

Sygn. akt: KIO 3244/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 września 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia: REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puszkina 41, 442-530 Dąbrowa Górnicza, REMONDIS Medison Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Hetmańska 120, 35-078 Rzeszów, Szpital Specjalistyczny Świętego Ducha w

Sandomierzu, ul. Schnizła 13, 27-600 Sandomierz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce

z udziałem przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów, ECO-CLEAN Energy Spółka Akcyjna, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i 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.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 3244/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, w trybie podstawowym bez negocjacji na odbiór, transport i termiczne unieszkodliwianie odpadów metodą – D10 (nr postępowania: EZ/127.2024/MW), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.07.2024 r., S 126/2024 387880, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (konsorcjum w składzie: ECO-ABC Sp. z o.o., ECO CLEAN ENERGY S.A.), wniesione zostało w dniu 06.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: REMONDIS Medison Sp. z o.o., REMONDIS Medison Rzeszów Sp. z o.o., Szpital Specjalistyczny Ducha Świętego w Sandomierzu (sygn. akt KIO 3244/24).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta złożona przez konsorcjum ECO-ABC Sp. z o.o., ECO CLEAN ENERGY S.A. nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie konsorcjum ECO ABC Sp. z o.o., ECO CLEAN ENERGY S.A. i odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 27.08.2024 r. poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał na zasady dotyczące postępowania z odpadami wynikające z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach medycznych (art. 20), które zamawiający zobowiązany jest stosować przy ocenie ofert zgodnie z pkt 37 swz. Zamawiający zobowiązany był do weryfikacji ofert pod względem przestrzegania zasady bliskości, a dopiero po tym etapie mógł dokonać oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny.

Odwołujący w swojej ofercie zaferował możliwość unieszkodliwiania odpadów w instalacji położonej w Sandomierzu, województwo świętokrzyskie, posiadającej wolne moce przerobowe, natomiast konsorcjum ECO-ABC Sp. z o.o./ECO CLEAN ENERGY S.A. posiada instalację zlokalizowaną w Krakowie. To w ofercie odwołującego wskazana została instalacja zlokalizowana w miejscu wytworzenia odpadów (w tym samym województwie), co wskazuje, że jest ona

zgodna z obowiązującymi przepisami oraz swz.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło po stronie zamawiającego konsorcjum ECO-ABC Sp. z o.o. z/s w Bełchatowie i ECO Clean Energy Sp. z o.o. z/s w Bełchatowie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, wyjaśnienia składane w toku postępowania przetargowego przez konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o., a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie na odbiór, transport oraz utylizację odpadów medycznych o kodach: 18.01.0, 18.01.02, 18.01.03, 18.01.06, 18.01.07, 18.01.08, 18.01.09, 18.01.82, 19.08.01 (szacunkowa masa w okresie 24 miesięcy realizacji zamówienia wynosi 856.300,30 kg i 3.749,00 – dla kodu 19.08.01). Przedmiot podzielony został na dwa pakiety. Pierwszy dotyczy odpadów przekształcanych metodą D10, a w pakiecie nr 2 uwzględniono unieszkodliwianie krutek – kod odpadu 19.08.01.

W pkt 3, cz. I swz, zamawiający wskazał na zastosowanie kryteriów oceny ofert po wcześniejszej weryfikacji ofert pod kątem zgodności z aktualnie obowiązującymi przepisami, tj. ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1587 ze zm.), ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2024 r., poz. 54 ze zm.), ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. O przewozie towarów niebezpiecznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 643 ze zm.), a szczególności art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach medycznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1587 ze zm.).

„ 1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 najlepsze dostępne techniki ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 wymagania dotyczące technologii instalacji tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

3. Zakazuje się:

1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,

2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych - poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego województwa.

6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.”

W pkt 37 swz zamawiający opisał kryteria oceny ofert, tj. cena (80%) oraz termin płatności faktury (20%).

