

WYROK

z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Protokolarz: **Piotr Kur**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **ZUO International Sp. z o.o. ul. Słubicka 50, 69-100 Kunowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. ul. Saperska 23, 64-100 Leszno**

przy udziale wykonawcy **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 stycznia 2021 r. oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 30 grudnia 2020 r.
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. ul. Saperska 23, 64-100 Leszno** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ZUO International Sp. z o.o. ul. Słubicka 50, 69-100 Kunowice** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od **Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **ZUO International Sp. z o.o. ul. Słubicka 50, 69-100 Kunowice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 169/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zakład Oczyszczania Sp. z o.o. ul. Saperska 23, 64-100 Leszno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, numer referencyjny: ZP.PN.24.2020, ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 219-538035 w dniu 10 listopada 2020 r. („Postępowanie”).

Odwołujący: ZUO International Sp. z o.o. w Kunowicach działając na podstawie art. 513 ustawy Pzp („Nowe PZP”) i art. 505 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 a w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Pzp („Przepisy Wprowadzające”) zaskarżył czynności przez zamawiającego polegające na (i) odrzuceniu w dniu 30 grudnia 2020 r. oferty Odwołującego oraz na (ii) wyborze w dniu 8 stycznia 2021 roku oferty Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z/s we Wrocławiu („Chemeko”).

2. Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

2.1. art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach przez jego błędną wykładnię polegającą na bezzasadnym przyjęciu, że zasada bliskości wyrażona tym przepisem sprowadza się do tego, że odpady muszą być przetwarzane w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania, podczas gdy zasada bliskości nakazuje uwzględnienie również hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, a nie wyłącznie odległości instalacji od miejsca powstania odpadów,

a w konsekwencji:

2.2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, bowiem odległość wskazanej w ofercie Odwołującego instalacji komunalnej od miejsca wytwarzania odpadów komunalnych „jest zbyt duża”, podczas gdy przy prawidłowej wykładni zasady bliskości (tj. biorąc pod uwagę także hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę) oferta Odwołującego jest z nią zgodna, a zatem odpowiada treści SIWZ w Postępowaniu,

2.3. art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Chemeko, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu.

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 8 stycznia 2021 roku oraz nakazanie Zamawiającemu czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 grudnia 2020 roku,

a także nakazanie przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego 30 grudnia 2020 r., a o wyborze oferty Chemeko - 8 stycznia 2020 roku.

1. STAN FAKTYCZNY

1.1-1.6. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 („Zamówienie”). W obrębie części 1 odbiór odpadów ma następować ze Stacji Przeladunkowej Odpadów Komunalnych w Rawiczu, a w obrębie części 2 - ze Stacji Przeladunkowej Odpadów Komunalnych w Goli.

Zgodnie z pkt. 3.2 SIWZ „niesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości”. Jednocześnie we wskazanym postanowieniu SIWZ Zamawiający zamieścił wyciąg z Ustawy o odpadach z art. 20 tej ustawy.

W dniu 1 grudnia 2020 roku Zamawiający zamieścił wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z odpowiedziami. W odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający ponownie wskazał na konieczność przekazywania odpadów z zachowaniem zasady bliskości: ODPOWIEDŹ: Zamawiający określił w SIWZ wymóg poddania niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 200301 procesowi odzysku R, kierując się hierarchią postępowania odpadami określoną w ustawie o odpadach oraz w oparciu o wiedzę o procesach przetwarzania powyższych odpadów w instalacjach Komunalnych Zlokalizowanych w najbliższym otoczeniu (tj. R III mając na uwadze obowiązujące przepisy w tym konieczność przekazywania odpadów o kodzie 200301 do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone tj. z zachowaniem zasady bliskości. Jednocześnie, mając na uwadze, iż w niektórych Instalacjach Komunalnych, zgodnie z posiadanymi decyzjami w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi istnieje możliwość przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 200301 w procesie D 13, Zamawiający dokona stosownej modyfikacji SIWZ w przedmiotowym zakresie.

Odwołujący złożył ofertę do obu części Postępowania, wskazując jako instalację komunalną, w której mają być przetwarzane odpady instalację w Kunowicach („Instalacja”).

30 grudnia 2020 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w Postępowaniu z powodu tego, że odległość Instalacji od miejsca wytwarzania odpadów komunalnych jest zbyt duża, a przez to - w ocenie Zamawiającego - wybór oferty Odwołującego „naruszałby zasadę bliskości”

8 stycznia 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze oferty Chemeko jako najkorzystniejszej w odniesieniu do obu części Postępowania.

2. Uzasadnienie zarzutów odwołania

2.1- 2-29. Funkcjonująca w prawie polskim zasada bliskości stanowi jeden z instrumentów służących ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi, zapobiegających i zmniejszających negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania odpadów (np. w ramach odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) oraz gospodarowania nimi (poprzez ich odzysk albo unieszkodliwianie). Zasada wymaga, aby odpady były w pierwszej kolejności poddawane przetwarzaniu w miejscu ich powstania (art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach). Odpady objęte Zamówieniem powstają na terenach nieruchomości zlokalizowanych na obszarze gmin Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego, są odbierane i transportowane do stacji przeładunkowych w Goli i w Rawiczu. Przedmiotem Zamówienia jest odbiór odpadów z tych stacji przeładunkowych oraz ich transport do instalacji komunalnej w celu przetworzenia. W związku z tym, realizacja zasady bliskości zgodnie z art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach jest niemożliwa.

W konsekwencji odpady powinny zostać przekazane do miejsc, w których mogą być przetworzone. Zgodnie z art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Przewidziana w przepisie zasada bliskości ma charakter ogólny i dotyczy każdego przedmiotu lub substancji spełniającego przesłanki uznania go za odpad w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 Ustawy o odpadach. Dotyczy to w szczególności niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, które są objęte Zamówieniem. Ustawodawca nie wyłączył zastosowania art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach w odniesieniu do niektórych rodzajów „odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania”. Przeciwnie, tego rodzaju odpady muszą być przekazywane do miejsc, w których mogą być przetworzone.

Zasada bliskości obowiązuje w dwóch wariantach: ogólnym - określonym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, oraz szczególnym - przewidzianym w art. 20 ust. 3-6 Ustawy o odpadach.

Do czasu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku przewidziane w art. 20 ust. 3-11 Ustawy o odpadach szczegółowe rozwiązania stanowiły wyjątki „przełamujące nakaz płynący z zasady bliskości”, polegający na obowiązku przetwarzania odpadów w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa lub regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

Wejście w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach skutkowało m.in. zniesieniem pomocniczego podziału państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi. Zatem do odpadów objętych Zamówieniem aktualnie znajduje zastosowanie zasada bliskości w wariancie ogólnym, przewidzianym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach.

Kryteria (elementy) wchodzące w skład zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami to

zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach stwierdzenie, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

W przepisie zawarto łącznie trzy kryteria wymagane do uwzględnienia w toku ustalania miejsca zagospodarowania odpadów, które nie mogą zostać przetworzone w miejscu ich wytworzenia: (i) kryterium odległości, (ii) kryterium hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz (iii) kryterium najlepszej dostępnej techniki.

Posiadacz odpadów ma obowiązek przekazać odpady „do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”. Takie przekazanie odpadów musi jednak uwzględniać (brać pod uwagę i stosować) pozostałe elementy wprost wskazane w tym przepisie, czyli „hierarchię sposobów postępowania z odpadami” i „najlepszą dostępną technikę”. W ten sposób ustawodawca uzupełnia kryterium odległości o kryteria jakościowe, które pozwalają na ustalenie „najbliższych położonych miejsc” spełniających odpowiednie wymagania środowiskowe, a nie wskazanie „najbliższego położonego miejsca” dokonywanego z pominięciem wymagań środowiskowych. W toku weryfikacji poszczególnych instalacji z zasadą bliskości należy wziąć pod uwagę „hierarchię sposobów postępowania z odpadami”. Stanowi to odesłanie do art. 17 Ustawy o odpadach wprowadzającego następującą kolejność sposobów postępowania z odpadami: (1) zapobieganie powstawaniu odpadów, (2) przygotowanie do ponownego użycia, (3) recykling, (4) inne procesy odzysku i (5) unieszkodliwianie.

Stąd też, zasada bliskości w art. 20 ust. 2 wymaga w szczególności odstąpienia od przekazywania odpadów do instalacji zlokalizowanej najbliższego miejsca ich wytworzenia, jeżeli instalacja położona dalej zapewnia wyższą formę zagospodarowania takich odpadów (np. recykling zamiast innych form odzysku albo zamiast unieszkodliwiania).

Jak wynika z zawiadomienia o odrzuceniu oferty, „Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że odległość Instalacji Komunalnej, wskazanej przez Państwa w ofercie od miejsca wytworzenia odpadów jest zbyt duża. Zatem wybór Państwa oferty naruszałby zasadę bliskości, a tym samym przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach”.

O tym, w jaki sposób Zamawiający rozumie zasadę bliskości (a konkretniej: o tym, że zasada bliskości miałaby być interpretowana wyłącznie w oparciu o kryterium odległości), Wykonawca dowiaduje się dopiero z zawiadomienia o odrzuceniu oferty. To w uzasadnieniu tego dokumentu Zamawiający odwołał się do zasady bliskości bez jakiegokolwiek nawiązania do kryteriów innych niż odległość.

Nieprawidłowe rozumienie zasady bliskości przez Zamawiającego - perspektywa rynkowa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych

O tym, że przyjęta przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu wykładnia zasady bliskości jest nieprawidłowa świadczy również praktyka funkcjonująca w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mających za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Zamawiający oceniają w postępowaniach odległość instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów w ramach kryterium oceny ofert, premiując wykonawców, którzy wskażą instalację położoną bliżej (nie odrzucając jednak ofert tych wykonawców, którzy wskażą instalację położoną dalej), także wskazując uprzednio maksymalną dopuszczalną odległość instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów, wyrażając ją konkretną liczbą kilometrów (nie odrzucając jednak ofert tych wykonawców, którzy wskażą instalacje mieszające się w sprecyzowanym limicie).

Odwołujący posiada doświadczenie w uzyskiwaniu zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych mimo tego, że wskazana przez niego instalacja nie jest położona najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów.

2.51 Podsumowując dotychczasowe, prawidłowe rozumienie wyrażonej w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasady bliskości w wydaniu ogólnym obejmuje tylko i wyłącznie wzięcie pod uwagę przez konkretnego zamawiającego wszystkich trzech kryteriów przewidzianych w tym przepisie tylko i wyłącznie biorąc pod uwagę wszystkie te kryteria, tzn. (1) hierarchię postępowania z odpadami, (2) najlepszą dostępną technikę i (3) odległość.

W sytuacji, gdyby Zamawiający rozumiał wyrażoną w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasadę bliskości w wydaniu ogólnym w taki sposób, jaki wynika z brzmienia tego przepisu, orzecznictwa KIO i praktyki innych zamawiających, wówczas oferta Wykonawcy nie mogłaby zostać odrzucona.

Argumentacja mająca wskazywać na zasadność odrzucenia oferty Wykonawcy została przedstawiona dopiero w przedostatnim akapicie zawiadomienia o odrzuceniu oferty i ogranicza się do jednego (!) zdania zawierającego niczym nieoparte twierdzenie o dużym stopniu ogólności. Z uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika, aby Zamawiający dokonywał oceny oferty Wykonawcy z punktu widzenia innych niż odległość komponentów tworzących zasadę bliskości w wymiarze ogólnym. Równolegle, zawiadomienie to nie pozwala na zidentyfikowanie przyczyn odrzucenia oferty innych niż „zbyt duża” odległość.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego w niniejszym Postępowaniu ma źródło jedynie w nieprawidłowej wykładni zasady bliskości dokonanej przez Zamawiającego, sprowadzającej ją wyłącznie do odległości instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów i jako takiej nie może się ostać.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że w niniejszej sprawie bezsporne są fakty prowadzenia postępowania i jego przedmiotu oraz pozostałe czynności i zdarzenia przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ dla Postępowania: „Sposób zagospodarowania przedmiotowych odpadów musi być z zgodny z obowiązującym w tym zakresie prawem. Odebrana niesegregowane odpady komunalne o kodzie 20 03 01 należy bezpośrednio dostarczyć do Instalacji Komunalnej (MBP), o której mowa w art. 35 ust. 6 ustawy z dn. 14 grudnia 2012 r. o odpadach, wpisanej na listę prowadzoną przez Marszałka Województwa, o której mowa w art. 38b u.o. Jednocześnie we wskazanym postanowieniu SIWZ Zamawiający zamieścił wyciąg z ustawy o odpadach, cytując art. 20 tej ustawy.

Stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów odwołania

W ramach postępowania Zamawiający był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy pzp, jak i innych przepisów powszechnie obowiązujących. Przy realizowaniu zadań dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów Zamawiającego wiązały m.in. przepisy u.o.o. statuuje m.in. zasadę bliskości wyrażoną w art. 20 u.o.o.

Zamawiający ma zatem Obowiązek zawrzeć w SIWZ stosowne postanowienia umożliwiające ustalenie okoliczności istotnych z punktu widzenia zachowania zasady bliskości, przy udzielaniu zamówienia z poszanowaniem przepisów tej ustawy.

W siwz oraz wzorze umowy zamawiający zastrzegł, że niesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 u.o.o. Zacytowano przepis.

Uregulowana w nim zasada bliskości w różnych swych aspektach odnosi się do odpadów w ogólności (art. 20 ust. 1 i 2). Treścią zasady jest, że odpady poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania, a gdy przetwarzanie nie jest możliwe w miejscu powstania, przekazuje się je do najbliższych miejsc, w których mogą być przetworzone.

W obu wariantach uwzględnia się hierarchię sposobów postępowania z odpadami. (tj. zgodnie z art. 17u.o.o.; w pierwszej kolejności „należy przygotować je do ponownego użycia, a jeżeli jest to niemożliwe, to poddać je recyklingowi, w dalszej kolejności innemu odzyskowi, a dopiero w ostateczności unieszkodliwianiu, gdy inne metody nie są możliwe), a w przypadku przekazania w inne miejsca także najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 Prawa ochrony środowiska, tj. technikę spełniającą wymagania, przy których określaniu uwzględnia się jednocześnie rachunek kosztów i korzyści;

czas niezbędny do wdrożenia najlepszych dostępnych technik-dla danego, rodzaju instalacji, zapobieganie zagrożeniom dla środowiska powodowanym przez emisje lub ich ograniczenie do minimum; podjęcie środków zapobiegających poważnym awariom przemysłowym lub zmniejszających do minimum powodowane przez nie zagrożenia dla środowiska; termin oddania instalacji do eksploatacji; dokumenty referencyjne BAT oraz konkluzje BAT, o ile zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;najlepszą dostępną technologię, o której mowa w art. 143 Prawa ochrony środowiska.

Formalnie od 6 września 2019 r. przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne i zagospodarowujący je mogą odpady te przekazywać do dowolnej instalacji na terenie kraju, jednakże przy uwzględnieniu kryteriów, o których mowa w art. 20 ust. 2 u.o.o. O ile zniesiono tzw. regionalizację, to nie uchylono zasady bliskości, która nakazuje przetwarzanie odpadów w instalacji najbliższej (art. 20 ust.2).

Innymi słowy, z przepisu art. 20 ust. 2 u.o.o. nie wynika bezwzględny zakaz przewożenia odpadów stanowiących przedmiot zamówienia do miejsca przetwarzania odpadów położonego w określonej odległości „od miejsca ich wytworzenia. Odległość tę bierze się jednak pod uwagę z uprzednim uwzględnieniem hierarchii technologii i technik unieszkodliwiania odpadów, określonych w ustawie. W świetle art. 20 ust. 2 u.o. odpady mogą być przewiezione w celu przetworzenia poza obszar dotychczasowego regionu ale do instalacji położonej najbliżej. Zatem art. 20 ust. 2 u.o.o., wymaga od Zamawiających, aby uwzględniali przy przekazywaniu odpadów:

A.hierarchię sposobów postępowania z odpadami

B.najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, lub technologię o której mowa w art. 143tej ustawy,

C. a także przekazywali je do najbliższych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, dokonując oceny ofert odniósł się do zasady bliskości w jej pełnym zakresie (zgodnie z art. 20 u.o.o.) tj. kryteriów A, B i C.

Jednocześnie zgodnie z art. 38b ust. 1 u.o.o. Marszałek województwa w BIPprowadzi listę funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35•ust. 6 u.o;o.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzono, że we wszystkich ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu zostały wskazane instalacje komunalne zapewniające mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych odpadów komunalnych wydzielaniem frakcji nadających się do odzysku, wpisane na listę prowadzoną przez Marszałka danego województwa, a tym samym spełniające również wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii.

Odnosząc się szczegółowo do instalacji wskazanych w ofertach stwierdzono, iż instalacje zapewniają zachowanie hierarchii sposobów postępowania z odpadami.

W zakresie oceny odległości poszczególnych Instalacji Komunalnych od miejsc odbioru odpadów od Zamawiającego stwierdzono:

Odległość do instalacji Odwołującego w Kunowicach:

-od SPOK w Rawiczu wynosi ok. 219 km, o od SPOK w Goli wynosi ok. 204 km odległość do instalacji Przystępującego :

-od SPOK W Rawiczu wynosi: ok. 16,6 km o od SPOK w Goli wynosi ok. 41,7 km

Odległość od instalacji oferenta PreZero Recycling Zachód sp. z o.o.

Od SPOK w Rawiczu wynosi ok 78,8 km

Od OPOK w Goli ok 64,9 km

odległość do Instalacji oferenta Rowaj Sp. z o.o. Sp. K:

-od SPÖK w Rawiczu wynosi ok 60,7 km

o od SPOK w Goli 67,9 km

z odległość do Instalacji oferenta ZGO Sp. z o.o.:

ood SPOK w Rawiczu unosi: ok. 68,4 km o, od SPOK w Goli wynosi ok. 70,1 km odległość do Instalacji oferenta Polcopper Sp. z o.o.:

od SPOK w Rawiczu wynosi: ok. 260 km o od SPOR w Goli wynosi ok: 240 km

Tym samym w niniejszej sprawie instalacje zapewniały zachowanie hierarchii sposobów postępowania z odpadami, instalacje spełniały wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, jednakże znacznie bliżej położoną instalacją jest instalacja Przystępującego - Chemeko-System SP, z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we

Wrocławiu.

W ocenie Zamawiającego, mająca zastosowanie w niniejszej sprawie i zawarta w SIWZ zasada bliskości nakazuje w tych okolicznościach preferować instalacje położone bliżej.

Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że odległość Instalacji Komunalnej, wskazanej w ofercie Odwołującego, od miejsca wytwarzania odpadów jest zbyt duża (w odniesieniu do pozostałych ofert w tym drugiej złożonej w niniejszym postępowaniu oferty Przystępującego). Zatem wybór oferty Odwołującego naruszałby zasadę bliskości, a tym samym przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach ,

W podsumowaniu zamawiający stwierdził, że w związku z tym, że zaoferowane przez Odwołującego miejsce położenia instalacji komunalnej, do której mają trafiać odpady celem zagospodarowania, położone jest znacznie dalej od miejsca powstania i zebrania odpadów (w porównaniu do drugiej oferty złożonej w postępowaniu, a także w odniesieniu do wszystkich ofert), Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego, ze względu na to, że treść ofert nie odpowiadała treści siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp).

W świetle powyższych okoliczności czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Przystępującego zostały podjęte zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie.

Odwołujący w związku z odpowiedzią na odwołanie stwierdził, iż wynika z niej, że instalacje uwidocznione na listach marszałków dwóch województw powinny być brane pod uwagę, co oznacza, że nadal Zamawiający dokonuje oceny w kontekście tylko kryterium odległości instalacji od miejsc wytworzenia odpadów. Zauważył, że inni wykonawcy dysponujący instalacją położoną jeszcze dalej iż on, nie zostali odrzuceni w postępowaniu. Tym samym Zamawiający wbrew treści zapisu art. 20 ust. 2 preferuje jedną najbliższą położoną instalację od miejsca odbioru, bez uwzględnienia pozostałych kryteriów wskazanych w przepisie. Przypomniął, że podstawą odrzucenia oferty było stwierdzenie „zbyt duża odległość”. W konsekwencji tego poza najbliższą położoną instalacją powinny być wszystkie pozostałe uznane za niezgodne z siwz i skutkować odrzuceniem takich ofert poza jedną deklarującą instalację położoną w najbliższej odległości.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w pisemnej odpowiedzi. Przypomniął, że jest obowiązany do stosowania i stosuje zasadę bliskości z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, którą zacytował w postanowieniach siwz.

Stwierdził, że złożone oferty spełniały kryteria z art. 20 ust. 2 i w następstwie tej oceny kryterium odległości nabrało szczególnego znaczenia, oceniano odległość instalacji od punktów przeładunkowych. Stwierdził, że odmienna ocena stanowiłaby naruszenie wskazanego przepisu. Przypomniął, że postanowienia siwz nie były kwestionowane.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, popiera stanowisko Zamawiającego.

Stwierdził, że zasada bliskości jest obowiązująca pomimo zniesienia w przepisach regionalizacji. Wskazał, że przesłanką oceny ofert wobec spełnienia przez wszystkich wykonawców kryteriów wymaganych było ustalenie odległości, co wynika także z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie numer 1 cytowanej w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie

z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania, mając nadto na względzie stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp przez żądanie przywrócenia go do postępowania, co dałoby mu możliwość ubiegania się o zamówienie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów należy zauważyć, że przedmiotem zarzutów, a w konsekwencji sporu jest fakt odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, czyli jako niegodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe zostało uzasadnione faktem, iż w siwz zastrzeżono, że niesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości. Kwestia oceny miejsc wytworzenia i odbioru odpadów jest przy tym w sprawie pozbawiona istotnego znaczenia, a w rzeczywistości zrozumiała wobec opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na dwa punkty odbioru wskazane w siwz.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wskazano także na fakt zniesienia regionalizacji przez przypomnienie, że co do zasady, odpady można przekazywać do dowolnej instalacji na terenie kraju, natomiast, „o ile zniesiono regionalizację, nie uchylono zasady bliskości (podkreślenie Zamawiającego), która nakazuje przetwarzanie odpadów w instalacji położonej najbliższej miejsca ich powstania. Następnie Zamawiający stwierdził: „Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że odległość Instalacji Komunalnej, wskazanej przez Państwa w ofercie, od miejsca wytwarzania odpadów jest zbyt duża (podkr. KIO). Zatem wybór Państwa oferty naruszałby zasadę bliskości, a tym samym przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. W takim stanie rzeczy zasadnym było podnieść jak we wstępie”.

W ocenie Izby Zamawiający oceniając zgodność ofert z uwzględnieniem, zgodnie z deklaracjami, zasady bliskości unormowanej w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach uchybił podstawowej zasadzie Prawa zamówień publicznych tj. zasadzie równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843). Nie kwestionując prawa zamawiającego do lakonicznego uzasadniania swojego stanowiska, za błędne uznać należy stwierdzenie iż odległość Instalacji jest zbyt duża. Określenie to przy braku wskazania ewentualnych granic, progów lub innych wielkości stawia zamawiającego w pozycji podmiotu dokonującego arbitralnych ocen nie popartych postanowieniami siwz, a tym samym uniemożliwiając wykonawcom podnoszenie zarzutów wobec tak formułowanych decyzji. Uchybieniem wzmacniającym niniejszą ocenę naruszenia zasady równości jest fakt, że z powodu odległej instalacji czynność odrzucenia oferty podjęta była jedynie wobec odwołującego pomimo faktu, iż co najmniej jedna instalacja wskazana przez jednego z oferentów jest usytuowana w jeszcze większym oddaleniu.

Tym samym w realiach przedmiotowego postępowania, najistotniejszy przedmiot sporu czyli decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego, jest w ocenie składu orzekającego podjęta z naruszeniem prawa i jako niezasadna podlega

unieważnieniu. Procedura oceny ofert, jak wcześniej wskazano, została obarczona oczywistym błędem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: