

WYROK

z dnia 22 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **17 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **9 grudnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**ECO-ABC**” sp. z o.o. z siedzibą w **Bełchatowie**

w postępowaniu pn. *Odbiór i transport odpadów medycznych i medycznych niebezpiecznych celem ich unieszkodliwiania* (nr ZP/22/2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Stobrowskie Centrum Medyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kupie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4142 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści dwa złote zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego jako uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.**

Uzasadnienie

Stobrowskie Centrum Medyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kupie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi *Odbiór i transport odpadów medycznych i medycznych niebezpiecznych celem ich unieszkodliwiania* (nr ZP/22/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 listopada 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00267897/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

29 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Remondis Medison Chrzanów sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie, Promalor-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Ciepłówku {dalej: „Konsorcjum Remondis”}.

6 grudnia 2021 r. „ECO-ABC” sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie {dalej: „Eco-Abc” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, polegające na braku odrzucenia złożonej przez Konsorcjum Remondis oferty, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis.
4. Wyboru oferty Eco-Abc jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z postanowień zawartych w rozdziale V pkt 6. i 7. ppkt 1) SWZ wynika, że przedmiotem zamówienia w poz. 1 objęte są odpady o kodach: 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 04, 18 01 06*, 18 01 09, 18 01 82*, czyli w przeważającej mierze odpady medyczne zakaźne: a) części ciała i organy oraz pojemniki na krew i konserwanty służące do jej przechowywania (z wyłączeniem 18 01 03*), b) inne odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny oraz inne formy zdolne do przeniesienia materiału genetycznego, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do sądenia, że wywołują choroby u ludzi i zwierząt (np. zainfekowane pieluchomajtki, podpaski, podkłady), z wyłączeniem 18 01 80 i 18 01 82.

Zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. ich unieszkodliwianie powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliżej miejsca ich wytwarzania. I tak art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach ustala zasadę regionalizacji, zgodnie z którą zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Wyjątki od powyższej zasady przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którymi można nie stosować ustalonej w art. 20 ust. 3 zasady regionalizacji w następujących sytuacjach: a) jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa; b) na obszarze województwa innego niż to, 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.

Zasada bliskości jako wymóg ustawowy została potwierdzona dodatkowo przez Zamawiającego w postanowieniu zamieszczonym w rozdziale V pkt 15 SWZ: *Wykonawca zapewnia realizację umowy: z zachowaniem wymogów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. 2021 r., poz. 779 z późn. zm.) w tym ad. 20 ust. 2 i 6, który zobowiązuje*

przyszłego posiadacza do unieszkodliwiania odpadów medycznych pochodzących z obiektów Zamawiającego na obszarze województwa opolskiego lub poza województwem, jednakże w możliwie jak najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego.

Zamawiający miejsce położenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów uczynił również pozacenowym kryterium oceny ofert.

Miejsce wytwarzania odpadów objętych tym przetargiem znajduje się w województwie opolskim, w którym nie ma żadnej instalacji do unieszkodliwiania odpadów.

Instalacja wskazana przez Konsorcjum Remondis znajduje się w województwie małopolskim, natomiast Eco-Abc wskazało instalację na terenie województwa łódzkiego. Konsorcjum Remondis oświadczyło w formularzu ofertowym, że instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych i medycznych zakaźnych, do której będzie przekazywało odebrane odpady, znajduje się w Chrzanowie, w odległości 157 km od głównego miejsca wytwarzania odpadów tj. od ul. K. Miarki 14, 46-082 Kup. Natomiast Eco-Abc wskazało, że instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych i medycznych zakaźnych, do której będzie przekazywało odebrane odpady znajduje się w Belchatowie, w odległości 145 km od głównego miejsca wytwarzania odpadów tj. od ul. K. Miarki 14, 46082 Kup. Analiza formularzy ofertowych wskazuje zatem, że najbliższą położoną od miejsca wytwarzania odpadów instalacją do unieszkodliwiania jest ta położona w Belchatowie.

Odwołujący wywiódł, że zasada bliskości została wyrażona w przepisach ustawy o odpadach, a zatem w akcie prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Z kolei organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa (art. 6 Konstytucji RP). W orzecznictwie sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości, że zasada bliskości wyznacza pewien wymagany, a czasami też oczekiwany kierunek działań dotyczących postępowania z odpadami. Zasada ta ustala przede wszystkim reguły i wzory postępowania w gospodarce odpadami, których przestrzeganie jest dla adresatów prawnie obowiązujące, niezależnie od tego, jaki jest zasięg przedmiotowy i podmiotowy norm prawnych tworzących jej treść oraz zakres i forma sankcji, które służą ochronie jej przestrzegania. Żaden z przepisów prawa polskiego, w szczególności art. 20 ustawy o odpadach, nie wyłącza stosowania zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami. Unormowania kształtujące treści i zakres zasady bliskości mają charakter bezwzględnie obowiązujący dla wszystkich podmiotów prowadzących i organizujących gospodarowanie odpadami. Przeciwna interpretacja, wskazująca na względność obowiązywania i stosowania zasady bliskości, powodowałaby, że przepis art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach byłby regulacją częściowo nieobowiązującą, a to podważałoby zasadę racjonalnego ustawodawcy, który nie ustanawia przepisów martwych, nieistotnych lub zbędnych.

Ustawodawca posługując się terminem „najbliższej położonej instalacji” wskazuje na konieczność odnoszenia przedmiotowego wymogu do odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich unieszkodliwiania. Przy czym zasada bliskości zostanie spełniona w odniesieniu do miejsca, w którym będą unieszkodliwiane odpady, pozostającego w najmniejszej odległości od miejsca ich wytwarzania (uzasadnienie wyroku Izby z 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 669/13).

Na konieczność przestrzegania zasady wskazała również Krajowa Izba Odwoławcza również w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2641/19: *w ocenie Izby interpretacja art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zakaźne odpady medyczne i weterynaryjne powinny być unieszkodliwione w spalarni położonej najbliższego miejsca ich wytworzenia. Ustawodawca posługując się zwrotem „w najbliższej położonej instalacji” nie pozostawił wątpliwości interpretacyjnych w tej kwestii. Nie ma tu mowy o czasie dojazdu do spalarni odpadów, ani klasie dróg do niej prowadzących. Priorytet najkrótszej odległości do miejsca utylizacji odpadów wynika również z art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach. W tej sytuacji Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego było nieprawidłowe. Nie ma podstaw do rozszerzającej wykładni art. 20 ust. 6 zd. drugie ustawy o odpadach. Przepis ten powinien być rozumiany ściśle. Tym samym, oferta była niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) i nie odpowiadała wymogom SIWZ w zakresie obowiązku realizacji świadczenia w sposób zgodny z m. in. ustawą o odpadach.*

Według Odwołującego nie ma znaczenia, że Zamawiający ocenił odległość instalacji od miejsca wytwarzania odpadów w ramach kryterium oceny ofert, gdyż pierwszym krokiem dokonywanym w postępowaniu powinna być ocena merytoryczna ofert, która w tym przypadku winna doprowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis. Uwzględnienie zasady bliskości wyłącznie w pozacenowym kryterium oceny ofert wypaczyłoby sens tej zasady i naruszyło bezwzględnie obowiązujące przepisy ustaw o odpadach, których Zamawiający nie może zmienić. Przepisy bezwzględnie obowiązujące, muszą być stosowane niezależnie od woli i decyzji Zamawiającego. Zamawiający nie może zaś swoją arbitralną decyzją zmieniać reguł, wg których unieszkodliwiane są zakaźne odpady medyczne (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 2521/21).

Dopiero ustalenie, że wskazane przez Wykonawców lokalizacje były zgodne z przepisami ww. ustawy czy to w zakresie odległości czy też w związku z ograniczeniami co do faktycznych możliwości unieszkodliwiania odpadów pozwalało na uznanie, że złożone oferty są zgodne z przepisami prawa oraz przywołanymi zapisami SIWZ. Oferty Wykonawców, których treść była sprzeczna z wymaganiami winny być odrzucone w oparciu o przesłankę określoną w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp (uzasadnienie uchwały Izby z 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 13/18).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że ustawodawca mocą powołanych przepisów wybór oferty najkorzystniejszej, niezależnie od kryteriów oceny ofert, nakazuje poprzedzić po pierwsze weryfikacją wykonawcy (art. 24 ustawy Pzp), po drugie zaś, oceną oferty, również w jej warstwie merytorycznej (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że Zamawiający był zobowiązany, powołując się na zasadę bliskości w treści SIWZ, jak również mocą bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, do oceny, czy rzeczona zasada została uwzględniona przy formułowaniu treści oferty (miejsce położenia spalarni) i wynik tej oceny powinien przesądzać o tym, czy oferta zostaje odrzucona czy też podlega dalszej ocenie. zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Wskazany tok postępowania Zamawiającego, gdyby został zastosowany, rozwiązałby wszelkie wątpliwości Zamawiającego, nie budząc wspomnianych dylematów i nie mogłby stanowić podstawy do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (uzasadnienie uchwały Izby z 15 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 29/14).

W odpowiedzi na odwołanie z 16 grudnia 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Zamawiający zwrócił uwagę na Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/W z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy (dalej: „dyrektywa”), której implementacja stanowiła podstawę dla stworzenia regulacji zawartych w art. 20 ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 16 dyrektywy, wprowadzającej zasady samowystarczalności i bliskości, państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną i wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw

domowych, uwzględniającą przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik. Ponadto, w drodze odstępstwa od rozporządzenia (WE) nr 1013/2006, aby chronić swoją sieć, państwa członkowskie mogą ograniczyć wychodzące transporty odpadów przeznaczonych do obiektów przekształcania termicznego, które zaklasyfikowano jako instalacje do odzysku, w przypadkach, gdy ustalono, że transporty takie doprowadziłyby w konsekwencji do tego, że krajowe odpady musiałyby być unieszkodliwiane lub musiałyby być przetwarzane w sposób niezgodny z planami gospodarki odpadami tych państw. Państwa członkowskie zawiadamiają Komisję o podjęciu takiej decyzji. Państwa członkowskie mogą również ograniczyć wychodzące transporty odpadów z przyczyn dotyczących środowiska określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006. Sieć powinna być zaprojektowana w sposób umożliwiający Wspólnocie jako całości stanie się samowystarczającą w zakresie unieszkodliwiania odpadów, jak również odzysku odpadów, o których mowa w ust. 1, a państwom członkowskim umożliwić stopniowe osiągnięcie tego celu indywidualnie, przy uwzględnieniu warunków geograficznych lub zapotrzebowania na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów. Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów, w jednej z najbliższej położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego.

Według Zamawiającego z powyższego wynika, że zasady bliskości nie można traktować w sposób absolutny, a jej celowość ściśle koreluje z zasadą samowystarczalności, która – mimo jej nieujęcia w ustawie o odpadach – stanowi część systemu prawnego jako jedna z dyrektyw interpretacyjnych dla art. 20 ustawy o odpadach.

Zamawiający wywiódł, że celem wprowadzenia zasady bliskości w ustawie o odpadach, także w zakresie wywozu i utylizacji odpadów medycznych, było zapewnienie bezpieczeństwa przez minimalizację ryzyk związanych z rozprzestrzenianiem się chorób, na które narażone jest zdrowie i życie ludzi oraz środowisko, zwłaszcza w trakcie transportu. Mając na uwadze powyższą ideę nie sposób definiować przedmiotowej zasady w sposób zawężający, odnoszący się jedynie do wyliczenia odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich utylizacji. Zapewnienie bezpieczeństwa w transporcie odpadów medycznych związane jest nie tylko z odległością, jaką należy przebyć, ale również czasem takiego transportu, czy kategorią dróg jakimi będzie poruszał się transport. Zdaniem Zamawiającego zawężenie definiowania zasady bliskości jedynie do określenia odległości prowadzi do wypaczenia idei związanej z zapewnieniem bezpieczeństwa przy transporcie odpadów medycznych. Ponadto ustawodawca nie wprowadził definicji, metody czy sposobu liczenia odległości, o których stanowi art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, tym bardziej, że do konkretnej instalacji prowadzą różne alternatywne drogi. Ustawodawca nie wprowadził zasady liczenia odległości, co równie dobrze może prowadzić do wniosku, że mogłaby być ona wskazywana w linii prostej, a nie w oparciu o istniejące połączenia drogowe.

Zamawiający potwierdził, że w prowadzonym przez niego postępowaniu żaden z oferentów nie mógł zaproponować instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych na terenie województwa opolskiego, gdyż taka w chwili obecnej nie funkcjonuje, w związku z tym wywóz odpadów medycznych będzie odbywał się na zasadzie wyjątku, o którym stanowi art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach.

Według Zamawiającego, dodając pozacenowe kryterium oceny ofert w postaci odległości miejsca wytwarzania odpadów do miejsca ich przetwarzania, z jednej strony właściwie realizuje zapisy ustawy o odpadach i spełnia intencję ustawodawcy, a z drugiej strony zapewnia udział w postępowaniu tych wykonawców, którzy gwarantują rozwiązania bezpieczne z punktu widzenia sanitarno-epidemiologicznego, że instalacja, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne, posiada wystarczające moce przerobowe, a odpady wytworzone przez Zamawiającego nie będą przemieszczane na duże odległości.

I tak Konsorcjum Remondis wskazało, że będzie utylizowało odpady w instalacji znajdującej się w Chrzanowie, do której dojazd według Google Maps odbywać się będzie drogami szybkiego ruchu, co zapewnia sprawny i szybki transport zakaźnych odpadów medycznych. Natomiast Eco-Abc wskazało jako miejsce utylizacji odpadów instalację w Bełchatowie, do której dojazd według Google Maps odbywać się będzie drogami krajowymi, co generuje większe niebezpieczeństwo na drodze. Wobec powyższego Zamawiający, przestrzegając zasady bliskości, dokonał wyboru oferty Konsorcjum Remondis, jako gwarantującej bezpieczny transport zakaźnych odpadów medycznych. W ocenie Zamawiającego Odwołujący próbuje go przymusić do wydatkowania prawie 6 tys. zł więcej, podczas gdy różnica w kilometrach pomiędzy dwoma instalacjami wynosi ok. 12 km. Takie zawężenie rozumienia zasady bliskości narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz sprzyja praktykom monopolistycznym.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał na kolizję normy prawnej z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.), które nakazują racjonalne wydatkowanie środków. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Wydatkowanie środków publicznych wbrew powyższym zasadom grozi odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Oszczędność wiąże się z obniżeniem w możliwym stopniu wydatków koniecznych na realizację zadania z zastrzeżeniem granicy, w której przełożyłoby się to na spadek jakości działalności. Norma wynikająca z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych jest normą *ius cogens*, bezwzględnie wiążącą Zamawiającego. Dokonując wyboru oferty droższej o 5.754,24 zł Zamawiający naruszyłby zasadę nakazującą dokonywania wydatków publicznych w sposób oszczędny. Dokonując wyboru oferty, mając na uwadze

Zamawiający podniósł, że ustawa o odpadach nie przewiduje sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów z niej wynikających, a tym samym nie znajduje zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. Przyjęcie, że art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wobec tego odstępstwo od jego zastosowania skutkuje nieważnością czynności prawnej jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, nie może dotyczyć oferty, tj. czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli. Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2007 r. sygn. akt II CSK 553/06: *przepis art. 58 k.c. dotyczy sytuacji, gdy czynność prawna już w chwili rodzenia się była sprzeczna z ustawą i zasadami współżycia społecznego lub miała na celu obejście ustawy*. Ustawa o odpadach nie zakazuje zaferowania instalacji w pewnej odległości od miejsca wytworzenia odpadów lub spoza terenu województwa. Trudno także uznać, by złożenie takiej oferty mogło być w tym przypadku sprzeczne z zasadami współżycia społecznego lub nakierowane na obejście ustawy.

Zamawiający podsumował, że równorzędność norm prawnych wynikających z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpadach, uwzględniając szersze rozumienie zasady bliskości, w sposób prawidłowy wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Zamawiającego nie do pomysłenia jest sytuacja bezwzględnego przymusu wyboru oferty jedynego podmiotu w tego typu przetargach, bez rozpatrywania innych niż odległość kryteriów, co samo w sobie jest sprzeczne nie tylko z przywołanymi wyżej przepisami prawnymi i zasadami prawa, ale wręcz podważa sens i cel

gospodarki rynkowej oraz znakomitej części obrotu prawnego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację. **Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Postanowienie zamieszczone w rozdziale V pkt 15 SWZ, co prawda odwołuje się wprost do art. 20 ust. 6 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.), jednak nie przytacza jego brzmienia, natomiast ustala na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia interpretację tego przepisu, zgodnie z którą wykonawca ma zapewnić unieszkodliwianie odpadów medycznych na obszarze województwa opolskiego lub poza nim, jednakże w możliwie najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego.

Powyższe postanowienie zostało skorelowane z postanowieniami rozdziału XVII SWZ zawierającymi opis kryteriów oceny ofert, gdzie Zamawiający ustalił jako drugie, obok ceny (o wadze 95%), kryterium oceny ofert „odległość od spalarni” (o wadze 5%), w którym maksymalną liczbę punktów otrzyma oferta, w której zostanie wskazana najmniejsza odległość spalarni od głównego miejsca wytwarzania odpadów, czyli Szpitala w Kupie, a pozostałe oferty uzyskają proporcjonalnie mniej punktów wg podanego wzoru [co wynika z pkt 1. i 2. tego rozdziału].

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SWZ należy stwierdzić, że warunki tego zamówienia, które ma być udzielone w trybie podstawowym, czyli *de facto* w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, nie tylko dopuszczają, ale wręcz zakładają, że wykonawcy będą konkurować nie tylko ceną, ale i odległością spalarni, w której oferują unieszkodliwianie odpadów medycznych od głównego miejsca ich wytwarzania przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach dopuszcza unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, 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.

Niesporna jest okoliczność, że aktualnie na terenie województwa opolskiego nie ma żadnej instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, co oznacza, że w zgodzie z powyżej przywołanym przepisem jest zaoferowanie wykonania takiej usługi na terenie innego województwa. Zarówno Eco-Abc, jak i Konsorcjum Remondis zaoferowały unieszkodliwienie odpadów wytworzonych na terenie województwa opolskiego w sąsiednim województwie, odpowiednio łódzkim i małopolskim. Niesporne jest również, że w każdym przypadku wskazano na instalację położoną w danym województwie sąsiednim możliwie najbliższej głównego miejsca wytwarzania odpadów przez Zamawiającego.

Co więcej różnica odległości pomiędzy konkurującymi w tym postępowaniu spalarniami a głównym miejscem wytworzenia odpadów u Zamawiającego jest nieznaczna (145 km do 157 km). Nie zostało również zaprzeczone, że aktualnie dojazd do tej nieco dalej położonej instalacji wiedzie drogami lepszej klasy.

Zauważyć należy, że wynikająca z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach zasada bliskości, która przewiduje unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa ich wytworzenia lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania, zakłada w tych ramach możliwość konkurowania różnych spalarni. Zatem również regulacja wynikająca z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach, która znajduje zastosowanie w przypadku, gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia, powinna być tak interpretowana, aby nie wykluczać konkurencji.

Reasumując, warunki tego zamówienia przewidują konkurencję pomiędzy instalacjami do unieszkodliwiania również w przypadku, gdy na terenie województwa opolskiego nie będzie możliwe zapewnienie unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych Zamawiającego, czemu nie stoi temu na przeszkodzie art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach.

Nawet przy skrajnie formalistycznej interpretacji zasady bliskości w odniesieniu do zakaźnych odpadów medycznych, prezentowanej przez Odwołującego, art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach nie powoduje, że warunki tego przetargu ustalone przez Zamawiającego nie są wiążące zarówno dla niego jako organizatora, jak i dla wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym dla Odwołującego.

Dodatkowo podstawa prawna wskazana w odwołaniu, czyli art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, dotyczy niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, czyli treścią SWZ, a nie niezgodności z ustawą (jak art. 226 ust. 1 pkt 3 pzp) czy nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów (jak art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp).

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Art. 16 pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Według art. 284 ust. 1 pzp wykonawca może do zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Z kolei na mocy art. 286 ust. 1 pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ponieważ wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany przez Zamawiającego zgodnie z określonymi przez niego w SWZ kryteriami oceny ofert, a treść wybranej oferty Konsorcjum Remondis jest zgodna z warunkami tego zamówienia określonymi w SWZ, zarzuty odwołania należało uznać za bezzasadne.

To Odwołujący, gdy okazało się, że pomimo korzystnego dla niego kryterium odległości od spalarni, jego oferta nie okazała się najkorzystniejsza z uwagi na wyższą cenę, wniósł odwołanie, w którym *de facto* kwestionuje warunki tego zamówienia, bezpodstawnie domagając się dokonania wyboru jego oferty z pominięciem tych warunków i ustalonych

jednoznacznie kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz opłaty od pełnomocnictwa, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.