

WYROK
z dnia 21 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2021 r. przez odwołującego "Zakład Zagospodarowania Odpadów" - Sp. z o. o. w Marszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Krosno Odrzańskie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „ZUO International” Sp. z o. o. w Kunowicach i Elektrorecykling S. A. Sękowie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia:

1.1. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum „ZUO International” Sp. z o. o. w Kunowicach i Elektrorecykling S. A. Sękowie z powodu błędnego uznania, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,

1.2. art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 240 ust. 1 p.z.p. i art. 16 pkt 1-3 p.z.p. poprzez zaniechanie unieważniania postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego "Zakład Zagospodarowania Odpadów" - Sp. z o. o. w Marszowie i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3524/21

Zamawiający – Gmina Krosno Odrzańskie ul. Parkowa 1, 66-600 Krosno Odrzańskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Krosno Odrzańskie oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Krośnie Odrzańskim na lata 2022-2026”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 168-440144, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 grudnia 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca "Zakład Zagospodarowania Odpadów" - Sp. z o. o. Marszów 50A, Marszów, 68-200 Żary (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. z daleko posuniętej ostrożności procesowej, zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum spółek (lider konsorcjum: ZUO International sp. z o.o. z siedzibą w Kunowicach, ul. Słubicka 50, 69-100 Słubice, członek konsorcjum: Elektrorecykling S.A. z siedzibą w Sękowie, Sękowo 59, 64-300 Sękowo, zwane dalej „Konsorcjum”), z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 P.z.p., poprzez błędne uznanie, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, pomimo iż:

a) Konsorcjum w swojej ofercie wskazało, iż zagospodarowanie odpadów realizowane będzie przez ZUO International sp. z o.o. z siedzibą w Kunowicach, w zakresie kodów: 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07, 20 02 01, 20 03 07, 17 01 01, 16 01 03, 17 09 04, 17 03 80, 17 02 03, 17 06 04, 17 08 02, 20 01 10, 17 02 02, 17 04 05, 20 01 11, 20 01 28, 17 01 07,

b) Konsorcjum w swojej ofercie wskazało, iż zagospodarowanie odpadów realizowane będzie przez Elektrorecykling S.A. z siedzibą w Sękowie w zakresie kodów: 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 21*, 15 01 10*, 16 02 16 oraz wskazaniu wyłącznie jednej instalacji - instalacji w Kunowicach, znajdującej się w mniejszej odległości (54,2 km) z jednoczesnym pominięciem stacji znajdującej się w odległości 92 km od Krosna Odrzańskiego,

c) zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) „Odległość w km będzie liczona od miasta Krosno Odrzańskie do instalacji zagospodarowania odpadów Oferenta mierzonej w linii najkrótszego przejazdu wg. wskazania Google Maps z dokładnością wskazaną w aplikacji.”, a Konsorcjum nie wskazało jednej instalacji, w której może nastąpić zagospodarowanie wszystkich odpadów, a jedynie taką, która zagospodaruje odpady wskazane w lit. a,

d) odległość od ul. Parkowej 1 w Krośnie Odrzańskim do ul. Słubickiej 50 w Kunowie wynosi 54,8 km, natomiast

od Krosna Odrzańskiego do ul. Słubickiej 50 w Kunowie 54,5 km, podczas gdy Konsorcjum wskazało odległość 54,2 km, z uwagi na co oferta Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami, narusza interes Odwołującego oraz zagraża i narusza interesowi Zamawiającego, poprzez podanie nierzetelnych i błędnych danych, mających wpływ na przyznanie punktacji w oparciu o kryteria oceny ofert,

2. przedwczesne odrzucenie oferty Odwołującego, dokonane z naruszeniem art. 253 ust. 1 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p., jako iż Zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. niewystarczające uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 23 listopada 2021 r. tj. naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p., poprzez wskazanie wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności, tj. niewykazanie niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami zamówienia, a poprzestaniu, na wskazaniu iż „Wskazanie przez Wykonawcę w formularzu oferty ilości kilometrów od stacji przeładunkowej, a nie instalacji komunalnej, stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. Punkt przeładunkowy nie służy zagospodarowaniu odpadów.”,
4. ewentualnie odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 P.z.p., poprzez błędne uznanie, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, pomimo iż:
 - a) stacja przeładunkowa Odwołującego w Lubsku, stanowi funkcjonalną całość z instalacją w Marszowie, i stanowi jedynie punkt pośredni, wykorzystywany w procesie odbioru i zagospodarowania odpadów,
 - b) celem ukonstytuowania kryterium było premiowanie jak najmniejszej odległości, jaką musi przebyć podmiot odbierający i transportujący odpady z Krosna Odrzańskiego do miejsca zagospodarowania odpadów, a funkcję tą spełnia stacja przeładunkowa Odwołującego, położona przy ul. Złotej w Lubsku (działka 93/32), gdyż Odwołujący samodzielnie będzie z niej transportował wszystkie odpady komunalne do instalacji znajdującej się w Marszowie,
 - c) zgodnie ze swoją ofertą, Odwołujący zapewnił realizację zamówienia w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przy użyciu instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazanej na liście, o której mowa w 38b ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, t.j.: Dz. U. z 2021 r., poz. 779 (zwana dalej „u.o.”), a Zamawiający nie wykluczył w Postępowaniu, korzystania przez Odwołującego ze stacji przeładunkowej,
 - d) Odwołujący wskazał nazwę miejscowości, w której znajduje się instalacja, wskazując odległość do miejsca (stacja przeładunkowa), do którego podmiot odbierający i transportujący odpady, zobowiązany będzie dostarczać odpady komunalne do zagospodarowania,
5. ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku stwierdzenia bezzasadności zarzutów: 1 i 2, lub 1 i 3, lub 1 i 4, lub podnosząc zarzut zaniechania poprawienia oferty Odwołującego, tj. naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 P.z.p., gdyż odległość od Zamawiającego lub Krosna Odrzańskiego powinna mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, przez to dający się poddać poprawieniu,
6. ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku stwierdzenia bezzasadności zarzutów: 1 i 2, lub 1 i 3, lub 1 i 4, lub Odwołujący podnosi zarzut zaniechania unieważnienia Postępowania z naruszeniem art. 255 pkt 6 P.z.p. w zw. z art. 240 ust. 1 P.z.p. art. 16 pkt 1-3 P.z.p., gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskutek ukonstytuowania kryterium „Odległości” od Zamawiającego, które:
 - a) dla obliczenia liczby pkt w ramach tego kryterium, posługuje się niejednoznacznym, niezrozumiałym wzorem,
 - b) wymaga posłużenia się aplikacją Google Maps, która nie zapewnia jednoznacznym i transparentnym pomiarów, a jej wskazania mogą być różne w różnych dniach, w tym z uwagi na ewentualne remonty dróg,
 - c) w świetle udzielania odpowiedzi nr 9 na pytanie nr 9 w wyjaśnieniach SWZ z dnia 27 września 2021 r., oraz niezależnie – okoliczności wskazanych w lit. a i b - kryterium „Odległość” nie może być policzone na podstawie przyjętych wartości wskazanych w ofercie, a jego treść nie zapewnia ocenienia wszystkich ofert na takich samych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach. W konsekwencji, kryterium „Odległość” nie jest w stanie sprostać wymogowi ukonstytuowania na podstawie art. 240 ust. 1 P.z.p. zrozumiałych i jednoznacznych postanowień kryterium, a nadto nie spełnia warunków ustanowionych w zasadach obowiązujących na podstawie art. 16 pkt 1-3 P.z.p., wskutek czego: - narusza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, - jest nieprzejrzyste i nieproporcjonalne.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: odrzucenia oferty konsorcjum ZUO International Sp. z o.o. w Kunowicach i Elektrorecykling S.A. w Sękowie (także jako „Konsorcjum”), unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego podjętej dnia 23 listopada 2021 r., ewentualnie - w przypadku uznania, iż zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, unieważnienia postępowania. Ponadto wniesiono o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazane w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia, oprócz zarzutów, które zostały przez odwołującego wycofane, wskazano jak niżej.

W art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jednoznacznie ujęto moment odrzucenia ofert, zaś zamawiający na dzień złożenia odwołania, nie dokonał rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór oferty Konsorcjum lub unieważnienie postępowania. Rozstrzygnięcie w zakresie odrzucenia oferty odwołującego należy zatem uznać za przedwczesne, przy czym istotność tego naruszenia ma znaczenie, w przypadku gdyby w ocenie Izby zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, a także zaniechania unieważnienia postępowania zostały uznane za przedwczesne. Przedwczesne usunięcie odwołującego z postępowania może bowiem w przyszłości służyć jako podstawa odmówienia odwołującemu prawa do późniejszego podniesienia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, a także zaniechania unieważnienia postępowania – nie można bowiem wykluczyć, iż w takim przypadku będzie stawiany zarzut niewykazania materialnieprawnych przesłanek, warunkujących możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej (art. 505 ust. 1 p.z.p.), więc przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (zarzut nr 2).

W ocenie odwołującego naruszono także art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. z powodu niewystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty (zarzut nr 3). W informacji o czynności odrzucenia zamawiający lapidarnie wskazał, iż „Wskazanie przez Wykonawcę w formularzu oferty ilości kilometrów od stacji przeładunkowej, a nie instalacji komunalnej, stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia. Punkt przeładunkowy nie służy zagospodarowaniu odpadów.”, co nie spełnia wymogów ukonstytuowanych w art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., które nakazują zamawiającemu wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji.

W treści pisma z dnia 23 listopada 2021 r. zamawiający nie wykazał niezgodności oferty odwołującego z wymaganiami zamówienia i w świetle argumentacji, podniesionej odnośnie zarzutu nr 4 (dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego), w szczególności w zakresie funkcji stacji przeładunkowej, jak i celu ustanowienia kryterium „odległość”. Nie sposób więc uznać, że tak lapidarne uzasadnienie spełnia wymogi określone art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż stacja przeładunkowa stanowi z instalacją funkcjonalną całość.

Dalej odwołujący zarzucił, że zamawiający w sposób niezasadny odrzucił jego ofertę, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (zarzut nr 4). Pismem z 26 października 2021 r., zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, poprzez „wyjaśnienie zaistniałej różnicy pomiędzy ilością km wykazaną w aplikacji Google Maps, a ilością km wskazaną przez Państwa w złożonej ofercie”. W odpowiedzi z 26 października 2021 r. odwołujący wskazał, iż „Wykonawca dysponuje stacją przeładunkową w miejscowości Lubsko, która jest docelowym miejscem przyjmowania odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W związku z powyższym wykonawca wskazał najkrótszą trasę z miasta Krosno Odrzańskie do najbliższego punktu przyjęcia odpadów prowadzonego przez Wykonawcę wg. wskazania Google Maps. Na potwierdzenie możliwości przyjęcia odpadów w podanej lokalizacji w załączeniu przesyłamy decyzję Starosty Żarskiego z dnia 13.02.2014 r. znak WBO.6233.6.2014 oraz zmianę z dnia 20.10.2014 r. znak WBO.6233.6.1.2014”. Zatem w świetle złożonych wyjaśnień stanowiska zamawiającego nie sposób uznać za zasadne, w szczególności z punktu widzenia funkcji, jaką pełni stacja przeładunkowa położona w miejscowości Lubsko przy ul. Złotej (działka nr 93/32) oraz celu ustanowionego kryterium „odległość”.

Według odwołującego stację przeładunkową można zdefiniować jako obiekt, element infrastruktury stanowiącej punkt pośredni (miejsce pośrednie), wykorzystywany w procesie odbioru i zagospodarowania odpadów (zespołe czynności z odpadami). Zasadniczo stacja przeładunkowa stanowi punkt pośredni, w przemieszczeniu odpadów pomiędzy punktem/miejscem w którym następuje odbiór odpadów komunalnych, a instalacją zagospodarowującą odpady (miejscem w którym następuje ich przetworzenie). W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż „Idea stacji przeładunkowej jest stacją pośrednią do zakładu unieszkodliwiania, w której następuje rozładowanie, selekcja odpadów, które podlegają recyklingowi (papier, szkło, metale), rozdrobnienie odpadów wielkogabarytowych, załadunek oraz transport środkiem o dużej ładowności.” (P. Smolnik, M. Kozerska. Procesy logistyczne w gospodarowaniu odpadami komunalnymi w wybranym przedsiębiorstwie, Logistyka. 12/2017. S 1616 i cyt. tam R. Leboda R., P. Oleszczuk P., „Odpady Komunalne i ich zagospodarowanie” Lublin 2002 (s. 69-70).) Celem stacji przeładunkowej jest zatem dostarczenie odpadów do miejsca, w którym zostaną poddane m.in. składowaniu, selekcji i rozdrobnieniu, a następnie przekazane do instalacji.

Termin „zagospodarowanie odpadów” nie posiada swojej definicji legalnej, a zamawiający w rozdziale III ust. 20 SWZ, wskazał iż „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia, zgodnego z wymogami ustawy o odpadach zagospodarowania odpadów w procesach odzysku (R) lub unieszkodliwiania (D)”. Z kolei zgodnie z załącznikiem nr 2 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, t.j.: Dz.U. z 2021 r., poz. 779, który zawiera niewyczerpujący wykaz procesów unieszkodliwiania, jako procesy unieszkodliwiania, wskazuje się m.in.: „D1 Składowanie w gruncie lub na powierzchni ziemi (np. składowiska itp.), D5 Składowanie na składowiskach w sposób celowo zaprojektowany (np. umieszczanie w uszczelnionych oddzielnych komorach, przykrytych i izolowanych od siebie wzajemnie i od środowiska itd.), D14 Przepakowywanie przed poddaniem któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycjach D1-D13, D15 Magazynowanie poprzedzające którykolwiek z procesów wymienionych w pozycjach D1-D14 (z wyjątkiem wstępnego magazynowania u wytwórcy odpadów)”.

Z kolei zgodnie z decyzją Starosty Żarskiego z dnia 20 października 2014 r., nr WBO.6233.6.1.2014 „Magazynowanie niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych odbywać się będzie tymczasowo (maksymalnie 24 godziny) w obrębie hali do przeładunku odpadów, która posiada powierzchnię całkowitą ok. 382,69 m². Obiekt będzie posiadał posadzkę betonową z zabezpieczeniem w postaci foli PE. Odpady wyodrębnione z głównego strumienia odpadów, tzw. odpady „tarasujące” np. wielkogabarytowe przewiduje się magazynować w obrębie trzech zadaszonych boksów magazynowych o wymiarach ok. 4,00 m x 5,00 m każdy o całkowitej powierzchni użytkowej ok. 57,00 m². Boksy będą posiadać posadzkę betonową. Inne niż niebezpieczne odpady będą magazynowane w sposób selektywny do czasu zebrania ilości transportowej w specjalnych boksach o wymiarach 4 x 5 m zadaszonych i z betonową posadzką. Z boksów przeładunkowe będą do specjalistycznych kontenerów transportowych.” (str. 12-13 decyzji). Powyższy fragment decyzji Starosty Żarskiego jest spójny z wyżej cytowanymi sposobami unieszkodliwiania odpadów (proces D1, D5, D14 i w szczególności D15). Nie sposób zatem uznać, iż w stacji przeładunkowej nie dochodzi do unieszkodliwiania odpadów.

Mając na względzie powyższe, zdaniem odwołującego uznać należy, że zagospodarowanie odpadów, poprzez ich unieszkodliwienie ma miejsce już w stacji przeładunkowej, która z uwagi iż jest stacją pośrednią do zakładu unieszkodliwiania, w ujęciu holistycznym, powinna być traktowana jako część tej instalacji, względnie dostarczenie do niej odpadów powinno skutkować przekazaniem ich do zagospodarowania. Za powyższym stanowiskiem przemawia również treść art. 9e ust. 1 pkt 2 i ust. 1c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, t.j.: Dz.U. z 2021 r., poz. 888 ze zm.: „1. Podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości (...) 2) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej. (...) 1c. Dopuszcza się przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.”. Cytowana norma wskazuje w ust. 1c, że przekazanie odpadów do stacji przeładunkowej jest tożsame w skutkach do przekazania odpadów do instalacji. Zatem według odwołującego przekazywanie odpadów do stacji przeładunkowej, na potrzeby postępowania, uznać należy za tożsame z przekazaniem ich do instalacji.

Odwołujący dodał, że niebudzącym wątpliwości celem zamawiającego przy konstytuowaniu kryterium „odległości” było doprowadzenie do ograniczenia kosztów, jakie będą się wiązać z transportem odpadów przez podmiot odpowiedzialny za odbiór i transport odpadów z terenu gminy Krosno Odrzańskie oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (zwanego dalej „PSZOK”). Jako, iż transport odpadów ze stacji załadunkowej do instalacji obciążać będzie odwołującego, cel wyznaczony przez zamawiającego zostanie osiągnięty, a kryterium może zostać ocenione względem odwołującego z poszanowaniem zasad określonych w art. 16 p.z.p. Sytuacja ta jest w zasadzie tożsama z sytuacją, w której odwołujący nie korzystałby ze stacji przeładunkowej. Wskazanie przez wykonawcę konkretnej instalacji nie wyklucza sytuacji, iż dostarczone odpady nie zostaną przewiezione na koszt i ryzyko wykonawcy do innej instalacji. Dokumentacja postępowania nie wskazuje bowiem, że zagospodarowanie musi nastąpić w tej instalacji. Po dowiedzeniu odpadów do instalacji, obowiązek ich zagospodarowania obciąża wykonawcę, który musi pozbyć się odpadów zgodnie z przepisami prawa, kierując się także własnym interesem majątkowym.

Powyższe w opinii odwołującego uzasadnia okoliczność, iż zamawiający nie wykluczył w żadnym miejscu

dokumentacji prawa wykonawców do korzystania ze stacji przeładunkowych, które pełnią przecież tożsamą funkcję do miejsc w obrębie instalacji, w których składowane są odpady przed ich przetworzeniem, poza tym iż znajdować się mogą w większej odległości niż miejsce zbierania odpadów na terenie instalacji. Zatem zasadnie wskazano, iż odpady będą zagospodarowywane w instalacji wykonawcy, a odległość powinna być mierzona do miejsca przekazania ich do zagospodarowania, tj. do stacji przeładunkowej, skąd później odpady będą przez odwołującego transportowane do instalacji.

Odwołujący dodał, że ujęciu holistycznym, stacja przeładunkowa stanowi całość z instalacją, co dobitnie wskazano w wyżej cytowanej decyzji Starosty Żarskiego „Do stacji przeładunkowej w Lubsku będą trafiały odpady komunalne dowożone przez firmy odbierające odpady komunalne, oraz inne niż niebezpieczne odpady będą dowożone przez firmy zbierające te odpady oraz wytwórców tych odpadów w sposób selektywny. Będą one ważone oraz rejestrowane za pomocą elektronicznej wagi samochodowej. Wjazd na wagę będzie regulowany sygnalizacją świetlną sterowaną z pomieszczenia obsługi wagi oraz sterowanym szlabanem. Następnie odpady trafiać będą do strefy przyjęć w sali do przeładunku gdzie zostaną wyładowane z pojazdów dowożących odpady i za pomocą ładowarki kołowej przewiezione na linię do załadunku kontenerów lub do boksów gdzie będą oczekiwać na załadunek po zebraniu ilości transportowej. Na polu przyjęć następować będzie wstępne sortowanie, które nie będzie powodowało zmiany klasyfikacji odpadów. Wszystkie odpady dalej transportowane będą do zakładu Zagospodarowania Odpadów w Marszowie.”. Koreluje to z art. 23 ust. 10 u.o. (ustawa o odpadach), który stanowi iż : „10. Zakazu, o którym mowa w ust. 28, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez: 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub 2) prowadzącego instalację komunalną, lub 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów.”. Norma ta wskazuje kategorie podmiotów, które mogą prowadzić stacje przeładunkowe, co podkreśla, iż stacja przeładunkowa jest uznawana jako część instalacji lub element ją uzupełniający, co według odwołującego przesądza o niezasadności odrzucenia jego oferty.

Niezależnie od powyższego, zamawiający zaniechał poprawienia oferty odwołującego - zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 p.z.p. wskazany w pkt 5 *petitum* odwołania, ponieważ „odległość” instalacji (stacji przeładunkowej) od zamawiającego lub Krosna Odrzańskiego powinna być wartością obiektywną i weryfikowalną przez zamawiającego.

Jeżeli w ocenie zamawiającego, odległość powinna być liczona do adresu instalacji (Marszów 50A, Marszów, 68-200 Żary), to nie występują przesłanki uniemożliwiające poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 lub 3 p.z.p. Poprawienie danych dotyczących odległości nie może być bowiem uznane za istotną zmianę złożonej oferty, skoro odległość powinna mieć charakter obiektywny (odległość pomiędzy dwoma punktami jest stała, podobnie jak długość dróg). Zaniechanie poprawienia omyłki miało wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, która w przeciwnym razie zostałaby poddana punktacji, przewidzianej w kryteriach oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, konfrontując je z zebrany materiał procesowy, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum „ZUO International” Sp. z o. o. Kunowice, ul. Słubicka 50, 69-100 Słubice i Elektrorecykling S. A. Sękowo 59, 64-300 Sękowo (dalej zwane „przystępującym”), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego.

Zgodnie z oświadczeniem procesowym złożonymi na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzuty naruszenia przez zamawiającego: art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu błędnego uznania, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 1) i art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 240 ust. 1 p.z.p. i art. 16 pkt 1-3 p.z.p. poprzez zaniechanie unieważniania postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut nr 6), co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji orzeczenia.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I.W rozdziale III SWZ zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia (OPZ), gdzie m.in. wskazano, że:

„1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na zagospodarowaniu niesegregowanych (zmieszanych odpadów komunalnych) i segregowanych odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Krosno Odrzańskie w instalacji komunalnej lub instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Wykonawca będzie realizował zamówienie zgodnie z przepisami prawa, w szczególności:

a) Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779, t.j.),

b) Zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2021 r., poz. 888, t.j.). (...)

6. Odpady podlegające obowiązkowi zagospodarowania w instalacji komunalnej mogą zostać zagospodarowane wyłącznie w instalacji komunalnej.

7. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przy użyciu instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazanej na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779, t.j.).”

II.W rozdziale XIV SWZ – opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny ofert, w zakresie kryterium „odległość” określono następujący sposób przyznawania punktacji wykonawcom:

„ $O_x = (O_{min} / O_{bad}) \times 50 \%$, gdzie:

O_x - ilość punktów przyznanej danej ofercie w kryterium „odległość”;

O_{min} - najkrótsza odległość od Zamawiającego do instalacji (w km) spośród badanych ofert;

O_{bad} - ilość km od Krosna Odrzańskiego do Instalacji, podanej przez Oferenta dla którego wynik jest obliczany.

Odległość w km będzie liczona od miasta Krosno Odrzańskie do instalacji zagospodarowania odpadów Oferenta

mierzonej w linii najkrótszego przejazdu wg. wskazania Google Maps z dokładnością wskazaną w aplikacji”.

III.W załączniku nr 3 do SWZ, w projekcie umowy – § 2 termin i podstawowe warunki realizacji umowy, zamawiający określił, że:

„2.Miejscem świadczenia usługi są instalacje wskazane przez Wykonawcę w ofercie. W przypadku wskazania w ofercie alternatywnych instalacji do zagospodarowywania tego samego rodzaju odpadów, Zamawiający jest uprawniony do przekazania odpadów do każdej z wskazanych w ofercie instalacji. (...).

3.Odpady podlegające obowiązkowi zagospodarowania w instalacji komunalnej mogą zostać zagospodarowane wyłącznie w instalacji komunalnej. Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne muszą zostać zagospodarowane w instalacji komunalnej prowadzonej przez Wykonawcę, wskazanej w ofercie, za wyjątkiem sytuacji dla, których w sposób wyraźny przewidziano wyłączenie tego obowiązku.

4.Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przy użyciu instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazanej na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach”.

IV.Zamawiający wyjaśniał treść SWZ odpowiadając na zadane przez wykonawców pytania. W dniu 27.09.2021 r. opublikowano pytanie nr 12 „Zgodnie z dokumentacją przetargową przedmiotowego postępowania Zamawiający wskazuje m.in. w Rozdziale III pkt 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w § 2 pkt 2 Projektu umowy, że Wykonawca jest zobowiązany wskazać w ofercie instalację komunalną do zagospodarowania. Jako że, odległość instalacji Wykonawcy od siedziby Zamawiającego jest jednym z kryteriów oceny ofert, prosimy o dostosowanie formularza na wpisanie nazwy instalacji komunalnej Wykonawcy w której będą zagospodarowane odpady. Obecny kształt formularza ofertowego pozwala jedynie na wpisanie ilości kilometrów” wraz z odpowiedzią „Zamawiający wprowadza nowy formularz ofertowy (Załącznik Nr 1_zmiana), w którym wprowadzono nowy wiersz w celu określenia nazwy i lokalizacji oferenta”.

V.Odwołujący w ofercie (str. 3 wypełnionego załącznika nr 1 do SWZ) wskazał „Nazwa/Miejscowość: Zakład Zagospodarowania Odpadów/Marszów, Odległość od Krosna Odrzańskiego 40,8 km”.

VI.W dniu 26.10.2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty wskazując, że „Zgodnie z zapisami XIV SWZ - Opis kryteriów oceny ofert, Zamawiający opisał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował dwoma kryteriami: Ceną oferty oraz Odległością, która będzie liczona w km od miasta Krosno Odrzańskie do instalacji Zagospodarowania Odpadów Oferenta mierzonej w linii najkrótszego przejazdu wg. wskazania Google Maps z dokładnością wskazaną w aplikacji. W Formularzu oferty wykazali Państwo, że odległość od Krosna Odrzańskiego wynosi 40,8 km, zaś wg aplikacji Google Maps najkrótsza droga wskazana przez aplikację wynosi 64,1 km (w załączeniu zrzut ekranu z aplikacji). Proszę o wyjaśnienie zaistniałej różnicy pomiędzy ilością km wykazaną w aplikacji Google Maps, a ilością km wskazaną przez Państwa w złożonej ofercie.”.

VII.Odwołujący pismem z dnia 26.10.2021 r. wyjaśnił, że „w formularzu oferty zgodnie z udzieloną przez Państwa odpowiedzią na pytanie zadane w niniejszym postępowaniu w wierszu dodanym do wypełnienia: „Nazwa/Miejscowość:” wskazał nazwę i miejscowość siedziby Wykonawcy. Wykonawca dysponuje stacją przeładunkową w miejscowości Lubsko, która jest docelowym miejscem przyjmowania odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W związku z powyższym Wykonawca wskazał najkrótszą trasę z miasta Krosno Odrzańskie do najbliższego punktu przyjęcia odpadów prowadzonego przez Wykonawcę wg. wskazania Google Maps. Na potwierdzenie możliwości przyjęcia odpadów w podanej lokalizacji w załączeniu przesyłamy decyzję Starosty Żarskiego z dnia 13.02.2014 r. znak WBO.6233.6.2014 oraz zmianę z dnia 20.10.2014 r. znak WBO.6233.6.1.2014”.

VIII.Zamawiający w dniu 23.11.2021 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający przywołał złożone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 26.10.2021 r., powołał się na treść pkt 6 - 8 rozdziału III SWZ, modyfikację formularza ofertowego wynikającą z odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 27.09.2021 r. i opis kryterium oceny ofert „odległość” konkludując, że w formularzu oferty odwołującego podano ilość kilometrów od stacji przeładunkowej, a nie instalacji komunalnej, co stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający dodał, że „Punkt przeładunkowy nie służy zagospodarowaniu odpadów. Jak wynika z art. 35 ust. 6 pkt ustawy o odpadach, Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca: mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych. Stacja przeładunkowa nie spełnia ww. wymogów”. Zaznaczono także, iż nie ma możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ponieważ wprowadzona zamiana byłaby istotną zmianą w jej treści, zatem oferta podlega odrzuceniu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, mając na uwadze stanowiska procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionych podstawy i jako takie zostało oddalone.

W ocenie składu rozpoznającego spór decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. była prawidłowa. W dokumentacji postępowania jednoznacznie wskazano, że w ofercie należy podać ilość kilometrów od Krosna Odrzańskiego do miejsca świadczenia usługi – instalacji zagospodarowania odpadów wykonawcy, mierzoną w linii najkrótszego przejazdu według wskazania Google Maps (tak opis pozacenowego kryterium oceny ofert „odległość” i odpowiedź na pytanie nr 12 modyfikujące formularz ofertowy w zakresie spełnienia wymagań SWZ i § 2 pkt 2 wzoru umowy, *vide* pkt II i IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Zgodnie z wyjaśnieniami

odwołującego – pkt VII okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia – wskazana w jego formularzu ofertowym odległość 40,8 km dotyczy miejscowości Lubsko, gdzie odwołujący posiada stację przeładunkową, która miała być docelowym miejscem przyjmowania odpadów objętych postępowaniem, co stanowi istotną merytoryczną wadę oferty.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że niezależnie od funkcji stacji przeładunkowej czy rzekomego celu ustanowienia kryterium „odległość”, SWZ jest jednoznaczna. Zamawiający trafnie odrzucił ofertę odwołującego za niezgodność z SWZ, zaś w odwołaniu nie ma żadnych okoliczności wynikających z dokumentacji przetargu, z których można byłoby wywieść, że wypełnienie formularza ofertowego przez odwołującego było prawidłowe. Wykonawca skupił się na poszukiwaniu poza SWZ cech stacji przeładunkowej, które jego zdaniem powodują uznanie, że już w stacji dochodzi do zagospodarowania odpadów (poprzez ich unieszkodliwienie w miejscu pośrednim w drodze do zakładu unieszkodliwiania) pomijając, że w SWZ wyraźnie wskazano, iż w formularzu ofertowym należało podać instalację zagospodarowywania odpadów, co pkt 6 i 7 rozdziału III SWZ określa jako instalację komunalną do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazaną na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2021 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779 ze zm.) dalej zwanej jako „u.o.”. Powyższe zostało powtórzone przez zamawiającego w § 2 ust. 2 - 4 wzoru umowy. Zatem skoro w SWZ – której przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej (wskazanej na liście Marszałka województwa), a w kryterium oceny ofert oceniano odległość miasta Krosno Odrzańskie od instalacji zagospodarowania odpadów wykonawcy – określono co rozumie się przez rzeczoną instalację, to nie ma podstaw, aby poszukiwać rozumienia SWZ poza jej treścią.

W szczególności, że odwołujący wręcz pominął niewygodną dla jego stanowiska procesowego treść SWZ i poszukując argumentów całkowicie spoza spektrum dokumentacji przetargu próbował „dostosować” brzmienie wyrażen użytych w SWZ tak, aby konwalidować popełniony w ofercie błąd. Innymi słowy, twierdzenia odwołującego mające uratować ofertę niezgodną z SWZ wynikają z przedstawionego rozumienia treści SWZ, gdzie stosując argumentację w oderwaniu od dokumentacji przetargu wykonawca tłumaczy jak wyklada wyrażenia w niej użyte, bagatelizując, że zamawiający klarownie wskazał, że instalację zagospodarowania odpadów rozumie tożsamo jak ustawodawca w ustawie o odpadach. Izba stoi jednak na stanowisku, że w pierwszej kolejności SWZ należy wykladać zgodnie z jej brzmieniem, a przy tym interpretować w sposób ścisły, co stanowi gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania.

Jeżeli zaś odwołujący wykazałby, że zasadnym jest poszukiwanie wykładni SWZ poza jej treścią, to musiałby także wykazać, że wykonawca dokonujący rekonstrukcji treści formularza ofertowego do wypełnienia (oświadczenia woli zamawiającego) w miejscu, gdzie należało wskazać odległość w kryterium pozacenowym, mógłby zrozumieć wymóg podania instalacji zagospodarowania odpadów jako stacji przeładunkowej. Czyli udowodnić, że z punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (art. 65 § 1 k.c.), formularz ofertowy wymagał podania miejsca przyjmowania odpadów objętych postępowaniem, a nie miejscowości instalacji komunalnej, w której będą one zagospodarowywane. W tym zakresie nie można pomijać, że z logiki i doświadczenia życiowego wynika, że wykonawcy działający na rynku gospodarowania odpadami, który jest szczegółowo uregulowany w powszechnie obowiązujących przepisach prawa – znają to prawo i potrafią je stosować. Jeżeli zatem zamawiający w dokumentacji postępowania odwołuje się do pojęć zdefiniowanych w u.o., to trudno uznać, że profesjonalista działający na przedmiotowym, regulowanym rynku nie powiąże danego pojęcia z jego definicją legalną (art. 38b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 35 ust. 6 u.o.), a będzie doszukiwał się funkcjonalnych powiązań stacji przeładunkowej i instalacji komunalnej, tworząc własne wyjaśnienie danego wyrażenia na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także pomijając brzmienie SWZ.

Niemniej, skład orzekający zgadza się z przystępującym, że ani w aspekcie faktycznym, ani w aspekcie prawnym stacja przeładunkowa nie może zostać uznana za część instalacji komunalnej, co trafnie wywiedziono na str. 6 - 13 pismenego stanowiska procesowego przystępującego, które Izba przyjmuje za własne. Krótko podsumowując argumenty tam zawarte należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 3 pkt 48 w zw. z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r., poz. 1973 ze zm.), które określają pojęcia zakładu i instalacji, stacja przeładunkowa – nawet gdyby znajdowała się w bezpośrednim sąsiedztwie instalacji komunalnej, czyli funkcjonowała na terenie tego samego zakładu – nie mogłaby zostać uznana za jej część, kiedy punkt zbierania odpadów w miejscowości Lubsko jest zlokalizowany w odległości około 30 km od instalacji komunalnej odwołującego. Wykonawca działający na tym rynku zdaje się również znać ustawowe terminy gospodarowanie odpadami (art. 3 ust. 1 pkt 2 u.o.) oraz zbieranie odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 34 u.o.). Stacja przeładunkowa, w której dochodzi do czasowego magazynowania odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b u.o., zgodnie z decyzją Starosty Żarskiego z dnia 20.10.2014 r. magazynowanie w stacji przeładunkowej w Lubsku może odbywać się maksymalnie 24 godziny) nie może zostać uznana za stacjonarny obiekt techniczny służący do prowadzenia odzysku albo unieszkodliwiania odpadów, czyli za instalację do przetwarzania odpadów (por. także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 26.04.2017 r. sygn. akt: III SA/Łd 979/16). Zaaprobowanie też odwołującego prowadziłoby także do uznania, że rzekome przetwarzanie (unieszkodliwianie, procesy D1, D5, D14 i D15) odpadów na terenie stacji przeładunkowej należałoby uznać za dokonywane bez wymaganego w art. 41 ust. 1 u.o. zezwolenia i sprzeczne z decyzją Starosty Żarskiego w przedmiocie zbierania odpadów w stacji wykonawcy. I wreszcie przywołane przez odwołującego art. 9e ust. 1 pkt 2 i ust. 1c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm.) nie dotyczą działalności wykonywanej w ramach zamówienia, odwołujący pomija także art. 29a ust. 1 i 3 u.o.

Konkludując, stanowisko odwołującego dotyczące funkcji stacji przeładunkowej jest wewnętrznie niespójne, a sugestie, jakoby w stacji przeładunkowej miała być prowadzona działalność polegająca na unieszkodliwianiu odpadów nie znajdują odzwierciedlenia w decyzjach Starosty Żarskiego umożliwiających zbieranie odpadów w stacji czy wręcz mogą prowadzić do wniosku o wykonywaniu działalności bez stosownych uprawnień.

Trudno podzielić również argumentację odwołującego w zakresie podanego przez niego celu określenia kryterium „odległość”. Jest to raczej stanowisko strony oparte na własnych hipotezach mających sanować błąd popełniony w ofercie, a nie próba obiektywnego wskazania uzasadnienia zastosowania pozacenowego kryterium oceny ofert przez zamawiającego. Dodatkowo założenia odwołującego pomijają nie tylko treść SWZ (w kryterium oceny ofert oceniano odległość miasta Krosno Odrzańskie od instalacji zagospodarowania odpadów wykonawcy – instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazanej na liście z art. 38b ust. 1 pkt 1 u.o.), a także konieczność uwzględnienia przez zamawiającego zasady efektywności zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 p.z.p.), czyli uzyskania nie tyle najtańszej oferty, co zapewnienia najbardziej optymalnej realizacji zamówienia również poprzez osiągnięcie efektów środowiskowych.

Izba nie znajduje podstaw, aby uznać, że omawiane kryterium pozacenowe, tu kryterium jakościowe dotyczące aspektów środowiskowych (art. 242 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), ustalono z pominięciem zasad ustawy p.z.p. i zasady bliskości stanowiącej jeden z instrumentów służących ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi, zapobiegających i zmniejszających negatywny wpływ na środowisko wynikający z wytwarzania odpadów oraz gospodarowania nimi. W sytuacji, kiedy odpady nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się je, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r., poz. 1973 ze zm.) do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone (art. 20 ust. 2 u.o.). Zatem nie posiada uzasadnienia odejście w kryterium „odległość” od miejsca przetworzenia odpadów (instalacja komunalna) na rzecz miejsca ich zbierania (stacja przeładunkowa), czyli pominięcie zasady bliskości, od której zamawiający nie może odstąpić. Przyjęcie też odwołującego powodowałoby także uznanie kryterium „odległość” za kryterium pozorne, będące *de facto* kolejnym kryterium dotyczącym ceny, a zarazem za kryterium oceny ofert oderwane od całości brzmienia SWZ na rzecz subiektywnego stanowiska odwołującego, które jest sprzeczne z dokumentacją postępowania – o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia – kiedy kryterium oceny ofert winno być ściśle związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 p.z.p., pkt 1, 6 i 7 rozdziału III SWZ).

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, aby decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z postępowania była nieprawidłowa. Wykonawca przedstawił własne nieuzasadnione rozumienie treści formularza ofertowego, pomijające treść SWZ, więc zamawiający prawidłowo uznał, że wskazana w ofercie stacja przeładunkowa nie spełnia wymagań dokumentacji postępowania, uznając to za wadę merytoryczną oferty powodującą konieczność jej eliminacji z postępowania, zatem zarzut nr 4 z *petitum* odwołania został oddalony.

W ocenie Izby w materiale procesowym nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez wskazanie wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty odwołującego (zarzut nr 3).

Zdaniem składu orzekającego zawiadomienie o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 23 listopada 2021 r. (*vide* pkt VIII okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) spełnia wymagania art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., w szczególności zamawiający w sposób właściwy i wyczerpujący podał uzasadnienie swojej decyzji, w tym odwołał się do treści wyjaśnień złożonych w przetargu przez odwołującego odnoszących się do wypełnienia formularza ofertowego, szeroko przytoczył stosowne postanowienia SWZ, z którymi oferta odwołującego jest niezgodna. Zamawiający wyjaśnił także w oparciu o jakie przepisy prawa doszedł do wniosku, że wskazanie przez odwołującego punktu przeładunkowego nie może zostać uznane za wskazanie instalacji komunalnej (odpowiednie przepisy ustawy o odpadach), zatem trudno uznać takie zawiadomienie za lapidarne, bądź za niespełniające dyspozycji art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co powoduje oddalenie omawianego zarzutu.

Skład orzekający oddalił również zarzut nr 2 – przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego, czyli naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Odwołujący argumentował, iż istotność tego naruszenia ma znaczenie, w przypadku gdyby w ocenie Izby zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, a także zaniechania unieważnienia postępowania zostały uznane za przedwczesne, co może w przyszłości służyć jako podstawa odmówienia odwołującemu prawa do późniejszego podniesienia tych zarzutów – nie można bowiem, zdaniem odwołującego, wykluczyć, iż w takim przypadku będzie stawiany zarzut niewykazania materialnoprawnych przesłanek, warunkujących możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej (art. 505 ust. 1 p.z.p.).

Niemniej odwołujący na posiedzeniu wycofał rzeczone zarzuty (zarzut nr 1 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i zarzut nr 6 dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania), brak jest zatem nawet hipotetycznej możliwości spełnienia okoliczności, z którymi odwołujący wiązał naruszenie wskazane w zarzucie nr 2, więc zarzut ten jako bezpodstawny nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Dodatkową przeszkodą jest także brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. wymagające stwierdzenia kwalifikowanego naruszenia prawa przez zamawiającego, mającego istotny wpływ na wynik przetargu.

W zakresie zarzutu zaniechania poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 i 3 p.z.p. (zarzut nr 5) skład orzekający wskazuje co następuje.

Wadą oferty wykonawcy nie jest wyłącznie wskazanie nieprawidłowej odległości w formularzu ofertowym, zgodnie bowiem z wyjaśnieniami odwołującego złożonymi w przetargu (pismo z dnia 26.10.2021 r., pkt VIII okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) w ofercie wskazano stację przeładunkową w Lubsku. Nie może więc być mowy o omyłce, kiedy treść oferty właściwie wyraża intencję jej autora. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może posłużyć jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia, wbrew wyjaśnieniom złożonym przez odwołującego, więc popełniony błąd nie zawiera się w katalogu wad, które można sanować.

W szczególności nie doszło do zaniechania poprawienia oferty odwołującego na kanwie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ponieważ warunkiem poprawienia tzw. innej omyłki jest nieistotność zmiany treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie jej poprawy. „Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. W żadnym zaś wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy, co można wywieść chociażby z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku wydanego w sprawie XII Ga 429/09. Drugim warunkiem poprawienia omyłki, jako innej, jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt: X Ga 1071/16).

Zatem nieprawidłowym byłoby wykorzystanie trybu poprawienia omyłki do dostosowania formularza ofertowego odwołującego do merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania, poprzez wprost zamianę tego, co w ofercie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Działanie takie nie tylko byłoby sprzeczne z ustawową możliwością poprawienia omyłki, ale byłoby wbrew wyjaśnieniom przedstawionym przez wykonawcę, z których wprost wynika, że jego zdaniem nie popełnił on żadnego błędu, który można byłoby poprawić na kanwie art. 223 ust. 2 p.z.p. Omawiany zarzut został więc przez Izbę oddalony jako bezpodstawny.

Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału dowodowego wydruki z aplikacji Google Maps, które okazały się nieprzydane dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, który dotyczy weryfikacji poprawności

formularza ofertowego wykonawcy w konotacji z brzmieniem dokumentacji postępowania, sama zaś ilość kilometrów od Gminy Krosno Odrzańskie do stacji przeładunkowej i instalacji komunalnej jest wtórna, nie były też to okoliczności sporne.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....