W formularzu ofertowym zamawiający wymagał oświadczenia dotyczącego właściwej miejscowo spalarni, posiadającej stosowne zezwolenia na prowadzenie działalności ww. zakresie utylizacji odpadów medycznych według kodów przypisanych do pakietów, w którym wykonawcy mieli wskazać lokalizację spalarni (firma siedziba) posiadającej wolne moce przerobowe na utylizację odpadów medycznych.

12.08.2024 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W obu pakietach oferty złożyli: odwołujący i wybrane konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o.

W pakiecie nr 1 ceny wyniosły odpowiednio 3.373.248,00 zł (oferta odwołującego) i 3.313.494,00 zł (oferta konsorcjum

AECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o.). W pakiecie nr 2 oferta odwołującego była tańsza i wyniosła 14.771,06 zł brutto przy cenie zaoferowanej przez konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o. – 34.003,43 zł.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał dla obu pakietów spalarnię zlokalizowaną w Szpitalu Specjalistycznym Ducha Świętego w Sandomierzu, ul. Schinzla 13, posiadającą wolne moce przerobowe. W ofercie złożył oświadczenie z 01.08.2024 r. dotyczące mocy przerobowych instalacji, która na dzień składania ofert posiada wolne moce przerobowe zarezerwowane na

potrzeby obsługi Państwa placówki w zakresie odbioru i utylizacji odpadów medycznych zgodnie z ilościami wskazanymi w postępowaniu EZ/127/2024/MW.

Pismem z 13.08.2024 r. zamawiający wezwał konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o. na podstawie art. 132 Ustawy do wskazania powodów, dla których w ofercie podano spalarnię w Krakowie, ul. Dymarek 7 (odpady objęte pakietem nr 1) oraz w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7 (odpady o kodzie 19.08.01). Zamawiający załączył do wezwania pismo, w którym potwierdza się, że spalarnia na terenie województwa świętokrzyskiego, tj. w Sandomierzu, ul. Schinzla 13, posiada moce przerobowe na utylizację ww. odpadów medycznych.

Zgodnie z pismami Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego z 26.07.2022 r. i 15.02.2023 r. spalarnia zlokalizowana w Sandomierzu nie ma możliwości w całości unieszkodliwić odpadów medycznych wytworzonych przez wytwórców tego województwa, a jej moc przerobowa od 12.07.2021 r. wynosi 1.200 Mg/rok. W pismach wskazano również, że w poprzednich latach w spalarni odpadów w Sandomierzu unieszkodliwiono rocznie ok. 33% masy wytworzonych w województwie odpadów medycznych i weterynaryjnych, zaś w 2019 r. ok. 23%. Skutkowało to koniecznością zagospodarowania znacznej masy odpadów poza terenem województwa. Zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach wytworzone odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania winny być przekazane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o. złożyło wyjaśnienia w piśmie z 16.08.2024 r. wskazując na cel regulacji ustawowej w zakresie stosowania zasady bliskości. Mając na uwadze tendencje wzrostowe produkcji zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa świętokrzyskiego i niewystarczającą moc przerobową spalarni w Sandomierzu, które to okoliczności są znane powszechnie podmiotom medycznym działającym w województwie świętokrzyskim, wykonawca uzasadniał potrzebę wskazania innej spalarni posiadającej wolne moce przerobowe. Odnosząc się do pisma Szpitala Specjalistycznego Ducha Świętego w Sandomierzu z 26.07.2024 r. nt. wolnych mocy przerobowych sandomierskiej spalarni, wykonawca wskazał, że informacja ta jest przedkładana przez operatora świętokrzyskiej instalacji niemalże każdemu zamawiającemu w postępowaniu przetargowym na unieszkodliwianie odpadów medycznych.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zasadniczym dla sprawy było odniesienie się do treści formularza ofertowego – oświadczenia dotyczącego spalarni, do jakiej konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o.

zamierza kierować odpady medyczne objęte pakietem nr 1. Odwołujący wskazując na posiadane moce przerobowe spalarni w Sandomierzu, formułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum, jako naruszającej obowiązujące w zakresie zasady przetwarzania odpadów medycznych przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach medycznych, w tym zasadę bliskości regulowaną w art. 20 tej ustawy.

W sprawie nie budziło wątpliwości, iż na terenie województwa świętokrzyskiego istnieje tylko jedna spalarnia zakaźnych odpadów medycznych, tj. w Sandomierzu przy ul. Schinzla 13, której moce przerobowe są niewystarczające dla przyjęcia wszystkich wytwarzanych na terenie województwa odpadów medycznych. Wskazują na to pisma Marszałka Województwa z 26.07.2022 r. i 15.02.2023 r. Okoliczność ta została również przyznana przez odwołującego, który potwierdził moc przerobową spalarni 1.200 Mg/rok. Zgodnie z wyjaśnieniem samego Odwołującego, na dzień złożenia oferty spalarnia miała już zaangażowane moce przerobowe na poziomie 81.639 ton. Odwołujący nie zaprzeczył również informacjom od przystępującego po stronie zamawiającego, iż zarządzający spalarnią w Sandomierzu nie jest zainteresowany współpracą z konsorcjum i nie odpowiada na pytania dotyczące możliwości przekazania odpadów medycznych do zagospodarowania w spalarni.

Okoliczności sprawy nie wskazują, aby wybrana oferta była niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Odwołujący powołując przepisy regulujące postępowanie z odpadami medycznymi, w tym określoną w art. 20 ustawy o odpadach zasadę bliskości, wskazywał na potrzebę oceny oferty pod kątem przepisów szczególnych, które miałyby prowadzić do stwierdzenia oczywistej niezgodności treści oferty z wymaganiami. Jakkolwiek potrzeba tej oceny znajduje uzasadnienie w zapisach swz (pkt 3), w których sam zamawiający zastrzegł, iż ocena w kryterium oceny ofert poprzedzona będzie weryfikacją ofert pod kątem przestrzegania przepisów szczególnych, to w ocenie izby już stwierdzenie wystąpienia niezgodności treści oferty z wymaganiami, nie było możliwe.

Przede wszystkim należy odnotować, że zasada bliskości nie wyklucza potrzeby przekazania odpadów do instalacji znajdującej się poza terenem województwa, w którym odpady medyczne zostają wytworzone. Przepisy wskazują bowiem na sytuacje takiej jak bliższa odległość spalarni w innym województwie, jak również brak mocy przerobowych, czy wreszcie brak spalarni w danym województwie. Nie można zatem, bez szczegółowej analizy sytuacji w danym

województwie przyjąć, że na etapie realizacji umowy odpady będą musiały być kierowane do konkretnej instalacji. Należy również podkreślić, że ocena mocy przerobowej spalarni musiałyby mieć miejsce w oparciu o dane obiektywnie możliwe do

zweryfikowania, np. w oparciu o dane z urzędu sprawujące nadzór nad działaniem instalacji. Wykonawca nie ma bowiem prawnych możliwości uzyskania pełnej informacji od instalacji o zawartych umowach, której nie prowadzi. Ponieważ w swz nie zostały przez zamawiającego określone dostępne moce przerobowe spalarni w Sandomierzu, jak również nie mógł on zagwarantować, że spalarnia będzie odbierać odpady wytworzone w całym okresie realizacji umowy, to wykonawcy mogli kierować się informacjami z rynku, w tym potwierdzonym w piśmie Urzędu Marszałkowskiego brakiem możliwości skierowania do spalarni w Sandomierzu wszystkich wytworzonych na terenie województwa świętokrzyskiego odpadów medycznych i weterynaryjnych.

Izby uznała, że nie było możliwe stwierdzenie naruszenia zasady bliskości, wyłącznie w oparciu o oświadczenia złożone w ofertach. Z jednej strony, nie mogło rodzić negatywnych skutków dla konsorcjum ECO-ABC/ECO Clean Sp. z o.o. oświadczenie konkurenta o zarezerwowaniu dla zamawiającego mocy przerobowych. Skoro inni wykonawcy nie mają możliwości zawarcia umowy ze spalarnią, na co wskazywali przystępujący i zamawiający, to oświadczenie to miało wyłącznie znaczenie dla oferty odwołującego. Z drugiej strony zamawiający powinien mieć na uwadze ograniczenia wynikające z możliwości tej spalarni. Zamawiający nie wymagał przedstawienia w ofercie informacji o dostępnych mocach przerobowych, co w zasadzie uniemożliwiało stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, iż odpady wyprodukowane w ramach obecnego zamówienia będą mogły być przekazane w całości do spalarni w Sandomierzu przez cały okres świadczenia usługi. Sama deklaracja wykonawcy ubiegającego się o zamówienie nie miała rozstrzygającego znaczenia. Istotne w ocenie składu orzekającego były informacje z Urzędu Marszałkowskiego, określające ilości odpadów wytwarzanych na terenie województwa, jak również moc przerobową spalarni, jako niewystarczającą dla odebrania wszystkich produkowanych na terenie województwa odpadów medycznych.

W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy na dzień składania ofert nie było wymagane uzyskanie potwierdzenia co do dostępnych mocy przerobowych, zamawiający nie miał możliwości ustalenia, iż do naruszenia zasady bliskości doszło w momencie złożenia oferty. Ponieważ odwołujący wskazywał na niezgodność treści oferty z wymaganiami, to dla odrzucenia oferty konieczne było wykazanie, że nie będzie zachodziła potrzeba skierowania odpadów na teren innego województwa, a takiej inicjatywy odwołujący nie podjął.

Mając na uwadze potrzebę uwzględnienia zmieniających się uwarunkowań realizacji usługi, na które wpływ ma ustalenie stopnia w jakim istniejąca na terenie województwa instalacja posiada już wykorzystane moce przerobowe, nie jest możliwe stwierdzenie, iż odpady nie będą musiały być kierowane do innych instalacji z poszanowaniem przepisów właściwych. Sam odwołujący potwierdził, iż spalarnia jaką posiada na terenie województwa (jedyna) nie

posiada wystarczających mocy przerobowych dla ilości odpadów medycznych i weterynaryjnych wytwarzanych na terenie województwa, a tym samym jej wskazanie nawet w jego ofercie nie przesądzało, iż w trakcie świadczenia usługi nie zajdzie konieczność przekazania odpadów do innej instalacji.

W sytuacji gdy ofertę w postępowaniu składa podmiot prowadzący jedyną instalację na terenie województwa zachodzą uzasadnione obawy o możliwość ograniczenia konkurencji wyłącznie do tego podmiotu. Wskazuje na to również obecne odwołanie. Ocena stanu faktycznego wynikającego z prowadzonej w Sandomierzu spalarni miała już swój wyraz w wyroku KIO 702/23, dotyczącym odwołania konsorcjum w składzie z zarządzającym spalarnią. Tam również skład orzekający dostrzegł konsekwencje zarzutów naruszenia zasady bliskości określonej w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, wskazując na możliwość podejmowania decyzji co do sposobu wykorzystania spalarni, tak aby zapewnić sobie uzyskanie i realizację zamówień.

Dopuszczenie do monopolizacji postępowań przez podmioty prowadzące instalacje nie może być niczym tłumaczone. Brak możliwości podpisania umowy z jedyną spalarnią na terenie województwa z uwagi na ograniczenia jej mocy przerobowych, potwierdza iż część odpadów już teraz jest kierowana do innych instalacji. Ponieważ zamawiający nie wprowadzał kryteriów oceny ofert powiązanych z odległością spalarni, jak również nie żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych, na podstawie których byłoby możliwe ustalenie, że odpady będą mogły być przekazane do spalarni na terenie województwa, nie było możliwym stwierdzenie, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca: