Sygn. akt: KIO 517/23

WYROK

z dnia 13 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: EMKA S.A., z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku,

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą w Bełchatowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą w Bełchatowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz dokonać ponownego badania i ocen ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej 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 Konsorcjum: EMKA S.A., z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: EMKA S.A., z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu 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 517/23

UZASADNIENIE

W dniu 27 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: EMKA S.A. oraz Saba sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu (dalej „Zamawiający") naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez ww. Wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ECO - ABC jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC, dokonania ponownej oceny ofert, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i przetwarzania odpadów medycznych. Sposób świadczenia tych usług reguluje m.in. ustawa o odpadach i akty wykonawcze do ww. ustawy. Nie jest on swobodnie wybierany przez któregokolwiek uczestnika w procesie wytwarzania, transportu czy też unieszkodliwiania odpadów medycznych. Ustawa o odpadach reguluje m.in. w jakim miejscu muszą zostać unieszkodliwione odpady medyczne wytworzone przez wytwórcę jakim jest Zamawiający. Miejsce unieszkodliwienia odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego zaoferowane w treści Formularza

ofertowego przez Konsorcjum ECO – ABC jest niezgodne z treści SWZ i zasadą bliskości na skutek czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. Konsorcjum.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa lubelskiego i na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne. W tym miejscu należy od razu zaznaczyć, że na terenie województwa lubelskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych, co będzie niezwykle istotne w dalszym toku wywodu. Zamawiający jako gospodarz Postępowania ustalający jego wiążące reguły – zarówno dla wykonawców, jak i dla siebie – w treści SWZ wskazał następujące warunki zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale III ust. 3 pkt 2) SWZ Zamawiający zawarł postanowienie, stosownie do którego: „Wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia

musi być realizowane z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa, w szczególności zgodnie z Ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1079 z późn. zm.), Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.), Ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 209), Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 7 października 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (Dz. U. z 2016 r., poz. 1742), Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie unieszkodliwiania oraz magazynowania odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 2245), Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r., poz. 10), Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz. U. z 2017 r., poz. 1975).”.

Kolejno w Rozdziale III ust. 4 SWZ Zamawiający postanowił, że: „W ocenie Zamawiającego ze względów technologicznych i wykonawczych nie ma możliwości podzielenia niniejszego zamówienia na części za sprawą tzw. „zasady bliskości”, o której mowa w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Według niej zakaźne odpady medyczne (ok. 85 % wytwarzanych przez szpital odpadów medycznych stanowią odpady zakaźne) powinny być unieszkodliwiane na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, lub w miejscu najbliżej położonym. 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.”

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający konstruując treść SWZ jednoznacznie wykazał, iż znane jest mu brzmienie zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach. W punkcie 1.3 Formularza ofertowego, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do złożenia oświadczenia w zakresie: „Odległość od instalacji (miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania odpadów) do miejsca ich wytwarzania (Biała Podlaska). Należy podać jedną odległość dla wszystkich kodów – do najbliżej położonej instalacji, od miejsca wytwarzania odpadów”.

3. Odległość od instalacji (miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania odpadów) do miejsca ich wytwarzania (Biała Podlaska). Należy podać jedną odległość dla wszystkich kodów do najbliżej położonej instalacji, od miejsca wytwarzania odpadów:

Kod odpadów	Odległość (w km)	Instalacja, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne (należy podać jedną instalację)
18 01 01; 18 01 02*; 18 01 03*; 18 01 04; 18 01 06*; 18 01 07; 18 01 08*; 18 01 09	* (ilość km)	(miejscowość) (adres)

* Do podania ilości kilometrów zaleca się wyliczenie odległości na podstawie mapki internetowej, przy czym odległość nie może być liczona w linii prostej, tylko jako odległość samochodowa (drogowa).

Przywołany powyżej wymóg w ocenie Odwołującego stanowi obligatoryjną treść SWZ, warunek zamówienia, nie podlegającą uzupełnieniu. Dodatkowo, Zamawiający, jeżeli żąda złożenia oświadczenia o określonej treści w ofercie, żąda jej w jakimś celu. Jak dobrze wiadomo Zamawiający nie może stawiać wykonawcom nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań. Każde oświadczenie składane przez wykonawcę służy ocenie Zamawiającemu: czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, czy jego oferta nie podlega odrzuceniu, czy oferta wykonawcy jest zgodna z treścią SWZ. W ocenie Odwołującego, żądając złożenia oświadczenia o przytoczonej powyżej treści, Zamawiający chciał się dowiedzieć, gdzie wykonawcy będą unieszkodliwiać wytwarzane przez Zamawiającego odpady medyczne. Zamawiający żądał podania odległości w km. Jedyny cel dla jakiego Zamawiający mógł żądać powyższego oświadczenia i zamieścił je w treści Formularza ofertowego, w którym zawarte są zawsze „najważniejsze, najistotniejsze” dla danego postępowania oświadczenia, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, to weryfikacja czy dany wykonawca będzie unieszkodliwiał odpady medyczne wytwarzane przez Zamawiającego zgodnie z zasadą bliskości (art. 20 ustawy o odpadach). Innymi słowy, Zamawiający chciał ocenić czy wykonawca będzie przestrzegał warunków zamówienia i czy w ogole je spełnia. Oświadczenie zamieszczone w treści Formularza ofertowego to przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, mający służyć potwierdzeniu, że oferowane usługi unieszkodliwiania odpadów medycznych spełniają określone przez zamawiającego wymagania (przestrzeganie zasady bliskości), cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania (są gdyż unieszkodliwianie odpadów medycznych niezgodnie z ustawą o odpadach rodzi daleko idące konsekwencje łącznie z odpowiedzialnością karną).

Odwołujący wskazał, że w trakcie prowadzonego Postępowania jeden z wykonawców zadał pytanie dotyczące sytuacji jaka ziściła się w przedmiotowym stanie faktycznym, tj. m.in. jak będzie oceniać ofertę, w której wykonawca zaoferuje unieszkodliwienie odpadów medycznych w instalacji położonej w odległości większej od miejsca wytworzenia niż inne oferty. Na tak zadane pytanie, w odpowiedziach z dnia 2 stycznia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi „Zgodnie z SWZ oraz obowiązującymi przepisami". Przedmiotowa odpowiedź Zamawiającego nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający – na etapie udzielania odpowiedzi do SWZ – jednoznacznie wskazał, że będzie oceniał oferty zgodnie z zasadą bliskości. Dokonując wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC, które zaoferowało instalację niezgodną z zasadą bliskości, Zamawiający reguł ustalonych przez siebie samego, jako gospodarz Postępowania, nie przestrzega.

W tym miejscu Odwołujący przywołał dowód w postaci treści pytanie nr 3 do SWZ i udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi w piśmie „Wyjaśnienia SWZ/zmiana" z dnia 2 stycznia 2023 r.

> 3. Prosimy o udzielenie wyjaśnień w jaki sposób Zamawiający zachowa się w przypadku jeżeli w toku postępowania oferta, która zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert uzyska najwyższą ocenę oferować będzie unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych w instalacji położonej w odległości większej od miejsca ich wytworzenia niż inne oferty lub oferta, która uzyska kolejny wynik. Czy Zamawiający odrzuci taką ofertę? Czy dokona wyboru na podstawie kryterium wyboru, akceptując, że realizacja zamówienia odbywać się będzie z naruszeniem ustawy z dnia 14 grudnia 2012r o odpadach, względnie czy ocena zostanie dokonana w toku realizacji umowy i Zamawiający wezwie wykonawcę do udowodnienia, że realizacja umowy odbywa się w zgodzie z wymogami opisanym w SWZ zgodnie z którymi, wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia musi być realizowane z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa, w szczególności tzw. „zasady bliskości", o której mowa w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach:

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.

Odpowiedź: Zgodnie z SWZ oraz obowiązującymi przepisami.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym Postępowaniu zostały złożone dwie oferty (termin składania ofert 11 stycznia 2023 r.):

1) Odwołujący, tj.: Konsorcjum firm w składzie: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie oraz Saba Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku. Konsorcjum to zaoferowało unieszkodliwianie odpadów medycznych w Płocku (województwo mazowieckie), w odległości 264 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Białej Podlaskiej (województwo lubelskie) – zgodnie z oświadczeniem zamieszczonym w pkt I.3. Formularza ofertowego.

3. Odległość od instalacji (miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania odpadów) do miejsca ich wytwarzania (Biała Podlaska). Należy podać jedną odległość dla wszystkich kodów do najbliżej położonej instalacji, od miejsca wytwarzania odpadów:

Kod odpadów	Odległość (w km)	Instalacja, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne (należy podać jedną instalację)
18 01 01; 18 01 02*; 18 01 03*; 18 01 04; 18 01 06*; 18 01 07; 18 01 08*; 18 01 09	264 km* (ilość km)	09 - 400 Płock (miejscowość) ul. Przemysłowa 34 (adres)

* Do podania ilości kilometrów zaleca się wyliczenie odległości na podstawie mapki internetowej, przy czym odległość nie może być liczona w linii prostej, tylko jako odległość samochodowa (drogowa).

2) Konsorcjum firm w składzie: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie. Konsorcjum to zaoferowało unieszkodliwianie odpadów medycznych w Bełchatowie (województw łódzkie), w odległości 312 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Białej Podlaskiej (województwo lubelskie) – zgodnie z oświadczeniem zamieszczonym w pkt I.3. Formularza ofertowego.

3. Odległość od instalacji (miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania odpadów) do miejsca ich wytwarzania (Biała Podlaska). Należy podać jedną odległość dla wszystkich kodów - do najbliżej położonej instalacji, od miejsca wytwarzania odpadów:

Kod odpadów	Odległość (w km)	Instalacja, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne (należy podać jedną instalację)
18 01 01; 18 01 02*; 18 01 03*; 18 01 04; 18 01 06*; 18 01 07; 18 01 08*; 18 01 09	312* (ilość km)	Bełchatów (miejscowość) Ul. Przemysłowa 7 (adres)

* Do podania ilości kilometrów zaleca się wyliczenie odległości na podstawie mapki internetowej, przy czym odległość nie może być liczona w linii prostej, tylko jako odległość samochodowa (drogowa).

W analizie prawnej Odwołujący wskazał, że zasada bliskości znalazła swoje odzwierciedlenie w normie prawnej

zawartej w ustawie o odpadach. Kluczowy jest tutaj art. 20 ustawy o odpadach opisujący zasadę bliskości. Przepis ten opisuje, gdzie (w jakim miejscu, na terenie jakiego województwa należy dokonywać unieszkodliwiania odpadów medycznych i w jakiej kolejności).

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ECO – ABC będzie odpady medyczne odebrane od Zamawiającego unieszkodliwiać w Bełchatowie, czyli na terenie województwa łódzkiego. W związku z tym, że nie ma funkcjonującej na terenie województwa lubelskiego instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych, odpady medyczne wytworzone przez Zamawiającego muszą zostać unieszkodliwione w instalacji do unieszkodliwiania odpadów położonej najbliżej miejsca wytworzenia odpadów. Innymi słowy, w przedmiotowym stanie faktycznym, muszą być unieszkodliwione najbliżej od Białej Podlaskiej (miejsca wytwarzania odpadów przez Zamawiającego). Odwołujący wskazał, że instalacje do unieszkodliwiania odpadów medycznych jakie znajdują się wokół Zamawiającego są następujące:

a) Hajnówka – 118 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego.

b) Sandomierz – 233 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego.

c) Płock – 264 km, najbliżej położna od miejsca wytworzenia odpadów instalacja do unieszkodliwiania odpadów posiadająca wolne moce przerobowe, które zabezpieczyła na potrzeby Zamawiającego.

d) Rzeszów – 297 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego, poza tym niespełniająca wymagań zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach.

e) Bełchatów – 312 km, instalacja Konsorcjum ECO – ABC, nie jest położona najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego, niezgodna z zasadą bliskości opisaną w ustawie o odpadach, a wybrana przez Zamawiającego.

f) Jedlicze – 358 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego, poza tym niespełniająca wymagań zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach.

g) Dąbrowa Górnicza – 396 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego, poza tym niespełniająca wymagań zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach.

h) Chorzów – 421 km, nie złożyła oferty, zapewne nie ma zabezpieczonych wolnych mocy przerobowych, aby przyjąć odpady wytworzone przez Zamawiającego, poza tym niespełniająca wymagań zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach.

W ocenie Odwołującego powyższe zestawienie jednoznacznie pokazuje, że instalację najbliżej położoną od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego (Biała Podlaska) oferuje Odwołujący. W związku z tym, że nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych na terenie województwa lubelskiego, gdzie siedzibę ma Zamawiający odpady – zgodnie z wyjątkiem wynikającym z zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach – muszą zostać przetworzone w instalacji najbliżej położonej od miejsca ich wytworzenia, czyli w Płocku, w województwie mazowieckim.

Zdaniem Odwołującego, powyższe potwierdzają postanowienia SWZ zawarte w Rozdziale III ust. 3 pkt 2, Rozdziale III ust. 4, pkt 1.3. Formularza ofertowego czy też odpowiedź na pytanie nr 3 Zamawiającego w wyjaśnieniach SWZ z dnia 2 stycznia 2023 r. W szczególności kluczowe w omawianym stanie faktycznym jest oświadczenie składane przez wykonawców w Formularzu ofertowym, gdzie Zamawiający żądał wskazania miejsca unieszkodliwiania odpadów oraz odległości w km od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego do miejsca unieszkodliwienia odpadów. Tak jak Odwołujący wskazał powyżej, jedyny cel dla jakiego Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę miejsca

unieszkodliwiania odpadów to ocena czy wykonawca spełnia warunki zamówienia ustalane przez Zamawiającego w zakresie oceny zasady bliskości.

Zamawiający w warunkach zamówienia opisanych w treści SWZ żądał więc, aby usługa była realizowana zgodnie z zasadą bliskości wynikającą z ustawy o odpadach. Zamawiający żądał wskazania w treści Formularza ofertowego miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego – jest to przedmiotowy, nieuzupełniany środek dowodowy mający potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków zamówienia. Innymi słowy oświadczenie to składane przez każdego z wykonawców w Formularzu ofertowym miało potwierdzać, że oferowane przez wykonawcę usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania (art. 106 ust. 1 ustawy Pzp). Miejsce unieszkodliwiania odpadów, a tym samym realizacja umowy na świadczenie usług unieszkodliwiania odpadów medycznych przez wykonawcę zgodnie z zasadą bliskości jest bowiem kluczowe dla Zamawiającego. Zamawiający podkreślił ten aspekt, warunek zamówienia, w treści SWZ. Żaden z wykonawców przedmiotowego postanowienia SWZ nie zaskarżył, wiedząc jak działa zasada bliskości i jakie konsekwencje wiążą się z zaoferowaniem unieszkodliwiania odpadów w spalarni niespełniających wymagań zasady bliskości. Gdyby przedmiotowa okoliczność – miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego – nie było istotne dla Zamawiającego nie żądałby jego wskazania w treści SWZ i wówczas nie moglibyśmy mówić o warunku zamówienia, tak jak zostało to zauważone w wyroku KIO z dnia 27 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 78/23.

W ocenie Odwołującego sposób realizacji usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia określa ustawa o odpadach. Nie jest on dowolny, lecz został szczegółowo uregulowany we wskazanej ustawie o odpadach. W związku ze szczególnym charakterem odpadów medycznych, których przechowywanie, transport, unieszkodliwianie niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym ustawy o odpadach, może prowadzić do powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi i zwierząt, ustawodawca w ustawie o odpadach, w jej art. 20 przewidział zasadę bliskości. Zasada ta służy temu, aby odpady medyczne – z uwagi na swój charakter – nie były przewożone do unieszkodliwiania w odległe miejsca, tylko były unieszkodliwianie najbliżej miejsca wytworzenia. Czas w procesie unieszkodliwiania odpadów medycznych jest bardzo istotny (i regulowany stosownymi aktami wykonawczymi). Części ciała, organy, narzędzia chirurgiczne, pozostałości po zabiegach i operacjach, pojemniki na krew, odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny, leki itp. ze względu na swój charakter muszą zostać jak najszybciej poddane unieszkodliwieniu, w szczególności w dobie panujących wirusów grypy,

takich jak wirus Sars-Cov-2, gdy notowanych jest coraz więcej zachorowań a sezon zimowo – wiosenny może przynieść wzrastającą liczbę ognisk i zachorowań na różne wirusy lub ich mutacje nie znane w dniu dzisiejszym, a bardzo zjadliwe. Zamawiający zabezpieczy się przed ryzykiem niewłaściwego unieszkodliwienia odpadów czy też ograniczy możliwość powstania zagrożenia epidemicznego, jeżeli zleci unieszkodliwienie odpadów – zgodnie z ustawą o odpadach - w spalarni, która jest położona najbliżej miejsca wytworzenia odpadów (innymi słowy najbliżej szpitala). Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3161/22.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum ECO – ABC, mając jako profesjonalista działający na rynku odpadów medycznych wiedzę, że spalarnią najbliżej położoną zdolną do realnego wykonania zamówienia, posiadającą wolne moce przerobowe jest spalarnia w Płocku, to nie wystąpiło do wskazanej instalacji, z pytaniem czy ta instalacja przyjmie do unieszkodliwienia odpady odebrane od Zamawiającego przez Konsorcjum ECO – ABC. Działanie takie świadczyłoby o tym, że Konsorcjum ECO – ABC chce przestrzegać zasady bliskości – czy to na etapie warunków zamówienia czy to warunków realizacji umowy. Dowód: załącznik nr 6 do Odwołania. Oświadczenie Saba sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, że oferta wykonawcy oferującego w warunkach zamówienia realizację umowy niezgodnie z zasadą bliskości, która jest co do zasady zawsze wskazywana w treści SWZ przez Zamawiających, podlega odrzuceniu. Jako jeden z wielu przykładów takiej praktyki możemy wskazać informację o odrzuceniu oferty złożonej przez EMKA S.A. oraz Promarol Plus Sp. z o.o. na terenie województwa łódzkiego. W informacji o odrzuceniu oferty w postępowaniu na świadczenie usług wywozu i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne pochodzących z działalności służb medycznych oraz związanych z nimi badań dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, sprawa nr ZP/107/22 Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wskazał:

INFORMACJA O ODRZUCENIU OFERTY

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.z 2021r., poz. 1129 z późn. zm.) odrzuca ofertę wykonawcy, gdyż jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wykonawca w - załącznik nr 14 „Wykaz spalarni" wskazał adres spalarni - ITPO Promarol-Plus Sp. z o.o. Ciepielówek 2, 67 - 410 Sława - woj. lubuskie. Odległość o siedziby Zamawiającego wynosi - 262 km.

Zaoferowana lokalizacja spalarni jest niezgodna z warunkami zamówienia i przepisami prawa.

Zamawiający w opisie w pkt. 2 swz - „Przedmiot Zamówienia" wskazał, iż przedmiot zamówienia winien być realizowany, zgodnie z obowiązującymi przepisami tj.: 2.1.Ustawa z dn.14.12.2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 z póź. zm.) Zamawiający zwraca uwagę na realizację przepisu zwanego „zasadą bliskości" wyrażoną w ustawie o odpadach, zgodnie z którą odpady winny być przekazywane do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, tj. na terenie województwa, na obszarze którego są one wytwarzane [zgodnie z dyspozycją art. 20 ustawy o odpadach).

Oferta podlega odrzuceniu z uwagi na lokalizację spalarni odpadów medycznych.

Zgodnie z art. 20 ust. 3 pkt. 2) ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę w/w wykonawcy, którego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. .

---- DYREKTOR

SP ZOZ Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medypsnego w Łodzi

Monika Domarecka

Odwołujący wskazał, że EMKA S.A. wraz z Promaro – Plus Sp. z o.o. nie odwołały się od niniejszej decyzji Zamawiającego do KIO, wiedząc, że zasada bliskości i sposób jej rozumienia jest jednoznaczny i oczywisty. W przedmiotowym przetargu zostały złożone oferty przez wykonawców oferujących unieszkodliwienie odpadów w instalacji położonej bliżej od miejsca wytworzenia odpadów przez ww. Zamawiającego a zatem oferta złożona przez przywołane konsorcjum firm podlegała odrzuceniu. Podobnie powinien uczynić Zamawiający w niniejszej sprawie, odrzucając ofertę złożoną przez Konsorcjum ECO – ABC.

Odwołujący podkreślił, że działanie takie jak wyżej przytoczonego Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi nie jest przypadkowe. Nie sposób pominąć faktu, że naruszenie zasady bliskości jest obwarowane także stosownymi sankcjami karnymi wynikającymi z ustawy o odpadach. Otóż jak stanowi art. 172 ust. 1. ustawy o odpadach: Kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 3, poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone: 1) stosuje

komunalne osady ściekowe albo 2) unieszkodliwia zakaźne odpady medyczne albo zakaźne odpady weterynaryjne podlega karze aresztu albo grzywny. Tej samej karze podlega, kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 4 przywozi na obszar województwa odpady, o których mowa w ust. 1, wytworzone poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 1. (art. 172 ust. 2 ustawy o odpadach). Co więcej odpowiedzialność karną za nieprawidłowe unieszkodliwianie odpadów medycznych przewiduje Kodeks karny.

Odwołujący wskazał, że dokonując analizy faktycznej i prawnej będącej przedmiotem odwołania nie sposób także pominąć stanowisk wyrażanych przez ograny właściwe do spraw środowiska i kontrolujące przestrzeganie zasady bliskości co do sposobu jej rozumienia – w zakresie zasady i wyjątków. Tu dla przykładu Odwołujący pragnie przywołać stanowisko Ministrów właściwych do spraw ochrony środowiska. Stanowiska te nie zmienia się na przestrzeni lat, pozostają identyczne. Zasada bliskości ma prymat i sposób jej rozumienia jest jednoznaczny, tj. zasada: odpady unieszkodliwia się na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, wyjątki (interpretowane ściśle): można unieszkodliwić odpady w instalacji na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia w przypadku braku instalacji na terenie danego województwa, w instalacji najbliżej położonej lub gdy instalacja zlokalizowana na terenie danego województwa ma nie ma wolnych mocy przerobowych. Odwołujący powołał się na Interpelację poselską nr 30581 do ministra środowiska w sprawie utylizacji odpadów medycznych. Dodatkowo, Odwołujący przywołał poniżej fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które potwierdzają konieczność i obowiązek przestrzegania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach. Tytułem przykładu: 1) wyrok KIO z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2184/18.

2) Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2641/19;

3) Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD

29/14

4) Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD

13/18

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum ECO – ABC nieprzewidująca unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych zgodnie z zasadą bliskości, tj. nie przewidująca

unieszkodliwienia odpadów wytworzonych przez Zamawiającego zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości w najbliżej położonej od miejsca wytworzenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych nie spełnia warunków zamówienia opisanych w treści SWZ (Rozdział III ust. 3 pkt 2), Rozdział III ust. 4 SWZ, odpowiedź na pytanie nr 3 do SWZ, oświadczenie stanowiące treść oferty, przedmiotowy środek dowodowy zawarty w pkt 1.3. formularza oferty) i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Przywołany przepis jednoznacznie stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący poprzez niniejsze odwołanie wykazał warunki zamówienia oraz niezgodność z nimi oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i przetwarzania odpadów medycznych.

Izba ustaliła, że w Rozdziale III SWZ, pkt 4, Zamawiający wskazał:

3. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych. Powody niedokonania podziału zamówienia na części:

Brak podziału na części nie narusza konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom. Podział na części mógłby spowodować podwyższony koszt realizacji zamówienia zwłaszcza, że w niektórych lokalizacjach (konkretnie w dwóch punktach odbioru) ilość odpadów medycznych przeznaczona do przekazania jest niewielka, a częstotliwość ich odbioru nie może przekroczyć 72 godzin, co determinuje Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi. Jeden odbiorca odpadów może tym samym transportem odebrać odpady z różnych lokalizacji, ograniczając koszty. W ocenie Zamawiającego ze względów technologicznych i wykonawczych nie ma możliwości podzielenia niniejszego zamówienia na części za sprawą tzw. „zasady bliskości", o której mowa w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Według niej zakaźne odpady medyczne (ok. 85 % wytwarzanych przez szpital odpadów medycznych stanowią odpady zakaźne) powinny być unieszkodliwiane na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, lub w miejscu najbliżej położonym.

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.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Załączniku nr 1 – Formularz oferty w pkt 3 wymagał od wykonawcy podania następujących informacji:

Odległość od instalacji (miejsca przeznaczonego do unieszkodliwiania odpadów) do miejsca ich wytwarzania (Biała Podlaska). Należy podać jedną odległość dla wszystkich kodów – do najbliżej położonej instalacji, od miejsca wytwarzania odpadów:

Kod odpadów	Odległość (w km)	Instalacja, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne (należy podać jedną instalację)
18 01 01; 18 01 02*; 18 01 03*; 18 01 04; 18 01 06*; 18 01 07; 18 01 08*; 18 01 09	….....* (ilość km)	 (miejscowość) (adres)

* Do podania ilości kilometrów zaleca się wyliczenie odległości na podstawie mapki internetowej , przy czym odległość nie może być liczona w linii prostej, tylko jako odległość samochodowa (drogowa).

W zakresie warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający wymagał:

1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: posiada odpowiednie zezwolenia/pozwolenia uprawniające do prowadzenia działalności w zakresie zbierania i przetwarzania odpadów medycznych zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1079 z późn. zm.) oraz z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.) oraz odpowiedni wpis do rejestru o którym mowa w art. 49 ust. 1 w/w ustawy o odpadach.

Izba ustaliła, że Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa lubelskiego i jak wynika ze SWZ na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne.

Okolicznością bezsporną w sprawie było to, że na terenie województwa lubelskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty (termin składania ofert 11 stycznia 2023 r.) tj.

1) Oferta Odwołującego – Izba ustaliła, że wykonawca w formularzu oferty wskazał instalację do unieszkodliwiania odpadów medycznych w Płocku (województwo mazowieckie), w odległości 264 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Białej Podlaskiej (województwo lubelskie) – pkt 1.3. Formularza ofertowego.

2) Oferta Konsorcjum firm w składzie: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie. Izba ustaliła, że wykonawca w formularzu oferty wskazał instalację do unieszkodliwiania odpadów medycznych w Bełchatowie (województw łódzkie), w odległości 312 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Białej Podlaskiej (województwo lubelskie) – pkt 1.3. Formularza ofertowego.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2023 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum firm w składzie: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są zasadne. Izba uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę Konsorcjum firm w składzie: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez „warunki 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.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach, odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu 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 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa wtej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Ponadto, w ust. 3 przywołanej regulacji, ustawodawca wskazał, że zakazuje się: 1) stosowania

komunalnych osadów ściekowych; 2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Ustawodawca wskazał ponadto, że 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. W ust. 6 wskazano m.in., że 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. Przywołane regulacje statuują zasadę bliskości, zgodnie z którą odpady w pierwszej kolejności powinny być poddane odzyskowi albo unieszkodliwieniu w miejscu ich powstania. Zakaźne odpady medyczne mogą być unieszkodliwiane co do zasady, na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone. Bowiem zakazane jest unieszkodliwianie tych odpadów poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone, oraz zakazany jest ich przywóz na teren innego województwa, pod karą aresztu albo grzywny ustawy). W drodze wyjątku, ustawodawca wskazał, że odpady te mogą być unieszkodliwione na obszarze innego województwa, jeżeli odległość od miejsca ich wytwarzania do miejsca ich unieszkodliwienia jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania w tym samym województwie. Dopuszcza się też ich unieszkodliwienie w najbliżej położonej instalacji w innym województwie w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

W analizowanym stanie faktycznym okolicznością bezsporną jest to, że przedmiotem zamówienia jest odbioru, transportu i przetwarzania odpadów medycznych. Tym samym regulacje wskazane przez Izbę powyżej, a zawarte w ustawie o odpadach w zakresie odpadów medycznych będą miały zastosowanie.

Ponadto, za bezsporne uznać należy to, że w SWZ Zamawiający wprost wskazał, że z uwagi na przedmiot zamówienia nie dokonuje jego podziału na części, powołując się w uzasadnieniu właśnie na regulacje zawarte w ustawie o odpadach. Zamawiający wskazał: „W ocenie Zamawiającego ze względów technologicznych i wykonawczych nie ma możliwości podzielenia niniejszego zamówienia na części za sprawą tzw. „zasady bliskości", o której mowa w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Według niej zakaźne odpady medyczne (ok. 85 % wytwarzanych przez szpital odpadów medycznych stanowią odpady zakaźne) powinny być unieszkodliwiane na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, lub w miejscu najbliżej położonym.".

Dalej Izba wskazuje, że dokonując analizy treść dokumentacji postępowania, w tym postanowień formularza oferty, Izba uznała, że Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania w treści oferty instalacji, do której wykonawca będzie przekazywał odpady medyczne, wymagając podania jej lokalizacji oraz odległości od miejsca wytworzenia odpadów medycznych. Zatem, każdy wykonawca był zobowiązany do złożenia oświadczenia w ofercie dotyczącego lokalizacji instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady. Za całkowicie chybione w tym zakresie Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że wymóg wskazania instalacji nie był w żaden sposób powiązany z pozostałą dokumentacją postępowania, w tym z umową, miał charakter wyłącznie informacyjny, a zatem nie stanowił elementu merytorycznego oferty. Po pierwsze, w żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie wskazał na informacyjny charakter oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie w zakresie wyboru instalacji. Ani w formularzu oferty, ani w SWZ Zamawiający nie zwarła jakiegokolwiek odniesienia do informacyjnego charakteru oświadczenia wykonawcy. Ocena charakteru oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie nie może odbywać się wyłącznie na podstawie subiektywnego stanowiska Zamawiającego. Zamawiający jest związany postanowieniami SWZ. W analizowanym stanie faktycznym, z tych właśnie postanowień SWZ nie wynika w żaden sposób informacyjny charakter oświadczenia wykonawcy. Po drugie, zdaniem Izby, sam Zamawiający przypisywał merytoryczne znaczenia spornemu oświadczeniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że brak podania w ofercie przez wykonawcę informacji o instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady skutkowałby odrzuceniem oferty wykonawcy. A więc potwierdził, iż oświadczenie to ma charakter merytoryczny. Gdyby miało wyłącznie charakter informacyjny,

to nie mogłoby skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Po trzecie, zaaprobowanie, że wykonawca może złożyć oświadczenie w ofercie, którego treść jest niezgodna z przepisami ustawy o odpadach stanowiłoby usankcjonowanie przez Izbę możliwości składania przez wykonawców w ofertach oświadczeń niezgodnych z prawem, co jest niedopuszczalne. Na etapie realizacji zamówienia wykonawca mógłby podnosić względem Zamawiającego zarzut, że Zamawiający, dokonując wybory oferty Przystępującego, potwierdził możliwość unieszkodliwiania odpadów medycznych w instalacji wskazanej w ofercie, pomimo, iż nie jest to instalacja zgodna z wymaganiami określonymi w ustawie o odpadach, a tym samym argumentować, że został wprowadzony przez Zamawiającego z błąd co do sposobu realizacji zamówienia.

Odnosząc się do argumentów dotyczących braku zawarcia we wzorze umowy zapisów nakładających na wykonawcę negatywne konsekwencje w przypadku przekazywania odpadów do innej instalacji niż wskazanej w ofercie, Izba wskazuje, że ewentualna, późniejsza zmiana instalacji pozostaje irrelewantna z punktu widzenia oceny i badania przez Zamawiającego zgodności oferty wykonawcy z treścią SWZ, z uwagi na fakt, że Zamawiający ocenia ważność i zgodność oferty z wymaganiami wynikającymi z SWZ na dzień składania ofert. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający w żaden sposób nie wskazywał w SWZ, że oświadczenie wykonawcy dotyczące instalacji ma charakter informacyjny. Zamawiający jest autorem SWZ, ma możliwość określenia w sposób jasny i precyzyjny zakresu wymaganych oświadczeń wykonawcy w ofercie, jak również określić a piori ich charakter na etapie badania i oceny ofert. Dowolność oceny Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert stanowi istotne ryzyko naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Ponadto, w ocenie Izby, określenie przez Przystępującego w ofercie sposobu realizacji zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy o odpadach nie może być usankcjonowane przez Izbę w niniejszym postępowaniu. Za niezasadne w

tym zakresie Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że skoro wykonawca również złożył oświadczenie, że wykona zamówienie zgodnie z przepisami prawa, to na etapie realizacji zamówienia jest zobowiązany do stosowania zasady bliskości. Niewątpliwie w formularzu ofert Zamawiający wymagał określenia przez wykonawcę „instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady medyczne", a więc wymagał określenia przez wykonawcę jednego z elementów składających się na sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Element ten jest istotny z punktu widzenia oceny oświadczeń wykonawcy z wymaganiami zawartymi w ustawie o odpadach. Gdyby zaś przyjąć stanowisko Zmawiającego za prawidłowe i zignorować sporne oświadczenie Przystępującego i oprzeć się na ogólnym zobowiązaniu do realizacji

zamówienia zgodnie z przepisami prawa, to oferta wykonawcy mogłaby się ograniczać do jednego zdania tj. wykonam zamówienia za X złotych, zgodnie z umową i przepisami prawa. Jednakże w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wymagał złożenia w ofercie również innych oświadczeń, które określają sposób realizacji zamówienia. Ten zaś sposób określony przez Przystępującego jest niezgodny z przepisami ustawy o odpadach. Przyjmowanie zaś obecnie przez Zamawiającego, że oświadczenia to ma wyłącznie charakter informacyjny nie wynika z postanowień SWZ.

Zdaniem Izby bez znaczenia dla sprawy są argumenty Zamawiającego co do oferty Odwołującego. Nie stanowi ona przedmiotu zarzutu w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Bez znaczenia dla sprawy jest również argumentacja Zamawiającego dotycząca niezasadności badania zasady bliskości na etapie oceny oferty. Zamawiający sam zdecydował, że wykonawca ma złożyć w ofercie oświadczenie dotyczące instalacji, a więc oświadczenie, które będzie zgodne z art. 20 ustawy o odpadach. Nie nadał mu charakteru informacyjnego. Utożsamianie etapu badania i oceny oferty wykonawcy z etapem rzeczywistego wykonania umowy jest - zdaniem Izby - nieuprawnione. Zamawiający bada zgodność oferty z warunkami zamówienia. W tych warunkach zamówienia tj. SWZ oraz formularze oferty Zmawiający wskazał, że obowiązuje zasada bliskości, a jednocześnie wymagał wskazania instalacji w formularzu oferty. Jest oczywistym dla Izby, że musiała być to instalacja zgodna z zasadą bliskości. Wskazanie przez Przystępującego instalacji w Bełchatowie, które nie jest instalacją najbliżej położną od miejsca wytworzenia odpadów (co nie było okolicznością sporną pomiędzy stronami) stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia i skutkowało nakazaniem Zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Izba ma pełną świadomość tego, że instalacja pierwotnie określona przez wykonawców w formularzu oferty może ostatecznie ulec zmianie na etapie realizacji zamówienia, z uwagi na brak mocy przerobowych. Okoliczność ta dotyczy jednakże etapu faktycznej realizacji umowy i konkretnych uwarunkowań, w jakich znajdzie się wykonawca z chwilą rozpoczęcia realizacji zamówienia. Okoliczność ta nie może stanowić zasadnego argumentu do sanowania oświadczeń wykonawcy niezgodnych z przepisami prawa składanych w ofercie i ocenianych na etapie badania i oceny ofert. Dopuszczenie takiej sytuacji byłoby niejako przyzwoleniem Zamawiającego na realizacji zamówienia niezgodnie z prawem. To, że wykonawca ma obowiązek zrealizować zamówienia zgodnie z przepisami prawa nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku weryfikacji prawidłowości oświadczeń wykonawcy na etapie badania i oceny ofert i akceptowaniem nieprawidłowości w ofercie Przystępującego poprzez odwoływanie się do etapu realizacji zamówienia. Oferta wykonawcy stanowi integralną część przyszłej umowy z Zamawiającym, a zatem oświadczenia jakie wykonawca składa w ofercie są wiążące

zarówno dla wykonawcy jak i dla Zmawiającego na etapie umowy. Nie sposób zatem przyzwolić na aprobowanie oświadczeń wykonawcy niezgodnych z prawem.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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: ……