego, (...) celem art. 26 ust. 3 Pzp jest stworzenie możliwości uzyskania ofert poprawnych pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo pierwotnych braków lub uchybień, Uzupełnianie dokumentów dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, Ze oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a także pełnomocnictw. Po szczegółowym zweryfikowaniu ofert w dniu 27.11.2013 roku zamawiający wysłał do obu wykonawców pisma wzywające do uzupełnienia dokumentów oraz do wyjaśnienia treści złożonych ofert. (Wykonawca, który z własnej inicjatywy uzupełnił dokumenty, nie uzupełnił wszystkich wymaganych.) Obaj wykonawcy uzupełnili, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, wymienione w pismach dokumenty. Po uzupełnieniu dokumentów komisja przetargowa najpierw dokonała oceny warunków udziału w

postępowaniu, a następnie merytorycznej oceny ofert. Podczas prac komisji przetargowej dokonano szczegółowego obliczenia liczby punktów dla poszczególnych ofert. Na tej podstawie określono wykonawcę, który uzyskał, najwyższą liczbę punktów". Zamawiający podkreślił, że obie oferty złożone w postępowaniu PN-54/13, wymagały uzupełnienia w zakresie miejsca unieszkodliwiania, odpadów, albowiem de facto żadna z ofert złożonych pierwotnie nie spełniała warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie mogła zostać oceniona. Na poparcie takiego stanowiska kontrolowany odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2014 r. [KIO 1466/14], w którym stwierdzono, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu (bądź nawet wydaje się wynikać, że wykonawca warunku nie spełnia) - ustawa daje bowiem możliwość wykonawcy konwalidowania oferty. Wskazał również na wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. [KIO 1307/14], w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, w zakresie których zamawiający zobligowany będzie do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia należy uznać również takie oświadczenia lub dokumenty, z których nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem kontrolowanego w wyniku uzupełniania dokumentów nie doszło do zmiany treści oferty w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 180102, 180103, 180106 i 180108 wytworzonych na terenie Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii. Zwrócił również uwagę, że jeżeli stanowisko kontrolowanego jest błędne i do takowej zmiany istotnie doszło, to nie może ująć" uwadze, iż zarzut ten {...} dotyczyłby jednakowo obu, a zarazem wszystkich ofert, które zostały złożone w postępowaniu. W takich zaś okolicznościach, odrzucenie ofert i kolejne unieważnienie postępowania, przy wcześniejszym unieważnieniu, stanowiło prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, co do braku możliwości usuwania medycznych odpadów niebezpiecznych z terenu podmiotu leczniczego - jedyne na terenie województwa zachodniopomorskiego udzielającego świadczeń medycznych pacjentom onkologicznym w przedmiocie leczenia radioterapią i udzielającego w dużym zakresie w skali województwa świadczeń chemio - terapeutycznych jako działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, skutkujące zagrożeniem sanitarno-epidemiologicznym, unieruchomieniem działalności podmiotu leczniczego i niewyobrażalnymi wręcz konsekwencjami w sferze majątkowej, a co najistotniejsze w sferze ludzkiej i najważniejszego dobra -- zdrowia i życia". Zdaniem Zamawiającego (...) W powyższych okolicznościach sprawy należałoby raczej mówić o przymusowej - patowej sytuacji zamawiającego, która w prawie uznawana jest jako stan wyższej

konieczności”. Ponownie podkreślił, że (...) sytuacja obu wykonawców była jednakowa, nie doznał ograniczeń tylko jeden z wykonawców, a wręcz przeciwnie obaj wykonawcy zachowali tą samą pozycję, czyli obaj uzupełniając dokumenty/ofertę - zgodnie ze stanowiskiem kontrolującego - doprowadzili do zmiany treści oferty po terminie jej składania”. Wskazał również (...) na sytuację prawną towarzyszącą kontrolowanemu zamówieniu. Było ono wszczęte (ogłoszenie o zamówieniu) w trakcie blisko rocznego obowiązywania nowej ustawy o odpadach bardzo wyraźnie akcentującej zasadę bliskości unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w obrębie tego samego województwa. Jednocześnie utrzymano część przepisów wykonawczych obowiązujących pod rządami poprzedniej ustawy (np.: dotyczących ewidencji odpadów) i zamierzano wydać inne przepisy wykonawcze istotne dla zamówienia (wydano np.: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 13 stycznia. 2()14 r. w sprawie dokumentu potwierdzającego unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych, lub zakaźnych odpadów weterynaryjnych). W dodatku przepisy „stare i „nowe” jakie obowiązywały w trakcie realizacji zamówienia PN-54/13 nie były ze sobą spójne. Stąd przewidywano, że przedłożone w postępowaniu oferty mogą wymagać uzupełnień, co w istocie nastąpiło. Kontrolujący dokonując rozważań na temat zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach zarzucił ofercie X naruszenie tej zasady, wobec niewskazania dla odpadów o kodach 180102, 180103 spalarni w Gryficach. Stanowisko to jest mylne z kilku powodów, a mianowicie choćby z faktu, iż zamawiający nie dzielił zamówienia na poszczególne podgrupy odpadów. Taki podział nie jest możliwy ze względów logistycznych. Nadto art. 20 ust, 6 ustawy o odpadach aprobuje spalanie odpadów poza granicami danego województwa, gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych”. Także zwrócił uwagę, że (...) zamawiający wysłał pismo do Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z siedzibą w Szczecinie dotyczące przedmiotu zamówienia i możliwości spalania odpadów poza województwem zachodniopomorskim. Z otrzymanej odpowiedzi wynikało, iż Inspektorat nie widzi przeciwwskazań do unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych u zamawiającego poza obszarem województwa zachodniopomorskiego.”

Odnosnie zarzutu z punktu 4 Informacji o wyniku kontroli podał, że wezwanie do uzupełnienia oferty X o dokument potwierdzający fakt znajdowania, się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia, który de facto znajdował się w ofercie wykonawcy, stanowiło (...) przeoczenie komisji, którego nic można zaliczyć do naruszeń ustawowych. Tym bardziej, iż uwaga wykonawcy przekazana zamawiającemu w dowolnej formie np. telefonicznej, wystarczyła do wykrycia owej omyłki.” W ocenie zamawiającego dołożył (...) staranności, aby

postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i zasadą uczciwej konkurencji, a w wyniku uzupełniania dokumentów nie doszło do zmiany treści oferty w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 180102, 180103, 1801061 180108. Także w tym zakresie powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. (...) w wyroku z dnia 3 sierpnia 2011 r. [KIO 1550/11] przyjęła, że art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1. pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą zagadnień odrębnych, gdyż zakres regulacji wymienionych przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest jak najbardziej możliwe”. Zdaniem Zamawiającego (...) rozdzielenie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy w przeciwieństwie do pkt 2, nie jest możliwe (...), co ma potwierdzać wyrok z dnia 9 sierpnia 2008 r. [KIO/UZP 1330/10; KI.O/UZP 1531/10; KIO/UZP 1535/10], w którym zauważono, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”. Zamawiający podkreślił, że (...) Przyjęcie za słuszne zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie skutkuje jednoczesnym wnioskiem, iż miało to lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wskazano bowiem wyżej --- obie pierwotne oferty nie spełniały wymogów specyfikacji, a po ich uzupełnieniu korzystniejszą ofertą była oferta X. Natomiast odrzucenie obu ofert i unieważnienie postępowania nie byłoby wynikiem postępowania, bowiem wynikiem jest dokonany wybór oferty”.

W reasumpcji Zamawiający w szczególności podał, że jego zdaniem, objęte kontrolą doraźną postępowanie było, prawdopodobnie, ostatnim postępowaniem o charakterze konkurencyjnym, otwartym dla podmiotów komercyjnych oraz, że dotychczas (...) Rynek tych podmiotów realizujących usługę transportu -zakaźnych odpadów medycznych wytworzonych na terenie województwa zachodniopomorskiego był rynkiem o bardzo ograniczonej (do 3-4 podmiotów), wręcz patologicznej, konkurencji”. Podniósł także, że (...) W świetle przeprowadzonej, w miesiącu listopadzie br analizy potencjalnych miejsc unieszkodliwiania odpadów medycznych, których wytwórcą jest ZCO, stwierdzono, że na terenie naszego województwa jest tylko jeden podmiot który, w myśl ustawowej zasady bliskości, może dokonać tej czynności. Jest to Zespół Samodzielnych Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej Medicam w Gryficach. Uzyskał on, w

roku. bieżącym, nową decyzją administracyjną, która zezwala na unieszkodliwienie wszystkich odpadów niebezpiecznych wytwarzanych w ZCO. Stanowi to wystarczającą przesłankę do udzielenia zamówienia publicznego trybem z, wolnej ręki. Usługa transportu odpadów jest przy tym czynnością o wartości nieprzekraczającej równowartości 30 000 Euro i także może być zrealizowana przez wskazany wyżej, publiczny Zespół SPZOZ, na podstawie odrębnego zamówienia. ZCO finalizuje czynności związane z udzieleniem zamówienia na transport odpadów oraz zamówienia publicznego na ich unieszkodliwienie w następujących tatach (umowa zawarta wskutek postępowania Nr PN-54/13 wygasa z końcem bieżącego roku)". Przedkładając wnioś (...) o uwzględnienie wniesionych zastrzeżeń do wyniku kontroli i przyjęcie, że Zachodniopomorskie Centrum Onkologii nie wypaczyło swoimi działaniami, wyników postępowania PN-54/13. a w szczególności zwrócenie uwagi na dążenie zamawiającego do zakończenia postępowania udzieleniem stosownego zamówienia, oraz na fakt jednakowego - nienaruszającego zasady uczciwej konkurencji - traktowania obydwu wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia, odnosząc się do powyższych kwestii i powołując się na ustalenia z Informacji o wyniku kontroli doraźnej, stwierdził, że nie uwzględnia zastrzeżeń dotyczących naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Usługa w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 18 01 02, 18 01 03, 18 01 06 i 18 01 08 wytworzonych na terenie Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii”.

W odniesieniu do stwierdzonego w pkt 1 i 2 informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu podał, że (...) Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach powołuje się na zasadę uczciwej konkurencji, wskazując, iż poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy pierwotnie złożone przez nich oferty nie mogły podlegać ocenie z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ, dążył do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie dopuścił samowolne uzupełnienie treści oferty przez wykonawcę Y oraz dopuścił do zmiany treści oferty wykonawcy X w wyniku udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień. Z powyższego wynika, iż Zamawiający w sposób preferencyjny

potraktował wykonawców, którzy złożyli oferty, uzasadniając dopuszczenie do zmiany ich treści faktem, że byli to jedyni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, a ich odrzucenie skutkowałoby koniecznością ponownego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp". Wskazał także, że (...) wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje koniecznością dokonania rzetelnej oceny ofert i nie może uzasadniać zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponieważ wykonawca X nie wskazał w pierwotnie złożonej ofercie dodatkowego miejsca utylizacji, a wykonawca Y nie zawarł w ofercie ilości i rodzajów odpadów kierowanych do określonych spalarni, zatem ich oferty nie odpowiadały wymogom specyfikacji w tym zakresie i uniemożliwiały ich ocenę w ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (odległość od miejsca wytwarzania do miejsca spalania o wadze 80%). Zauważył również, że (...) wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są profesjonalistami w branży odpadów medycznych, tym samym powinni dołożyć należytej staranności wypełniając formularz ofertowy, tak aby nie ponosić negatywnych konsekwencji swoich błędów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1895/09) wskazała, iż: „Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, w jaki został przewidziany. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularz oferty, który z natury rzeczy jako określający treść zaoferowanego świadczenia, nie może ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań, a w szczególności odnoszących się do treści oferty. Postawienie znaku równości ofert, które spełniają postawione wymagania graniczne, z takimi, które ich nie spełniają zawsze narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców i respektowania reguł uczciwej konkurencji". Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że (...) Braki w ofertach ww. wykonawców skutkujące koniecznością ich odrzucenia wynikały w głównej mierze z nienależytego wypełnienia formularza ofertowego, zatem nie dotyczyły one dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które wykonawca mógłby uzupełnić po uprzednim wezwaniu przez Zamawiającego na podstawie art.

26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz treści oferty. Zatem, przytoczone przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest nieadekwatne do naruszeń stwierdzonych w niniejszym postępowaniu". Odnosząc się do kwestii naruszenia przez Zamawiającego zasady bliskości oraz przywołanej przez Zamawiającego opinii Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Szczecinie z dnia 24.12.2013 r., Prezes Urzędu wskazał, że (...) powołanie się przez Zamawiającego na stanowisko, iż: „na podstawie danych zawartych w piśmie z dnia 11 grudnia 2013 r. w zakresie masy odpadów medycznych przewidzianych do wytworzenia w roku 2014 oraz na podstawie zapisów w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego w zakresie braku możliwości unieszkodliwiania na terenie województwa zachodniopomorskiego wszystkich odpadów medycznych, Inspektorat nie widzi przeciwwskazań do unieszkodliwiania tych odpadów poza obszarem województwa zachodniopomorskiego", nie przesądza o prawidłowości jego działań". Podkreślił, że (...) Prezes Urzędu nie stawia Zamawiającemu zarzutu, iż za niedopuszczalne uznać należało wywiezienie przez wykonawcę X większości odpadów wytworzonych przez Zamawiającego poza teren województwa zachodniopomorskiego. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdzono bowiem, iż unieszkodliwianie odpadów o kodach 18 01 02 i 18 01 03 (a więc części wytworzonych u Zamawiającego) poza terenem województwa zachodniopomorskiego narusza zasadę bliskości. Z treści art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach wynika, iż dopuszcza się unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego, niż te, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Za naruszenie zasady bliskości uznać należało unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach 18 01 02 i 18 01 03 we wskazanych w ofercie X zakładach w Gorzowie Wlkp. lub Nowej Soli w sytuacji gdy instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w Gryficach na terenie województwa zachodniopomorskiego posiadała wolne moce przerobowe do spalania ww. kategorii odpadów. Zamawiający w piśmie z dnia 11.12.2013 r. wskazywał Wojewódzkiemu Inspektoratowi Ochrony Środowiska w Szczecinie, iż zgodnie z decyzją Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego udzielającą pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem warunków przewidzianych dla zezwolenia na unieszkodliwianie w spalarni w Gryficach nie można unieszkodliwić wszystkich odpadów o kodzie 18 01 06 i 18 01 08, nie wskazując jednocześnie, iż zgodnie z wiedzą Zamawiającego (co wynika wprost z pisma z dnia 27.11.2013 r. skierowanego do wykonawcy Y) ww. spalarnia posiada zdolność utylizacji

wszystkich odpadów o kodach 18 01 02 i 18 01 03 wytworzonych w Zachodniopomorskim Centrum Onkologii”. W konkluzji Prezes Urzędu stwierdził, że (...) opinia Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z uwagi na brak odniesienia się przez ww. organ do stanu faktycznego, w oparciu o który sformułowano naruszenie, nie może stanowić podstawy do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który badając występujący w sprawie stan faktyczny wziął pod uwagę wszelkie dokumenty oraz wyjaśnienia przedstawione przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzonej kontroli doraźnej”. Zatem, wykonawca X oferując unieszkodliwienie odpadów medycznych o kodach 18 01 02 oraz 18 01 03 we wskazanych w ofercie zakładach w Gorzowie Wlkp lub Nowej Soli, w sytuacji gdy instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w Gryficach na terenie województwa zachodniopomorskiego posiadała wolne moce przerobowe, naruszył – zdaniem Prezesa Urzędu - zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Jednocześnie, odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, iż naruszenie stwierdzone w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej pozostawało bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania wskazał, że ocena oferty wykonawcy X w przedmiotowym postępowaniu została dokonana z naruszeniem art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz, że przy dokonaniu oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta wykonawcy X nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem podlegałaby odrzuceniu. Zatem, zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem gdyby Zamawiający zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji dokonał rzetelnej oceny ofert, zamówienie nie zostałoby udzielone wykonawcy X W związku z powyższym podtrzymał stwierdzone w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz stwierdzone w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stwierdzonego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zawarcie odmiennego katalogu wymaganych dokumentów w przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego i w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie, od katalogu dokumentów wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, Prezes Urzędu stwierdzając, że Zamawiający nie podważył ustaleń poczynionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, [tj., że katalog dokumentów wymaganych od wykonawców został sformułowany odmiennie w ogłoszeniu publikowanym na stronie

internetowej i w siedzibie Zamawiającego w stosunku do ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych] podkreślił ponownie, że informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, niezależnie od miejsca jego publikacji, muszą być spójne. Jednocześnie, zgodził się z argumentem, iż naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania, niemniej tytułem wyjaśnienia podał, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wskazuje na wszystkie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzone w toku jej przeprowadzania, a nie tylko naruszenia, które stanowiły podstawę do jej wszczęcia na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy i miały wpływ na wynik postępowania. W konkluzji podtrzymał stwierdzone w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do stwierdzonego w pkt 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na nieuprawnione wezwanie wykonawcy X do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 100 000 zł, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający nie podniósł nowych argumentów, które stanowiłyby podstawę do zmiany stanowiska w zakresie wskazanego w punkcie 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia i podtrzymał zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie podważył ustaleń Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a wręcz przeciwnie przyznał, że kontrolujący dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych. Jednocześnie stwierdził, że jego zdaniem, jakkolwiek istotnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, (choć nie wszystkich

wskazanych w Informacji), to naruszenie to nie miało wpływu na jego wynik. Izba przede wszystkim stwierdza, że Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej zobowiązany jest wskazać wszystkie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzone w toku jej przeprowadzania, a nie tylko naruszenia, które stanowiły podstawę do jej wszczęcia na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy i miały wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy, uwzględnienie zastrzeżeń byłoby niezasadne.

Odnosnie zarzutu, naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - stwierdzonego w pkt 1 i 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej [Informacja] – Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje koniecznością dokonania rzetelnej oceny ofert i nie może uzasadniać zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarówno wykonawca X, jak i wykonawca Y złożyli oferty których treść nie odpowiada treści specyfikacji – odpowiednio wykonawca X - nie wskazał w pierwotnie złożonej ofercie dodatkowego miejsca utylizacji, a wykonawca Y nie zawarł w ofercie ilości i rodzajów odpadów kierowanych do określonych spalarni, a zatem ich oferty nie odpowiadały w tym zakresie wymaganiom specyfikacji i uniemożliwiały ich ocenę w ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (odległość od miejsca wytwarzania do miejsca spalania o wadze 80%). Izba podkreśla, że weryfikacji ofert, można dokonywać tylko w oparciu o postanowienia specyfikacji, które są wiążące zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego. Zmiana tych postanowień, bądź ich dowolna interpretacja po złożeniu ofert nie jest dopuszczalna. Dokonując następnie oceny ofert, można opierać się wyłącznie na dołączonych do oferty dokumentach, w tym przypadku na formularzu oferty, który z natury rzeczy, jako określający treść zaoferowanego świadczenia, nie może ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi ustawą Pzp przypadkami składania wyjaśnień i prostowania omyłek. Tak jak podał Prezes Urzędu wadliwość ofert wskazanych wykonawców skutkująca koniecznością ich odrzucenia wynikała w głównej mierze z nienależytego wypełnienia formularza ofertowego - treści oferty, a nie z dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które mogły podlegać uzupełnieniu [po uprzednim wezwaniu przez Zamawiającego] na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Także za naruszenie zasady bliskości w rozumieniu art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach należało uznać unieszkodliwianie w zakładach w Gorzowie Wlkp

lub Nowej Soli - we wskazanych w ofercie X - odpadów medycznych o kodach 18 01 02 i 18 01 03 w sytuacji, gdy instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w Gryficach na terenie województwa zachodniopomorskiego posiadała wolne moce przerobowe do spalania ww. kategorii odpadów. Zamawiający, kierując pismo z dnia 11.12.2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Szczecinie i wskazując na decyzję Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego udzielającą pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem warunków przewidzianych dla zezwolenia na unieszkodliwianie w spalarni w Gryficach i brakiem możliwości unieszkodliwiania wszystkich odpadów o kodzie 18 01 06 i 18 01 08, nie wskazał jednocześnie, że zgodnie z jego wiedzą - tak jak ustalił Prezes Urzędu - (pismo z dnia 27.11.2013 r. skierowane do wykonawcy Y) wymieniona spalarnia posiada zdolność utylizacji wszystkich odpadów o kodach 18 01 02 i 18 01 03 wytworzonych w Zachodniopomorskim Centrum Onkologii. Zatem opinia Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska nie odnosi się do stanu faktycznego, w oparciu o który sformułowano wskazane naruszenie, i tym samym wykonawca X, oferując unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach 18 01 02 oraz 18 01 03 we wskazanych w ofercie zakładach w Gorzowie Wlkp lub Nowej Soli, w sytuacji gdy instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w Gryficach na terenie województwa zachodniopomorskiego posiadała wolne moce przerobowe, naruszył zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Stwierdzone w punkcie 1 Informacji nieprawidłowości, miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, albowiem ocena oferty wykonawcy X została dokonana z naruszeniem art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, [oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu] i tym samym przedmiotowe zamówienie nie mogło być udzielone wykonawcy X. Reasumując Izba stwierdza, że okoliczności faktyczne podane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej potwierdzają naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie jej punktu 1.

Także dokumentacja sprawy potwierdza, omówione w punkcie 2 Informacji, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy Y. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV SIWZ - Kryteria oceny ofert - w przypadku wskazania przez wykonawcę więcej niż jednej spalarni, wykonawca był zobowiązany do wskazania ilości i rodzajów odpadów kierowanych do określonych spalarni. Wykonawca Y wskazał, jako miejsce unieszkodliwiania odpadów zakład w Gryficach (województwo zachodniopomorskie, odległość 105 km), w Gorzowie Wlkp. (województwo lubuskie, odległość 120 km) oraz Gdańsku (województwo pomorskie, odległość 377 km), oraz samoistnie - pocztą elektroniczną w dniu 25.11.2013 r. po

upływie terminu składania ofert [zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego] - uzupełnił informację o ilości odpadów planowanych do unieszkodliwienia w poszczególnych spalarniach. Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zmienić ofertę wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert. Dokonanie takiej zmiany po upływie wskazanego terminu jest niedopuszczalne. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i na co zwrócił uwagę Prezes Urzędu po upływie terminu do składania ofert uzupełnienia, czy wyjaśnienia oferty (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, czy art. 90 ust. 1 Pzp) mogą być następować w ściśle uregulowanym przez ustawodawcę trybie, a mianowicie musi je poprzedzać wezwanie zamawiającego i, co do zasady muszą mieć określony termin ich udzielenia oraz ta procedura nie może – z zastrzeżonymi w ustawie Pzp wyjątkami - prowadzić do uzupełnienia oferty po terminie składania ofert. W tej sprawie w wyniku samoistnego uzupełnienia oferty przez wykonawcę Y doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert. Reasumując Izba stwierdza, że okoliczności faktyczne podane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej potwierdzają naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie jej punktu 2.

W odniesieniu do stwierdzonego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający nie podważył ustaleń kontrolującego, że katalog dokumentów wymaganych od wykonawców został sformułowany odmiennie w ogłoszeniu publikowanym na stronie internetowej i w siedzibie Zamawiającego w stosunku do ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych. Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, niezależnie od miejsca jego publikacji, muszą być spójne. Tym samym okoliczności faktyczne tej sprawy potwierdzają wskazane w punkcie 3 Informacji naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stwierdzonego w pkt 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy - nieuprawnione wezwanie wykonawcy X do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 100 000 zł - Zamawiający potwierdził, że takie wezwanie było nieuzasadnione, wynikało z wadliwej czynności komisji przetargowej [jak podał: „przeoczenie komisji”], albowiem wykonawca X w celu potwierdzenia spełnienia warunku załączył na s. 72 oferty wymagany specyfikacją

dokument - zaświadczenie PKO BP S.A. z datą 19.11.2013 r. - z którego wynikało, że wykonawca posiada zdolność kredytowaną na kwotę 150 000,00 zł. Zatem, z uwagi na ten fakt Zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu, i tym samym kierując do wykonawcy X takie wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp naruszył wskazany przepis ustawy.

W konkluzji Izba stwierdza, że w niniejszym stanie faktycznym sprawy – Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Usługa w zakresie transportu do spalarni oraz wykonanie przez spalarnię usługi unieszkodliwiania metodą termiczną odpadów medycznych niebezpiecznych o kodach 18 01 02, 18 01 03, 18 01 06 i 18 01 08 wytworzonych na terenie Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii” naruszył wskazany w Informacji o wyniku kontroli doraźnej art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

