

WYROK

z dnia 23 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - Lider Konsorcjum, (2) REMODNIS Medison Chrzanów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chrzanowie - Konsorcjant; (3) PROMAROL - PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie - Konsorcjant (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Szpital Powiatowy im. Prałata J. Glowatzkiego z siedzibą w Strzelcach Opolskich

przy udziale wykonawcy ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Belchatowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - Lider Konsorcjum, (2) REMODNIS Medison Chrzanów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chrzanowie - Konsorcjant; (3) PROMAROL - PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie - Konsorcjant i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - Lider Konsorcjum, (2) REMODNIS Medison Chrzanów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chrzanowie - Konsorcjant; (3) PROMAROL - PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie - Konsorcjant, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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

Zamawiający: Szpital Powiatowy im. Prałata J. Glowatzkiego w Strzelcach Opolskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych niebezpiecznych dla Szpitala Powiatowego im. Prałata J. Glowatzkiego w Strzelcach Opolskich”. Wartość postępowania jest mniejsza niż progi unijne.

Dnia 7 czerwca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 ppkt a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020r., poz. 1129 ze zmianami) zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - Lider Konsorcjum, (2) REMODNIS Medison Chrzanów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chrzanowie - Konsorcjant; (3) PROMAROL - PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie - Konsorcjant.

Odwołujący wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego w przedmiocie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie.

Odwołujący otrzymał informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania w dniu 2 czerwca 2022 roku. Zamawiający przesłał w tym dniu, informację, że w wyniku przeprowadzenia procedury przetargowej dokonał wyboru oferty firmy ECO - ABC Sp. z o.o. Termin wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta złożona przez firmę ECO-ABC nie podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, jak również jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione.

Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego o wyborze oferty firmy ECO - ABC;
2. Dokonania powtórnej oceny ofert oraz podjęcie czynności wykluczenia firmy ECO -

ABC oraz odrzucenia oferty firmy ECO - ABC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z dokonaniem wyborem najkorzystniejszej oferty, dokonując wyboru oferty Zamawiający podjął czynności niezgodne z przepisami ustawy oraz zaniechał podjęcia czynności, do których był zobowiązany na jej podstawie.

Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia, tj. w rozdziale 1. SWZ określił, że przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych dla Szpitala Powiatowego im. Prałata J. Glowatzkiego w Strzelcach Opolskich. Zamawiający wskazał, iż odpadami podlegającymi usłudze są odpady oznaczone kodami: 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 06*, 18 01 09. Przedmiotem zamówienia są zatem odpady, które zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 roku w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi, należą do grupy odpadów medycznych, w tym również odpadów zakaźnych oraz niebezpiecznych. Do grupy odpadów zakaźnych należą odpady o kodzie 18 01 02* oraz 18 01 03*, a łączna szacunkowa ilość odpadów wytwarzanych przez zamawiającego to 56 000 kg (56 Mg = 56 ton), z czego większość stanowią odpady medyczne zakaźne.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale 3. SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, posiadają wpis do bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce

odpadami (BDO) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia oraz posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesje, zezwolenia lub licencje - wymaga się aktualnego zezwolenia na wykonywanie działalności w zakresie gospodarki odpadami

medycznymi i niebezpiecznymi o kodach: 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 06*, 18 01 09, tzn. ich

unieszkodliwianie/przetwarzanie i prowadzenia instalacji termicznego przekształcania odpadów zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021r., poz. 779, 785, 1648) i Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020r., poz.10).

Zamawiający był zobowiązany do dokonania wyboru oferty przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z treścią SWZ, prowadzenie działalności związanej z odbiorem odpadów medycznych powinno być zgodne z aktualnymi przepisami prawnymi i rozporządzeniami wykonawczymi z zakresu ochrony środowiska. Wykonawca w zakresie wykonanej usługi powinien przestrzegać przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności dotyczących ochrony środowiska w zakresie czynności realizowanych w ramach umowy. Zamawiający wskazał również, iż świadczenie usługi ma odbywać się zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa na terenie RP, wymieniając m.in. ustawę o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku.

W rozdziale 1 pkt 2) SWZ dotyczącym zasad gospodarowania odpadami Zamawiający wskazał, że Wykonawca zapewnia realizację umowy z zachowaniem wymogów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. DZ.U. 2021 r. poz. 779 ze zm.) w tym art. 20, który zobowiązuje przyszłego posiadacza do unieszkodliwienia odpadów medycznych pochodzących z obiektów Zamawiającego na obszarze województwa opolskiego lub poza województwem, jednakże w możliwie jak najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego. W pkt 2) ust c) wskazano, że w przypadku gdy podana przez Wykonawcę w treści oferty lokalizacja spalarni nie spełnia tej zasady, oferta podlega odrzuceniu.

W toku postępowania ofertę złożyła firma ECO - ABC Sp. z o.o., która została następnie wybrana przez Zamawiającego. Zgodnie z treścią złożonej oferty podmiot ten wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

Odwołujący, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podnosi zarzut wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez firmę ECO - ABC sp. z o.o., która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodna z warunkami udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że złożona przez ten podmiot oferta narusza art. 20 ustawy o odpadach formułujący obowiązek przestrzegania zasady bliskości.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zaoferował możliwość unieszkodliwiania odebranych od Zamawiającego odpadów w instalacji położonej w Chrzanowie, w odległości 103 km od siedziby Zamawiającego. Zamawiający natomiast dokonał wyboru oferty firmy ECO - ABC Sp. z o.o., której instalacja zlokalizowana jest w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7, w odległości 149 km od siedziby Zamawiającego. W związku z powyższym instalacja zaoferowana przez Odwołującego jest zlokalizowana o 46 km bliżej niż ta zaproponowana przez ECO - ABC, co wskazuje na fakt, iż to oferta Odwołującego jest zgodna z obowiązującymi przepisami, w szczególności z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, jak również z warunkami zamówienia.

Wyrażona w treści art. 20 ustawy o odpadach „zasada bliskości” stanowi jeden z podstawowych elementów koncepcji zagospodarowania odpadami przyjętej przez państwa europejskie, której celem jest zminimalizowanie ich potencjalnego negatywnego wpływu na środowisko naturalne. Zgodnie z poglądem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zasada bliskości stanowi podstawę wprowadzania ograniczeń w swobodnym przemieszczaniu odpadów.

Zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji ale w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Przepisy ustawy o odpadach, w szczególności art. 20 - w zakresie wyrażonej w tym przepisie „zasady bliskości” mają charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy Pzp i w tym zakresie muszą być bezwzględnie przestrzegane przez zamawiających. Dokonanie wyboru Wykonawcy, które zostało oparte przez Zamawiającego jedynie na

podstawie kryterium korzystniejszej ceny, jest niezgodne z obowiązującymi przepisami w zakresie ochrony środowiska.

Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Środowiska z dnia 8 lipca 2013 r.: „ (...) podczas wyboru oferty na zagospodarowanie odpadów o właściwościach zakaźnych, należy mieć na uwadze, że zgodnie z przepisami o odpadach (zarówno dotychczasowej ustawy

z dnia 27 kwietnia 2001 r., jak i nowej ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach),

podmioty gospodarujące zakaźnymi odpadami medycznymi i weterynaryjnymi

o właściwościach zakaźnych (wytwórcy jak i inni posiadacze odpadów) zobowiązani

są do przestrzegania zasady bliskości.”

Zamawiający był zobowiązany, powołując się na zasadę bliskości w treści SWZ, jak również mocą bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, do oceny, czy rzeczona zasada została uwzględniona przy formułowaniu treści oferty i wynik tej oceny powinien przesądzić o tym, czy oferta zostaje odrzucona czy też podlega dalszej ocenie (tak uchyliła Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2014 r., KIO/KD29/14 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 roku, sygn. akt 669/13; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 13/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 226/18). W tym zakresie Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy ECO - ABC, który kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi naruszenie

art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, a tym samym zasad gospodarowania odpadami,

wskazanych przez Zamawiającego w rozdziale 1 pkt 2) c) SWZ. W związku z tym wybór przez Zamawiającego oferty spółki ECO ABC jest niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, odwołanie jest konieczne

i uzasadnione.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza i gdyby Zamawiający nie

podjął decyzji o wyborze oferty firmy ECO - ABC, Odwołujący byłby wykonawcą zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w ogłoszonym postępowaniu. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego badania i oceny ofert według ustalonych w SWZ kryteriów oceny, dokonanie tych czynności w sposób niewłaściwy uniemożliwia wykonawcy uzyskanie zamówienia, co godzi w interes danego Wykonawcy jako przedsiębiorcy. Nieuzyskanie zamówienia prowadzi do utraty korzyści materialnych po stronie Odwołującego.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Belchatowie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania może więc pozbawić Przystępującego zamówienia.

Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w calosci.

Przystępujący zaznaczyl, ze spelnil warunki udzialu w postepowaniu okreslone w SWZ, a jego oferta byla zgodna z warunkami zamowienia i obowiazujacymi przepisami oraz najkorzystniejsza w ramach ustalonych kryteriow oceny ofert (cena 60 %, termin platnosci 35 % i odleglosc spalarni od miejsca wytwarzania odpadow - 5 %).

Ustawa o odpadach przewiduje, ze zakazne odpady medyczne powinny byc unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrazonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. co do zasady unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych powinno nastepowac na obszarze tego samego wojewodztwa. Zasada ta nie ma charakteru bezwzgleznego, poniewaz art. 20 ust. 6 tejze ustawy, wprowadza wyjatke od zakazu unieszkodliwiania odpadów na terenie tego samego wojewodztwa, na którym zostaly wytworzone i dopuszcza ich unieszkodliwianie poza terenem wojewodztwa w nastepujacych sytuacjach:

- a) jezeli odleglosc od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania polozonego na obszarze innego wojewodztwa jest mniejsza niz odleglosc do miejsca stosowania polozonego na obszarze tego samego wojewodztwa;
- b) na obszarze wojewodztwa innego niz to, na którym zostaly wytworzone, w najblizej polozonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego wojewodztwa lub gdy istniejace instalacje nie maja wolnych mocy przerobowych.

W prowadzonym postepowaniu zaden z oferentów nie mogl zaproponowac instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych na terenie wojewodztwa opolskiego, gdyz taka w chwili obecnej nie funkcjonuje, w zwiazku z tym wywóz odpadów medycznych bedzie odbywal sie na zasadzie wyjatku, o którym stanowi art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Istnieje tutaj kolizja powyzszej normy prawnej z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.), nakazujacej racjonalne wydatkowanie srodków. Odwołujacy probuje „przymusic” Zamawiajacego do przeznaczenia wyzszej kwoty na realizacje zamowienia, podczas gdy roznicza w kilometrach pomiedzy dwoma instalacjami wynosi 19 km. Zawezenie rozumienia zasady bliskości narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz sprzyja praktykom monopolistycznym. Stanowiloby to ponadto kuriozalną sytuację bezwzgleznego przymusu wyboru oferty jedyne go podmiotu w tego typu przetargach bez rozpatrywania innych kryteriów niz odleglosc, co samo w sobie jest sprzeczne nie tylko z przywołanymi wyzej przepisami prawnymi i zasadami prawa ale wręcz podwaza sens i cel gospodarki rynkowej oraz znakomitej czesci obrotu prawnego. Niewatpliwie jest to takze sprzeczne z ratio legis Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/W z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylajacej niektóre dyrektywy, której implementacja stanowila podstawę dla stworzenia regulacji zawartych w art. 20 ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 16 Dyrektywy, wprowadzajacej zasady samowystarczalności i bliskości, państwa czlonkowskie stosuja własciwe srodki, we wspólracy z innymi państwami czlonkowskimi, jezeli jest to konieczne lub poządane, aby ustanowic zintegrowaną i wystarczajacą siec instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzgledniajaca przypadki, w których zbieranie takie obejmuje rowniez takie odpady od innych wytwórców, z uwzglednieniem najlepszych dostepnych technik. Ponadto, w drodze odstępstwa od rozporządzenia (WE) nr 1013/2006, aby chronic swoj siec, państwa czlonkowskie moga ograniczyc wchodzace transporty odpadów przeznaczonych do obiektów przekształcania termicznego, które zaklasyfikowano jako instalacje do odzysku, w przypadkach, gdy ustalono, ze transporty takie doprowadzilyby w konsekwencji do tego, ze krajowe odpady musialyby byc unieszkodliwiane lub musialyby byc przetwarzane w sposob niezgodny z planami gospodarki odpadami tych państw. Państwa czlonkowskie zawiadamiaja Komisje o podjeciu takiej decyzji. Państwa czlonkowskie moga rowniez ograniczyc wychodzace transporty odpadów z przyczyn dotyczacych srodowiska okreslonych w rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006. Siec powinna byc zaprojektowana w sposob umozliwiajacy Wspólnocie jako calosci stanie sie samowystarczalną w zakresie unieszkodliwiania odpadów, jak rowniez odzysku odpadów, o których mowa w ust. 1, a państwom czlonkowskim umozliwic stopniowe osiaganie tego celu indywidualnie, przy uwzglednieniu warunków geograficznych lub zapotrzebowania na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów. Siec powinna umozliwiac unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów, w jednej z najblizej polozonych odpowiednich instalacji, za pomoca

najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony

srodowiska oraz zdrowia publicznego. Zasady bliskości i samowystarczalności nie oznaczaja, ze kazde państwo czlonkowskie musi posiadac na swoim terytorium pelen zakres obiektów do ostatecznego odzysku. Z powyzsze go wynika, ze zasady bliskości nie mozna

traktować w sposób absolutny, a jej celowość ściśle koreluje z zasadą samowystarczalności, która to - mimo jej nie ujęcia w ustawie o Odpadach - stanowi część systemu prawnego jako

jedna z dyrektyw interpretacyjnych dla art. 20 ustawy o odpadach.

Ponadto Zamawiający 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 zapewnią udział w postępowaniu tych Wykonawców, którzy gwarantują rozwiązania bezpieczne z sanitarno-epidemiologicznego punktu widzenia, że instalacja w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne posiada wystarczające moce przerobowe, a odpady wytworzone przez zamawiającego nie będą przemieszczane na dużej odległości.

W odpowiedziach na pytania w piśmie z dnia 13 maja 2022 r. - pytanie nr 4, Zamawiający wskazał: „Tak. Zamawiający potwierdza, że w przypadku, gdy na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady brak jest instalacji, Zamawiający będzie wymagał, aby usługa unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych była wykonywana w spalarni możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert.” Zamawiający wyraźnie podkreślał zatem, że zasada bliskości ma znaczenie przede wszystkim w ramach kryteriów oceny ofert.

Ustawa o odpadach nie przewiduje sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów z niej wynikających, a tym samym nie znajduje zastosowania powołany powyżej przepis Pzp. Ponadto, 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.

Podsumowując Przystępujący stwierdził, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W badanym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie było podstaw do uznania, że oferta wykonawcy ECO-ABC Sp. z o.o. jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów lub niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zamawiający, zgodnie z zapisami zawartymi w Rozdziale 1 ust. 2 a, b, c SWZ określającym „ZASADY GOSPODAROWANIA ODPADAMI” postanowił, że:

„Zamawiający zlecając realizację zamówienia powierza Wykonawcy wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami, w zakresie wskazanym w przedmiocie zamówienia, tj. odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie:

- a) z ustawą o odpadach. Przekazanie odpadów Wykonawcy jest równoznaczne z przekazaniem Wykonawcy odpowiedzialności za gospodarowanie tymi odpadami, zgodnie z art. 27 ustawy o odpadach.
- b) Spalania odpadów Wykonawca dokonuje z zachowaniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach medycznych.
- c) W przypadku gdy podana przez Wykonawcę w treści oferty (Załącznik 1 do SWZ) lokalizacja spalarni nie spełnia tej zasady, oferta podlega odrzuceniu”.

Pismem z dnia 13 maja 2022r. pn. Odpowiedzi na pytania. Modyfikacja SWZ,

Zamawiający, w odpowiedzi na pytania wykonawców nr 4 i 5:

- a. dodał postanowienie, że - w odniesieniu do zapisu z Rozdziału 1 ust. 2 a, b, c SWZ - w przypadku, gdy na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady brak jest instalacji do spalania, Zamawiający będzie wymagał, aby usługa unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych była wykonywana w spalarni możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert,
- b. zmienił kryteria oceny ofert, dodając kryterium odległości spalarni od miejsca wytwarzania odpadów (Szpitala). Tym samym kryteria oceny ofert obowiązujące w postępowaniu to: cena 60%, termin płatności - 35 %, odległość od spalarni 5%.

Zamawiający określił, że odpowiedzi na pytania wykonawców, stanowią modyfikację SWZ. W związku z tym, że zmiany SWZ prowadziły do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczono w BZP ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2022/BZP 00157703/01 z dnia 2022-05-13, przedłużając termin składania ofert.

Pismem z dnia 2 czerwca 2022r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ. Ponieważ obaj wykonawcy zaferowali spalanie odpadów w instalacjach położonych poza województwem opolskim, tj. województwem wytwarzania odpadów (odpowiednio w województwie: łódzkim i małopolskim), zastosowano zapisy SWZ dot. wyboru oferty, spełniającej wymóg określony w SWZ: unieszkodliwiania odpadów w instalacji możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert. Zgodnie z tym najkorzystniejszą ofertą okazała się oferta ECO-ABC Sp. z o.o., której cena usługi była dużo niższa niż Odwołującego (odpowiednio 6,55 zł netto za 1kg oraz 7,49 zł netto za 1 kg), jednocześnie odległość do spalarni była większa (149 km w Bełchatowie) niż spalarnia zaferowana przez Odwołującego (103 km w Chrzanowie, przy czym Odwołujący podał także adres drugiej spalarni oddalonej o 245 km w woj. lubuskim w przypadku postoju spalarni w Chrzanowie). Wybór oferty nastąpił w wyniku wyliczenia łącznej punktacji, w ramach kryteriów, określonych w SWZ: ECO-ABC - 98,46 pkt (cena: 60, termin płatności: 35, Odległość spalarni: 3,46), Odwołujący - 92,47 pkt (cena: 52,47, termin płatności: 35, Odległość spalarni: 5).

Wnosząc odwołanie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ECO-ABC, jedynie na podstawie tego, że spalarnia odpadów medycznych wybranej oferty znajduje się dalej od Szpitala niż spalarnia Odwołującego, co ma być niezgodne z warunkami zamówienia i powodować nieważność wybranej oferty, na podstawie sprzeczności z ustawą o odpadach, w szczególności z zasadą bliskości.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do zmodyfikowanych postanowień Rozdziału 1 ust. 2 a, b, c SWZ oraz kryteriów oceny ofert, które jednoznacznie określają warunki zamówienia, z uwzględnieniem zasady bliskości, o której mowa w przepisach ustawy o odpadach, które to postanowienia dopuściły konkurencję wykonawców, w sytuacji, gdy w województwie opolskim nie ma spalarni odpadów medycznych. Dla uzasadnienia swojego twierdzenia o niezgodności wybranej oferty z warunkami SWZ Odwołujący przywołuje jedynie pierwotne brzmienie zapisów SWZ, pomijając milczeniem zapisy wprowadzone modyfikacją. Zgodnie z modyfikacją ustanowiono, że w sytuacji, gdy na terenie województwa opolskiego nie ma instalacji do spalania odpadów medycznych, wybrana zostanie oferta w oparciu o kryteria oceny ofert: cenę, termin płatności i odległość spalarni od Szpitala. Na podstawie tych zapisów SWZ, wybrano, kwestionowaną przez Odwołującego, ofertę.

W świetle zapisów SWZ, żądanie Odwołującego dot. odrzucenia wybranej oferty w związku, z tym że odległość instalacji spalania odpadów wybranej oferty jest większa niż instalacji Odwołującego, byłoby zasadne tylko wtedy, gdyby instalacja Odwołującego znajdowała się na terenie województwa opolskiego. Natomiast w sytuacji, gdy spalarnie obu wykonawców znajdują się poza województwem opolskim, odrzucenie oferty wybranego wykonawcy, w związku z tym, że jego instalacja spalania odpadów jest dalej niż instalacja Odwołującego, nie tylko nie ma podstaw w SWZ, ale właśnie odrzucenie tej oferty byłoby niezgodne z treścią SWZ.

Odwołujący nie precyzuje również, z jakiego konkretnie przepisu prawa miałyby wynikać nieważność wybranej oferty, na podst. art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp. Należy się domyslać, że Odwołujący ma na myśli art. 58 § 1 i 2 kc, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna (w tym przypadku z ustawą o odpadach). W tym kontekście Zamawiający podniósł, że ECO-ABC, zgodnie z treścią swojej oferty, jest wykonawcą uprawnionym do gospodarowania odpadami, w tym do unieszkodliwiania odpadów medycznych, posiadającym techniczne możliwości do takiej działalności, który w zgodzie z przepisami prawa gospodarczego, w tym ustawy o odpadach, ma prawo do oferowania usługi odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych. Złożenie takiej oferty, samo w sobie, nie może zatem stanowić czynności prawnej sprzecznej z ustawą o odpadach.

Odwołujący, gdy okazało się, że pomimo korzystnego dla niego kryterium odległości od spalarni, jego oferta nie okazała się najkorzystniejsza z uwagi na dużo 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. Tym samym odwołanie jest spóźnione, gdyż powinno zostać wniesione na postanowienia SWZ, przed terminem składania ofert. Odwołujący bowiem składając ofertę na warunkach określonych w SWZ, zaakceptował interpretację zasady bliskości z ustawy o odpadach, zrównoważoną zasadą konkurencyjności z Pzp.

Zamawiający wyjaśnił także, że przeprowadzając postępowanie i dokonując zmian w treści SWZ, kierował się orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności wyrokiem z 22 grudnia 2021r. (KIO 3534/21), który dotyczy analogicznej sytuacji, tj. unieszkodliwiania odpadów medycznych, wytwarzanych w województwie opolskim, w sytuacji gdy na terenie tego województwa nie ma instalacji do spalania tych odpadów oraz wyborem, zgodnie z SWZ, oferty tańszej, pomimo większej odległości miejsca wytwarzania odpadów do spalarni. W orzeczeniu tym zastosowano wykładnię systemową zasady bliskości, równoważąc jej treść z zasadą konkurencyjności Pzp.

Ze względu na to, że treść zmodyfikowanego Rozdziału 1 ust. 2 SWZ oraz wprowadzenia kryterium oceny ofert w postaci odległości Szpitala od spalarni odpadów, nastąpiło w następstwie zapoznania się z argumentacją do tego wyroku.

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.

Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że wykonawcą którego oferta została zaskarżona w przywołanym wyroku KIO był Odwołujący (t.j. konsorcjum firm Remondis), który wówczas najwyraźniej inaczej interpretował zasadę bliskości, skoro zaoferował instalację w większej odległości niż konkurencyjny wykonawca. Najwyraźniej Odwołujący interpretuje zasadę bliskości, w sposób korzystny dla niego, w zależności od tego, czy jego spalarnia jest bliżej, czy dalej od miejsca wytworzenia odpadów, niż spalarnia konkurencyjnego wykonawcy. Raz więc jest to rygorystyczna interpretacja zasady bliskości, innym razem ujęcie systemowe, równoważone przez inne przepisy.

Zamawiający podkreślił również, że odrzucenie oferty korzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, jedynie w oparciu, o większą odległość spalarni i wybór oferty Odwołującego spowodowałby, że koszt unieszkodliwiania odpadów medycznych w Szpitalu, w okresie 12 m-cy byłby większy o przeszło 50 000zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie prawidłowo przywołał zapisy SWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, nie zachodziła konieczność ich powtarzania. Zapisy te związane były z ustaleniem kryteriów oceny ofert oraz udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na zadane przez wykonawców pytania przed terminem składania ofert, którymi Zamawiający dokonał również modyfikacji SWZ.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, po wysłuchaniu Stron i Uczestników postępowania, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i oddaliła je w całości.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Według zasad wyrażonych w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, unieszkodliwianie odpadów powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliższej miejsca ich wytwarzania.

W art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach ustalono zasadę bliskości, zgodnie z którą zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych -poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Przepisem art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach ustawodawca wprowadził wyjątek od zasady bliskości, zgodnie z którym w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów

weterynaryjnych 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.

Nie było sporne między Stronami, że Zamawiający w SWZ ustalił, iż kierował będzie się zasadą bliskości. Już w opisie przedmiotu zamówienia zaznaczono, że wykonywanie obowiązków umownych odbywać ma się na podstawie ustawy o odpadach. Spalanie odpadów następować ma z zachowaniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach.

Strony, w tym Odwołujący nie przeczyły także, że Zamawiający po pierwsze określił, że w przypadku, gdy na terenie województwa nie ma instalacji, Zamawiający będzie wymagał, by unieszkodliwianie odpadów miało miejsce w spalarni położonej najbliżej miejsca wytwarzania odpadów. Po drugie Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SWZ, w tym wprowadził dodatkowe kryterium oceny ofert - odległość od spalarni (5%). Zamawiający jasno dał wyraz w kryterium, iż element ten uważa za istotny dla przedmiotu zamówienia, co było powodem wprowadzenia kryterium pozacenowego. Żaden z wykonawców nie protestował wobec takich zmian SWZ, nie wniesiono na ustalone zapisy odwołania. Wykonawcy zdawali sobie sprawę, że oprócz ceny będą konkurowali także w ramach kryteriów dysponowaniem spalarnią położoną jak najbliżej siedziby Zamawiającego. Ani Odwołujący, ani inni wykonawcy nie korzystali dodatkowo z możliwości zadania

Zamawiającemu dodatkowych pytań, wyjaśnienia jak mają się ustalone kryteria oceny do zasady bliskości określonej w ustawie o odpadach. Tym samym nie są uprawnione twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający uchybił postanowieniom ustawy o odpadach, nie respektował zasady bliskości. Całokształt dokumentacji postępowania daje wyraz wręcz odwrotnym wnioskom. Zamawiający mając świadomość, jak istotna jest ta zasada, uczynił ją kryterium oceny ofert. Jednocześnie tak Zamawiający, jak również Odwołujący zdawali sobie sprawę, że na terenie województwa opolskiego nie ma spalarni, której odległość odpowiadałaby zasadzie bliskości.

W ocenie Izby Odwołujący dokonuje nieuprawnionej i nieuzasadnionej interpretacji zasady bliskości, a zwłaszcza ustalonego w ustawie o odpadach wyjątku od tej zasady. Jak już Izba podkreśliła, nie było sporne, że na terenie województwa nie ma odpowiedniej spalarni. Tak Odwołujący, jak i Przystępujący wskazali spalarnie spoza województwa - miejsca wytwarzania odpadów. Zamawiający oceniając oferty dokonał działań matematycznych, biorąc pod uwagę wagę ustalonego kryterium - odległość spalarni. Odwołujący, który wskazał spalarnię położoną bliżej siedziby Zamawiającego uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktów. Odwołujący zdaje się jednak zapominać, że nie było to jedyne ustalone w postępowaniu kryterium oceny a jego wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej zredukowano do 5%. Obowiązkiem zaś zamawiających jest ustalenie pozacenowych kryteriów oceny ofert, zaś korzystanie z kryterium ceny jako jedyne ograniczone ma być do minimum i wyjątkowych sytuacji. Zdaje się, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu właśnie do obowiązujących reguł się zastosował.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w innych wyrokach KIO, zapadłych w zbliżonym stanie faktycznym, gdzie dokonano interpretacji przepisów ustawy o odpadach. Zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach nie wyklucza działania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które wyrażone zostały w ustawie Pzp. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, co implikuje również obowiązek przestrzegania zasad jego prowadzenia określonych w ustawie Pzp. Zamawiający dał w SWZ wyraz honorowaniu zasady bliskości czyniąc ją kryterium oceny ofert, jednocześnie zachowując zasady konkurencji podał także inne kryteria mające wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Izba nie dopatrzyła się w takim działaniu nieprawidłowości i złamania zasad, czy to ustawy o odpadach, czy ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo również postąpił dokonując wyboru oferty zgodnie z ustalonymi i niekwestionowanymi przez Wykonawców kryteriami oceny ofert, którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy. Działania Zamawiającego, w ocenie Izby, nosiłby miano nieuprawnionych, gdyby Zamawiający opisał kryteria oceny, a dokonał wyboru oferty całkowicie poza nimi, czy nie uwzględniając niektórych z nich.

Izbie nie wykazano, by zasada bliskości wyrażona w ustawie o odpadach stanowił *lex specialis* w stosunku do zasad ustawy Pzp. Zasada bliskości nie ma charakteru bezwzględnej, bowiem przewidziane są od niej wyjątki, z istnienia których Odwołujący skorzystał składając ofertę. Ustawa o odpadach, nie czyni oferty, w której skorzystano z wyjątku, bezwzględnie nieważną. Taka sankcja, najdalej idąca w stosunku do ważności

czynności prawnej, nie wynika z zapisów ustawy o odpadach, a zdaniem Izby nie można jej domniemywać. Podobna sytuacja zachodzi w stosunku do zasad określonych w ustawie Pzp. Izba podziela stanowisko, iż „Każda z tych zasad jest zasadą wzajemnie równorzędną i stosowanie jednej z nich nie wyklucza stosowania drugiej. Zarówno jedna, jak i druga zasada nie są zasadami wzajemnie się wykluczającymi, jak i żadna z nich nie ma charakteru bezwzględnego” (tak KIO w wyroku z dnia 31 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 690/22).

Dostrzeżenia również wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu nie wskazał w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z jakimi postanowieniami SWZ, czy innych

dokumentów postępowania treść oferty Przystępującego nie jest zgodna. Odwołanie na ten temat milczy. Także na rozprawie Odwołujący nie udzielił w tym zakresie odpowiedzi na pytanie Izby. O niezgodności treści oferty z treścią SWZ mówimy wtedy, gdy treść złożonej oferty w warstwie merytorycznej nie odpowiada zapisom SWZ. Tu takich zarzutów wobec oferty Przystępującego nie sformułowano. Z pewnością nie można powiedzieć, że oferta nie czyni zadość zasadzie bliskości, ponieważ Przystępujący wskazał spalarnię dalej położoną. Wykonawca wiedząc jakie ustalono w postępowaniu kryteria, zdawał sobie sprawę jaki wpływ może mieć to na ocenę jego oferty. Podanie spalarni dalej położonej nie jest jednak złamaniem zasady bliskości. Samo podanie spalarni dalej położonej, jeżeli w danym województwie nie funkcjonuje spalarnia odpadów medycznych lub funkcjonująca nie ma mocy przerobowych, nie jest złamaniem zasady bliskości ale działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady.

Przechodząc do analizy przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp warunkującej odrzucenie oferty z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów, zauważyć należy, iż zgodnie z ugruntowanym już stanowieniem doktryny i orzecznictwa, naruszenie zasady bliskości nie stanowi o nieważności oferty i nie daje podstaw do jej odrzucenia na podstawie przywołanego przepisu. Przepisy ustawy o odpadach nie przewidują bowiem sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy. Co więcej Odwołujący w odwołaniu nie wskazał wprost o jaką niezgodność, z jakimi przepisami chodzi. Izba domniemywa, że Odwołujący miał na myśli ustawę o odpadach. Choć równie dobrze zarzuty mogły dotyczyć innych regulacji, przykładowo przepisów kodeksu cywilnego. W tym zakresie samo odwołanie milczy. Tak skonstruowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Reasumując, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba nie dopatryła się w działaniach Zamawiającego naruszenia zasad prowadzenia postępowania. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z regulacją przepisów ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: