Sygn. akt: KIO 1024/23

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 25 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: ECO-ABC Sp. z o.o. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bełchatowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów skierowanych wobec oferty przystępującego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie na podstawie art. 128 ust. 4 i/lub art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej dysponowania spalarnią odpadów medycznych zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale XI punkt 2.4 lit. a SWZ.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w ½ zamawiającego i w ½ odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Zasądza od zamawiającego Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: ECO-ABC Sp. z o.o. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bełchatowie kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez strony.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1024/23

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im. prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest „Odbiór z miejsc wytwarzania, transport i utylizacja odpadów medycznych z Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu".

Wartość szacunkowa zamówienia jest niższa niż progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00145223.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: ECO-ABC Sp. z o.o. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bełchatowie, dalej jako: „Odwołujący", wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

czynności zaniechania odrzucenia oferty jednego z konkurentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. oraz Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o. i REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o.o., pomimo iż wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postepowaniu.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o.;

2. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. oraz Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o. i REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o.o.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący argumentując postawione zarzuty wskazał, że ww. wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a ich oferty powinny zostać odrzucone. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w ramach wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych ustanowił

warunek udziału w postępowaniu dysponowania min. 1 spalarnią odpadów medycznych zgodnie z zachowaniem „zasady bliskości" określonej w art. 20 ust. 3 pkt 2 i ust. 4-6 ustawy o odpadach (rozdział 11 pkt 2.4 lit. a SWZ). Z ww. przepisów oraz zapisów SWZ wynika więc, że 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.

Odwołujący dodał, że na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie wytwarzane są odpady, nie ma żadnej instalacji unieszkodliwiania odpadów medycznych. Jak kontynuował Odwołujący, Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. będzie unieszkodliwiać odpady w spalarni w Płocku – 334 km od miejsca wytwarzania odpadów (co wynika z załącznika nr 3 do oferty). Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o. i REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o.o. będzie unieszkodliwiać odpady w spalarni w Chrzanowie – 231 km od miejsca wytwarzania odpadów (co wynika z umowy konsorcjum). Z kolei Odwołujący będzie przetwarzał odpady 129 km od miejsca ich wytworzenia (co wynika z oświadczenia dotyczącego podziału zadań między konsorcjantami).

Jak podkreślił Odwołujący, w kontekście złożonego przez Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. oświadczenia – wykazu spalarni (załącznik nr 3) nie może budzić żadnych wątpliwości, że Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania spalarnią, spełniającą wymogi określone w art. 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t j. Dz. U z 2022, poz. 699 z późn. zm.). Zamawiający w żaden sposób nie ocenił, czy oferta złożona przez Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania spalarnią, spełniającą wymogi ustawy o odpadach. Zamawiający bezkrytycznie przyjął oświadczenie z załącznika nr 3, dokonując wyboru oferty, która tego warunku nie spełnia.

Odwołujący powołał się ponadto na wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2023 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt: KIO 790/23, który jego zdaniem dotyczył identycznej sytuacji w zakresie Szpitala w Wołowie.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24 kwietnia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że treść SWZ nie zawiera postanowienia przewidującego podmiotowy środek dowodowy, który miałby na celu weryfikację, czy wykonawca spełnia warunek realizacji zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył podmiotowy środek dowodowy wskazujący,

iż dysponuje spalarnią, w której będzie odbywało się spalanie odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego oraz, że instalacja ta zlokalizowana jest w Płocku. Zamawiający nie miał więc podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, skoro złożył podmiotowy środek dowodowy zgodnie z warunkami SWZ. Zamawiający nie przewidział w SWZ obowiązku przedłożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych na okoliczność zaistnienia wyjątków od zasady bliskości, tj. np. wykazania braku mocy przerobowych instalacji znajdujących się bliżej siedziby zamawiającego. Na podstawie treści oferty i załączników do niej, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający poprzestał na oświadczeniu Przystępującego, że przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania bezwzględnie określone w warunkach przetargu, co nie wyklucza a nawet zakłada prawo do weryfikacji sposobu realizacji umowy na etapie jej wykonania.

Zamawiający podkreślił również, że w sprawie nie miał jeszcze zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a więc odrzucenie oferty Przystępującego byłoby przedwczesne.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę na nieprawidłowy- jego zdaniem, sposób skonstruowania zarzutów odwołania, gdyż w stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy nie znalazł zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP, którego zastosowanie ma charakter obligatoryjny przez ewentualnym odrzuceniem oferty. Z tego względu zarzucanie przez Odwołującego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP jest bezpodstawne, gdyż Zamawiający nie mógł naruszyć tego przepisu przed przeprowadzeniem procedury uzupełniania podmiotowych środków dowodowych.

Dodatkowo, zdaniem Przystępującego, wykaz spalarni złożony przez niego na wezwanie, potwierdza spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu. Wskazana przez Przystępującego spalarnia odpadów umożliwia termiczne unieszkodliwianie odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym wskazaną w treści warunku ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Odwołujący na potrzeby strategii odwoławczej nieprawidłowo utożsamia warunki udziału w postępowaniu z warunkami realizacji zamówienia. Jednocześnie próbuje narzucić Zamawiającemu konieczność weryfikacji na etapie postępowania takich kwestii, które zgodnie z jego decyzją (wyrażoną w takim, a nie innym, brzmieniu SWZ) mają być weryfikowane na etapie realizacji zamówienia.

Przystępujący dodał, że Zamawiający zażądał m.in. wykazania przez wykonawców dysponowania niezbędnymi zdolnościami technicznymi lub zawodowymi, w tym będącą przedmiotem sporu spalarnią odpadów medycznych. Przystępujący taką spalarnią dysponuje i Zamawiający po zweryfikowaniu przedłożonego podmiotowego środka dowodowego prawidłowo uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, nie można zapominać, że o ile wyraźnie nie wynika to z treści dokumentów zamówienia, zdolności techniczne wykazywane zamawiającym na potwierdzenie spełniania warunku udziału, nie muszą być tymi samymi zasobami, z których będzie korzystać wykonawca na etapie realizacji danego zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór z miejsc wytwarzania, transport i utylizacja odpadów medycznych z Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa im prof. dr hab. Tadeusza Dorobisza we Wrocławiu".

Zgodnie z SWZ rozdział XI: „Warunki udziału w postępowaniu i podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu":

Punkt 2.4: Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż dysponuje:

a. min. 1 spalarnią odpadów medycznych zgodnie z zachowaniem „zasady bliskości" określonej art. 20 ust. 3 pkt 2 i ust. 4 – 6 ustawy o odpadach

b. min. 1 kierownikiem spalarni posiadającym odpowiednie kwalifikacje w zakresie gospodarowania odpadami zgodnie z art. 164-167 ustawy o odpadach

c. min. 1 monitorowanym samochodem specjalistycznym do przewozu odpadów medycznych o ładowności zapewniającej odbiór odpadów od Zamawiającego w podanych ilościach.

Rozdział XIII: „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)":

Punkt 2: Na wezwanie Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe: (…)

2.2. Wykaz spalarni w tym zawierający spalarnię, w której będą utylizowane odpady medyczne odebrane od Zamawiającego (załącznik nr 3 do SWZ).

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferty w postępowaniu zostały złożone przez 3 wykonawców, tj. przez

Przystępującego z ceną 440 698,96 PLN, przez Odwołującego z ceną 573 545,88 PLN oraz przez Konsorcjum REMONDIS z ceną 491 852,63 PLN.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu spalarni stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2023 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz spalarni, z którego wynika, że dysponuje on spalarnią odpadów medycznych, w której będą utylizowane odpady zbierane od Zamawiającego, znajdującą się w Płocku przy ul. Przemysłowej 34.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego, otrzymując łącznie 100 punktów. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Konsorcjum REMONDIS uzyskując 93,52 pkt, a na trzecim miejscu oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 86,10 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że Odwołujący w treści odwołania sformułował tak naprawdę dwa zarzuty. Pierwszy z nich dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Drugi zarzut oparty był na tej samej podstawie prawnej, a dotyczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o. i REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum REMONDIS").

Zdaniem Izby jedynie zarzuty skierowane wobec oferty Przystępującego potwierdziły się, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w części dotyczącej tego wykonawcy. 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.

Wskazać 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 - 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. Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 ustawy PZP), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. 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.

Skład orzekający ustalił, że w postępowaniu Zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 ustawy PZP (za wyjątkiem wezwania z dnia 03.04.2023 r., które nie dotyczyło wykazu spalarni), 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, 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 i/lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

Eliminacja przystępującego z postępowania, jako wykonawcy niespełniającego spornego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, bez wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP byłaby przedwczesna i naruszałaby zasady ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający nie korzystał w postępowaniu także z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, na podstawie którego może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

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 Rozdziale 11 pkt 2.4 lit. a SWZ. Nie wykazano bowiem, że wskazana przez Przystępującego spalarnia w Płocku 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).

Kluczowym dla rozstrzygnięcia sporu było zatem zweryfikowanie czy lokalizacja unieszkodliwiania odpadów medycznych w Płocku, 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 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. Co istotne, Przystępujący zaoferował

instalację znajdującą się 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 ustawy 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 ustawy PZP) 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 wybrał ofertę, w której wskazano instalację w Płocku (dalszą, niż instalacja Odwołującego oraz trzeciego oferenta), 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 ustawy PZP i zapytać Przystępującego o informacje potrzebne do zbadania przesłanek art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Jeżeli zaś Zamawiający zweryfikuje, że instalacja w Płocku nie spełnia wymagań ustanowionych w warunku z Rozdziału 11 pkt 2.4 lit. a SWZ , to potencjał podmiotowy nie zostanie przez Przystępującego wykazany prawidłowo, a zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 ustawy PZP 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.

Konkludując, Izba uwzględniła w części 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 ustawy PZP, co zawsze poprzedza zarzucone przez odwołującego zaniechanie zastosowania art.

226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP i odrzucenie oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odpowiadając na argumenty Zamawiającego i Przystępującego pojawiające się w treści pism składanych w ramach postępowania odwoławczego, tj. w pierwszej kolejności argument, że Zamawiający nie przewidywał w treści SWZ podmiotowych środków dowodowych, które miałyby na celu weryfikację, czy wykonawca spełnia warunek realizacji zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, Izba pragnie stwierdzić, iż ww. twierdzenie Zamawiającego jest nieuprawnione. Podkreślić należy, że obowiązek dysponowania spalarnią zgodnie z zasadą bliskości został w niniejszym postępowaniu wyniesiony do rangi warunku udziału w postępowaniu. Z kolei rolą podmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie ich treścią spełniania warunków udziału w postępowaniu przez określonego wykonawcę (art. 7 pkt 17 ustawy PZP). Z powyższego wynika, że podmiotowy środek dowodowy przyporządkowany do określonego warunku udziału w postępowaniu, powinien swoją treścią potwierdzać spełnianie tegoż warunku. Skoro zatem treść warunku bezpośrednio odnosi się do zasady bliskości wyrażonej w ustawie o odpadach, to podmiotowy środek dowodowy powinien potwierdzać, że zasada ta została spełniona. Biorąc pod uwagę całokształt informacji jakimi dysponował w niniejszym postępowaniu Zamawiający, nie mógł on nie powziąć wątpliwości w zakresie informacji przedstawionych przez Przystępującego w podmiotowym środku dowodowym, w szczególności właśnie dotyczących lokalizacji spalarni w Płocku i spełniania przez nią zasady bliskości. Nawet jeśli wzór wykazu spalarni nie wymagał w swojej treści wskazywania dodatkowych danych, nie zwalnia to Zamawiającego od weryfikacji oświadczenia Przystępującego (bo de facto takim właśnie oświadczeniem jest wykaz spalarni), a tym samym od weryfikacji spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający sam zdecydował się postawić.

Dodatkowo wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu stawiane są po to by zweryfikować określone zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia publicznego. Treść warunków udziału w postępowaniu określa każdorazowo zamawiający, decydując posiadanie jakich zdolności jest dla niego istotne w kontekście zapewnienia rękojmi prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający samodzielnie ustanowił w SWZ treść warunku dotyczącą dysponowania spalarnią zgodnie z zasadą bliskości to jego spełnianie przez poszczególnych wykonawców powinno zostać zweryfikowane. Etapem na jakim weryfikowane jest spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest moment po etapie badania i oceny ofert i wyłonieniu oferty najwyżej ocenionej, a przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Nieuprawnione są zatem twierdzenia

Zamawiającego i Przystępującego, że okoliczność wypełniania przez wykonawcę zasady bliskości może być badana dopiero na etapie realizacji zamówienia. Przeczy temu treść SWZ, w której Zamawiający spełnianie przez spalarnię, w której przetwarzane będą odpady, zasady bliskości zgodnie z ustawą o odpadach, podniósł do rangi warunku udziału w postępowaniu, a zatem sam zdecydował o weryfikacji tejże okoliczności jeszcze na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zakresu oddalonego, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS, Izba pragnie wskazać, że wobec ww. wykonawcy nie miało miejsca jego podmiotowe badanie. W szczególności wykonawca ten nie przedłożył Zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, z których mogłoby wynikać, że dysponuje on spalarnią, która nie spełnia wymogów wynikających z zasady bliskości. Sytuacja ta jest oczywista i nie wymaga dalszego wyjaśnienia, gdyż wykonawca ten zajmuje obecnie drugie miejsce w rankingu ofert, a badaniu w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu podlega jedynie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona.

Zdaniem Izby argument Odwołującego, że w umowie konsorcjum wykonawca ten wskazał na spalarnię w Chrzanowie, której lokalizacja jest niezgodna z zasadą bliskości, o której mowa w ustawie o odpadach, co miałoby przesądzić o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu jest nieuprawiony i nie może prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Po pierwsze w umowie konsorcjum mowa jest o tym, że jego członkowie zamierzają utylizować odpady w województwie małopolskim lub w miejscach najbliżej położonych. Nie wiadomo zatem dokładnie, gdzie miałaby być położona spalarnia, w której wykonawca ten zamierza utylizować odpady. Po drugie ww. umowa konsorcjum nie służy potwierdzaniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Służą temu wyłącznie podmiotowe środki dowodowe, których wykonawca ten nie składał i nie można w tej chwili z góry przesądzać o ich treści. Nie można również przesądzić, że od momentu złożenia oferty, a wraz z nią umowy konsorcjum, okoliczności dotyczące tego wykonawcy uległy zmianie. Umowa konsorcjum, jak każda inna umowa może zostać zmieniona za zgodą stron. Nie można zatem wykluczyć, że w sytuacji gdyby wykonawca ten został przez Zamawiającego wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ich treść potwierdzałaby spełnianie przedmiotowego warunku. W

każdym razie twierdzenia Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS na obecnym etapie są przedwczesne i nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, okazało się zasadne w części 1/2 oraz chybione w części 1/2. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 1/2 i Zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 3 600 zł ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 11.100,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5 550 zł (11.100,00 zł x 1/2). Wobec

powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550 zł (11 100 zł – 5 550 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego, a kosztami za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……