Sygn. akt: KIO 816/23

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie ul. Jaktorowska 15a 96-300 Żyrardów oraz Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy ul. dr I Romanowskiej 2 85-796 Bydgoszcz

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi ul. Kniaziewicza 1/5 91-347 Łódź

przy udziale: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie: ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie ul. Przemysłowa 7 97 - 400 Bełchatów oraz ECO CLEAN ENERGY Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie ul. Przemysłowa 7, 97 - 400 Bełchatów zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 816/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EMKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie ul. Jaktorowska 15a 96-300 Żyrardów oraz Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy ul. dr I Romanowskiej 2 85-796 Bydgoszcz i:

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

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

Zamawiający - Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Usługa odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych Uczestników Grupy Zakupowej – numer sprawy: ZP1/ZG/23”, dalej jako “Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 028-082110. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

W dniu 24 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie (Lider Konsorcjum) oraz Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy zwanych dalej „Odwołującym” od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo braku ziszczenia się przesłanek do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia opisanymi w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty z dnia 14 marca 2023 r. na mocy, której jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum firm w składzie ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7 oraz ECO Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7 (dalej „Konsorcjum ECO – ABC”),

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,

3) dokonania ponownej oceny ofert,

4) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która jest ważna (w tym spełnia wymagania ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach, tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm., dalej jako „ustawa o odpadach") oraz zgodna z SWZ. Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ECO - ABC.

Na skutek niniejszego, Odwołujący poniósł szkodę, ponieważ Zamawiający nie wybrał złożonej przez niego oferty, a tym samym Odwołujący utracił spodziewane korzyści jakie osiągnie z realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W związku z powyższym, należy uznać, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w bezpośredniej szansie pozyskania niniejszego zamówienia oraz osiągnięcia korzyści ekonomicznych w przypadku jego uwzględnienia. W konsekwencji, dwie wymagane treścią art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki materialno-prawne zostały kumulatywnie spełnione, tj.

1) Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia (jego oferta jest ważna, zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, warunkami zamówienia opisanymi w SWZ, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu, ponadto Odwołujący nie może się godzić na rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o odpadach przez Zamawiającego) oraz

2) poniósł szkodę w wyniku odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC zamiast oferty Odwołującego, przez co nie osiągnął spodziewanego zysku.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych od 12 uczestników Grupy Zakupowej. W załączniku nr 6 i 7 do SWZ Zamawiający doprecyzował rodzaje i ilości odpadów medycznych podlegających odbiorowi i unieszkodliwieniu, jak również miejsca odbioru tychże odpadów. Jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 7 do SWZ (pismo Zamawiającego z dnia 28 lutego 2023 r.) Zamawiający oczekuje odebrania odpadów z ok. 70 placówek zlokalizowanych na terenie całego województwa łódzkiego (m.in. Łódź, Zgierz, Piotrków Trybunalski, Sieradz, Kutno, Łowicz, Bełchatów, Skierniewice, Warta, Łask, Pabianice, Krośniewice).

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Zamawiający odrzucił dwie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na fakt, że ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta Odwołującego została odrzucona ponieważ – zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego – pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SWZ w związku z tym, że Odwołujący zaoferował unieszkodliwianie odpadów odebranych od Zamawiającego na terenie województwa kujawsko-pomorskiego.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, uważa je za nieuprawnione.

Zamawiając może odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp tylko i wyłącznie w sytuacji, w której w treści SWZ określi jednoznaczne, niebudzące wątpliwości warunki zamówienia, z którymi oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp - 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. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający nie określił żadnych warunków zamówienia odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, które stanowiłyby, że odpady medyczne odebrane od Zamawiającego mają zostać poddane unieszkodliwieniu tylko i wyłącznie na terenie województwa łódzkiego (abstrahując już od tego czy takie postanowienie byłoby zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami). Żaden warunek zamówienia opisany w treści SWZ nie przewiduje odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ z uwagi na zaoferowanie unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych na terenie innego województwa niż województwo łódzkie. Wobec tego nie można w przedmiotowym stanie faktycznym mówić o niezgodności oferty złożonej przez Odwołującego z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia mające świadczyć o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia zostały wykreowane przez Zamawiającego na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego (jak również oferty złożonej przez drugiego wykonawcę). Co więcej, warunki zamówienia w postępowaniu i podstawy odrzucenia oferty muszą być jasno i precyzyjnie określone w dokumentacji postępowania od samego początku, od momentu ogłoszenia postępowania. Muszą być one bezwzględnie obowiązujące, klarowne dla każdego potencjalnego wykonawcy. Tak aby wykonawca po zapoznaniu się z treścią SWZ mógł zdecydować, czy spełnia warunki zamówienia czy też nie i czy w takiej sytuacji bierze czy też nie bierze udziału w postępowaniu. Warunki zamówienia i w konsekwencji podstawy odrzucenia oferty nie mogą mieć charakteru względnego i kształtować się w toku prowadzonego postępowania, a wręcz de facto po terminie składania ofert, jak w niniejszym

stanie faktycznym. W zaistniałych w niniejszym Postępowaniu okolicznościach, o tym czy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu zdecydowała konkurencja czyli inni wykonawcy, który złożyli oferty w niniejszym Postępowaniu. Przyjmując

podejście prezentowane przez Zamawiającego, Odwołujący o tym, że „nie spełnia warunków zamówienia" mógł się dowiedzieć w momencie otwarcia ofert, gdy poznał konkurencję. Do momentu składania ofert mógł w sposób uprawniony przyjąć, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Hipotetycznie, gdyby Odwołujący jako jedyny złożył ofertę w Postępowaniu, nie zostałaby

ona odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, bo Zamawiający nie miałby z kim oferty Odwołującego porównać. Tym samym taki niepewny, względny, zmienny stan rzecz jest niedopuszczalny i wypaczający uczciwą i równą konkurencję. O zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może decydować grono wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. O zgodności lub niezgodności oferty z treścią warunków zamówienia mogą decydować wyłącznie postanowienia SWZ opisane przez Zamawiającego – postanowienia jednoznaczne, równe i konsekwentnie stosowane wobec wszystkich wykonawców i złożonych przez nich ofert.

Dokonując analizy czynności podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, Odwołujący odnosi wrażenie, że Zamawiający po otrzymaniu ofert w Postępowaniu, zaczął „szukać" w treści SWZ postanowień zawierających rzekome warunki zamówienia mające świadczyć o niezgodności oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SWZ. Doskonale to widać w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 marca 2023 r. zawierającej podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego przywołał następujące rzekome warunki zamówienia wyrażone w pkt III.5, III.12, V.2.5b oraz pkt XV SWZ. W ocenie Odwołującego żaden z tych punktów SWZ nie jest warunkiem zamówienia, uprawniającym Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Pkt III.5 SWZ

Unieszkodliwianie odpadów będzie się odbywać poprzez ich spalanie w przystosowanej do tego spalarni zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022r., poz. 699). Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia unieszkodliwiania odpadów zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 26. 11. 2021r. w sprawie unieszkodliwiania oraz magazynowania odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych (Dz. U. 2021 poz. 2245).

W punkcie tym Zamawiający przywołał powszechnie obowiązujące akty prawne. W postanowieniu tym nie zostało wskazane, że Zamawiający odrzuci ofertę złożoną przez wykonawcę, który zaoferuje unieszkodliwianie odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego na terenie innego województwa niż województwo ich wytworzenia.

Pkt III.12 SWZ

Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych rozumianych jako pakiet nr 1, pakiet nr 2 i pakiet nr 3 w załączniku nr 6 do SWZ. Złożenie oferty w danym pakiecie jest równoznaczne z obowiązkiem zapewnienia wykonania usługi w sposób zgodny z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022r., poz. 699), oraz niniejszą SWZ dla każdego z Zamawiających w nim wskazanych.

Zamawiający wskazał, że można składać oferty częściowe, jak też przywołał powszechnie obowiązujący akt prawny.

Pkt V.2.5b SWZ

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli: dysponuje lub będzie dysponował instalacją do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w szczególności określoną w Rozdziale 3 tej ustawy zasadą bliskości.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, przywołuje warunek udziału w Postępowaniu. Warto przy tym zauważyć, że Zamawiający miesza instytucje – warunki przedmiotowe i warunki podmiotowe – próbując wykreować, po upływie terminu składania ofert, podstawę (warunek zamówienia) do odrzucenia oferty Odwołującego.

Pkt XV SWZ

Zamawiający dokona oceny ofert uwzględniając obowiązujące przepisy prawa, w tym art. 20 ustawy o odpadach. Poszczególnym ofertom zostanie przyznana ocena punktowa przy uwzględnieniu następujących kryteriów, w następujący sposób: Cena (koszt) - 60%;

Czas reakcji w przypadku zlecenia wykonania usługi interwencyjnej – 40%;

Razem – 100%.

Oferty będą oceniane metodą punktową w skali 100-punktowej przez komisję przetargową.

Przedmiotowy punkt SWZ stanowi, że Zamawiający dokona oceny ofert zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz w oparciu o dwa kryteria oceny ofert. Należy odnotować, że nie może być uznane za prawidłowo sformułowany warunek zamówienia przywołanie przepisów prawa, które – niezależnie od woli Zamawiającego wyrażonej w SWZ – i tak obowiązują. Przyjmując podejście prezentowane przez Zamawiającego, szeregiem „warunków zamówienia", uprawniających go do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców, są przepisy Kodeksu Cywilnego czy Kodeksu Karnego.

Jednocześnie takie podejście zaprzeczałoby woli racjonalnego ustawodawcy, który w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przewidział odrębną, dedykowaną sankcję odrzucenia oferty, celowo zawężając jej stosowanie do kwalifikowanych przypadków, tj. takich, w których występuje nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów. Reasumując, nie można uznawać

za prawidłowo postawiony warunek zamówienia przywołania w treści SWZ przepisów prawa powszechnie obowiązujących, gdyż takie podejście prowadziłoby do nadużywania przez Zamawiającego stosowania mającego charakter sankcyjny art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Właśnie z takim nadużyciem mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wynika z treści przywołanych powyżej postanowień, wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, ani jedno z przytoczonych postanowień SWZ nie przewiduje skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował unieszkodliwienie odpadów na terenie województwa kujawsko – pomorskiego czy na terenie innych województw. Wykonawca ma wyłącznie wykonać usługę odbioru i unieszkodliwiania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym m.in. ustawą o odpadach, co Odwołujący zapewnia. Tym samym nie ma w treści SWZ warunku zamówienia uprawniającego Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący chce konkurować w postępowaniu prowadzonym z poszanowaniem zasad uczciwej
konkurencji

i równego traktowania wykonawców, na zasadach znanych wszystkim wykonawcom. Działanie Zamawiającego, polegające na kreowaniu rzekomych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, Odwołującemu cel ten uniemożliwia.

W tym miejscu Odwołujący pragnie wskazać, że ani ustawa Pzp ani ustawa o odpadach nie przewiduje skutku odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, który zaoferował unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych poza województwem ich wytworzenia. Dodatkowo, Odwołujący podnosi, że Zamawiający bardzo chaotycznie skonstruował SWZ, m.in. myląc warunki zamówienia (strona przedmiotowa Postępowania) z warunkami udziału

w Postępowaniu (strona podmiotowa). W treści uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający – kreując podstawę (warunek zamówienia) do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego – wskazał pkt V.2.5b SWZ. W punkcie tym Zamawiający opisał podmiotowe warunki udziału w Postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej. Co ciekawe, Zamawiający nie zażądał żadnego podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełniania powyższego warunku podmiotowego (pkt VII ust. 2 SWZ). Jednocześnie Zamawiający w pkt VII ppkt 1.4. SWZ wskazał, że wraz z ofertą wykonawcy mają złożyć przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia wykonawcy dotyczącego instalacji unieszkodliwiania odpadów – wg załącznika nr 4 do SWZ – niemniej ani z treści SWZ, ani z treści załącznika nr 4 do SWZ, nie wynika na potwierdzenie spełniania którego z warunków zamówienia taki przedmiotowy środek dowodowy jest składany (o czym będzie mowa również w dalszej części odwołania). Niniejsze potwierdza, że Zamawiający bardzo chaotycznie skonstruował SWZ, myląc szereg stosowanych w trakcie postępowania rozwiązań z ustawy Pzp. Jednocześnie konsekwencjami takiego chaosu w SWZ Zamawiający obarcza Odwołującego, odrzucając w sposób nieuprawniony jego ofertę.

Potwierdzeniem chaosu decyzyjnego Zamawiający jest również niekonsekwentne podejmowane przez Zamawiającego czynności w Postępowaniu. Zamawiający zdaje się nie wiedzieć co ma robić, jakie czynności powinien podjąć, czy wybrać ofertę Odwołującego czy też odrzucić ją. Zamawiający najpierw wezwał Odwołującego do wyjaśnień ceny wyznaczając mu termin na dzień 10 marca 2023 r., a cztery dni później, po otrzymaniu obszernych wyjaśnień wraz dowodami, odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego jako niezgodną z SWZ z uwagi na zaoferowane miejsce unieszkodliwiania odpadów (znane Zamawiającemu od momentu otwarcia ofert). Czynność wezwania do wyjaśnień ceny świadczy o tym, że Zamawiający planował wybrać jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego. Gdyby Zamawiający od początku był przekonany, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu, nie powinien wzywać Odwołującego do wyjaśnień ceny

w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Sposób rozumienia zasady bliskości przez Zamawiającego

Na podstawie czynności podejmowanych w Postępowaniu przez Zamawiającego można wywieść wniosek, że Zamawiający rozumie zasadę bliskości w różny sposób w zależności od okoliczności – raz jako zlokalizowanie instalacji na terenie województwa łódzkiego, a w drugim przypadku jako instalację położoną po prostu bliżej od miejsca wytworzenia odpadów.

Po pierwsze Zamawiający zdaje się rozumieć zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ustawy o odpadach jako zaoferowanie instalacji do unieszkodliwiania odpadów zlokalizowanej na terenie województwa łódzkiego. Taki wniosek należy wywieść z pisma Zamawiającego z dnia 14 marca 2023 r. zawierającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego i Konsorcjum Remondis, gdzie Zamawiający wskazał, że „(…) treść ofert wykonawców, którzy zaoferowali unieszkodliwianie odpadów w województwach kujawsko – pomorskim, oraz małopolskim i podkarpackim pozostaje w sprzeczności z ww. postanowieniami SWZ, a realizacja zamówienia w którejkolwiek z zaoferowanych w nich instalacji odbywałaby się z naruszeniem przepisów ustawy o odpadach".

Wyżej przywołane stanowisko Zamawiającego nie znajduje zaś żadnej podstawy prawnej czy to w treści SWZ czy też ustawy o odpadach. We wskazanych dokumentach nie ma mowy o tym, że zaoferowanie unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa kujawsko-pomorskiego jest niezgodne z SWZ (z którym konkretnie postanowieniem, gdyż nie z żadnym z przywołanych przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 14 marca 2023 r.), podobnego skutku odrzucenia

oferty (jak również jej nieważności) nie przewiduje ustawa o odpadach.

Po drugie, Odwołujący w tym miejscu pragnie przywołać pytanie i odpowiedź Zamawiającego do treści SWZ odnoszące się do sposobu liczenia odległości w ramach zasady bliskości. W związku z tym, że świadczenie usługi odbioru i unieszkodliwiania odpadów w ramach przedmiotowego Postępowania ma charakter niestandardowy, dotyczy ponad 70 placówek zlokalizowanych na terenie całego województwa łódzkiego, jak widać wykonawcy mieli wątpliwości w jaki sposób należy rozumieć zasadę bliskości. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie nr 5

W jaki sposób Zamawiający będzie liczył odległość dot. tzw. „Zasady bliskości" wynikającej z art. 20 Ustawy o odpadach jeżeli placówki wchodzące w skład Grupy Zakupowej są położone na terenie całego woj. łódzkiego?

Wyjaśnienie: Zgodnie z pkt 111.12 SWZ zdanie drugie „Złożenie oferty w danym pakiecie jest równoznaczne z obowiązkiem zapewnienia wykonania usługi w sposób zgodny z ustawg z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022r., poz. 699) oraz niniejszą SWZ dla każdego z Zamawiających w nim wskazanych".

instalacjo przedstawiona w ofercie Wykonawcy w wybranym pakiecie zostanie uznana za bliżej położoną w stosunku do innych zaoferowanych instalacji wtedy, kiedy każde z miejsc wytwarzania odpadów objętych tym pakietem okaże się położone bliżej do tej instalacji niż do innych zaoferowanych instalacji.

Tym samym Zamawiający wskazał, że będzie porównywał oferty złożone przez wykonawców w zakresie tego, który po prostu zaoferował instalację położoną bliżej!

Co więcej, Zamawiający wymagał, aby instalacja zaoferowana przez wykonawcę była zlokalizowana bliżej w stosunku do każdego z miejsc wytwarzania odpadów objętych danym pakietem, co jest przy tej specyfice przedmiotu zamówienia niemożliwe.

Powyższe rozwiązanie, będące quasi-kryterium jakościowym oceny ofert, jest kolejnym rozwiązaniem nieznanym ustawie Pzp. „Quasi", ponieważ zastosowanie go doprowadziło Zamawiającego nie do przyznania innym ofertom mniejszej liczby punktów, ale do sytuacji, w której oferty wszystkich wykonawców, poza tą wybraną jako najkorzystniejsza, podlegają odrzuceniu. Jeśli wolą Zamawiającego było sformułowanie jakościowego kryterium oceny ofert powinien prawidłowo je opisać w treści SWZ. Zamawiający stosuje więc relatywizm a nie obiektywizm. Relatywizm polega na tym, że o tym czy oferta podlega odrzuceniu czy nie, decydują nie jednoznaczne postanowienia SWZ, ale treść innych ofert złożonych w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że ze względu na istnienie ponad 70 lokalizacji odbioru odpadów, zlokalizowanych na terenie całego województwa łódzkiego, nie jest możliwe takie „blokowe" rozumienie zasady bliskości, jak to zaprezentował Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 do SWZ. Odwołujący wskazuje przykładowo, że w stosunku do jednego

z miejsc wytwarzania odpadów w ramach niniejszego Postępowania, tj. Krośniewic zaoferował instalację zlokalizowaną bliżej niż Konsorcjum ECO – ABC.

Otóż odległość od Krośniewic do Bydgoszczy (instalacja Odwołującego) to 141 km. Natomiast odległość od Krośniewic do Bełchatowa (instalacja Konsorcjum ECO – ABC) to 142 km.

Tym samym interpretując w sposób radykalny - jak próbuje to uczynić Zamawiający - zasadę bliskości, oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC powinna podlegać odrzuceniu, gdyż nie zaoferował ten wykonawca w stosunku do ww. lokalizacji instalacji położonej najbliżej. Niezależnie od powyższego, warto odnotować fakt, że bliżej miejsca wytwarzania odpadów niż instalacja do przetwarzania odpadów Konsorcjum ECO – ABC w Bełchatowie znajduje się chociażby instalacja w Koninie (dotyczy to np. takich punktów odbioru odpadów jak: Łęczyca, Krośniewice, Kutno czy Żychlin) lub w Płocku (dotyczy to np. punktu odbioru odpadów w Kutnie).

Mając na uwadze fakt, że odbiór odpadów odbywać się będzie w ponad 70 lokalizacjach, zlokalizowanych na terenie całego województwa łódzkiego, nie sposób obronić takiego sposobu rozumienia zasady bliskości, jak to prezentuje Zamawiający w swoich wyjaśnieniach treści SWZ.

Z powyższej odpowiedzi na pytanie nr 5 do SWZ wynika, że Zamawiający odległość miejsca wytworzenia odpadów od instalacji rozumiał de facto jak kryterium oceny ofert, którego jednak nie zawarł w treści SWZ. Zamawiający sam wskazał, że będzie porównywał oferty w

zakresie bliskości miejsca wytwarzania odpadów od miejsca ich unieszkodliwiania. Porównanie ofert może mieć miejsce wyłącznie w przypadku kryterium oceny ofert, co jest wówczas działaniem uprawnionym. Wykonawcy otrzymują stosowną liczbę punktów. Natomiast nieuprawnionym i bezpodstawnym są działania jakie podjął Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu, tj. bez żadnej podstawy wynikającej z treści SWZ, porównał oferty złożone w Postępowaniu i odrzucił (!) oferty wykonawców, którzy zaoferowali instalacje zlokalizowane dalej niż jeden z wykonawców. Takie działanie Zamawiającego urąga podstawowym standardom prowadzenia Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wypacza cel prowadzenia w trybie przetargu nieograniczonego (w praktyce prowadzi do udzielenia zamówienia z wolnej ręki).

Odwołujący podkreśla, że w odpowiedzi na pytanie nr 5 ani w żadnym innym warunku zamówienia opisanym w treści SWZ Zamawiający nie wskazał, że odrzuci oferty złożone przez Wykonawców, którzy zaoferowali unieszkodliwienie

zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych dalej niż jeden z wykonawców czy też na terenie innego województwa niż województwo łódzkie.

Treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 14 marca 2023 r. jest swobodną twórczością Zamawiającego stworzoną na potrzebę chwili, bez żadnego oparcia w treści SWZ.

Odwołujący – z daleko idącej ostrożności, gdyż postanowienie to nie zostało przywołane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego - zauważa, że wykonawcy byli stosownie do pkt VII 1.4. SWZ zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą oświadczenie wykonawcy dotyczące instalacji unieszkodliwiania odpadów – wg załącznika nr 4 do SWZ. Zamawiający dokument ten nazwał przedmiotowym środkiem dowodowym. Stosownie do brzmienia art. 105 ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Art. 106 ust. 1 Pzp stanowi zaś, że Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych

na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zamawiający w treści SWZ po pierwsze nie opisał jakie wymagania, cechy, kryteria, miało potwierdzać oświadczenie wg załącznika nr 4 do SWZ. Być może Zamawiający planował z bliskości instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych uczynić kryterium oceny ofert. Wówczas mógłby porównywać oferty między sobą (a nie odrzucać) i na potwierdzenie kryterium oceny ofert żądać przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Po drugie – patrząc na treść oświadczenia wg załącznika nr 4 do SWZ – należy stwierdzić, że dotyczyło ono wyłącznie wskazania miejsca unieszkodliwiania odpadów (adres), podstawy dysponowania zakładem utylizacji oraz oświadczenia o posiadaniu wolnych mocy przerobowych umożliwiających zrealizowanie zamówienia. Zamawiający nie żądał wykazania „bliskości" – odległości instalacji unieszkodliwiającej odpady od miejsca ich wytworzenia (Odwołujący przypomina, że jest ich ponad 70). W związku z tym, załącznik nr 4 do SWZ

nie może być traktowany jako ustawowy przedmiotowy środek dowodowy, gdyż nie ma jego ww. cech. Dokument ten ma więc charakter wyłącznie informacyjny.

Dodatkowo, jeżeli Zamawiający przez zasadę bliskości rozumiał unieszkodliwienie odpadów na terenie województwa wytworzenia odpadów, czyli na terenie województwa łódzkiego, gdzie jest zlokalizowana jedna instalacja do unieszkodliwiania odpadów (należąca do Konsorcjum ECO – ABC), co jest faktem powszechnie znanym w branży, pojawia się pytanie o zasadność prowadzenia postępowania otwartego. Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego musi zakładać otrzymanie co najmniej dwóch ważnych ofert, złożonych przez niezależnych od siebie wykonawców. Natomiast sytuacja, w której możliwość złożenia ważnej oferty przez Odwołującego uzależniona jest od tego, czy jego rywal w tym samym postępowaniu udostępni mu instalację do przetwarzania odpadów (jedyną zlokalizowaną na terenie województwa łódzkiego), wypacza sens prowadzenia przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji Zamawiający pod pozorem przetargu nieograniczonego udzielałby zamówienia z wolnej ręki ze względu na przyczyny techniczne. Sposób rozumienia zasady bliskości przez Odwołującego

Konsorcjum EMKA jest profesjonalistą świadczącym od lat usługi odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych zdolnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum EMKA od lat bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na terenie całego kraju i ma zdolności niezbędne do należytego wykonania usługi będącej przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego Postępowania. Zamawiający spełnia warunki udziału w Postępowaniu, jak też złożył ofertę zgodną

z warunkami zamówienia.

Samej zasada bliskości wynikająca z art. 20 ustawy o odpadach, zdaniem Odwołującego powinna być rozumiana w sposób rozsądny, przez pryzmat woli racjonalnego ustawodawcy,

który ją wprowadził. W art. 20 ustawy o odpadach ustawodawca wskazał, że zakaźne odpady medyczne należy unieszkodliwić w instalacji zlokalizowanej najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów. Sam ustawodawca nie zdefiniował, jak należy rozumieć instalację najbliżej położoną – czy jest to instalacja położona najbliżej z uwagi na dostępne drogi, kategorię dróg, czas dojazdu, a może odległość bezwzględną od punktu A do punktu B.

Nie sposób pominąć, że intencją ustawodawcy jest zapewnienie bezpieczeństwa dla życia i zdrowia ludzi, zwierząt, bezpieczeństwa dla środowiska naturalnego, aby nie doszło do jego skażenia przez przewożone odpady medyczne.

Dokonując wykładni norm prawnych zawartych w ustawie, nie powinniśmy zapominać o aktach wykonawczych do ustawy. W aktach wykonawczych do ustawy o odpadach ustawodawca ustanowił szczegółowe zasady postępowania z odpadami medycznymi. Ustawodawca wprowadził też maksima czasowe, w których odpady medyczne muszą zostać unieszkodliwione. Innymi słowy, ustawodawca dla odpadów medycznych wprowadził maksymalny czas na racjonalne podjęcie działań mających doprowadzić do unieszkodliwienia tych odpadów.

Stosownie do brzmienia § 11 ust. 3 rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla magazynowania odpadów (Dz. U. 2020 poz. 1742): Magazynowanie zakaźnych odpadów

medycznych lub zakaźnych odpadów weterynaryjnych odbywa się w temperaturze do 18°C nie dłużej niż 24 godziny lub w temperaturze do 10°C nie dłużej niż 72 godziny. Magazynowanie zakaźnych odpadów medycznych o kodzie 18 01 02*, o którym mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, odbywa się w temperaturze do 10°C, a czas ich przechowywania nie może przekroczyć 72 godzin.

Zdaniem Odwołującego samej zasady bliskości wynikającej z ustawy o odpadach nie można interpretować i stosować w oderwaniu od treści wydanych na jej podstawie i stanowiących jej praktyczną realizację aktów wykonawczych. Tym samym zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach zostanie zachowana, jeżeli w czasie opisanym w treści rozporządzenia (co do zasady w czasie maksymalnie 72 godzin, gdyż zarówno w pojazdach transportujących odpady, jak i na magazynach, temperatura nie przekracza 10°C) dojdzie do unieszkodliwienia odpadów medycznych. Taki czas gwarantuje zapewnienie bezpiecznego unieszkodliwiania odpadów medycznych, co Odwołujący również w przypadku odpadów medycznych Zamawiającego zapewni.

Dalej, Odwołujący podnosi, że na terenie województwa łódzkiego jest jedna instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych należąca do konkurenta Odwołującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu. Konsorcjum EMKA nawet gdyby chciało unieszkodliwić odpady na terenie województwa łódzkiego nie ma

takiej obiektywnej możliwości. Można zatem przyjąć, uwzględniając okoliczności przedmiotowego postępowania, że na terenie województwa łódzkiego nie ma dla Odwołującego wolnych mocy przerobowych. Brak zaś wolnych mocy przerobowych otwiera możliwość skorzystania z wyjątku od zasady bliskości i unieszkodliwienie odpadów w instalacji położonej poza województwem wytworzenia odpadów.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że odpady wytworzone na terenie województwa łódzkiego mogą być przewożone celem unieszkodliwienia na teren innego województwa – zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości wyrażonym w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach – gdyż, województwo łódzkie wytwarza więcej odpadów medycznych niż jest w stanie przetworzyć instalacja należąca do Konsorcjum ECO – ABC zlokalizowana w Bełchatowie. Jak wynika z odpowiedzi Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z dnia 2 marca 2023 r. instalacja należąca do ECO Clean Energy S.A. ma moc przerobową na poziomie 5100 Mg/rok. Natomiast z danych uzyskanych z Ministerstwa Klimatu i Środowiska wynika, że województwo łódzkie wytworzyło odpadów z grupy 18 (odpady medyczne i weterynaryjne) na poziomie:

→ 2020 r.: 16 162,1192 Mg.

→ 2021 r.: 21 809,2007 Mg.

Powyższe świadczy o tym, że na terenie województwa łódzkiego brak jest wystarczających wolnych mocy przerobowych do unieszkodliwienia wszystkich odpadów wytworzonych przez to województwo, a zatem zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości, odpady mogą zostać unieszkodliwione na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia.

Na przeszkodzie unieszkodliwienia odpadów medycznych na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia nie stoją również postanowienia dyrektywy 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz. Urz. UE 22.11.2008 L 312/3, dalej „dyrektywa 2008/98/WE"). Dyrektywa 2008/98/WE została transponowana do polskiego porządku prawnego m.in. w ustawie o odpadach. Postanowienia ustawy o odpadach nie mogą być sprzeczne, mniej korzystne dla uczestników rynku niż postanowienia ww. dyrektywy.

Zgodnie z art. 16 dyrektywy 2008/98/WE Zasada samowystarczalności i bliskości

1. Państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną i wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzgledniającą

przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik.

W drodze odstępstwa od rozporządzenia (WE) nr 1013/2006, aby chronić swoją sieć, państwa członkowskie mogą ograniczyć wchodzące transporty odpadów przeznaczonych do obiektów przekształcania termicznego, które zaklasyfikowano jako instalacje do odzysku, w przypadkach, gdy ustalono, że transporty takie doprowadziłyby w konsekwencji do tego, że krajowe odpady musiałyby być unieszkodliwiane lub musiałyby być przetwarzane w sposób niezgodny z planami gospodarki odpadami tych państw. Państwa członkowskie zawiadamiają Komisję o podjęciu takiej decyzji. Państwa członkowskie mogą również ograniczyć wychodzące transporty odpadów z przyczyn dotyczących środowiska określonych

w rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006.

2. Sieć powinna być zaprojektowana w sposób umożliwiający Wspólnocie jako całości stanie się samowystarczalną w zakresie unieszkodliwiania odpadów, jak również odzysku odpadów, o których mowa w ust. 1, a państwom członkowskim umożliwić stopniowe osiąganie tego celu indywidualnie, przy uwzględnieniu

warunków geograficznych lub zapotrzebowania

na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów.

3. Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwiane odpadów lub odzysk odpadów, o których mowa w ust. 1, w jednej z najbliżej położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego.

4. Zasady bliskości i samowystarczalności nie oznaczają, że każde państwo członkowskie musi posiadać na swoim terytorium pełen zakres obiektów do ostatecznego odzysku.

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niezależnie

od argumentacji przywołanej powyżej, Odwołujący w tym miejscu pragnie zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem KIO art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie jest podstawą do odrzucenia oferty, w której wykonawca wskazał instalację do unieszkodliwiania odpadów na terenie innego województwa niż to na terenie, którego siedzibę ma Zamawiający. Zasada bliskości wynikająca z art. 20 ustawy o odpadach nie jest treścią SWZ (warunkiem zamówienia). Treść SWZ to są merytoryczne postanowienia SWZ dotyczące danego postępowania, ukształtowane przez Zamawiającego w związku z konkretnym przedmiotem zamówienia. Autorem merytorycznej treści SWZ jest Zamawiający. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w treści SWZ jedynie powiela, przywołuje postanowienia ustawy o odpadach (a to nie jest merytoryczna treść SWZ). Ustawa o

odpadach nie przewiduje skutku w postaci odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który oferuje instalację do unieszkodliwiania odpadów na terenie innego województwa niż to na terenie, którego siedzibę ma Zamawiający.

Na zakończenie Odwołujący zwraca uwagę na, nie mniej istotny niż zasady uczciwej konkurencji, aspekt finansowy, w szczególności w kontekście zasad wynikających z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.). Cena zaoferowana przez Odwołującego jest o:

→ 6 088 410,50 złotych korzystniejsza dla Zamawiającego w stosunku do kwoty

na sfinansowanie zamówienia (oszczędności na poziomie 23,63%);

→ 5 483 915 złotych korzystniejsza dla Zamawiającego w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC (oszczędności na poziomie 21,8%).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

W dniu 30 marca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ECO - ABC Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. (Konsorcjant) ul. Przemysłowa 7, 97 - 400 Bełchatów zwani dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 5 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności objęte odwołaniem uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: ECO - ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie (Lider Konsorcjum) oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. (Konsorcjant) z siedzibą w Bełchatowie w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzut podniesiony w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub przez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia opisanymi w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"), Izba uznała zarzut za niezasadny.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, sposobu i warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w warunkach zamówienia.

Analiza treści warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego oraz oferty Odwołującego nie potwierdziła zasadności zarzutu.

Należy częściowo zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie przewidywał odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ z uwagi na zaoferowanie unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie innego województwa niż województwo łódzkie. Jednakże, Zamawiający powołując się na ustawę o odpadach, w szczególności art. 20, dopuścił możliwość odstępstwa od zasady ogólnej dotyczącej obszaru unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa ich wytworzenia, pod warunkiem zaistnienia okoliczności uzasadniających dopuszczenie tych odstępstw.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie określił żadnych warunków zamówienia odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, które stanowiłyby że odpady medyczne odebrane od Zamawiającego mają zostać poddane i unieszkodliwione tylko i wyłącznie na terenie województwa łódzkiego - rozumianego jako obszar wytworzenia odpadów.

W treści SWZ w Rozdziale III – „Opis Przedmiotu Zamówienia", w pkt 5 Zamawiający ustanowił wymóg: Unieszkodliwianie odpadów będzie się odbywać poprzez ich spalanie w przystosowanej do tego spalarni zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022r., poz. 699).

W Rozdziale XV – „Kryteria Oceny Ofert i Sposób Oceny Ofert" Zamawiający określił, że dokona oceny ofert uwzględniając przepisy prawa, w tym art. 20 ustawy o odpadach.

Treść SWZ wskazuje że Zamawiający oczekiwał realizacji usługi z poszanowaniem art. 20 ustawy o odpadach (zasady bliskości), co zostało również wyrażone w ustanowionym przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej .

Na mocy art. 20 ust. 3 ww. ustawy wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych na terenie województwa ich wytwarzania, chyba że zgodnie z art. 20 ust. 5 i 6 ww. ustawy zaistnieją okoliczności uzasadniające zastosowanie odstępstw od ww. zasady. Zamawiający poprzez przywołanie przepisów

ww. ustawy, w szczególności art. 20 wprowadził do warunków zamówienia zasady wynikającą z tej ustawy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: Przepis art. 20 ust 1 i 2 ustawy o odpadach, formułujący zasadę bliskości, opartą o reguły hierarchii sposobów postępowania z odpadami, jest wystarczająco precyzyjny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Reguła ogólna nakazuje unieszkodliwiać

odpady

w miejscu ich powstania. W stosunku do odpadów medycznych ustalono wyjątek od zasady ogólnej, a mianowicie ustalono zasadę przetwarzania ich w obrębie obszaru województwa, w którym zostały wytworzone, to znaczy jeżeli jest możliwość utylizacji odpadów medycznych na terenie województwa, w którym zostały wytworzone, należy je utylizować w instalacji położonej na terenie tego województwa. Dopiero gdy na terenie tego województwa brak jest instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych miejsc przerobowych, można te odpady przemieszczać

do najbliżej położonej instalacji.

Podkreślenia wymaga, że na terenie województwa łódzkiego znajduje się instalacja do unieszkodliwiania zakaźnych

odpadów medycznych, dlatego zgodnie z regułą wyrażoną w art. 20 ust. 3 pkt 2) ustawy o odpadach, zakaźne odpady medyczne i weterynaryjne winny być unieszkodliwiane w instalacji znajdującej się na terenie województwa ich wytworzenia. W przedmiotowym postępowaniu będzie to województwo łódzkie.

Z pisma z dnia 7 marca 2023 roku otrzymanego od Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska, Zamawiający pozyskał informacje o mocach przerobowych określonych pozwoleniem zintegrowanym dla instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych zlokalizowanej w Bełchatowie (woj. łódzkie). Z treści pisma wynika, że moce przerobowe

ww. instalacji pozwalają na przetworzenie strumienia odpadów medycznych objętych przedmiotem zamówienia.

W postępowaniu została złożona oferta, w treści której wykonawca zaoferował unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa łódzkiego, składając wymagane przez Zamawiającego oświadczenie, zgodnie z którym wskazana w ofercie instalacja posiada wolne moce przerobowe. Odwołujący zaoferował unieszkodliwienie odpadów będących przedmiotem zamówienia na terenie innego województwa, niż województwo łódzkie (miejsce ich wytworzenia) nie wykazując, że zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie odstępstwa od zasady określonej w art. 20 ustawy o odpadach (zasady bliskości).

Wobec powyższego, w ocenie Izby uprawniony był wniosek Zamawiającego, dotyczący tego, że na terenie województwa łódzkiego znajduje się instalacja do unieszkodliwiania odpadów posiadająca wolne moce przerobowe, a zatem nie zaistniały przesłanki stanowiące wyjątek od wyrażonego w art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach zakazu przewozu odpadów medycznych poza województwo ich wytwarzania. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp było zasadne, bowiem treść oferty Odwołującego oferującego unieszkodliwienia odpadów na terenie województwa kujawsko-pomorskiego pozostawała

w sprzeczności z postanowieniami SWZ, a realizacja zamówienia w zaoferowanej instalacji odbywałaby się z naruszeniem przepisów ostawy o odpadach.

Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób niezasadny interpretuje uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty, bowiem oferta ta nie została odrzucona z uwagi na brak zaoferowania unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa łódzkiego, lecz dlatego, że nie zaistniały okoliczności uzasadniające możliwość odstępstwa od zasady ogólnej, pozwalającej na unieszkodliwienie odpadów poza obszarem województwa, w którym zostały one wytworzone.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W świetle powyższego Odwołujący oferując unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwem, na którym zostały one wytworzone, winien udowodnić, że zaistniały okoliczności uzasadniające odstępstwo od zasady ogólnej polegającej na zakazie unieszkodliwiania tych odpadów poza obszarem województwa ich wytworzenia.

Odwołujący nie przedłożył w tym zakresie żadnych dowodów, natomiast konstrukcję zarzutu opiera na stwierdzeniu, że skoro jedyna instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych znajdująca się na terenie województwa łódzkiego została wskazana w ofercie wykonawcy konkurencyjnego i została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu, to można zatem przyjąć, uwzględniając okoliczności przedmiotowego postępowania, że na terenie województwa łódzkiego nie ma dla Odwołującego wolnych mocy przerobowych.

Zdaniem Izby, tak przedstawiona argumentacja nie jest wystarczająca dla wypełnienia ciążącego na Odwołującym obowiązku dowodowym, wynikającego z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołuje się wyłącznie na własne, niczym nie poparte przypuszczenia, co do tego, że ww. instalacja nie ma dla Odwołującego wolnych mocy przerobowych. Ta okoliczność jako istotna dla realizacji przedmiotowego zamówienia, uzasadniająca możliwość skorzystania z wyjątku od zasady ogólnej wynikającej z ustawy o odpadach, winna zostać wykazana przez Odwołującego dowodem, a nie jedynie sygnalizowana jako przypuszczenie.

Co istotne dla sprawy, Przystępujący podczas rozprawy podniósł, że Odwołujący nigdy nawet nie kierował zapytania do dzierżawcy instalacji (konsorcjanta Przystępującego ECO Clean Energy S.A.z siedzibą w Bełchatowie), czy miałby hipotetyczną możliwość utylizacji odpadów w instalacji w Bełchatowie.

Powyższe, w Ocenie Izby nie stanowi podstawy potwierdzającej brak dla Odwołującego wolnych mocy przerobowych w instalacji w Bełchatowie.

Odwołujący nie wykazał również, że instalacja w Bełchatowie nie posiada wolnych mocy przerobowych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że na terenie województwa łódzkiego brak jest wystarczających mocy

przerobowych do unieszkodliwienia wszystkich odpadów wytworzonych przez to województwo, bowiem instalacja w Bełchatowie ma moc przerobową na poziomie 5 100 Mg/rok (odpowiedź z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z dnia 2 marca 2023 r) a z danych uzyskanych z Ministerstwa Klimatu i Środowiska wynika, że województwo łódzkie wytworzyło odpady z grupy 18 (odpady medyczne i weterynaryjne) na poziomie: w 2020 r – 16 162,1192 MG, a w 2021 r. – 21 809,2007 Mg. Powyższe według Odwołującego uzasadnia możliwość unieszkodliwienia odpadów na terenie innego województwa niż województwo ich wytwarzania.

Odwołujący pomija jednak istotną okoliczność, iż powyższe wielkości obejmują również odpady inne niż zakaźne odpady medyczne, co do których nie ma zastosowania zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach, tzn. że mogą być one unieszkodliwione na obszarze innego województwo niż miejsce ich wytwarzania. Ponadto okoliczność, że na terenie województwa łódzkiego została wytworzona ww. ilość odpadów nie oznacza, że instalacja w Bełchatowie nie ma wolnych mocy przerobowych. Odwołujący nie wykazał bowiem, że zostały one wyczerpane. Natomiast, z załączonych przez Przystępującego Sprawozdań o wytwarzanych odpadach i o gospodarowaniu odpadami za rok 2020 i 2021 wynika, że łączna masa unieszkodliwionych odpadów nie przekroczyła dopuszczonych mocy przerobowych. Łącznie z ofertą, Przystępujący złożył oświadczenie, że instalacja unieszkodliwiania odpadów medycznych znajdująca się w Bełchatowie, wskazana jako miejsce utylizacji odpadów będących przedmiotem zamówienia, posiada wolne moce przerobowe. Przystępujący złożył również na wezwanie Zamawiającego Decyzję Wojewody Łódzkiego w sprawie pozwolenia zintegrowanego, ustalającą średnioroczną ilość odpadów poddanych unieszkodliwieniu w wielkości 5 100 Mg.

Powyższe okoliczności, jednoznacznie wskazują, że Odwołujący nie wykazał, że instalacja unieszkodliwiania odpadów w Bełchatowie nie ma wolnych mocy przerobowych, oraz że nie ma wolnych mocy przerobowych dla Odwołującego, co uzasadniałoby możliwość odstępstwa od zasady ogólnej dotyczącej unieszkodliwiania odpadów.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym: o tym, że nie spełnia on warunków zamówienia mógł się dowiedzieć w momencie otwarcia ofert, gdy

poznał konkurencję. Do momentu składania ofert mógł w sposób uprawniony przyjąć, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

Nie można pominąć okoliczności, że Odwołujący miał wiedzę, że na terenie województwa łódzkiego znajduje się instalacja do utylizacji zakaźnych odpadów medycznych. Zatem zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach, aby zaoferować unieszkodliwienie odpadów na terenie innego województwa niż obszar ich wytwarzania, musiały zaistnieć okoliczności uzasadniające odstępstwo od zakazu ich utylizacji poza obszarem województwa ich wytworzenia. Gdyby Odwołujący skierował do dzierżawcy instalacji w Bełchatowie zapytanie co do wolnych

dla niego mocy przerobowych, miałby wiedzę, czy wobec niego zaistniały okoliczności uzasadniające odstępstwo od zasady ogólnej dotyczącej. Odwołujący tego nie uczynił, nawet nie podjął próby uprawdopodobnienia, że takie okoliczności zaistniały. Odwołujący również nie mógł wiedzieć, czy wykonawca będący dzierżawcą ww. instalacji będzie ubiegał się o przedmiotowe zamówienie i zaoferuje realizację zamówienia w ramach tej instalacji.

Wobec powyższego Odwołujący nie może skutecznie twierdzić, że w chwili składania ofert jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia.

W treści odwołania, sam Odwołujący prezentuje się jako profesjonalista świadczący od lat usługi odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, zdolny do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na terenie całego kraju, posiadający zdolności niezbędne do należytego wykonania usługi będącej przedmiotem analizowanego prowadzonego. Trudno zatem dać wiarę argumentacji Odwołującego, że do chwili składania ofert był uprawniony aby przyjąć, że spełnia warunki zamówienia. Jako profesjonalista w danej branż, nie może

w sposób uprawniony wykazywać, że nie zrozumiał na czym polega zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach.

W ocenie Izby, z treści oferty Odwołującego nie wynikały okoliczności uzasadniające odstępstwo od ogólnej zasady unieszkodliwienia odpadów. Zatem twierdzenie, że dopiero po otwarciu ofert dowiedział się że nie spełnia warunków zamówienia jest bezpodstawne, skoro tych warunków nie spełniał już w chwili składania ofert i musiał mieć tego świadomość, ponieważ nie był w stanie wykazać, że zaistniały okoliczności uzasadniające odstępstwo od zasady bliskości.

Nie można się również zgodzić, że Zamawiający kreuje rzekome warunki zamówienia po upływie terminu składania ofert, skoro wynikały one z postanowień SWZ.

W tym kontekście niezasadne są również argumenty dotyczące naruszenia przepisów rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowych

wymagań dla magazynowania odpadów, które nie ma zastosowania do utylizacji zakaźnych odpadów medycznych, lecz do ich magazynowania.

Odnosząc się do wyjaśnienia treści SWZ i odpowiedzi na pytanie Zamawiającego co do sposobu rozumienia zasady bliskości, warunków udziału w postępowaniu, wymaganych dokumentów, jak też do wszystkich zarzutów Odwołującego dotyczących postanowień SWZ, jako chaotycznych, Izba wskazuje, że zostały one podniesione z uchybieniem terminu na ich wniesienie. Wobec powyższego – jako spóźnione, nie podlegają rozpoznaniu.

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał, że zapewnia wykonanie usługi unieszkodliwiania odpadów zgodnie z ustawą o odpadach, co stanowiło warunek zamówienia.

W tych okolicznościach zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Z uwagi na powyższe, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……

\