Sygn. akt: KIO 503/23

WYROK

z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECO-ABC Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie oraz Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 1 Woskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …..……

Sygn. akt: KIO 503/23

Uzasadnienie

Zamawiający 1 Woskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych na potrzeby WSZKZP SPZOZ w Lublinie Filia w Ełku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 248-716168.

I. W dniu 23 lutego 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie oraz Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 lutego 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp") w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2022 r. poz. 699, ze zm.) (dalej „ustawa o odpadach") – poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku, pomimo iż treść oferty ww. wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku;

- dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawców jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy) – wobec braku spełnienia wymogu określanego jako zasada bliskości, wynikającego z przepisów ustawy o odpadach

(art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach) i wskazanego przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Odwołujący powołał się w szczególności na wyjaśnienia treści SWZ z dnia 16 stycznia 2023 r. oraz treść formularza ofertowego ww. wykonawców.

II. Pismem wniesionym w dniu 1 marca 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający w szczególności wskazał, że nie przewidywał badania spełnienia przez wykonawców wymogu dotyczącego zasady bliskości na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku. Przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie ustnie do protokołu rozprawy. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale IV pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych na potrzeby Filii Zamawiającego w Ełku pochodzących z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej zgodnie z ofertą cenową i szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 2 [do SWZ] (formularz cenowy), oznaczonych w § 1 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz.U. 2017, poz. 1975) następującymi kodami:

- odpady zakaźne: 18 01 02, 18 01 03, 18 01 82,

- odpady niebezpieczne, inne niż zakaźne: 18 01 06, 18 01 08,

- odpady inne niż niebezpieczne: 18 01 01, 18 01 04, 18 01 09.

Ponadto w SWZ zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienia:

W rozdziale IV (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 13 ppkt 12: Wykonawca gwarantuje wykonanie usług objętych przedmiotem umowy z zachowaniem obowiązujących przepisów, w tym w szczególności ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 2556) oraz ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 669) (…).

W rozdziale IV (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 15: Wszystkie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww. wymagań minimalnych będzie skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp.

Na konieczność spełnienia wymogu w zakresie zasady bliskości zamawiający dodatkowo wskazał w treści wyjaśnień do SWZ w odpowiedzi na pytanie nr 4 (wyjaśnienia z dnia 16 stycznia 2023 r.):

Pytanie 4

Prosimy o wyjaśnienie czy w związku z warunkiem postawionym w punkcie 1.2) Działu VIII SWZ odnośnie posiadanych zezwoleń oraz oświadczeniem z punktu 5. Formularza Oferty Zamawiający wymaga, aby zakaźne odpady medyczne unieszkodliwiano zgodnie z art. 20 ust. 3 i 6 na terenie woj. warmińsko-mazurskiego oraz czy dopuszcza ich unieszkodliwianie w najbliżej położonej instalacji położonej poza województwem warmińsko-mazurskim w przypadku, gdy w województwie nie ma spalarni bądź ta, która jest, nie ma wolnych mocy przerobowych?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga, aby unieszkodliwianie odpadów medycznych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 669), odbywało się w pierwszej kolejności w miejscu ich powstania. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w

których mogą być przetworzone. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych 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.

W ustalonym wzorze formularza ofertowego zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia o miejscu utylizacji odpadów medycznych – lokalizacji instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych określonych w przedmiocie zamówienia (pkt 5). W złożonym formularzu ofertowym przystępujący oświadczył, że ww. odpady o kodach 18 01 01, 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 04, 18 01 06*, 18 01 08*, 18 01 09, 18 01 82* będą unieszkodliwiane w instalacji znajdującej się w Płocku przy ul. Przemysłowej 34, znajdującej się w odległości 275 km od miejsca wytwarzania odpadów.

Zgodnie z przepisami art. 20 ustawy o odpadach:

1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

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

3. Zakazuje się:

1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,

2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych

- poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, 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.

6. 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 powyższe Izba uznała, ze postawiony w odwołaniu zarzut potwierdził się. Z treści SWZ (postanowienia zawarte w rozdziale IV pkt 13 ppkt 12 i pkt 15) oraz wyjaśnień do SWZ (obowiązujących wykonawców na równi z treścią SWZ) w sposób jednoznaczny wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia wymogu określanego jako zasada bliskości, wynikającego z przepisów ustawy o odpadach. Powyższe nie było sporne pomiędzy stronami, natomiast spór dotyczył tego, na którym etapie zamawiający przewidział badanie spełnienia tego wymogu. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego miało to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast zdaniem zamawiającego oraz przystępującego – dopiero na etapie realizacji umowy. W ocenie składu orzekającego Izby rację należało przyznać odwołującego. W ustalonym wzorze formularza ofertowego zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia o miejscu utylizacji odpadów

medycznych – lokalizacji instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych. Ww. treść formularza ofertowego koresponduje z innymi postanowieniami SWZ, tj. przywołanymi powyżej postanowieniami zawartymi w rozdziale IV pkt 13 ppkt 12 oraz pkt 15, a także wyjaśnieniami do SWZ (wyjaśnienia z dnia 16 stycznia 2023 r., odpowiedź na pytanie nr 4). Składając ofertę w postępowaniu wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia – w przypadku, gdy jego oferta zostanie wybrana za najkorzystniejszą – na warunkach określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz określonych przez wykonawcę w swojej ofercie. Zakres warunków, jaki podlega uzupełnieniu przez wykonawcę w ofercie w stosunku do wymagań określonych przez zamawiającego jest różny i w przeważającej mierze zależy od decyzji zamawiającego. W niniejszej sprawie, wśród warunków realizacji zamówienia podlegających określeniu przez wykonawców w ofertach zamawiający przewidział m.in. miejsce utylizacji odpadów. Oświadczenie złożone w tym zakresie w formularzu ofertowym oznacza zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia (w przypadku wyboru jego oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) w określony sposób, tj. w zakresie miejsca utylizacji odpadów medycznych. W przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający nie byłby uprawniony do żądania wykonania umowy w inny sposób niż to zostało określone przez wykonawcę w złożonej ofercie, skoro ta oferta została przez zamawiającego zaakceptowana (nie została odrzucona). Nie jest możliwe uznanie, że oświadczenie to nie ma wiążącego charakteru, jeżeli nie zostało to wyraźnie wskazane przez zamawiającego. Z tego powodu oświadczenie to podlega badaniu w zakresie jego zgodności z innymi postanowieniami SWZ na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Dodatkowo należy zauważyć, że w odpowiedzi na pytanie o charakter oświadczenia złożonego w pkt 5 formularza ofertowego sam zamawiający

odpowiedział na rozprawie, że jest to dla niego informacja i zobowiązanie odnoszące się do realizacji zamówienia. Jak wskazano powyżej, z dokumentów zamówienia wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia wymogu określanego jako zasada bliskości, wynikającego z przepisów ustawy o odpadach. Treść oferty przystępującego jest z tym warunkiem zamówienia niezgodna w zakresie miejsca utylizacji zakaźnych odpadów medycznych. Przystępujący zaoferował, że utylizacja odpadów medycznych będzie mieć miejsce na obszarze województwa mazowieckiego, tj. innego niż to, na którym zostaną one wytworzone (warmińsko – mazurskie). Z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, aby oświadczenie z pkt 5 formularza ofertowego miało mieć jedynie informacyjny charakter. Jednocześnie przystępujący nie wykazał zaistnienia przesłanek dopuszczających wyjątek przewidziany w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Bezsporne jest, że nie występuje sytuacja braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze województwa warmińsko – mazurskiego (taka instalacja została wskazana w ofercie odwołującego). Natomiast przystępujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, że instalacja/e położona/e

bliżej miejsca wytwarzania odpadów niż wskazana w ofercie nie ma/mają wolnych mocy przerobowych. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na przystępującym, który nawet nie podjął próby wykazania ww. okoliczności. Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, że w odniesieniu do oferty przystępującego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodne z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dodatkowo, odnosząc się do stanowiska przedstawionego przez zamawiającego oraz przystępującego należy wskazać, że bez znaczenia pozostaje to, że w odniesieniu do zasady bliskości nie zostały ustalone kryteria oceny ofert czy nie przewidziano złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie przede wszystkim do warunków zamówienia dotyczących oferowanego przez wykonawcę świadczenia, niezależnie od tego, czy w odniesieniu do danego warunku zamówienia przewidziano obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zaś kryteria oceny ofert nie stanowią minimalnych wymagań co do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: