Sygn. akt: KIO 790/23

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „ECO-ABC" Sp. z o. o. w Bełchatowie i PROMAROL - PLUS Sp. z o. o. w Ciepielówku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowe Centrum Medyczne w Wołowie Sp. z o. o. w restrukturyzacji w Wołowie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Remondis Medison Sp. z o. o. w Dąbrowie Górniczej i Remondis Medison Chrzanów Sp. z o. o. w Chrzanowie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

   1.2. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. i/lub art. 128 ust. 1 p.z.p. konsorcjum Remondis Medison Sp. z o. o. w Dąbrowie Górniczej i Remondis Medison Chrzanów Sp. z o. o. w Chrzanowie w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej dysponowania spalarnią odpadów/zakładem unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych

zgodnie z wymaganiami określonymi w lit. b pkt 9.2.4 SWZ,

1.3. ponowne badanie i ocenę ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Powiatowe Centrum

Medyczne w Wołowie Sp. z o. o. w restrukturyzacji w Wołowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez konsorcjum „ECO-ABC" Sp. z o. o. w Bełchatowie i PROMAROL - PLUS Sp. z o. o. w Ciepielówku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Powiatowego Centrum Medycznego w Wołowie Sp. z o. o. w restrukturyzacji w Wołowie na rzecz konsorcjum „ECO-ABC" Sp. z o. o. w Bełchatowie i PROMAROL - PLUS Sp. z o. o. w Ciepielówku kwotę 11 100,00 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

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

wyroku z dnia 5 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 790/23

Zamawiający – Powiatowe Centrum Medyczne w Wołowie Sp. z o. o. w restrukturyzacji ul. Inwalidów Wojennych 26, 56-100 Wołów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i utylizacja odpadów medycznych przez okres 12 miesięcy", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 14 lutego 2023 r. pod nr 2023/BZP 00094880/01 w Biuletynie Zamówień Publicznych, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p."), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 21 marca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum „ECO-ABC" Sp. z o. o. ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów i PROMAROL - PLUS Sp. z o. o. ul. Ciepielówek 2, 67-410 Sława (dalej zwane „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o. o. i REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o. o., pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postepowaniu. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Remondis Medison Sp. z o. o. w Dąbrowie Górniczej i Remondis Medison Chrzanów Sp. z o. o. w Chrzanowie (dalej zwane także jako „konsorcjum Remondis").

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W rozdziale 9.2 pkt 9.2.4. lit. b SWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał: „spalarnię odpadów/zakład unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art. 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ((Dz. U. z 2022, poz. 699 ze zm.), dalej zwanej jako „ustawa o odpadach"), w których realizowany będzie przedmiot niniejszego zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatacje) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych objętych zamówieniem, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem zamówienia w ilości co najmniej 38 000 kg rocznie (moc przerobowa) wraz z podaniem postawy prawnej dysponowania spalarnią.".

Natomiast zgodnie z art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach ustawodawca wprowadził tzw. zasadę bliskości. Zakaźne odpady medyczne powinny być więc unieszkodliwiane na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliżej miejsca ich wytwarzania. Wyjątki od powyższego przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którymi można nie stosować ustalonej w art. 20 ust. 3 zasady regionalizacji w następujących sytuacjach: 1) 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; 2) 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.

Art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach, do którego odwołał się zamawiający w warunku udziału w postępowaniu jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Wykonawcy mieli obowiązek posiadania spalarni, która położona jest na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady lub spalarni położonej wprawdzie poza województwem, ale na najbliżej miejsca wytwarzania odpadów. Jak wskazała Izba w wyroku z 13 grudnia 2022 r., KIO 3161/22 „Nie ma więc racji Odwołujący twierdząc, że w sytuacji zaistnienia wyjątku od zasady bliskości, dopuszczalnym jest unieszkodliwianie odpadów gdziekolwiek poza województwem ich wytworzenia. Odpady w takim wypadku powinny zostać unieszkodliwione w najbliższej instalacji poza województwem ich wytworzenia. Wynika to wprost z treści art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach".

Na terenie województwa dolnośląskiego nie ma żadnej instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych. Z tego względu zarówno odwołujący, jak i konsorcjum Remondis nie mogli zaoferować instalacji do unieszkodliwiania odpadów położonej na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady. Konsorcjum Remondis wskazało, że dysponuje spalarnią w Chrzanowie, położoną 269 km od miejsca wytwarzania odpadów. Odwołujący będzie zaś unieszkodliwiał odpady medyczne w spalarni położonej 75 km od miejsca wytwarzania odpadów.

Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, zgodnie z rozdziałem 10.3.2.4 lit. b SWZ, wypełnionego wykazu narzędzi - zgodnie z załącznikiem nr 6, w którym wykonawca zobowiązany był wskazać spalarnię odpadów medycznych, którą dysponuje. Dokumenty te składane były na wezwanie zamawiającego i przedłożyć je miał wyłącznie podmiot, którego oferta została najwyżej oceniona. Z tego względu w dokumentacji przetargowej, zamawiający dysponuje jedynie oświadczeniem konsorcjum Remondis. W przypadku oferty odwołującego, dysponowanie spalarnią i miejsce jej położenia zgodne z ustawą o odpadach, wynika z formularza

ofertowego, w którym odwołujący oświadczył, że będzie unieszkodliwiał odpady w spalarni położnej w odległości 75 km od miejsca wytwarzania odpadów.

W ocenie odwołującego z wykazu narzędzi konsorcjum Remondis wynika, że nie spełnia ono warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania spalarnią, spełniającą wymogi określone w art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach. Zamawiający też w żaden sposób nie ocenił czy oferta spełnia ten warunek i bezkrytycznie przyjął oświadczenie z wypełnionego załącznika nr 6 do SWZ, dokonując wyboru oferty, która tego warunku nie spełnia. W szczególności, że to sam zamawiający postawił jednoznaczny warunek udziału w postępowaniu, nakazując, aby wykonawca dysponował instalacją, spełniającą wymogi ustawy o odpadach. Ocena spełnienia warunku miała nastąpić na zasadzie spełnia/nie spełnia i nie było tu miejsca na dowolną interpretację zamawiającego.

Odwołujący dodał, że w ostatnich orzeczeniach wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, Izba dopuszczała, aby realizacja zasady bliskości następowała w ramach kryteriów oceny ofert, podobnie jak zrobił to zamawiający w niniejszym postępowaniu. W wyroku z dnia 22 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3534/21, warunki nie odnosiły się w żaden sposób do wymogu dysponowania instalacją unieszkodliwiania odpadów, spełniającą wymogi art. 20 ust. 3-6 ustawy odpadach, a zamawiający - Stobrawskie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Kupie, nie ograniczał wykonawcom za pomocą warunków udziału w postępowaniu, dopuszczając wyłącznie konkurencyjność ofert przewidując, że zasada bliskości zostanie uwzględniona wyłącznie w ramach kryteriów oceny ofert (tak SWZ Stobrawskie Centrum Medyczne Sp. z o. o. z siedzibą w Kup). Również w wyroku z dnia 10 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1318/22 Izba wskazała „że w sytuacji, w której odległości do spalarni była jednym z kryteriów oceny ofert, „warunki przetargu nie tylko dopuszczają, ale wręcz zakładają, że wykonawcy będą konkurować nie tylko ceną, ale też odległością od spalarni". Tutaj też nie postawiono warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednią spalarnią (SWZ SPZOZ MSWiA w Opolu).

W opinii odwołującego nie ulega żadnej wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nadał zasadzie bliskości podwójne znaczenie. Po pierwsze, poprzez wymóg dysponowania spalarnią spełniającą wymogi art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach, dopuszczono do postępowania tylko tę grupę wykonawców, która spełnia taki warunek. Po drugie, wykonawcy, którzy dysponują odpowiednią spalarnią, mieli konkurować odległością spalarni od miejsca wytwarzania odpadów w ramach kryteriów oceny oferty. Konsorcjum Remondis nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to zamawiający w ogóle nie powinien tej oferty oceniać w kryteriach, zamawiający musi bowiem przestrzegać ustalonych przez siebie reguł postępowania, a wybór oferty konsorcjum Remondis jest niezgodny z przepisami p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego się kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Remondis Medison Sp. z o. o. ul. Puszkina 41, 42-530 Dąbrowa Górnicza i Remondis Medison Chrzanów Sp. z o. o. ul. Powstańców Styczniowych 9, 32-500 Chrzanów, które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego (dalej zwane „przystępującym"). Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego legitymowania się odpowiednią zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie posiadania spalarni odpadów/zakładu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art. 20 ust. 3 -6 ustawy o odpadach, w których realizowany będzie przedmiot zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatacje) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych w ilości co najmniej 38 000,00 kg rocznie (moc przerobowa), zgodnie z lit. b pkt 9.2.4 SWZ.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, skład orzekający stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej, Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie postępowania takie żądanie jest przedwczesne, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Zaznaczyć należy, że Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady da mihi factum, dabo tibi ius – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności

lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Jednak okoliczności tych nie można utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający ustalił, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Zastosowanie tego trybu jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał hipotetycznie może zostać prawidłowo wykazany – przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze.

Powyższe oznacza, że w ustalonym stanie rzeczy, przed eliminacją przystępującego z postępowania i uznaniem, że nie wykazał on w sposób odpowiedni posiadania wymaganych zdolności podmiotowych, zamawiający powinien wezwać go do uzupełnienia. Na gruncie uchylonych przepisów p.z.p. omawiana norma była uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) i dotychczasowe, ugruntowane orzecznictwo – wobec jedynie redakcyjnej zmiany brzmienia przepisu – pozostaje nadal aktualne. Jak trafnie zatem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 302/19, „W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie

dyspozycja art. 26 ust. 3 pzp. (…) Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 pzp ma charakter jednorazowy. Dopiero jednak po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest zaś prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. (…) Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto obowiązek określony w art. 26 ust. 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni.”

Powyższe oznacza, że eliminacja przystępującego z postępowania, jako wykonawcy niespełniającego spornego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.), bez wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. byłaby przedwczesna i naruszałaby zasady p.z.p. Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający nie korzystał w postępowaniu także z art. 128 ust. 4 p.z.p., na podstawie którego może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (tu w zakresie instalacji wskazanej w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy).

Skład orzekający stwierdził, że na obecnym etapie postępowania, jak trafnie podnosił odwołujący, nie sposób uznać, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postepowaniu, który określono w lit. b pkt 9.2.4 SWZ. Nie wykazano bowiem, że wskazana przez stronę spalarnia w Chrzanowie (vide poz. 1 wypełnionego przez przystępującego załącznika nr 6 do SWZ – wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy, który został złożony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, z 06.03.2023 r., w trybie art. 274 ust. 1 p.z.p., do złożenia przedmiotowych środków dowodowych) spełnia warunki art. 20 ust. 3 - 6 ustawy o odpadach.

W art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy o odpadach ustawodawca określił zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Od tej zasady wprowadzono jednak wyjątki określone w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Zgodnie z tą normą: 1) unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych może odbywać się na obszarze województwa innego, niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania

położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa (odpowiednie zastosowanie art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach), 2) 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.

Na podstawie przywołanych norm, w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez

zamawiającego, obowiązuje tzw. zasada bliskości. Oznacza to, że w pierwszej kolejności odpady te powinny zostać poddane odzyskowi albo unieszkodliwieniu w miejscu ich powstania – co do zasady na obszarze województwa, na którym zostały wytworzone, a naruszenie zasady bliskości, we wszystkich jej aspektach, zostało uznane za wykroczenie (art. 172 ustawy o odpadach). W drodze wyjątku, ustawodawca wskazał, że odpady medyczne mogą zostać 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 odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Zatem gdy, tak jak w rozpoznawanej sprawie, na terenie danego województwa nie ma możliwości unieszkodliwienia opadów medycznych, należy brać pod uwagę najbliższą zdolną przetworzyć odpady instalację, znajdującą się poza województwem. Gdyby i ta instalacja nie mogła unieszkodliwić odpadów to pod uwagę należy wziąć kolejną, najbliższą instalację, która będzie zdolna przetworzyć odpady medyczne zamawiającego, itd. (por. też wyroki Izby z 13.03.2023 r. sygn. akt: KIO 517/23, z 13.12.2022 r. sygn. akt: KIO 3161/22, z 16.08.2022 r. sygn. akt: KIO 1966/22).

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w doktrynie: „Generalnym założeniem jest, 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 najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. (…) 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.” (tak D. Danecka, W. Radecki, Ustawa o odpadach. Komentarz, wyd. VI, WKP 2022, art. 20, LEX).

Kluczowym dla rozstrzygnięcia sporu było zatem zweryfikowanie czy lokalizacja unieszkodliwiania odpadów medycznych w Chrzanowie, która została wskazana przez przystępującego, spełnia zasadę bliskości, a także ewentualnie – czy zastosowanie znajdzie wyjątek od tej zasady i czy został on spełniony. Nie było spornym, że w województwie dolnośląskim, jak i w województwie opolskim, nie ma spalarni spełniającej wymagania dotyczące unieszkodliwiania odpadów medycznych, więc odpady określone w przedmiocie zamówienia mogą być unieszkodliwiane poza województwem siedziby zamawiającego, w najbliżej położonej spalarni, chyba że nie posiada ona wolnych mocy przerobowych do utylizacji odpadów medycznych wytworzonych przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z dokumentacją postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie weryfikował ww. okoliczności. Także w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie odniósł się do spełnienia przez instalację przystępującego zasady bliskości, pomimo że w spornym warunku wprost wskazano na konieczność zapewniania spalarni spełniającej wymagania art. 20 ust. 3 - 6 ustawy o odpadach. Co istotne, przystępujący zaoferował instalację w odległości dalszej, niż odwołujący – co oznacza, że istnieją instalacje bliżej zamawiającego, które potencjalnie mogłyby zrealizować przedmiot zamówienia, więc zasadne jest sprawdzenie czy wystąpił opisany w art. 20 ust. 6 o odpadach wyjątek od zasady bliskości. Ergo zamawiający nie podołał ciążącym na nim obowiązkom i w sposób przedwczesny wybrał ofertę wykonawcy, który nie został w sposób właściwy zweryfikowany i oceniony. Takie sprawdzenie nie jest niczym niestandardowym podczas badania i oceny ofert na odbiór, transport i utylizację odpadów medycznych. Instytucje zamawiające częstokrotnie zwracają się do wykonawcy (np. czynności zamawiającego opisane w sprawie sygn. akt: KIO 690/22 czy sygn. akt: KIO 1966/22, w rozpoznawanym sporze byłoby to odpowiednio skorzystanie z trybu art. 128 ust. 4 p.z.p.) lub do innych jednostek (np. urząd marszałkowski), które są w stanie udzielić informacji dotyczących wolnych mocy przerobowych spalarni, badając wypełnienie przez dane instalacje przesłanek art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach – w tym przetargu spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający, aby prawidłowo zweryfikować zdolności podmiotowe wykonawcy w ramach warunku określonego w lit. b pkt 9.2.4 SWZ, powinien posiadać wiedzę ile i w jakiej odległości od jego siedziby jest instalacji zdolnych unieszkodliwić odpady medyczne przez niego wytworzone, i które z instalacji posiadają wolne moce przerobowe. Takich okoliczności zamawiający nie zbadał w przetargu, a także w żaden sposób nie odniósł się do nich w odpowiedzi na odwołanie, więc trudno uznać, że badanie i ocena oferty przystępującego została przeprowadzona należycie. Zamawiający wybrał ofertę, w której

wskazano instalację w Chrzanowie (dalszą, niż instalacja odwołującego), więc powinien dowiedzieć się czy instalacje bliżej położone posiadają wymagane wolne moce przerobowe, jeżeli tak – wtedy wyjątek od zasady bliskości w zakresie instalacji podanej przez przystępującego nie wystąpi i nie dojdzie do prawidłowego wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający powinien wskazane okoliczność wyjaśnić podczas badania i oceny ofert – zastosować tryb określony w art. 128 ust. 4 p.z.p. i zapytać przystępującego o informacje potrzebne do zbadania przesłanek art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Jeżeli zaś zamawiający zweryfikuje, że instalacja w Chrzanowie nie spełnia wymagań ustanowionych w warunku z lit. b pkt 9.2.4 SWZ, to potencjał podmiotowy nie zostanie przez przystępującego wykazany prawidłowo, a zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 p.z.p. obligujący zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia zdolności podmiotowej poprzez wskazanie innej instalacji, która spełnia wymagania określone w przedmiotowym warunku dotyczącym posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej.

Warto także zaznaczyć, że ewentualne wskazanie przez przystępującego innej spalarni nie może spowodować przyznania mu na tej podstawie punktów w kryterium oceny ofert pn. odległość spalarni wykonawcy (ppkt 3 pkt 21.1.

SWZ). W tym postępowaniu wskazanie spalarni/zakładu unieszkodliwiana odpadów przez wykonawcę ma dwojaki charakter – oceniane jest w warunku udziału w przetargu (co można uzupełnić) i w kryterium oceny ofert (czego się co do zasady nie uzupełnia/nie zmienia), więc spalarnia niespełniająca wymagań SWZ nie powinna otrzymać żadnych punktów w kryterium. Inną zaś rzeczą jest możliwość podania nowej instalacji w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ tutaj można to konwalidować i po wskazaniu nowej spalarni, spełniającej wymagania z lit. b pkt 9.2.4 SWZ, warunek może zostać uznany za spełniony, z tymże nowa instalacja nie dostanie żadnych punktów w ww. pozacenowym kryterium oceny ofert.

Krótko dodać wypada, że omawiane w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej i zawodowej w zakresie objętym zamówieniem nie zostały zaskarżone przez odwołującego, te zdolności podmiotowe nie było sporne. Spór dotyczy spełnienia wymagań z art. 20 ustawy o odpadach w zakresie instalacji przystępującego zlokalizowanej w Chrzanowie. Zamawiający podnosił również, że stanowisko odwołującego jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 p.z.p.), czy mogłoby dorowadzić do naruszenia zasady celowego i oszczędnego ponoszenia wydatków publicznych (art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych). Izba wskazuje, że ustawodawca celowo określił szczegółowe warunki dotyczące sposobu unieszkodliwiania odpadów medycznych i pomimo realizacji zamówienia w trybie p.z.p. nie można contra legem zlecić tego do realizacji w sposób sprzeczny z ustawą

o odpadach (por. też art. 172 ustawy o odpadach). Skład orzekający dostrzega, że dojdzie do ustanowionego przez ustawodawcę ograniczenia w sposobie realizacji zamówienia w stosunku do innych zamówień, które nie dotyczą tak specyficznego przedmiotu umowy, niemniej nie wprowadzono tu przykładowo trybu z wolnej ręki, a obowiązek realizacji umowy w zgodzie z koniecznością zachowania szczególnego sposobu unieszkodliwia odpadów tego typu.

W zakresie orzeczeń Izby wskazanych przez strony, nie można pominąć, że zapadły one na tle konkretnych stanów faktycznych, odmiennych od rozpoznawanego sporu, w szczególności w tym postępowaniu badanie spełnienia zasady bliskości zostało określone w warunku udziału w przetargu i zamawiający nie może tego dowolnie przesunąć na etap realizacji zamówienia. Spełnienie każdego warunku weryfikuje się w toku badania i oceny ofert, i niejednokrotnie dotyczy to potencjału związanego z realizacją umowy (np. weryfikacja personelu, który będzie ją realizował, który podaje się w warunku dotyczącym dysponowania odpowiednią kadrą). Nie ma więc żadnych podstawy, aby odstąpić od zbadania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej instalacji utylizacji odpadów.

Konkludując, Izba uwzględniła rozpoznawane odwołanie, ponieważ potwierdziło się, że na obecnym etapie zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej instalacji do utylizacji odpadów, kiedy istnieją uzasadnione wątpliwości, które należało wyjaśnić i ewentualnie zastosować wezwanie w trybie naprawczym z art. 128 ust. 1 p.z.p., co zawsze poprzedza zarzucone przez odwołującego zaniechanie zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. i odrzucenie oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że w poczet materiału procesowego zostały włączone złożone przez odwołującego wraz z odwołaniem dokumentacje z innych postępowań. Dokumenty te okazały się jednak nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, ponieważ nie są nawet luźno związane z rozpoznawanym sporem, który dotyczy spełnienia przez przystępującego określonego przez tego zamawiającego warunku udziału w przetargu, na kanwie konkretnego SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego zgodnie ze złożoną przez stronę fakturą VAT.

Przewodniczący: