

Sygn. akt: KIO 640/23

WYROK

z dnia 20 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawców:

REMONDIS Medison Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, PROMAROLPLUS Sp. z o.o. w Sławie

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

SAMODZIELNY PUBLICZNY WIELOSPECJALISTYCZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ w STARGARDZIE,

z udziałem

EMKA S.A. w Żyrardowie, Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni zarzut odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesioną przez odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

SAMODZIELNY PUBLICZNY WIELOSPECJALISTYCZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ w STARGARDZIE (dalej również „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia na: usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne z SPWZOZ w Stargardzie. Numer referencyjny: 5/TP/U/2023 (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 6 marca 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania REMONDIS Medison Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej i PROMAROLPLUS Sp. z o.o. w Sławie (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

W dniu 9 marca 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili ubiegający o zamówienie wspólnie EMKA S.A. i Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach (dalej również: „Przystępujący”). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego decyzji Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji dokonaniu wyboru oferty Przystępującego zarzucając naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione i dokonanie wyboru oferty Przystępującego mniej korzystnej od oferty Odwołującego i wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego i dokonania powtórnej oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w treści specyfikacji warunków zamówienia 9dalej: „SWZ”), „w rozdziale IV

określił, że przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w szacowanej ilości 71 251 kg z SPWZOZ w Stargardzie. Zamawiający wskazał, iż odpadami podlegającymi usłudze są odpady oznaczone kodami: 180101, 180102*, 180103*, 180104, 180106*, 180107, 180108, 180109, 180181. Przedmiotem niniejszego zamówienia są zatem odpady należące do grupy odpadów medycznych, w tym również odpadów zakaźnych oraz niebezpiecznych. Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale VIII SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie

podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie zasad enumeratywnie określonych w Rozdziale IX SWZ. (...) W rozdziale VII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wśród których wskazano m.in. posiadanie uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów medycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym zakresie Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego w tym zakresie. W zakresie kryteriów oceny ofert Zamawiający posłużył się kryterium ceny - przyznając mu wagę 60% oraz czasu reakcji - przyznając mu wagę 40%. W toku postępowania oferty złożyło Konsorcjum EMKA S.A. i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach oraz Konsorcjum firm REMONDIS Medison Sp. z o.o. i PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. Wartość brutto zamówienia zawarta w ofercie Konsorcjum EMKA S.A. i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach wynosiła 538 657,56 zł. Konsorcjum firm REMONDIS Medison Sp. z o.o. i PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. zaproponowało ofertę, w której wartość zamówienia brutto wynosiła 517 994,77 zł, przez co wartość ta jest korzystniejsza niż wartość wskazana w wybranej przez Zamawiającego ofercie. Czas reakcji w obu ofertach został określony na 12 godzin. (...) Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum firm REMONDIS Medison sp. z o.o. i PROMAROL-PLUS Sp. z o.o., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych uznając, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący przywołał uzasadnienie wyroku KIO z dnia 27 stycznia 2023 r. wydane w sprawie o sygnaturze akt KIO 78/23, i wskazał, że kwestia zasady bliskości oraz jej relacji do warunków zamówienia, była przedmiotem postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 78/23. Zaznaczył, że w wyroku z dnia 27 stycznia 2023 r. Izba nakazała Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 2 PUM w Szczecinie unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum firm REMONDIS Medison Sp. z o.o. oraz PROMAROL - PLUS Sp. z o.o. a w uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, że „zamawiający w treści SWZ 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 (...) 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. (...) W związku z powyższym informacja dla Zamawiającego, w jaki sposób będzie realizowana zasada bliskości na etapie badania i oceny ofert ma charakter irrelevantny, 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. ” „

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazywał również, że w wyjaśnieniach, które złożył Zamawiającemu wykazał, że spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, tj. że zamierza unieszkodliwiać odebrane odpady w instalacji podwykonawcy w Gorzowie Wielkopolskim, która chociaż położona jest na terenie województwa lubuskiego (innego niż województwo wytworzenia odpadów) to znajduje się w odległości bezwzględnie mniejszej niż instalacja konsorcjanta Przystępującego - Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach. Podkreślał też, że w wyjaśnieniach wskazał, że instalacja Przystępującego położona w województwie wytworzenia odpadów nie ma dostatecznych mocy przerobowych. Dodatkowo poinformował, że z zgodnie z decyzją Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 18 sierpnia 2014 roku (WOŚ.M.7243.2.5.2014.IB) wydajność instalacji konsorcjanta Przystępującego wynosi maksymalnie do 1488 Mg/rok a jak wynika z informacji uzyskanych w toku prowadzonych postępowań przetargowych, aktualnie instalacja w Gryficach zobowiązała się już do odbioru i unieszkodliwienia ponad 1800 Mg odpadów pochodzących z placówek szpitalnych z terenu województwa zachodniopomorskiego. Według Odwołującego uznać więc należy, że podmiot ten nie dysponuje wystarczającą mocą przerobową aby zwiększyć ilość unieszkodliwianych odpadów o ilość wskazaną w przedmiotowym. Powyższe okoliczności – brak mocy przerobowych oraz odległość uzasadnia w ocenie Odwołującego zastosowanie wyjątku, o którym mowa w art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699, 1250, 1726, 2127, 2722, z 2023 r. poz. 295) (dalej: „ustawa o odpadach”) - tym samym, nawet gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego, jego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest nieprawidłowa w świetle art. 20 ustawy o odpadach.

W dniu rozprawy Odwołujący przedłożył dowody w postaci:

1. Protokół otwarcia ofert wraz z SWZ postępowania na unieszkodliwianie

odpadów medycznych i weterynaryjnych prowadzonego przez konsorcjanta Przystępującego SPZZOZ w Gryficach, na okoliczność braku mocy przerobowej instalacji SPZZOZ Gryfice na terenie województwa zachodnio-

pomorskiego.

2. Pismo z 25 stycznia 2022 r. do REMONDIS Medison Sp. z o.o. – stanowiące

informację Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego Wydział Ochrony Środowiska, o braku mocy przerobowych instalacji na terenie woj. zachodniopomorskiego, na okoliczność braku mocy przerobowej instalacji SPZZOZ Gryfice na terenie województwa zachodnio- pomorskiego.

3. Zestawienie własne tabelaryczne prezentujące porównanie znamionowej

mocy przerobowej instalacji SPZZOZ Gryfice oraz ilości odpadów medycznych jakie podlegać będą unieszkodliwieniu w instalacji SPZZOZ Gryfice na podstawie wiążących SPZZOZ z podmiotami trzecimi umów na odbiór i unieszkodliwianie odpadów, na okoliczność jak w pkt 1 i 2.

4. Korespondencja e-mail pomiędzy Odwołującym a konsorcjantem

Przystępującego - SPZZOZ Gryfice z dnia 30 listopada 2022 r. zawierająca wniosek o udostępnienie informacji publicznej w przedmiocie ilości unieszkodliwianych w instalacji odpadów medycznych, na okoliczność jak w pkt 1 i 2.

5. Korespondencja e-mail pomiędzy Odwołującym a Przystępującym z 1 lutego

2023 r. zawierająca zapytanie o wolne moce przerobowe i możliwość odebrania odpadów w ramach Postępowania, na okoliczność jak w pkt. 1 i 2.

6. Korespondencja e-mail pomiędzy Odwołującym a posiadaczem wskazanej

przez niego instalacji Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie sp. z o.o. z 1 lutego 2023 r. wskazująca na posiadanie wolnych mocy przerobowych na potrzeby Postępowania jeśli spełniona jest zasada bliskości.

7. Korespondencja e-mail pomiędzy Odwołującym a konsorcjantem

Przystępującego – SPZZOZ w Gryficach z dnia 16 lutego 2023 r. zawierająca zapytanie o wskazanie dostępnych wolnych mocy przerobowych instalacji i ilości odpadów, jakie mogą zostać przez przedmiotową instalację odebrane w poszczególnych okresach w celu unieszkodliwienia odpadów medycznych wraz ze wskazaniem warunków handlowych, na okoliczność jak w pkt. 1 i 2.

8. Dwa zdjęcia z systemu mapowego obrazujące odległości bezwzględne

między miejscem odbioru odpadów Zamawiającego, a instalacjami Przystępującego w Gryficach (8B) i Odwołującego w Gorzowie (8A), na okoliczność tego, że instalacja Odwołującego w Gorzowie jest najbliższej położoną instalacją.

Odwołujący doprecyzował, że wniosek dowodowy zawarty w piśmie procesowym z dnia 19 marca 2023 r. należy rozumieć jako wniosek o zwrócenie się na rozprawie do

Przystępującego o udzielenie odpowiedzi na wskazane na stronie 2 i 3 pisma pytania pkt. 18.

Odwołujący podkreślał, że w lutym 2023 r. złożył ofertę w ramach postępowania prowadzonego przez konsorcjanta Przystępującego - SPZZOZ w Gryficach na usługę odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych niebezpiecznych i innych, obejmującą prawie 970 t odpadów pochodzących z tegoż podmiotu. Fakt rozpisania przetargu przez konsorcjanta Przystępującego wskazuje na brak mocy przerobowych jego własnej instalacji SPZZOZ w Gryficach (Dowód 1 A i B).

Na rozprawie Odwołujący wskazywał, że nie uzyskał odpowiedzi od konsorcjanta Przystępującego – SPZZOZ w Gryficach – na zadane pytania odnoszące się do wielkości i dostępności mocy przerobowych instalacji tego podmiotu. Konsorcjant Przystępującego – SPZZOZ w Gryficach odmówił również udostępnienia powyższych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej. Doprecyzował, że różnica odległości bezwzględnej pomiędzy instalacjami Odwołującego i Przystępującego do punktu odbioru odpadów od Zamawiającego to ca. 200 m na korzyść Odwołującego – odcinek łączący punkt odbioru z instalacją wskazaną przez Odwołującego w Gorzowie jest o 200 m krótszy od odcinka łączącego punkt odbioru z instalacją Przystępującego w Gryficach. Wyjaśnił również, że w formularzu ofertowym dwie instalacje – jako pierwszą instalację podstawową w Gorzowie, a jako drugą instalację alternatywną w Sławie zgodnie ze wskazaniem rozdziału 4 ust. 5 pkt 3 litera C SWZ przewidującym tzw. alternatywne źródło unieszkodliwienia odpadów.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, że w rozdziale IV ust. 5 pkt 13 ppkt 2 SWZ oraz stanowiącym załącznik do SWZ projekcie umowy (§ 1 ust. 5 pkt 2) zaznaczono, że wykonanie usług w zakresie przedmiotu zamówienia winno być zgodne z obowiązującymi przepisami i normami, w szczególności z przepisami określonymi w ustawie o odpadach a fakt zgodności realizacji przedmiotu zamówienia z ustawą o odpadach potwierdzili wykonawcy składając formularze ofertowe zawierające oświadczenie, że spełniamy wszystkie warunki określone w SWZ oraz złożyliśmy wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Zaznaczył, że w jego opinii art. 20 ustawy o odpadach wprowadza generalną zasadę, że: „odpady poddaje się przetwarzaniu (tj. zgodnie z art. 3 odzyskowi lub unieszkodliwianiu, w tym przygotowaniu poprzedzającym odzysk lub unieszkodliwianie) w miejscu ich powstania. Tylko wtedy, gdy przetwarzanie odpadów nie jest możliwe w miejscu

powstania, przekazuje się je do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Komunalne osady ściekowe co do zasady mogą być stosowane tylko na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone. Od tej zasady ustawodawca dopuszcza wyjątek, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania do miejsca stosowania na obszarze innego województwa jest mniejsza niż do miejsca stosowania na obszarze tego samego

województwa. Ustawodawca posłużył się tylko jednym kryterium, jakim jest odległość (art. 20 ust. 5). Regulując w art. 20 ust. 6 unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, ustawodawca nakazał odpowiednie stosowanie ust. 5, ale nie poprzestał na kryterium odległości, lecz wprowadził dodatkowe kryterium polegające na tym, że w województwie, na terenie którego takie odpady zostały wytworzone, nie ma instalacji, która pozwoliłaby je unieszkodliwić, albo istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Wtedy takie odpady mogą być unieszkodliwiane w najbliższej położonej instalacji na obszarze innego województwa. Ustawodawca zakazuje nie tylko stosowania (komunalnych osadów ściekowych), unieszkodliwiania (zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych) i przetwarzania (wyróżnionych odpadów komunalnych) z naruszeniem zasady bliskości, ale i samego ich przywożenia w tym celu na obszar innego województwa (art. 20 ust. 4). Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że Zamawiający na etapie postępowania zmierzającego do wyłonienia Wykonawcy w dokumentacji przetargowej przewidział obowiązek wykazania spełnienia przez wykonawcę zasady bliskości przy zagospodarowaniu odpadów. Co więcej w treści odpowiedzi na pytania oferentów Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na pyt. 1 „Zamawiający będzie weryfikować, przestrzeganie zasady bliskości przez wykonawców na etapie wyboru oferty i realizacji umowy oraz w odpowiedzi na pyt. 2: „Zamawiający odrzuci taką ofertę. Zamawiający dopuści złożenie takiej oferty w przypadku, gdy Oferent dołączy dokumenty potwierdzające brak instalacji do unieszkodliwiania wybranych odpadów w SWZ na obszarze naszego województwa lub przedstawi dokumenty potwierdzające, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą naszych odpadów do unieszkodliwiania”. Stwierdzić więc należy, że Odwołujący składając formularz ofertowy złożył oświadczenie niezgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego, ponieważ było ono niezgodne z treścią ustawy o odpadach, która to ustawa była jednym z wyznaczników merytorycznej oceny oferty, co stwarza inny stan faktyczny niż przywołany przez Odwołującego w wyroku sygn. akt KIO 78/23, gdzie, cytując za wyrokiem: Zamawiający w treści SWZ nie umieścił jakiegokolwiek postanowienia nakładającego na wykonawców obowiązek wykazania spełnienia zasady bliskości (...), a tym samym poddaje w wątpliwość zasadność jego przywołania przez Odwołującego. Dodatkowo zwrócić należy na stanowisko Odwołującego wyrażone pismem z dnia 15.02.2023 w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.02.2023 r., gdzie podejmując próby wykazania spełnienia zasady bliskości przywołał pismo z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego nie przedstawiając go jednak, oraz wskazał na ogłoszone postępowanie przetargowe przez SPZOZ w Gryficach. Z przywołanych dokumentów nie wynika jednak oczekiwane przez ustawodawcę i Zamawiającego oświadczenie pozwalające na uznanie, iż wymagana zasada bliskości została przez Odwołującego wykazana. Nie można stanowiska Urzędu Marszałkowskiego

(abstrahując od jego nie okazania przez Odwołującego) oraz przetargu ogłoszonego przez SPWZOZ (który obejmuje okoliczności związane z ewentualnym wystąpieniem braku wolnych mocy przerobowych, a nie ich wystąpienia) utożsamiać z dokumentem potwierdzającym że istniejąca na terenie województwa zachodniopomorskiego instalacja nie ma wolnych mocy przerobowych, a czytając treść odwołania wynika, iż nie stanowiło najmniejszego problemu uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego dokumentu, którego jednak mimo treści SWZ i wezwania Odwołujący nie uczynił. Nie można również podzielić stanowiska Odwołującego, w której wskazuje, że przywołana przez Odwołującego instalacja do unieszkodliwiania odpadów znajduje się bliżej niż instalacja posadowiona na terenie województwa zachodniopomorskiego. I tak zwrócić należy, iż od siedziby Zamawiającego do instalacji na terenie woj. Zachodniopomorskiego wynosi 77 km., zaś odległość od siedziby Zamawiającego do instalacji Odwołującego wynosi 231 km, co również ipso facto stoi w sprzeczności z zasadą bliskości i wskazuje na niezgodne z wymogami złożenie oferty przez Wykonawcę.”

Zamawiający podkreślał, że decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego podejmował w oparciu o treść wyjaśnień Odwołującego z 15 lutego 2023 r., zaś dane o braku możliwości wykorzystania instalacji w Gryficach, czyli województwie wytworzenia, przez Odwołującego przedstawione zostały dopiero w dniu dzisiejszym, podczas gdy Odwołujący dowody te przedłożyć mógł już na etapie składania wyjaśnień. Podkreślał, że pismo Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego wskazuje jedynie na fakt, że na terenie województwa zachodniopomorskiego wytwarzanych jest więcej odpadów niebezpiecznych niż unieszkodliwić mogą instalacje zlokalizowane na tym terenie i to dotyczy danych sprzed stycznia 2022 r. podczas gdy przetarg i moce przerobowe oceniane są na rok 2023. Podobnie ocenił pozostałe dowody przedstawione przez Odwołującego. Zaznaczył, że zasada bliskości odnosi się do odległości realnych – drogi jaką musi odbyć transport odpadów niebezpiecznych, a nie odległości bezwzględnej.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego. Wskazał, że stanowisko Odwołującego sprowadza się do próby zrzućcia się siebie ciężaru dowiedzenia braku instalacji o wolnych mocach przerobowych a przedłożenie dowodów na etapie postępowania odwoławczego stanowi nieuprawnioną konwalidację zaniechania tego obowiązku na etapie udzielania wyjaśnień. Wskazał, że pismo Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z 25 stycznia 2022 r. obejmuje dane statystyczne oparte na danych za rok 2021 i ewentualnie wcześniejsze, co nie odpowiada obecnemu stanowi faktycznemu. Dane za 2021 r. mogą być zawyżone ze względu na stan epidemii SARS Cov-2. Przystępujący analizuje swoje zdolności przerobowe i moc znamionową w taki sposób, aby utylizacja odpadów w danym okresie rozliczeniowym nie przekraczała dopuszczalnej wynikającej z decyzji, co wiązałoby się z utratą uprawnień do unieszkodliwiania odpadów medycznych. Wskazuje, że dane ujęte

w tabeli nie uwzględniają faktu rozpoczynania się i zakańczania niektórych umów i nie oddają z związku z czym faktycznego obciążenia instalacji. Zapis SWZ str. 9 nie rodził obowiązku wskazania tej instalacji w formularzu ofertowym, a jedynie obowiązek zapewnienia takiej instalacji w sytuacji awaryjnej, bez konieczności wskazywania danych tej instalacji na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał, że według jego ustaleń uczynionych z

wykorzystaniem portalu google maps odległość z miejsca odbioru odpadów do instalacji Odwołującego to 85 km, zaś instalacji Przystępującego to 73 km oraz, że instalacja Przystępującego posiada moce przerobowe pozwalające na obsługę przedmiotu zamówienia w ramach Postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy, uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła odwołanie.

Izba, w świetle dowodów dokumentowych, podzieliła ustalenia stanu faktycznego poczynione przez Odwołującego i przywołane powyżej. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony, w tym również oraz dokumentację zamówienia (w szczególności SWZ, wyjaśnienia SWZ z dnia 31 stycznia 2023 r., formularz ofertowy Odwołującego, wezwanie z dnia 14 lutego 2023 r. do uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty i udzielona odpowiedź przez Odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27 lutego 2023 r.). Izba podzieli również stanowisko Odwołującego, co do braku podstaw faktycznych uzasadniających odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usług unieszkodliwiania odpadów niemedycznych oraz medycznych w tym również medycznych zakaźnych.

Usługa unieszkodliwiania odpadów w ramach zamówienia realizowana musi być z poszanowaniem bezwzględnie obowiązującej normy art. 20 ustawy o odpadach zgodnie z którą:

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 najbliższych 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 najbliższej 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 w formularzu ofertowym Wykonawca wskazał, że „Wykonawca zamierza unieszkodliwiać odpady w instalacji położonej w Gorzowie Wlkp ul. Dekerta 1 / 67410 Sława, ul. Ciepeliówek 2 (adres instalacji) w województwie lubuskim, która na dzień złożenia oferty posiada wolne moce przerobowe pozwalające w całości unieszkodliwić odpady odebrane od Zamawiającego. Podstawa dysponowania spalarnią odpadów podwykonawstwo / umowa konsorcjum. Okres dysponowania spalarnią odpadów na okres realizacji zamówienia „Usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne z SPWZOZ Stargardzie”, 5/TP/U/2023.”).

Izba ustaliła dalej, że instalacją podstawową Odwołującego, za pomocą której zamierza unieszkodliwiać odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest instalacja w Gorzowie, zaś instalacja w Sławie jest instalacją alternatywną, o której mowa w rozdziale 4 ust. 5 pkt 3 litera C SWZ przewidującym tzw. alternatywne źródło unieszkodliwiania odpadów.

Instalacją odbierającą odpady rodzajowo objęte przedmiotem zamówienia na terenie województwa zachodniopomorskiego jest instalacja konsorcjanta Przystępującego – SPZOZ w Gryficach, która jednocześnie wskazana została przez Przystępującego jako instalacja podstawowa, w której unieszkodliwiane będą odpady w ramach zamówienia objętego Postępowaniem.

Wezwaniem z dnia 14 lutego 2023 r. Zamawiający powołując się na art. 128 Ustawy zobowiązał Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające brak instalacji do unieszkodliwiania odpadów na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub przedstawienia dokumentów przedstawiających, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wskazał, że: „potwierdza, iż unieszkodliwianie odpadów medycznych pochodzących z Państwa placówki będzie odbywało się w instalacji w Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. przy ul. Dekerta 1, 66-400 Gorzów Wlkp. Zgodnie z informacją udzieloną z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego Wydziału Ochrony Środowiska w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji o środowisku z dnia 29 listopada 2022 roku WOŚ-I.706.48.2022 poinformował, iż moce przerobowe instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych funkcjonujących na terenie województwa zachodniopomorskiego są nie wystarczające do unieszkodliwienia wszystkich odpadów wytworzonych na terenie województwa. Artykuł 20 ust. 6 ustawy o odpadach dopuszcza 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. Na potwierdzenie powyższego faktu, wskazujemy, że SPZZOZ w Gryficach, będący operatorem instalacji ogłosił dnia 23.01.2023 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych świadczona dla SPZZOZ w Gryfiach, w zakresie odbiorów realizowanych w ramach, planowanych przestojów instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, nieprzewidzianych awarii instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów oraz braku wolnych mocy przerobowych. Postępowanie wskazuje, że odbierane przez instalację odpady medyczne z województwa zachodniopomorskiego będą przekazywane do instalacji położonej poza województwem zachodniopomorskim. Dodatkowo Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023r (sygnatura akt KIO78/23) Zamawiający na etapie dokonywania oceny ofert nie ma prawa badać, czy wykonawca spełnia obowiązek zachowania zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z

dnia 14 grudnia 2012 r. Obowiązek ten jak wynika z przywołanego wyroku stanowi kwestię spełniania warunków realizacji umowy a nie warunku zamówienia.”

W następstwie wyjaśnień Zamawiający 27 lutego 2023 r. odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 5 wskazując, że Odwołujący deklarując unieszkodliwianie odpadów w instalacji poza województwem wytworzenia nie przedstawił dokumentacji potwierdzającej, że na obszarze województwa zachodniopomorskiego istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych, zgodnie z z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach, oraz, że pomimo wezwania do uzupełnienia tej dokumentacji z dnia 14 lutego 2023 roku w odpowiedzi nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie powyższego wymogu.

Izba ustaliła, że zapisy SWZ nie przewidują warunku w postaci obowiązku przedkładania przez wykonawców dokumentacji potwierdzającej brak istnienia instalacji do unieszkodliwiania wskazanych w SWZ odpadów na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub potwierdzających, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą odpadów Zamawiającego, ani badania takich okoliczności. Zapisy SWZ i formularza ofertowego odnoszące się do zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach dotyczą warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

Kwestia obowiązku przedkładania dokumentów dla wykazania faktu deklarowania instalacji spełniającej warunki określone ustawą o odpadach pojawiła się dopiero na etapie udzielania przez Zamawiającego wyjaśnień do SWZ w trybie art. 284 Ustawy, w których wskazano: „Pytanie nr 1 - dotyczy zapisów SWZ: Czy Zamawiający potwierdza, że przedmiotowa usługa musi być wykonana zgodnie z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm., dalej jako „ustawa o odpadach”), treść SWZ zawiera obowiązek przestrzegania ww. zasady a Zamawiający będzie weryfikował jej przestrzeganie przez potencjalnych wykonawców na etapie zarówno wyboru oferty, jak i realizacji umowy? Odpowiedź: Zamawiający będzie weryfikować przestrzeganie zasady bliskości przez wykonawców na etapie wyboru oferty i realizacji umowy. Zamawiający dopuszcza unieszkodliwienie odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze naszego województwa oraz, gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Pytanie nr 2 - dotyczy zapisów SWZ: Czy Zamawiający potwierdza, że odrzuci ofertę złożoną przez potencjalnego wykonawcę, który zaoferuje unieszkodliwianie odpadów w instalacji niezgodnej z zasadą bliskości wynikającą z ustawy o odpadach jako niezgodną z SWZ, co będzie jednoznacznie potwierdzać oświadczenie złożone przez potencjalnego wykonawcę w formularzu ofertowym w zakresie instalacji, w której będą unieszkodliwiane odpady? Odpowiedź: Zamawiający odrzuci taką ofertę. Zamawiający dopuści złożenie takiej oferty w

przypadku, gdy Oferent dołączy dokumenty potwierdzające brak instalacji do unieszkodliwiania wskazanych odpadów w SWZ na obszarze naszego województwa lub przedstawi dokumenty potwierdzające, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą naszych odpadów do unieszkodliwiania.”

W ocenie Izby wyjaśnienia nie mogą kreować obowiązku składania przez wykonawców środków dowodowych, w sytuacji nieprzewidzenia takiej powinności w SWZ.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 266 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie zaś z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być

podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy a odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią skonkretyzowanego warunku zamówienia opisanego postanowieniem specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Izba stwierdza, że treść SWZ nie tylko nie konkretyzowała warunku odnoszącego się do zasady bliskości z ustawy o odpadach, ale też nie zobowiązywała wykonawców do przedstawienia dokumentów, których żądał wezwaniem z dnia 14 lutego 2023 r. Zamawiający i których niezłożenie stało się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Dokumenty postępowania nie przewidywały także obowiązku badania ani określania stopnia dostępności mocy przerobowych instalacji unieszkodliwiania odpadów wskazywanych przez wykonawców w formularzu ofertowym jako te, za pomocą których wykonawca będzie unieszkodliwiać odpady. Samo więc wezwanie z dnia 14 lutego 2023 r. w zakresie żądania dokumentacji naruszało art. 128 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy.

Na ocenę braku uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wobec braku zapisów w SWZ wskazujących na zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że instalacja wskazana w formularzu ofertowym Wykonawcy spełnia warunki polegające na tym, że:

- brak jest instalacji do unieszkodliwiania wskazanych odpadów w SWZ na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub że
- istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą odpadów Zamawiającego

nie wpływa również fakt udzielenia przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2023 r. wyjaśnień. Wyjaśnienia nie zmieniły bowiem ani nie uzupełniły warunków zamówienia określonych SWZ.

W świetle SWZ Odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia dokumentów, których brak złożenia stał się podstawą odrzucenia oferty opisaną w uzasadnieniu

zaskarżonej czynności Zamawiającego. Treść oferty wskazuje zaś na deklarację, co do sposobu realizacji usługi, zgodną z ustawą o odpadach. Przystępujący nie wykazał tutaj by było inaczej.

Ustawa o odpadach reguluje zasadę bliskości a Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie ingerencji w kwestie opisane przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Treść wyjaśnień nie może deregulować ustawowych obowiązków podmiotów wykonujących usługi związane z unieszkodliwianiem odpadów i musi być interpretowana w ich świetle. Izba wskazuje dodatkowo, że ustalenia w toku postępowania pozwalają stwierdzić, że odległość bezwzględna pomiędzy punktem odbioru odpadów z miejsca wytworzenia do instalacji podstawowej Odwołującego jest o około 200 m krótsza niż do instalacji podstawowej Przystępującego. Odległość rzeczywista drogi pomiędzy punktem odbioru odpadów od Zamawiającego do instalacji Odwołującego i instalacji Przystępującego może być różna – krótsza lub dłuższa - w zależności od rodzaju wybranych dróg dojazdowych i różnica oscyluje wokół paru kilometrów. Różnice pomiędzy długościami drogi, w zależności od przyjętej metody ich określenia są w ocenie Izby pomijalne w kontekście zasady bliskości, do której referuje norma art. 20 ustawy o odpadach, która nie definiuje sposobu określenia odległości miejsca wytwarzania odpadu do miejsca stosowania. Izba stwierdza, że instalacja Odwołującego jest najbliższą położoną instalacją, o której mowa w art. 20 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy o odpadach, co pozwala na unieszkodliwianie odpadów z jej wykorzystaniem.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze, jednocześnie zasada ta nie zwalnia pozostałych uczestników z obowiązku dowodzenia twierdzeń przeciwnych. W ocenie Izby Odwołujący sprostął ustawowemu wymaganiu i wykazał niezgodność z przepisami czynności Zamawiającego także w kontekście oceny mocy przerobowych instalacji w Gryficach. Jednocześnie brak było dowodów skutecznie podważających jego oświadczenia i twierdzenia znajdujące dodatkowo oparcie w dokumentacji postępowania oraz przedłożonych przez Odwołującego dowodach. Zasygnalizowane przez Zamawiającego i uczestnika wątpliwości w ocenie Izby nie są wystarczające dla odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy, a nadto zostały przez Odwołującego dostatecznie wyjaśnione.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b)

Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący