Sygn. akt: KIO 1129/23

POSTANOWIENIE

z dnia 9 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Wielospecjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Stargardzie, ul. Wojska Polskiego 27, 73-110 Stargard,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL-PLUS Sp. z o.o., ul. Puszkina 41, 42-520 Dąbrowa Górnicza zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1129/23 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów, i:

    2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: EMKA S.A., Samodzielny

Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Jaktorowska 15A, 96-300 Żyrardów tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 1129/23

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

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Wielospecjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Stargardzie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego 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 „Pzp” w przedmiocie: „Usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w SPWZOZ w Stargardzie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00061402/01 w dniu 26 stycznia 2023 r.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum firm w składzie REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Dąbrowie Górniczej, dalej zwanego „Konsorcjum Remondis”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum firm w składzie: EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, z siedzibą lidera konsorcjum w Żyrardowie w dniu 24 kwietnia 2023 r. wnieśli odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis i wybór oferty złożonej przez ww. wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Remondis jako

najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis,

3) dokonania ponownej oceny ofert,

4) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący, powołując się na treść SWZ, Formularza ofertowego i wzoru umowy (Rozdział 4 pkt 5 ppkt 1 lit. a SWZ, Rozdział 4 pkt 5 ppkt 13. 2 SWZ, Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy, Załącznik nr 6 do SWZ: §1 ust. 3, §1 ust. 5 pkt 2), §4 ust. 1, §4 ust. 11, Załącznik nr 7 do SWZ: pkt 3 ppkt 1 lit. a, odpowiedzi na pytania nr 1 i 2 do SWZ udzielone przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2023 r.), podniósł, że Zamawiający

konstruując treść SWZ jednoznacznie wykazał, iż oczekuje unieszkodliwiania odpadów zgodnie z zasadą bliskości wynikającą z ustawy o odpadach. Co więcej, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 do SWZ z dnia 31 stycznia 2023 r. potwierdził, że będzie weryfikował przestrzeganie zasady bliskości przez wykonawców na etapie wyboru oferty i realizacji umowy. Zamawiający nie dokonał jednak weryfikacji przestrzegania zasady bliskości w złożonych w postępowaniu ofertach i wybrał ofertę niezgodną z treścią zasady bliskości, a tym samym niezgodną z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ.

Konsorcjum Remondis w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ, strona 2, drugi akapit od góry strony) oświadczyło, że będzie unieszkodliwiało odpady medyczne w Gorzowie Wielkopolskim oraz w Sławie (województwo lubuskie), a więc na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia odpadów. Konsorcjum to zaoferowało unieszkodliwianie odpadów medycznych w odległości odpowiednio 81,7 km (Gorzów Wielkopolski) oraz 237 km (Ciepielówek) od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Stargard (województwo zachodniopomorskie) – niezgodnie z warunkami zamówienia i wynikającą z nich zasadą bliskości.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym znajduje zastosowanie zasada bliskości bez wyjątków. Na terenie województwa wytworzenia istnieje instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych, która posiada wolne moce przerobowe do unieszkodliwienia odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego.

Instalacja zaoferowana przez Odwołującego m.in. w Gorzowie Wielkopolskim jest położona, po pierwsze, dalej od miejsca wytworzenia odpadów (Zamawiający), a po drugie, jest zlokalizowana na terenie innego województwa niż województwo, w którym są wytwarzane odpady będące przedmiotem zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym kluczowe jest oświadczenie złożone przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia w Formularzu ofertowym o miejscu (adres) instalacji, w której wykonawca będzie unieszkodliwiał odpady wytworzone przez Zamawiającego. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum Remondis w Formularzu ofertowym nie ma charakteru informacyjnego, tylko stanowi merytoryczną treść oferty. Wiążącą zarówno dla wykonawcy, jak i Zamawiającego.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum Remondis w Formularzu ofertowym dotyczące miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego stanowi merytoryczną treść oferty, a Zamawiający na jego podstawie nieprawidłowo zweryfikował, że wskazana przez ww. wykonawcę instalacja jest zgodna z warunkami zamówienia – zasadą bliskości – i zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z warunkami zamówienia opisanymi w Rozdziale 4 pkt 5 ppkt 1) lit. a,

ppkt 13) 2) SWZ, Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu ofertowym, Załączniku nr 6 do SWZ: §1 ust. 3, §1 ust. 5 pkt 2), §4 ust. 1, §4 ust. 11 wzoru umowy, Załączniku nr 7 do SWZ pkt 3 ppkt 1) lit. a) Opis przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na pytania nr 1 i 2 do SWZ z dnia 31 stycznia 2023 r.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 8 maja 2023 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie w przypadku nie uznania przez Izbę przesłanek do odrzucenia, o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 527 Pzp, na czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z przebiegiem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na usługę odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych i innych niż niebezpieczne z SPWZOZ w Stargardzie nr ref. 5/TP/U/2023 do

Zamawiającego wpłynęły dwie oferty Konsorcjum Remondis i Odwołującego. Zamawiający, opierając się na zasadzie bliskości wyrażonej art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, oraz wymogów jej przestrzegania, w dniu 27.02.2023 r. odrzucił ofertę Konsorcjum Remondis. Podstawą faktyczną odrzucenia było stwierdzenie, że wykonawca nie przedstawił dokumentacji potwierdzającej, że na obszarze województwa zachodniopomorskiego istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Następnie w wyniku złożonego przez Konsorcjum Remondis odwołania w dniu 20 marca 2023 r. odbyła się rozprawa z udziałem Odwołującego, który przystąpił do postępowania odwoławczego w tamtej sprawie po stronie Zamawiającego, w wyniku której, w oparciu o wyrok sygn. akt KIO 640/23 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum Remondis oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. Konsorcjum. KIO stwierdziła, iż w świetle SWZ, Konsorcjum Remondis nie było zobowiązane do przedstawienia dokumentów, których brak był podstawą do odrzucenia oferty, zaś instalacja odrzuconego Konsorcjum jest najbliżej położoną instalacją, o której mowa w art. 20 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy o odpadach, co pozwala na unieszkodliwianie odpadów z jej wykorzystaniem.

Po otrzymaniu powyższego wyroku ani Zamawiający, ani Przystępujący po stronie Zamawiającego nie skorzystali z przysługującego na podstawie art. 580 Pzp prawa do

wniesienia skargi do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

W świetle powyższego, Zamawiający, będąc związany stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03.04.2023 r. dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis, co doprowadziło w wyniku przeprowadzenia oceny ofert, zgodnie ze wskazaniami Krajowej Izby Odwoławczej, do wyboru oferty Konsorcjum Remondis jako najkorzystniejszej.

Po uprawomocnieniu się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 640/23 Zamawiający wykonał nakazane prawomocnym wyrokiem czynności, które doprowadziły do podjęcia przez Zamawiającego negowanej obecnie przez Odwołującego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w ww. wyroku z dnia 20 marca 2023 r. nakazała przywrócenie do postępowania ofertę Konsorcjum Remondis oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem stanowiska wyrażonego w wyroku, zgodnie z którym stwierdziła, co następuje:

1) Zapisy SWZ nie przewidują warunku w postaci obowiązku przedkładania przez wykonawców dokumentacji potwierdzających brak istnienia instalacji do unieszkodliwiania wskazanych w SWZ odpadów na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub potwierdzających, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą odpadów Zamawiającego, ani badania takich okoliczności;

2) Zapisy SWZ i formularza ofertowego odnoszące się do zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach dotyczą warunków realizacji przedmiotu zamówienia;

3) Instalacja Konsorcjum Remondis jest najbliżej położoną instalacją, o której mowa w art. 20 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy o odpadach, co pozwala na unieszkodliwianie odpadów z jej wykorzystaniem.

W świetle powyższego stanu faktycznego dotyczącego przebiegu postępowania, którego rzeczywisty przebieg pominął Odwołujący w treści odwołania, stwierdzić należy, że Zamawiający, dokonując wyboru oferty Konsorcjum Remondis, wykonał w całości postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 527 Pzp, środki ochrony prawnej wobec czynności wykonanych zgodnie z uwzględnionymi przez zamawiającego albo w wyroku żądaniami odwołania nie mogą być wnoszone przez Odwołującego ani przez wykonawcę powiadomionego zgodnie z art. 524 Pzp. Ponadto, takie odwołanie powinno być odrzucone również na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, który przewiduje bezwzględną sankcję odrzucenia odwołania wniesionego na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, że nie zgadza się ze

stanowiskiem Odwołującego, iż na terenie województwa zachodniopomorskiego znajduję się instalacja, która posiada wolne moce przerobowe. O ile należy zgodzić się z faktem, że Odwołujący przedłożył oświadczenie SPZZOZ w Gryficach, to zwrócić należy uwagę, że Konsorcjum Remondis również wystąpiło do SPZZOZ w Gryficach o potwierdzenie wolnych mocy przerobowych i mimo złożenia prośby o potwierdzenie tego faktu lub jego zaprzeczeniu SPZZOZ w Gryficach nie przedłożył żadnego stanowiska, pozbawiając Konsorcjum Remondis możliwości podjęcia działań uwzględniających ewentualne wolne moce przerobowe, co zostało ujawnione przez przedstawiciela Konsorcjum na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20 marca 2023 r. W ocenie Zamawiającego, nie bez znaczenia jest fakt, że SPZZOZ w Gryficach równocześnie jest Odwołującym, który ma interes w odrzuceniu oferty Konsorcjum Remondis.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, stosowanie przez wykonawcę

obowiązków określonych ustawą o odpadach nie może być warunkiem pozwalającym na odrzucenie oferty. W treści SWZ Zamawiający nie umieścił postanowienia, które nakładałoby na wykonawców obowiązek wykazania spełnienia zasady bliskości, poprzez przedmiotowy środek dowodowy na etapie oceny i badania ofert, a weryfikacja obowiązku nałożonego przez Zamawiającego na wykonawców będzie weryfikowana na etapie realizacji umowy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku rozprawy w dniu 20 marca 2023 r. odniosła się bezpośrednio do twierdzeń podnoszonych w

treści odwołania przez Odwołującego

stwierdzając, iż Zamawiający w SWZ nie nałożył na wykonawców obowiązku przedkładania przez wykonawców dokumentacji potwierdzającej brak istnienia instalacji do unieszkodliwiania wskazanych w SWZ odpadów na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub potwierdzających, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmują odpadów Zamawiającego ani badania takich okoliczności. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w przedmiotowej sprawie, udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 31 stycznia 2023 r. nie doprowadziło do modyfikacji warunków udziału w postępowaniu „W ocenie Izby wyjaśnienia nie mogą kreować obowiązku składania przez wykonawców środków dowodowych, w sytuacji nieprzewidzenia takiej powinności w SWZ". (Wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt KIO 640/23).

Odnosząc się do dalszych wywodów Odwołującego, wskazującego na naruszenie zasady bliskości przez wybranego przez Zamawiającego wykonawcę, również i ten zakres postępowania był oceniany przez Krajową Izbę Odwoławczą: „Izba wskazuje dodatkowo, że ustalenia w toku postępowania pozwalają stwierdzić, że odległość bezwzględna pomiędzy

punktem odbioru odpadów z miejsca wytworzenia do instalacji podstawowej Odwołującego jest o około 200 m krótsza niż do instalacji podstawowej Przystępującego. Odległość rzeczywista drogi pomiędzy punktem odbioru odpadów od Zamawiającego do instalacji Odwołującego i instalacji Przystępującego może być różna — krótsza lub dłuższa — w zależności od rodzaju wybranych dróg dojazdowych i różnica oscyluje wokół paru kilometrów. Różnice pomiędzy długościami drogi, w zależności od przyjętej metody ich określenia są w ocenie Izby pomijalne w kontekście zasady bliskości, do której referuje norma art. 20 ustawy o odpadach, która nie definiuje sposobu określenia odległości miejsca wytwarzania odpadu do miejsca stosowania. Izba stwierdza, że instalacja Odwołującego jest najbliżej położoną instalacją, o której mowa w art. 20 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy o odpadach, co pozwala na unieszkodliwianie odpadów z jej wykorzystaniem".

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, zamierzając podważyć określony stan faktyczny w niniejszym postępowaniu oraz jego subsumpcję, powinien skorzystać z instrumentu skargi określonej art. 579 i następne Pzp, czego jednak nie uczynił, a podnoszenie ich, złożenie odwołania i negowanie decyzji Zamawiającego w przywołanym stanie faktycznym uznać należy nie tylko za bezpodstawne, ale również co najmniej spóźnione.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. w dniu 26 kwietnia 2023 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów wynikających z art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Pismem z dnia 8 maja 2023 r., Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Przystępujący podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 8 maja 2023 r. Zdaniem Przystępującego, Zamawiający wybierając ofertę złożoną przez Konsorcjum Remondis postąpił w sposób prawidłowy i zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami. Wskazał, że w treści SWZ Zamawiający nie umieścił postanowienia, które zobowiązywałoby wykonawców do wykazania spełnienia zasady bliskości. Ocena spełniania przez wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie warunków wynikających z tzw. „zasady bliskości" określonej w treści art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, nie powinna być dokonywana a priori na etapie badania i oceny ofert, tylko w trakcie realizacji umowy. W tym zakresie, ze względu na specyfikę obowiązków prawnych wynikających z gospodarowania odpadami medycznymi, o charakterze zakaźnym — wykonawca będzie zobligowany do wykazania spełniania obowiązków wynikających z tzw. zasady bliskości. W tym zakresie wykonawca będzie każdorazowo zobligowany do przekazania odpadów (o ile będzie to możliwe) do najbliżej położonej instalacji, w której będzie mógł zapewnić możliwość ich

unieszkodliwienia. Mając na uwadze okres obowiązywania umowy, na dzień składania ofert i dokonywania wyboru Zamawiający nie może w sposób kategoryczny rozstrzygnąć kwestii dotyczącej instalacji, które w toku realizacji umowy — będą mogły unieszkodliwić odpady zgodnie z zasadą bliskości (dostępność mocy przerobowych jest zmienna, podobnie możliwym jest powstanie nowej instalacji, do której kierowane będą musiał być odpady wytwarzane przez Zamawiającego).

Przystępujący podkreślił także, że Konsorcjum Remondis na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, toczącego się w sprawie o sygn. akt KIO 640/23 wykazało, iż spalarnią położoną najbliżej siedziby Zamawiającego, posiadającą wolne moce przerobowe jest spalarnia zaproponowana przez niego, co Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w uzasadnieniu wyroku: „W ocenie Izby Odwołujący sprostał ustawowemu wymaganiu i wykazał niezgodność z przepisami czynności Zamawiającego także w kontekście oceny mocy przerobowych instalacji w Gryfiach".

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż Zamawiający ma obowiązek poszanowania w równym stopniu zasady uczciwej konkurencji, jak i obowiązujących przepisów, dlatego też zasada bliskości, opisana w ustawie o odpadach, jak i zasada konkurencyjności złożonych ofert nie są zasadami wzajemnie się wykluczającymi i żadna z nich nie ma charakteru bezwzględnego (wyrok KIO z dnia 31 marca 2022 roku, sygn. akt 690/22).

Z uwagi na powyższe, przy ocenie złożonych ofert, Zamawiający powinien mieć na uwadze także cenę proponowaną przez wykonawców, a w tej kwestii bezsprzecznie oferta Konsorcjum Remondis jest korzystniejsza. Ponadto, jak potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 640/23, kwestia wolnych mocy przerobowych spalarni położonej w Gryficach nie została jednoznacznie potwierdzona, dlatego też należy uznać, że to oferta Konsorcjum Remondis jest najkorzystniejsza i jednocześnie spełnia przesłanki zasadny bliskości, zawartej w art. 20 ustawy o odpadach.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołanie podlega zatem odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, a także w sytuacji, gdy dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten koresponduje z art. 527 Pzp, zgodnie z którym na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp nie przysługują środki ochrony prawnej.

Przepis art 527 Pzp przewiduje wprost wyłączenie możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Z jego treści wynika, że ani odwołujący, ani wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 524 Pzp nie mogą wnieść odwołania ani skargi:

1) na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu;

2) na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem odwołania, w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

W sytuacji wniesienia odwołania w wymienionych wyżej przypadkach zastosowanie ma art. 528 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym KIO odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu lub – w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu – którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 588 ust. 3 Pzp, odwołanie w takim przypadku może odrzucić także sąd w postępowaniu skargowym. Zgodnie z treścią art. 584 Pzp, sąd odrzuca skargę, która jest niedopuszczalna.

Zgodnie z sentencją wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt KIO 640/23, Izba orzekła m.in.: „Uwzględnia zarzut odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego”

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę w powyższej sprawie, zgodnie z treścią odwołania z dnia 6 marca 2023 r. wniesionego przez Konsorcjum Remondis była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione w SWZ. Konsorcjum Remondis wniosło w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Przystępującego i dokonania powtórnej oceny ofert.

W decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 27 lutego 2023 r. Zamawiający wskazał, że

„W formularzu ofertowym Wykonawca oświadczył, że zamierza unieszkodliwić odpady w instalacji położonej w Gorzowie Wlkp. ul. Dekerta 1 / 67-410 Sława, ul. Ciepielówek 2 (adres instalacji) w województwie lubuskim, jednocześnie nie przedstawił dokumentacji potwierdzającej, że na obszarze województwa zachodniopomorskiego istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych, zgodnie z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.). Dnia 14.02.2023r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie powyższego wymogu, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp”..

W toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 640/23 na rozprawie „Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony, w tym również oraz dokumentację zamówienia (w szczególności SWZ, wyjaśnienia SWZ z dnia 31 stycznia 2023 r., formularz ofertowy Odwołującego, wezwanie z dnia 14 lutego 2023 r. do uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty i udzielona odpowiedź przez Odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 27 lutego 2023 r.). Izba podziela również stanowisko Odwołującego, co do braku podstaw faktycznych uzasadniających odrzucenie odwołania.”

Izba stwierdziła w ww. wyroku również, że „Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy a odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią skonkretyzowanego warunku zamówienia opisanego postanowieniem specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.” A ponadto, że „treść SWZ nie tylko nie konkretyzowała warunku odnoszącego się do zasady bliskości z ustawy o odpadach, ale też nie zobowiązywała wykonawców do przedstawienia dokumentów, których żądał wezwaniem z dnia 14 lutego 2023 r. Zamawiający i których niezłożenie stało się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Dokumenty postępowania nie przewidywały także obowiązku badania ani określania stopnia dostępności mocy przerobowych instalacji unieszkodliwiania odpadów wskazywanych przez wykonawców w formularzu ofertowym jako te, za pomocą których wykonawca będzie unieszkodliwiać odpady. Samo więc wezwanie z dnia 14 lutego 2023 r. w zakresie żądania dokumentacji naruszało art. 128 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy.”

Dodatkowo, Izba oceniła, że „W świetle SWZ Odwołujący nie był zobowiązany do przedstawienia dokumentów, których brak złożenia stał się podstawą odrzucenia oferty opisaną w uzasadnieniu zaskarżonej czynności Zamawiającego. Treść oferty wskazuje zaś na deklarację, co do sposobu realizacji usługi, zgodną z ustawą o odpadach. Przystępujący nie wykazał tutaj by było inaczej."

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

Izba nie pozostawiła wątpliwości, że „W ocenie Izby Odwołujący sprostał ustawowemu wymaganiu i wykazał niezgodność z przepisami czynności Zamawiającego także w kontekście oceny mocy przerobowych instalacji w Gryficach. Jednocześnie brak było dowodów skutecznie podważających jego oświadczenia i twierdzenia znajdujące dodatkowo oparcie w dokumentacji postępowania oraz przedłożonych przez Odwołującego dowodach." oraz „Zasygnalizowane przez Zamawiającego i uczestnika wątpliwości w ocenie Izby nie są wystarczające dla odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy, a nadto zostały przez Odwołującego dostatecznie wyjaśnione."

Z powyższego wynika, że w postępowaniu o sygn. akt KIO 640/23 Izba nie ograniczyła się tylko do orzeczenia o braku podstawy do żądania przez Zamawiającego od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków odnoszących się do „zasady bliskości", ale także orzekła co do spełnienia przez Konsorcjum Remondis ustawowych wymagań w tym zakresie. Izba stwierdziła bowiem, że wszelkie wątpliwości Zamawiającego i Przystępującego zostały dostatecznie wyjaśnione przez Konsorcjum Remondis, a zatem nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia tej oferty. Izba stwierdziła wprost, że „instalacja Odwołującego jest najbliżej położoną instalacją, o której mowa w art. 20 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy o odpadach, co pozwala na unieszkodliwianie odpadów z jej wykorzystaniem."; „Treść oferty wskazuje zaś na deklarację, co do sposobu realizacji usługi, zgodną z ustawą o odpadach. Przystępujący nie wykazał tutaj by było inaczej."

Wobec powyższego, zgodnie z art. 527 Pzp, zarzut przedstawiony w przedmiotowym odwołaniu, dotyczący niespełnienia wymagań wynikających z „zasady bliskości" przez Konsorcjum Remondis nie może być ponownie rozpoznawany przez Izbę w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym obecnie przez wykonawcę, który był uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zakończonego ww. wyrokiem KIO 640/23.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2023 r. zgodnie z ww. wyrokiem, unieważnił czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis, przywracając tę ofertę do postępowania, oraz następnie dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w wyniku której, w konsekwencji, ww. oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu (decyzja Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2023 r.). Czynności te zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby o sygn. akt KIO 640/23, wobec czego w zakresie, którego dotyczy prawomocny ww. wyrok kolejne odwołanie nie przysługuje m.in. wykonawcy, który brał udział w tym postępowaniu w charakterze uczestnika.

Podkreślić należy, że stronom i Przystępującemu w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 640/23 przysługiwała skarga do sądu na wyrok KIO, w której możliwe było konsekwentne kwestionowanie spełnienia „zasady bliskości" w ofercie Konsorcjum Remondis, jednak ani strony, ani Przystępujący nie skorzystał z tego środka ochrony prawnej, wobec czego ponowne podnoszenie zarzutów w powyższym zakresie przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 640/23 (obecnie Odwołującego), tj. wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis, jako niezgodnej z SWZ z powodu niespełnienia „zasady bliskości", w kolejnym odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z powyższych względów Izba postanowiła o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 zdanie drugie Pzp oraz na podstawie art. 529 ust. 1 i 2 Pzp

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437).

Przewodniczący: