Sygn. akt: KIO 78/23

WYROK

z dnia 27 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Promarol-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (67-410), ul. Ciepielówek 2 w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 78/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzgl

ędnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 2 PUM w Szczecinie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach i nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Promarol-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (67-410), ul. Ciepielówek 2 oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert,

2. koszt

ami postępowania obciąża Zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Promarol-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (67-410), ul. Ciepielówek 2 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Promarol-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (67-410), ul. Ciepielówek 2 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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……

KIO 78/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Odbiór, transport i unieszkodliwienie odpadów medycznych o kodach: 180101, 180102, 180103, 180106,

180108, 180109 pochodzących z działalności SPSK-2 w Szczecinie.”, numer sprawy

ZP/220/87/22.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 21 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 224-643474.

W dniu 27 grudnia 2022 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Remondis Medison sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Promarol-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (67-410), ul. Ciepielówek 2 otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, zwani dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 9 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione i dokonanie wyboru oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego

oraz wyborze oferty Przystępującego;

2. Dokonania powtórnej oceny ofert przez Zamawiającego;

3. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W swoim odwołaniu Odwołujący stwierdził nie zgadza się z dokonanym wyborem najkorzystniejszej oferty oraz z odrzuceniem oferty Odwołującego wskazując, że dokonując wyboru oferty Zamawiający podjął czynności niezgodne z warunkami zamówienia, przez co oferta będąca zgodną z warunkami zamówienia oraz najkorzystniejszą została odrzucona.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści specyfikacji warunków zamówienia, w rozdziale IV określił, że przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych dla Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie. Zamawiający wskazał, iż odpadami podlegającymi usłudze są odpady oznaczone kodami: 180101, 180102, 180103, 180106, 180108, 180109. Przedmiotem niniejszego zamówienia są zatem odpady należące do grupy odpadów medycznych, w tym również odpadów zakaźnych oraz niebezpiecznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale XVI 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 p.z.p. oraz o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 p.z.p.

Zauważył również, że w rozdziale XVII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wśród których wskazano m.in posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, a także zdolności techniczne lub zawodowe. W tym zakresie zamawiający postawił wymóg, by wykonawca wykazał wykonanie/wykonywanie, usługi odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach 180101, 180102, 180103, 180108, 180109 w okresie 12 miesięcy w kwocie 900 000,00 zł brutto. Zamawiający wymagał by wykonawca dokonywał odbioru odpadów przy użyciu sprzętu, spełniającego ustawowe wymogi dla środków transportu odpadów medycznych, wyposażony w rampę samozaładowczą.

Ponadto, zaznaczył, że w rozdziale XXII SWZ Zamawiający wskazał opisy kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. W przedmiotowym zamówieniu waga kryterium ceny została określona na 95% kryteriów, a termin płatności na – 5%.

Wyjaśnił, że w toku postępowania oferty złożyło Przystępujący oraz Odwołujący. Wartość brutto zamówienia zawarta w ofercie Przystępującego wynosiła 3 357 910,24 zł. Odwołujący zaproponował ofertę, w której wartość zamówienia brutto wynosiła 2 580 288,91 zł, przez co wartość ta jest korzystniejsza niż wartość wskazana w wybranej przez Zamawiającego ofercie. Termin płatności w obu ofertach wynosił 60 dni. Z uwagi na powyższe należy wskazać, że to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą i uzyskać wyższą ocenę punktowej.

Mimo wskazanego powyżej stanu faktycznego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż nie zapewnił on unieszkodliwiania odpadów poprzez spalanie w spalarni odpadów medycznych z zachowaniem zasady bliskości określonej w art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach, pomimo iż Odwołujący złożył ofertę zgodną z warunkami SWZ i oferta ta nie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż spalarnia zaproponowana przez konsorcjum firm EMKA S.A. i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach mieści się w tym samym województwie, w którym odpady będą wytwarzane i jest to jedyna spalarnia w województwie zachodniopomorskim zdolna unieszkodliwić zakaźne odpady medyczne wytwarzane przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że z dostępnych powszechnie informacji wynika, iż zgodnie z decyzją Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 18 sierpnia 2014 roku (WOŚ.II.7243.2.5.2014.IB) wydajność przedmiotowej instalacji wynosi maksymalnie do 1488 Mg/rok.

Podniósł również, że z informacji uzyskanych w toku prowadzonych postępowań przetargowych wynika, że aktualnie instalacja w Gryficach zobowiązała się do odbioru i unieszkodliwienia ponad 1800 Mg odpadów pochodzących z placówek szpitalnych z terenu województwa zachodniopomorskiego.

Zadeklarował, że wszelka dokumentacja dotycząca powyżej wskazanych danych została przekazana przez Odwołującego Zamawiającemu.

Wobec powyższego Odwołujący doszedł do wniosku, że podmiot ten nie dysponuje wystarczającą mocą przerobową aby zwiększyć ilość unieszkodliwianych odpadów o ilość wskazaną w przedmiotowym zamówieniu (tj. 327 281,7 kg), a zatem powyższe uzasadnia zastosowanie wyjątku, o którym mowa w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, umożliwiającym przekazanie wytworzonych przez Zamawiającego odpadów do innej instalacji.

Zauważył również, że Odwołujący zwrócił się z prośbą do znajdującej się bliżej instalacji, w której mogłyby zostać unieszkodliwione odpady, tj. do instalacji w Gorzowie Wielkopolskim. Instalacja ta odmówiła możliwości unieszkodliwienia wytworzonych odpadów ze względu na remont instalacji. Kolejną najbliżej położoną spalarnią, mogącą zutylizować wskazaną ilość odpadów jest spalarnia, zaproponowana przez Odwołującego, której właścicielem jest spółka PROMAROLPLUS Sp. z o.o., oddalona od siedziby Zamawiającego o 253 km.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, że aktualnie ilość i dostępne moce przerobowe instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów są ograniczone – zaoferowane przez Odwołującego miejsce unieszkodliwiania odpadów odpowiada wymogom wynikającym z tzw. „zasady bliskości" wyrażonej w ustawie o odpadach oraz stawianym wobec wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3534/21, wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1966/22, wyrok KIO z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 690/22, które w jego ocenie potwierdza zarzuty odwołania.

W dniu 13 stycznia 2023 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach.

Pismem z dnia 16 stycznia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie podtrzymując decyzję rozstrzygnięcia postepowania przetargowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień złożonej oferty, odpowiedzi Odwołującego z dnia 12 grudnia 2022 r. wraz z wyjaśnieniami, zawiadomienia Zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 27 grudnia 2022 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 16 stycznia 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na postanowieniu pkt IV.26 SWZ - obowiązki wynikające z przepisów prawa A. Zasada Bliskości Rozdziału II: Warunki Realizacji Zamówienia, gdzie postanowiono, że wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie z uwzględnieniem zasady bliskości określonej w art.20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2021.779 t.j. z dnia 2021.04.27).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w treści SWZ w Rozdziale I: Instrukcja dla Wykonawców, nie umieścił jakiegokolwiek postanowienia nakładającego na wykonawców obowiązek wykazania spełniania zasady bliskości, co do spalarni odpadów, a w szczególności postanowienia przewidującego przedmiotowy środek dowodowy mający na celu weryfikację na etapie oceny i badania ofert warunku realizacji zamówienia. Powyższa okoliczność została potwierdzona poprzez jej przyznanie przez pełnomocnika Zamawiającego który przyznał, że w SWZ nie zostały wykazane dowody, które miały wykazywać spełnianie zasady bliskości na gruncie umowy.

Analizując powyższą treść SWZ, a także systematykę jej postanowień, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie miał podstawy do prowadzenia postępowania dowodowego, a także wyjaśniającego w trybie art.223 ust.1 ustawy Pzp (w istocie korespondencja w tym zakresie pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym oznaczała prowadzenie między zamawiającym a Odwołującym niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty) odnoszących się do okoliczności związanych z badaniem spełniania przez wykonawców warunku realizacji umowy, a nie warunku zamówienia.

Wymaga zauważenia, że zasada bliskości, o której mowa w powołanym na wstępie postanowieniu SWZ została szczegółowo uregulowana w art.20 ustawy z dnia 14 grudnia

2012 r. o odpadach, tj. z dnia 3 marca 2022 r. gdzie w ust.1 przyjęto zasadę, że odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

W ust.2 tego przepisu unormowano, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa wustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w tej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

W kolejnym ustępie 3 tego przepisu wprowadzono zakaz:

1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,

2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone, zaś w ust.4 zakaz ten dotyczy przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

Ostatecznie, w myśl ust. 6 omawianego przepisu 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 najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Mając na uwadze treść cyt. wyżej przepisów prawa należy podkreślić, że realizacja umowy z uwzględnieniem zasady bliskości, jeżeli nie jest możliwe przetworzenie zakaźnych odpadów medycznych w miejscu ich powstania czy na obszarze województwa odbywa się poprzez dopuszczenie ich przetworzenia w innym miejscu w warunkach braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Wszystkie powyższe okoliczności związane z realizacją zasady bliskości mają charakter zmienny i są uzależnione między innymi od wolnych mocy przerobowych instalacji znajdującej się województwie, w którym odpady takie powstają.

W rozpoznawanej sprawie jedyną taką instalacją w województwie zachodniopomorskim jest instalacja konsorcjanta Przystępującego, to jest Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach.

W związku z powyższym informacja dla Zamawiającego, w jaki sposób będzie realizowana zasada bliskości na etapie badania i oceny ofert ma charakter irrelewantny, bowiem nie zawarł on w SWZ warunku zamówienia, który zobowiązywałby wykonawców do udowodnienia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy jest zapewniona zasada bliskości.

Zdaniem Izby – z treści SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że zastrzeżona przez Zamawiającego zasada bliskości odnosi się jedynie do etapu wykonywania umowy w granicach określonych przepisem art.20 ustawy o odpadach.

Niemniej jednak, gdyby nawet uznać za właściwe działania Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie – to zdaniem Izby – Zamawiający, podejmując się przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art.223 ust.1 ustawy Pzp, zmierzającego do wykazania spełniania przez wykonawców zasady bliskości powinien ustalić jakie wolne moce przerobowe dla innych wykonawców ma instalacja konsorcjanta Przystępującego.

Należy wskazać, że na pytanie Izby zadane na rozprawie pełnomocnikom Przystępującego czy ma wolne moce przerobowe dla odpadów, które przekazywałby Odwołujący w ramach tego kontraktu wyjaśnił, że ma wolne moce przerobowe dla szpitala (dla Zamawiającego), ale nie ma informacji o wolnych mocach przerobowych dla Odwołującego, gdyby wygrał kontrakt.

Powyższe oświadczenie pełnomocników Przystępującego, jak również milczenie konsorcjanta Przystępującego - Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach w zakresie udostępnienia Odwołującemu wolnych mocy przerobowych do realizacji zamówienia (vide: wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji o środowisku z dnia 30 listopada 2022 r. i wezwanie do uzupełnienia braków z dnia 13 stycznia 2023 r.) skłoniły Izbę do przekonania, że takich wolnych mocy przerobowych dla Odwołującego nie przewidziano, a zatem zachodzi sytuacja, o której mowa w art.20 ust.6 ustawy o odpadach.

Mając powyższe na uwadze – Izba uznała, że Zamawiający nie mógł skorzystać z dyspozycji przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:…….