

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

Po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA spółka akcyjna z siedzibą w Żyrardowie, ul. Jaktorowska 15a i Promarol-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie, Ciepeliówek 2 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. J.M. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 213

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm: ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7 i ECO CLEAI ENERGY spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7

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 i Promarol-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie, Ciepeliówek 2 i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA spółka akcyjna z siedzibą w Żyrardowie, ul. Jaktorowska 15a i Promarol-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sławie, Ciepeliówek 2 tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego.
- 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:

Sygn. akt KIO 2344/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

„Usługa odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych z Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego przy ul. Borowskiej i wyb. Pasteura we Wrocławiu oraz ul. Wrocławskiej w Strzelnie przez okres 12 miesięcy” zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu, które ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2024 r. pod numerem Dz.U. S: 81/2024 244665-2024

Zamawiający w dniu 24 czerwca 2024 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC.

W dniu 4 lipca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EMKA SA z siedzibą w Żyrardowie, ul. Jaktorowska 15a i Promarol-Plus Spzoo z siedzibą w Sławie, Ciepeliówek 2 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez lidera, działającego w oparciu o pełnomocnictwa udzielone liderowi. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC jako najkorzystniejszej podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ECO – ABC jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO-ABC jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy ,
- 3) nakazanie zamawiającemu 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 oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która jest ważna, została złożona w sposób zgodny z wymaganiami ustawy oraz

zamawiającego opisanymi w treści SWZ, w tym spełnia wymagania ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1587 ze zm.), dalej „ustawa o odpadach” oraz warunki udziału w postępowaniu.

Tymczasem zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ECO – ABC, która to oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z zasadą bliskości wynikającą z ustawy o odpadach.

Na skutek tego 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, oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC zostałaby odrzucona, co doprowadziłoby do sytuacji, w której najkorzystniejszą byłaby oferta złożona przez odwołującego. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w bezpośredniej szansie pozyskania tego zamówienia oraz osiągnięcia korzyści ekonomicznych w przypadku jego uwzględnienia.

W konsekwencji, dwie wymagane treścią art. 505 ust. 1 ustawy przesłanki materialno-prawne zostały kumulatywnie spełnione, tj.:

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku poszanowania tzw. „zasady bliskości”, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach (więcej na temat zasady bliskości w dalszej części odwołania).

Zaznaczył, że pogląd, że każdy przypadek niezgodności oferty z zasadą bliskości powinien skutkować odrzuceniem takiej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia jest ugruntowany w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Taki pogląd potwierdzają np. wyroki wydane w sprawach o sygnaturach: KIO 3161/22, KIO 503/23, KIO 517/23, KIO 927/23, KIO 3782/23, KIO 3834/23, KIO 3936/23, KIO 211/24).

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych z Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego przy ul. Borowskiej i wyb. Pasteura we Wrocławiu oraz ul. Wrocławskiej w Strzelinie przez okres 12 miesięcy. Sposób świadczenia tych usług reguluje m.in. ustawa o odpadach i akty wykonawcze do ww. ustawy. Nie jest on swobodnie wybierany przez któregośkolwiek uczestnika w procesie wytwarzania, transportu czy też unieszkodliwiania odpadów medycznych. Ustawa o odpadach reguluje m.in. w jakim miejscu muszą zostać unieszkodliwione odpady medyczne wytworzone przez wytwórcę jakim jest zamawiający. Zamawiający nie jest władny swobodnie zmieniać powyższych zasad, w tym przez treść SWZ lub pomijanie postawionych przez siebie warunków zamówienia w treści SWZ.

Miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez zamawiającego wskazane w treści oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC jest niezgodne z treścią SWZ i wynikającą z niej zasadą bliskości, na skutek czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę. Poniżej Odwołujący opisze szczegółowo treść SWZ, wynikającą z niej zasadę bliskości uregulowaną w ustawie o odpadach, niezgodność treści oferty Konsorcjum ECO - ABC z warunkami zamówienia oraz zaniechania zamawiającego.

Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa dolnośląskiego i na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne. W tym miejscu należy od razu zaznaczyć, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych, co stanowi relewantny fakt dla stosowania art. 20 ustawy o odpadach, o czym niżej.

Zamawiający jako gospodarz postępowania ustalający jego wiążące reguły – zarówno dla wykonawców, jak i dla siebie – w treści SWZ wskazał następujące warunki zamówienia odnoszące się do konieczności respektowania postanowień ustawy o odpadach, a w szczególności zawartej w niej (w art. 20) zasady bliskości:

1) Rozdział V ust. 1 SWZ:

„Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania żąda przedmiotowych środków dowodowych:

Kserokopie zaświadczenia/dokument równoważny wystawiony przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, z treści którego wynikać będzie, że spalarnia w której Wykonawca będzie unieszkodliwiał wytwarzane przez zamawiającego odpady medyczne objęte przedmiotem zamówienia, jest eksploatowana i działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska.” 2) Załącznik nr 1 do SWZ – projektowane postanowienia umowne - §3 ust. 3 pkt 1):

„Zamawiający wymaga, aby usługa wykonywana była zgodnie z postanowieniami:

1) Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.];”.

3) Załącznik nr 1 do SWZ – projektowane postanowienia umowne - §3 ust. 21:

„Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów w zakładzie utylizacji o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od zamawiającego w ilości podanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia [dalej jako: SWZ], zgodnie z ustawą z dnia

14 grudnia 2012 r. o odpadach [t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).”

4) Załącznik nr 1 do SWZ – projektowane postanowienia umowne - §3 ust. 26 pkt 8):

„Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania norm i wewnętrznych regulacji zamawiającego, mających zastosowanie podczas realizacji Umowy, które Zamawiający przekaże Wykonawcy w wersji elektronicznej po zawarciu Umowy. Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do:

8) unieszkodliwiania odpadów w spalarni, spełniającej wszelkie wymogi ochrony środowiska, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji Umowy unieszkodliwiać odpady medyczne metodą D10 i utrzymywać spalarnię [w której unieszkodliwiane będą odpady, będące przedmiotem tej Umowy], znajdującą się na terenie województwa _____ w miejscowości _____, w ciągłej eksploatacji.”

5) Załącznik nr 2 do SWZ – Formularz oferty – pkt 3 i 4:

„3. OŚWIADCZAMY, że miejsce unieszkodliwiania odpadów znajduje się (podać miejsce):

..... tj. km od siedziby zamawiającego.

4. OŚWIADCZAMY, że wskazana instalacja posiada wolne moce przerobowe.” 6) Załącznik nr 2B do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – pkt 2 ppkt 1):

„Zamawiający wymaga, aby usługa wykonywana była zgodnie z postanowieniami:

1) Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.);” 7) Załącznik nr 2B do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – pkt 21:

„Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów w zakładzie utylizacji o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od zamawiającego w ilości podanej w SWZ, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.) – gdzie Wykonawca oświadcza w tej umowie, że spełnia ten warunek.” 8) Załącznik nr 2B do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia – pkt 26 ppkt 8):

„Ze względu na przedmiot umowy Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania norm środowiskowych, a w szczególności do:

8) unieszkodliwiania odpadów w spalarni, spełniającej wszelkie wymogi ochrony środowiska, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji umowy unieszkodliwiać odpady medyczne metodą D10 i utrzymywać spalarnię (w której unieszkodliwiane będą odpady, będące przedmiotem tej umowy), znajdującą się na terenie województwa _____ w miejscowości _____, w ciągłej eksploatacji.”

W ocenie odwołującego, treść SWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że zamawiający oczekiwał, że zarówno oferta, jak i realizacja umowy, muszą być zgodne z ustawą o odpadach i wynikającą z tejże ustawy zasadą bliskości opisaną w art. 20 (Dział II Rozdział 3). Przywołane powyżej wymagania zamawiającego opisane w treści SWZ stanowią ustanowione przez niego warunki zamówienia, którymi zamawiający był związany na etapie badania i oceny oferty.

Wobec zamieszczenia w treści SWZ odesłania do ustawy o odpadach i wynikającej z niej zasady bliskości (por. pkt 7), odwołujący uznał, że zamawiający miał świadomość istnienia omawianej zasady, wymóg ten nie przestał w przedmiotowym postępowaniu obowiązywać, jest dalej wiążący i stanowi treść dokumentacji postępowania.

Odwołujący zaoferował (pkt 3 formularza oferty) unieszkodliwianie odpadów medycznych w Ciepielówku (województwo lubuskie, operatorem instalacji w Ciepielówku jest członek konsorcjum, tj. Promarol-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Ciepielówku), w odległości 121 km od miejsca wytwarzania odpadów (siedziba główna zamawiającego), czyli ul. Borowskiej 213, 50-556 Wrocław (województwo dolnośląskie). Biorąc pod uwagę, że instalacja posiada wolne moce przerobowe (co potwierdza w szczególności oświadczenie zawarte w pkt 4 formularza oferty odwołującego), oferta pozostaje zgoda z warunkami zamówienia i wynikającą z nich zasadą bliskości.

Konsorcjum ECO - ABC zaoferowało (pkt 3 formularza oferty) unieszkodliwianie odpadów medycznych:

a) w Krakowie (województwo małopolskie) w odległości 276 km od miejsca wytwarzania odpadów o kodach 180101, 180102*, 180103*, 180104, 180106*, 180107, 180108*, 180109, 180182* (siedziby głównej zamawiającego), czyli ul. Borowskiej 213, 50-556 Wrocław (województwo dolnośląskie),

b) w Tczewie (województwo pomorskie) w odległości 421 km od miejsca wytwarzania odpadów o kodzie 180110* (siedziby głównej zamawiającego), czyli ul. Borowskiej 213, 50-556 Wrocław (województwo dolnośląskie)

Konsorcjum ECO – ABC w dołączonym do oferty oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy) wskazało, że wykonawca ”ECO–ABC” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą 97400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 zrealizuje odbiór i transport odpadów objętych zamówieniem, a także unieszkodliwi odpady o kodzie 180110* w spalarni w Tczewie, ul. 30 Stycznia 57/58, posiadającej wolne moce przerobowe. Drugi wykonawca - ECO CLEAN ENERGY SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą 97-4 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 – zrealizuje przyjęcie i unieszkodliwienie odpadów o kodach: 180101, 180102*, 180103*, 180104, 180106*, 180107, 180108*, 180109, 180182* w spalarni zlokalizowanej w Krakowie, ul. Dymarek, posiadającej wolne moce przerobowe.

Odwołujący podniósł, że instalacja w Ciepielówku jest eksploatowana, działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska i ma wolne moce przerobowe niezbędne do unieszkodliwiania odpadów wytworzonych przez zamawiającego (potwierdzają to w szczególności oświadczenie odwołującego zawarte w pkt 4 formularza oferty, jak również

zaświadczenie z Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska przedłożone jako przedmiotowy środek dowodowy zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 SWZ – do których to informacji zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń na etapie oceny ofert).

Zamawiający na etapie oceny ofert dysponował informacjami, które potwierdzały, że jest możliwe unieszkodliwianie odpadów, które zostaną wytworzone w ramach realizacji zamówienia na terenie województwa dolnośląskiego w instalacji najbliższej położonej – w związku z brakiem instalacji na terenie województwa dolnośląskiego – w Ciepłówku, a to oznaczało, że:

1) W zaistniałym stanie faktycznym, w związku z dyspozycją art. 20 ust. 6 zdanie drugie ustawy o odpadach, jedynym zgodnym z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach miejscem unieszkodliwiania odpadów jest instalacja w Ciepłówniku.

2) Nie jest możliwe unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa dolnośląskiego w innych, dalej zlokalizowanych niż Ciepłównik, instalacjach.

3) Oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC przewidująca unieszkodliwianie odpadów w instalacji poza terenem województwa dolnośląskiego, która nie jest położona najbliższej, jako naruszająca zasadę bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach, jest niezgodna z warunkami zamówienia (wskazanymi we wcześniejszej części odwołania) i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający zamiast odrzucić ofertę Konsorcjum ECO – ABC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, wybrał ofertę złożoną przez ww. konsorcjum jako najkorzystniejszą. Jednocześnie dokumenty udostępnione odwołującemu nie wskazują, że zamawiający dokonał badania i weryfikacji spełniania wymagań zasady bliskości i uznał, że zachodzi wyjątek od zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach. Zamawiający nie dokonał jednak jakiegokolwiek weryfikacji ofert w zakresie spełniania warunku zamówienia odnoszącego się do zasady bliskości. W szczególności, zamawiający wybierając ofertę Konsorcjum ECO-ABC jako najkorzystniejszą w postępowaniu, przeszedł obojętnie wobec faktu, że posiada informacje (zawarte w ofercie odwołującego), które potwierdzają niezgodność oferty Konsorcjum ECO-ABC z art. 20 ustawy o odpadach, tj. że jest możliwe unieszkodliwianie odpadów bliżej, niż wskazało to w swojej ofercie Konsorcjum ECO-ABC. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena ofert w oparciu o wszystkie informacje, którymi dysponuje zamawiający, w tym o treść wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący poinformował zamawiającego w trakcie oceny ofert (w dniu 10 czerwca 2024 r.) o niezgodności oferty złożonej przez Konsorcjum ECO-ABC z art. 20 ustawy o odpadach. Odwołujący wskazał, że w tym samym piśmie odwołujący zwrócił zamawiającemu m.in. uwagę na fakt, że bliżej od miejsca wytworzenia odpadów – niż obie instalacje w Tczewie i Krakowie zaoferowane przez Konsorcjum ECO-ABC – są funkcjonujące instalacje zlokalizowane w:

1) Koninie (województwo wielkopolskie) – 200 km od siedziby zamawiającego.

2) Dąbrowie Górniczej (województwo śląskie) – 224 km od siedziby zamawiającego.

3) Chrzanowie (województwo małopolskie) – 227 km od siedziby zamawiającego.

Zamawiający zaniechał jednak zweryfikowania czy instalacja zaoferowana przez odwołującego lub któraś z ww. instalacji nie ma wolnych mocy przerobowych na skutek czego najbliższą instalacją (zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości wynikającym z ustawy o odpadach oraz hierarchią miejsc unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych) byłaby co najmniej instalacja wskazana przez Konsorcjum Eco – Abc zlokalizowana w Krakowie (położona dużo bliżej niż Tczew). Zaniechanie zamawiającego jest tym bardziej rażące, że zdecydowało o wyniku postępowania.

Odwołujący omówił przywoływaną wielokrotnie w treści tego odwołania zasadę bliskości. Omawiana zasada znalazła swoje odzwierciedlenie w normie prawnej zawartej w ustawie o odpadach. Kluczowy jest tutaj art. 20 ustawy o odpadach opisujący zasadę bliskości (Dział II, Rozdział 3). Przepis ten opisuje, gdzie (w jakim miejscu, na terenie jakiego województwa należy dokonywać unieszkodliwiania odpadów medycznych i w jakiej kolejności).

Odnosząc się do ustawy o odpadach i art. 20, to stosownie do ww. przepisu:

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 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej 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 samego 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.

Zasada bliskości składa się: 1) z zasady, 2) trzech wyjątków od zasady bliskości.

Jak się podkreśla w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadą jest unieszkodliwianie odpadów medycznych w miejscu ich wytworzenia, a od tej zasady są trzy wyjątki.

Tytułem przykładu dla powyższego (jednoznacznego) rozumienia zasady bliskości przez KIO można przywołać stanowisko KIO z dnia 13 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3161/22.

W przedmiotowym stanie faktycznym konkretyzacja normy prawnej zawartej w omawianym przepisie winna być następująca. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy odpady mogą być przetworzone w miejscu ich powstania (art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach in principio). Jeżeli nie, wówczas, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, odpady należy przekazać do najbliższych miejsc, w których mogą być przetworzone. Przepis art. 20 ust. 2 in fine winien być interpretowany łącznie z art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach, który zakazuje unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Niemniej zakaz doznaje osłabienia w postaci trzech wyjątków, wymienionych w przywołanym wyroku powyżej. Odwołując się do zastosowanej tam numeracji, pierwszy wyjątek nie ma zastosowania w sprawie, bowiem nie występuje element hipotezy przepisu, tj. brak miejsca unieszkodliwiania odpadów położonego na obszarze tego samego województwa. Z tych samych powodów nie znajduje zastosowanie wyjątek opisany w pkt. 3. W konsekwencji rozpoznaniu i zastosowaniu podlega drugi wyjątek – na terenie województwa miejsca wytworzenia odpadów brak jest instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych a tym samym odpady te powinny zostać unieszkodliwione w instalacji położonej najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów.

Intencja przepisu jest klarowna: jeżeli odpady nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, należy je przekazać w miejsca, w których będą mogły być poddane takiej operacji, przy czym miejsca takie mają spełniać dwa kryteria: technologiczne - mają odpowiadać wymaganiom określonym w art. 143 Prawa ochrony środowiska, oraz odległościowe - mają być położone najbliżej miejsca powstania odpadów. Innymi słowy, ze względu na swój charakter (niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia ludności oraz środowiska naturalnego) zakaźne odpady medyczne nie powinny być przewożone do unieszkodliwiania dalej, niż jest to możliwe.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ECO – ABC będzie unieszkodliwiać odpady medyczne odebrane od zamawiającego w Krakowie (276 km od Wrocławia) lub Tczewie (421 km od Wrocławia), czyli na terenie odpowiednio województwa małopolskiego lub pomorskiego, w instalacjach, które nie są najbliżej położone od miejsca wytwarzania odpadów (taką najbliżej zlokalizowaną instalacją posiadającą wolne moce przerobowe jest bowiem Ciepeliówek znajdujący się na terenie województwa lubuskiego w odległości jedynie 121 km od Wrocławia, a więc ponad dwa razy bliżej niż Kraków, a niemal cztery razy bliżej niż Tczew).

W związku z tym, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona oferta, gdzie zostało zaoferowane unieszkodliwianie odpadów medycznych w instalacji obiektywnie najbliżej położonej od miejsca wytworzenia odpadów (w Ciepeliówku, województwo lubuskie), odpady medyczne wytworzone przez zamawiającego muszą zostać unieszkodliwione w instalacji do unieszkodliwiania odpadów położonej najbliżej od miejsca ich wytworzenia.

Zamawiający w warunkach zamówienia opisanych w treści SWZ, przywołanych powyżej, żądał aby usługa będąca przedmiotem tego zamówienia była realizowana m.in. zgodnie z zasadą bliskości zawartą w ustawie o odpadach, a jeśli nie można zastosować zasady wynikającej z zasady bliskości (unieszkodliwienie odpadów na terenie województwa ich wytworzenia, ze względu na brak instalacji na terenie województwa dolnośląskiego) to odpady wytworzone przez zamawiającego powinny zostać unieszkodliwione zgodnie z jednym z trzech wyjątków od zasady bliskości).

Każda ze złożonych w postępowaniu ofert powinna być zgodna z co najmniej jednym wyjątkiem od zasady bliskości, określonym w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Oferta odwołującego jest zgodna z wyjątkiem zawartym w art. 20 ust. 6 zd. drugie ustawy o odpadach (najbliżej zlokalizowana instalacja poza terenem województwa dolnośląskiego). Oferta Konsorcjum ECO-ABC nie jest zgodna z ani jednym wyjątkiem określonym w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Zamawiający na etapie badania ofert powinien zweryfikować miejsce unieszkodliwiania odpadów zawarte we wszystkich złożonych ofertach pod kątem zgodności z zasadą bliskości (w tym celu żądał m.in. wskazania w formularzu oferty w pkt 3 lokalizacji instalacji wraz z odległością w km od siedziby zamawiającego, w pkt 4 oświadczenia na temat wolnych

mocy przerobowych instalacji, jak również przedmiotowego środka dowodowego z Rozdziału V ust. 1 SWZ).

Zamawiający nie dokonał żadnej weryfikacji w zakresie zgodności oferty Konsorcjum ECO – ABC z ustawą o odpadach (w tym art. 20). Jest to tym bardziej rażące, że o niezgodności oferty Konsorcjum ECO-ABC świadczyły wprost dokumenty złożone przez odwołującego, tj. treść jego oferty oraz treść pisma z dnia 10 czerwca 2024 r. (do których zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń, nie podejmując nawet próby polemiki z zawartymi tam informacjami). W skrócie, zamawiający przeszedł obojętnie obok treści złożonych ofert, postawionych przez siebie warunków zamówienia i obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający dokonując wyboru oferty Konsorcjum ECO – ABC nie przestrzega zarówno powszechnie obowiązującego prawa, jak i ustalonych przez siebie warunków zamówienia w SWZ. Zamawiający dokonując wyboru oferty Konsorcjum ECO – ABC dopuścił się obrazy przepisu prawa materialnego, o którym mowa w art. 20 ustawy o odpadach, w konsekwencji zaś – art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Na takie postępowanie odwołujący nie może wyrazić zgody. Odwołujący wskazał, że zasada bliskości nie jest novum w przepisach dotyczących unieszkodliwiania odpadów. Odwołujący wskazał na brzmienie art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

Na tle ustawy z 2001 r. kontrolę przeprowadziła Najwyższa Izba Kontroli, która w sposób jednoznaczny wskazała, że zasada bliskości wyrażona w uchylonej ustawie, ale powtórzona w ustawie o odpadach, jest poza władztwem zamawiającego z uwagi na to, że przepis był i pozostaje bezwzględnie obowiązującym. W tym miejscu odwołujący zamieścił cytat z informacji o wyniku kontroli prowadzonej przez NIK w Szpitalu Wojewódzkim we Włocławku.

Istota bliskości postępowania z odpadami niebezpiecznymi została wyrażona również w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Trybunał w wyroku z dnia 4 marca 2010 r. wskazał, że „niektóre rodzaje odpadów mogą być na tyle specyficzne - jak na przykład odpady niebezpieczne - że celowe może być dokonanie reorganizacji gospodarki nimi, tak aby ich unieszkodliwianie odbywało się w ramach jednej lub kilku struktur na poziomie krajowym, a nawet - jak stanowią wprost art. 5 ust. 1 i art. 7 ust. 3 dyrektywy 2006/12 - w ramach współpracy z innymi państwami członkowskimi. Jednakże Trybunał miał już sposobność, by podkreślić, że jednymi z najistotniejszych działań, jakie państwa członkowskie winny podejmować w ramach ciężącego na nich na mocy dyrektywy 2006/12 zobowiązania do przygotowania planów gospodarki odpadami mogących obejmować w szczególności środki w celu wspierania racjonalizacji, zbierania, sortowania oraz przetwarzania odpadów, są działania przewidziane w art. 5 ust. 2 tej dyrektywy, a mianowicie działania w zakresie dążenia do przetwarzania odpadów w jednym z najbliższych urzędów.”. Jak słusznie wskazał TSUE w wyroku z dnia 12 grudnia 2013 r. C-292/12, w stosunku do odpadów przeznaczonych do unieszkodliwiania i zmieszanych odpadów komunalnych niezbędne staje się ograniczenie ich transportu.

Zamawiający wybierając ofertę Konsorcjum ECO – ABC, której treść wskazuje na unieszkodliwianie odpadów w instalacjach zlokalizowanych odpowiednio ponad 2 razy (Kraków) i niemal 4 razy (Tczew) dalej niż jest to możliwe (w instalacji w CiepłóWKu zaoferowanej przez odwołującego), postępuje contra legem i wbrew stanowisku TSUE, którym to stanowiskiem sądy poszczególnych państwa członkowskich są związane.

Tak jak zostało to wskazane powyżej, instalacją posiadającą wolne moce przerobowe niezbędne do unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez zamawiającego, umożliwiającą realizację zamówienia, położoną najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów przez zamawiającego jest instalacja w CiepłóWKu, która została zaoferowana przez odwołującego.

To treść ofert, a konkretnie zaoferowana przez wykonawcę instalacja lub instalacje i miejsce ich położenia, stanowią praktyczne wdrożenie „zasady bliskości”. Skoro ustawodawca zdecydował, że zasadą jest poddanie przetwarzania odpadów w miejscu ich powstania, a wyjątki od tej zasady wynikają z wyraźnych regulacji ustawowych (które należy wyklądać – jako wyjątki od zasady – zawężająco), to ocena, czy zachodzą te wyjątki i sposób ich stosowania nie może być dowolny. Rola zamawiającego sprowadza się do ustalenia, czy zastosowanie znajdzie zasada, czy wyjątek, a jeżeli wyjątek – ustalenie miejsca najbliższego położonego, co w najprostszej konfiguracji (co zaistniało w postępowaniu) polega na porównaniu wartości wyrażających odległość, a wskazanych przez wykonawców w ofertach. Jednocześnie zamawiający nie może bagatelizować brzmienia przepisów prawa i postawionych przez siebie warunków zamówienia kierując wyłącznie dążeniem do wygenerowania oszczędności w wyniku przetargu.

W dniu 4 lipca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 lipca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm: ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7 i ECO CLEAN ENERGY spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ świadczy usługi w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia i jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może pozbawić przystępującego zamówienia i narazić go na poniesienie szkody. zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia

8 lipca 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika konsorcjum, działającego na podstawie ciągu pełnomocnictw załączonych do odwołania. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

W dniu 22 lipca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości.

Zarzut przedmiotowego odwołania sprowadza się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy wobec, zdaniem odwołującego, niezgodności treści wybranej przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi przestrzegania tzw. „zasady bliskości” wynikającej z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.]. W opinii zamawiającego przywołany powyżej artykuł tzw. „zasada bliskości” nie ma związku z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty i nie stanowi podstawy odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał, że Specyfikacja Warunków Zamówienia w pkt V stanowi:

„1. Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania żąda przedmiotowych środków dowodowych:

1) Kserokopie zaświadczenia/dokument równoważny wystawiony przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, z treści którego wynikać będzie, że spalarnia w której Wykonawca będzie unieszkodliwiał wytwarzane przez zamawiającego odpady medyczne objęte przedmiotem zamówienia, jest eksploatowana i działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska.”

Powyższy przedmiotowy środek dowodowy stanowi potwierdzenie przez uprawniony do tego organ, że wskazywane przez potencjalnych wykonawców instalacje do unieszkodliwiania odpadów medycznych działają zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie ochrony środowiska. Przedmiotowy środek dowodowy nie odnosił się w żaden sposób do weryfikacji „zasady bliskości”, zarówno w zakresie odległości instalacji od miejsca siedziby zamawiającego, czy też w zakresie mocy przerobowych instalacji, co ze względu na jego charakter nie było nawet możliwe. Zamawiający podkreślił, że przywoływane przez odwołującego zapisy umowne oraz postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia, także ze względu na fakt, w jakim dokumencie zostały umieszczone, odnoszą się ogólnie do realizacji usługi zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach i stanowią obowiązek Wykonawcy ale już w trakcie realizacji zamówienia czyli po zawarciu umowy. Nie stanowią natomiast przedmiotu weryfikacji czy też oceny zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższą intencję zamawiającego potwierdza także fakt nie formułowania przez niego kryterium, które weryfikowałoby faktyczną lokalizację kwestionowanej obecnie przez odwołującego instalacji, w której miałyby następować unieszkodliwianie odebranych od zamawiającego odpadów medycznych. Co więcej w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego firma ECO-ABC Sp. z o.o., w oparciu o art. 135 ust. 1 ustawy wystąpiła o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, jednocześnie składając propozycję wprowadzenia dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert tj. „Odległość do spalarni”. W odpowiedzi z dnia 22 maja 2024 r. zamawiający pozostawił dotychczasowe kryteria ocen bez zmian, tym samym potwierdził jednoznacznie, że jego intencją nie jest weryfikowania „zasady bliskości” już na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

DOWÓD:

Pytanie ECO-ABC Sp. z o.o. z dnia 9 maja 2024 r.

Odpowiedź zamawiającego z dnia 22 maja 2024 r.

Przechodząc do dalszych zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia tj. pkt VIII: Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ppkt 1.2) oraz pkt IX: Wykaz podmiotowych środków dowodowych ppkt 2.2c) , w żadnym z tych zapisów zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do lokalizacji instalacji, w której będą utylizowane odpady medycznej odbierane od zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, określane przez zamawiającego, a czym innym jest zapewnienie zgodności realizacji umowy z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym także ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Z samego faktu wskazania instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych w nie najbliższej położonej instalacji od miejsca wytwarzania odpadów nie wynika automatycznie naruszenie „zasady bliskości”, która podlega kontroli dopiero na etapie realizacji umowy. Zresztą jak wynika z samej ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zasada ta nie ma charakteru bezwzględny, ponieważ przewiduje następujące wyjątki:

- 2) brak instalacji w województwie wytworzenia odpadów,
- 3) większa bliskość miejsca utylizacji od instalacji w województwie ich wytwarzania,
- 4) brak mocy przerobowej w najbliższej instalacji.

W okolicznościach tego postępowania, żadne postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia, co do warunków udziału w postępowaniu nie przenoszą się wprost, czy nawet pośrednio do sposobu realizacji umowy. Natomiast zamawiający gwarantuje sobie wykonanie umowy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez zamieszczenie odwołania do przedmiotowej ustawy w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, do realizacji, których wykonawca zobowiązuje się pkt. 9 Formularza oferty. Tym samym, zamawiający w całej dokumentacji

przetargowej nie umieścił jakiegokolwiek postanowienia nakładającego na wykonawców obowiązek wykazania spełniania „zasady bliskości”, co do instalacji, gdzie będą utylizowane odpady, a w szczególności postanowienia przewidującego przedmiotowy środek dowodowy mający na celu weryfikację na etapie oceny i badania ofert warunku realizacji zamówienia, co dodatkowo potwierdził zamawiający odmawiając wprowadzenia pozacenowych kryteriów oceny ofert. Stąd też w ocenie zamawiającego należy wnioskować, że weryfikacja „zasady bliskości” nie miała następować w momencie oceny ofert lecz w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający ponownie podkreślił, że „zasada bliskości” nie ma charakteru absolutnego, a zamawiający organizując i rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest również do przestrzegania zasady konkurencyjności złożonych ofert. Każda z tych zasad jest bowiem zasadą wzajemnie równorzędną i stosowanie jednej z nich nie wyklucza stosowania drugiej. Zarówno jedna, jak i druga zasada nie są zasadami wzajemnie się wykluczającymi, jak i żadna z nich nie ma charakteru bezwzględnego. Zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, ale jednocześnie zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W związku z powyższym zamawiający ma obowiązek poszanowania w równym stopniu zasady uczciwej konkurencji jak i obowiązujących przepisów prawa.

Przechodząc dalej, aby można było mówić o konieczności odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy należy przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty z warunkami zamówienia. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że w całej dokumentacji tego postępowania o udzielenie zamówienia, o ile znajdują się odwołania to dotyczą one w całości ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a nie konkretnej „zasady bliskości”. Jednak postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia należy interpretować z uwzględnieniem ich literalnego brzmienia i nie jest zasadnym z jednego ograniczenia wywodzić kolejne, jeśli wprost nie zostało ono w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia wyartykułowane. Taka interpretacja postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia byłaby bowiem interpretacją dowolną [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 716/22]. A więc istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy ma zatem literalne brzmienie Specyfikacji Warunków Zamówienia. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez odwołującego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być zatem stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W okolicznościach tego postępowania, dokumentacja przetargowa nie posiada regulacji mieszczących się w ramach przedmiotowych środków dowodowych uzasadniających weryfikację przestrzegania „zasady bliskości” na etapie oceny ofert, a więc nie sposób tylko na podstawie oświadczenia potencjalnego wykonawcy, co do dysponowania instalacją przeznaczoną do utylizacji odpadów medycznych stwierdzać, że zasada ta nie będzie przestrzegana podczas faktycznej realizacji zamówienia.

Jak już wskazywano powyżej, postanowienia, zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia nie zawierają bezpośredniego odwołania do „zasady bliskości” wynikającej z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Oznacza to, że intencją było, aby weryfikacja „zasady bliskości” nastąpiła w okresie obowiązywania umowy i dotyczyła sposobu realizacji umowy, bo dopiero na tym etapie może być realnie kontrolowana.

W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której odrzucenie oferty potencjalnego wykonawcy uzależnione byłoby od treści oferty innego potencjalnego wykonawcy. Trudno zgodzić się i przyjąć za prawidłowe stanowisko, że potencjalny wykonawca nie jest w stanie ocenić czy może złożyć ofertę spełniającą warunki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy potencjalny wykonawca powinien tylko i wyłącznie na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia ocenić czy spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz spełnia warunki realizacji zamówienia składając ofertę. Ocena możliwości skutecznego złożenia oferty nie może być uzależniona od treści oferty potencjalnego innego wykonawcy, a przyjmując retorykę odwołującego należałoby uznać, że sam wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy jego oferta spełnia warunki postępowania i nie będzie podlegała odrzuceniu, bo zależne byłoby to od:

- 1) po pierwsze samego faktu czy wpłynęła jakakolwiek inna oferta,
- 2) po drugie od treści oferty potencjalnego innego wykonawcy, gdzie w niektórych sytuacjach oferta podlegałaby

odrzuconiu, bo inny potencjalny wykonawca zaproponowałby lokalizację instalacji utylizacji odpadów medycznych bliżej, w innych sytuacjach oferta o identycznej treści nie podlegałaby odrzuceniu, bo inny potencjalny wykonawca zaproponowałby przedmiotową instalację zlokalizowaną dalej.

Zamawiający podkreślił, że ze względów sanitarnych i epidemiologicznych wywóz i utylizacja odpadów medycznych jest konieczna i niezbędna dla bezpiecznego funkcjonowania podmiotu leczniczego. Jednocześnie złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obowiązkiem. W związku z tym, w okolicznościach opisanych w pkt 1) powyżej można wyobrazić sobie sytuację, w której oferty nie składa podmiot mający możliwość utylizacji odpadów medycznych w instalacji zlokalizowanej w województwie ich wytworzenia ze względu na wolne moce przerobowe, natomiast składa ofertę tylko podmiot, który nawiązał współpracę z instalacją poza województwem wytwarzania odpadów medycznych. Mając na uwadze powyższe oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający nie ma podstaw do weryfikacji przestrzegania „zasady bliskości” już na etapie oceny ofert lecz oceny realizacji umowy.

Ponadto zamawiający podkreślił, że przy realizacji zadań związanych z ochroną zdrowia dysponuje środkami publicznymi. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt. 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych [tekst jednolity Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 ze zm.] wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Wydatkowanie środków publicznych wbrew powyższemu zasadą grozi odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Oszczędność wiąże się z obniżeniem w możliwym stopniu wydatków koniecznych na realizację zadania z zastrzeżeniem granicy, w której przełożyłoby się to na spadek jakości działalności. Sformułowane w ustawie o finansach publicznych zasady dokonywania wydatków ze środków publicznych mają zapewnić racjonalizację kosztów, oznaczającą wydajność i skuteczność wydatkowania środków publicznych w związku z realizacją zamierzonego zadania. Racjonalizacja kosztów oznacza dążenie do uzyskania największych oszczędności w nakładach, przy porównywalnym efekcie. Charakter środków związany z koniecznością finansowania konkretnego zadania w konkretnej dziedzinie społecznej bądź gospodarczej, powoduje konieczność zachowania spójności w zakresie wysokości środków zarówno po stronie dochodowej, jak i w każdym miejscu strony wydatkowej [uchwała KRIO w Warszawie z dnia 20 stycznia 2010 r. sygn. akt 26/K/10]. Norma wynikająca z art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy o finansach publicznych jest normą „ius cogens” – bezwzględnie wiążącą zamawiającego. Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, którym jednym z kryteriów oceny była „cena” za wywóz odpadów medycznych zamawiający zobowiązany jest również przestrzegać powyższą normę prawną. Dokonując wyboru oferty droższej o 187.000 zł netto [za pozostałe kryteria oceny ofert odwołujący i przystępujący otrzymali taką samą ilość punktów] zamawiający naruszyłby zasadę nakazującą dokonywania wydatków publicznych w sposób oszczędny. Tym bardziej, że świadczenia opieki zdrowotnej odbywają się z udziałem środków publicznych, a ich racjonalność wydatkowania zapewnia niższe koszty świadczenia usług oraz możliwość sfinansowania specjalistycznego sprzętu medycznego. Ponoszenie wyższych kosztów na usługi konieczne [wywóz i utylizacja odpadów medycznych] ogranicza realizację zadań publicznych w zakresie ochrony zdrowia.

Dowód: Formularz asortymentowo-cenowy z dnia 04.06.2024 r.

Formularz asortymentowo-cenowy z dnia 31.05.2024 r.

Celem wprowadzenie „zasady bliskości” w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, także w zakresie wywozu i utylizacji odpadów medycznych było zapewnienie bezpieczeństwa przez minimalizację ryzyk związanych z rozprzestrzenianiem się chorób, na które narażone jest zdrowie i życie ludzi oraz środowisko, zwłaszcza w trakcie transportu. Mając na uwadze powyższą ideę nie sposób definiować przedmiotowej zasady w sposób zawężający, odnoszący się jedynie do prostego „wyliczenia” odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów, a miejscem ich utylizacji. Zapewnienie bezpieczeństwa w transporcie odpadów medycznych związane jest nie tylko z odległością jaką należy przebyć ale również czasem takiego transportu, czy kategorią dróg jakimi będzie poruszał się transport. Niewątpliwie drogi szybkiego ruchu zapewniają sprawniejszy i szybszy transport zakaźnych odpadów medycznych, neutralizując niebezpieczeństwo pojawienia się ryzyk. Natomiast drogi krajowe generują większe niebezpieczeństwo na drodze, a tym samym większą możliwość pojawienia się ryzyk związanych z przedmiotowym transportem. Zawężenie definiowania „zasady bliskości” jedynie do określenia odległości doprowadza do wypaczenia idei związanej z zapewnieniem bezpieczeństwa przy transporcie odpadów medycznych.

Na marginesie zamawiający wskazał, że wprawdzie w sentencji zarzutów pojawiło się wskazanie naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy, to należy podkreślić, że uzasadnienie odwołania nie zawiera szczegółowego wyjaśnienia na czym to naruszenie miało polegać. To na odwołującym spoczywa obowiązek przedstawienia argumentacji, dlaczego dana okoliczność narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2024 r.; sygn. KIO 3739/23. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z pkt. XXI SWZ kryteria oceny ofert dotyczyły: zaproponowanej ceny oraz możliwości dodatkowego odbioru odpadów medycznych, którymi to kryteriami kierował się zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

SWZ:

V. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania żąda przedmiotowych środków dowodowych:

1) Kserokopie zaświadczenia/dokument równoważny wystawiony przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, z treści którego wynikać będzie, że spalarnia w której Wykonawca będzie unieszkodliwiał wytwarzane przez Zamawiającego odpady medyczne objęte przedmiotem zamówienia, jest eksploatowana i działa zgodnie z przepisami ochrony środowiska.

2. Wykonawca przedmiotowe środki dowodowe składa wraz z ofertą – art. 107 ust. 1 ustawy pzp.

3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu, jeżeli służą potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Załącznik nr 1 - wzór umowy

§ 3 Obowiązki Wykonawcy związane z realizacją Umowy

3. Zamawiający wymaga, aby usługa wykonywana była zgodnie z postanowieniami:

1) Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.]; 2) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi [Dz.U. z 2017 r. poz. 1975];

3) Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska [t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.];

6) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie rodzajów odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych, których odzysk jest dopuszczalny [Dz.U. z 2015 r. poz. 1116];

7) Rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów [Dz.U. z 2020 r. poz. 10];

8) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi [t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1910 ze zm.];

9) Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie unieszkodliwiania oraz magazynowania odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych [Dz.U. z 2021 r. poz. 2245];

21. Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów w zakładzie utylizacji o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego w ilości podanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia [dalej jako: SWZ], zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.).

26. Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania norm i wewnętrznych regulacji Zamawiającego, mających zastosowanie podczas realizacji Umowy, które Zamawiający przekaze Wykonawcy w wersji elektronicznej po zawarciu Umowy. Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do:

8) unieszkodliwiania odpadów w spalarni, spełniającej wszelkie wymogi ochrony środowiska, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji Umowy unieszkodliwiać odpady medyczne metodą D10 i utrzymywać spalarnię [w której unieszkodliwiane będą odpady, będące przedmiotem niniejszej Umowy], znajdującą się na terenie województwa _____ w miejscowości _____, w ciągłej eksploatacji.

Załącznik nr 2 B do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia:

1. Zamówienie obejmuje wykonanie usługi odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach:

1) 18 01 01 – narzędzia chirurgiczne i zabiegowe oraz ich resztki (z wyłączeniem 18 01 03*);

2) 18 01 02* – części ciała i organy oraz pojemniki na krew i konserwanty służące do jej przechowywania (z wyłączeniem 18 01 03*);

3) 18 01 03* – inne odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny oraz inne formy zdolne do przeniesienia materiału genetycznego, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do sądenia, że wywołują choroby u ludzi i zwierząt, z wyłączeniem 18 01 80* i 18 01 82*;

4) 18 01 04 – inne odpady niż wymienione w 18 01 03*;

5) 18 01 06* – chemikalia, w tym odczynniki chemiczne, zawierające substancje niebezpieczne;

6) 18 01 07 – chemikalia, w tym odczynniki chemiczne inne niż wymienione w 18 01 06*;

7) 18 01 08* – leki cytotoksyczne i cytostatyczne;

8) 18 01 09 – leki inne niż wymienione w 18 01 08*;

9) 18 01 10* – odpady amalgamatu dentystycznego;

10) 18 01 82* – pozostałości z żywienia pacjentów oddziałów zakaźnych.

2. Zamawiający wymaga, aby usługa wykonywana była zgodnie z postanowieniami:

1) Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.);

2) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 października 2017 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami medycznymi (Dz.U. 2017 poz. 1975);

3) Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. 2022 poz. 2556 ze zm.);

6) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie rodzajów odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych, których odzysk jest dopuszczalny (Dz.U. 2015 poz. 1116);

7) Rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. 2020 poz. 10);

9) Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie unieszkodliwiania oraz magazynowania odpadów medycznych i odpadów weterynaryjnych (Dz.U. 2021 poz. 2245);

21. Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów w zakładzie utylizacji o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego w ilości podanej w SWZ, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.) – gdzie Wykonawca oświadcza w niniejszej umowie, iż spełnia ten warunek.

24. Wykonawca wykona usługę zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami polskimi zharmonizowanymi z normami europejskimi i ponosi pełną odpowiedzialność w tym zakresie. Wykonawca realizuje przedmiot umowy własnymi siłami. Powierzenie wykonania części przedmiotu innym Wykonawcom wymaga uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego. Jeżeli jednak Wykonawca zleci wykonanie niektórych czynności innym podmiotom (nawet za zgodą Zamawiającego), ponosi pełną odpowiedzialność za działania innych Wykonawców, którym zadanie powierzył. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać w zakresie kar umownych oraz warunków wypłaty wynagrodzenia postanowień mniej korzystnych niż postanowienia wynikające z umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

25. Zamawiający zastrzega sobie prawo do bieżącej kontroli świadczonych usług w lokalizacjach Zamawiającego oraz we wszystkich lokalizacjach Wykonawcy, związanych z realizacją usługi pod względem przestrzegania zapisów SWZ przez Wykonawcę.

26. Ze względu na przedmiot umowy Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania norm środowiskowych, a w szczególności do:

8) unieszkodliwiania odpadów w spalarni, spełniającej wszelkie wymogi ochrony środowiska, zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji umowy unieszkodliwiać odpady medyczne metodą D10 i utrzymywać spalarnię (w której unieszkodliwiane będą odpady, będące przedmiotem niniejszej umowy), znajdującą się na terenie województwa _____ w miejscowości _____, w ciągłej eksploatacji.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 22 maja 2024 zamawiający w odpowiedzi na pytanie 4 dotyczące ustanowienia kryterium odległości od spalarni, nie wyraził zgody na zmianę treści SWZ.

Oferta Konsorcjum ECO-ABC, ECO Clean Energy

3. OŚWIADCZAMY, że miejsce unieszkodliwiania odpadów znajduje się (podać miejsce):

- Kraków, ul. Dymarek 7, tj. 276 km od siedziby Zamawiającego (dotyczy odpadów o kodach:

180101, 180102*, 180103*, 180104, 180106*, 180107, 180108*, 180109, 180182*),

- Tczew, ul. 30 Stycznia 57/58, tj. 421 km od siedziby Zamawiającego (dotyczy odpadów o kodzie 180110*)

4. OŚWIADCZAMY, że wskazane instalacje posiadają wolne moce przerobowe.

do oferty dołączono zaświadczenie z dnia 11 marca 2024 r. wydane przez Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska poświadczające, że w oparciu o posiadane dane, że instalacja do termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych zlokalizowana przy ul. 30-Stycznia 57/58, 83-110 Tczew działa i jest aktualnie eksploatowana przez wnioskodawcę.

oraz zaświadczenie z dnia 31 marca 2024 r. wydane przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Krakowie poświadczające, że zakład zlokalizowany przy ul. Dymarek 7, 31-983 Kraków, na podstawie kontroli przeprowadzonej w dniach od 13 do 30 marca 2023 r. i udokumentowanej protokołem kontroli nr WIOS-KRAK 139/2023 z dnia 30 marca 2023 r. spełnia obowiązki w zakresie przepisów ochrony środowiska

Oferta EMKA i Promarol - Plus:

3. OŚWIADCZAMY, że miejsce unieszkodliwiania odpadów znajduje się (podać miejsce): . 67-410 Sława Ciepeliówek 2 .. tj. 121 . km od siedziby Zamawiającego.

4. OŚWIADCZAMY, że wskazana instalacja posiada wolne moce przerobowe.

do oferty złożono zaświadczenie Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Zielonej Górze z dnia 19 maja 2023 r., w którym zaświadcza, że Promarol Plus Sp. z o.o. przestrzega przepisów ustawy o odpadach, wnosi wymagane opłaty za korzystanie ze środowiska oraz eksploatuje instalacje zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym

zakresie.

W dniu 24 czerwca 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty ECO-ABC i ECO Clean Energy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: ECO - ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Belchatowie, ul. Przemysłowa 7 i ECO CLEAN ENERGY spółka akcyjna : siedzibą w Belchatowie, ul. Przemysłowa 7 w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania w myśl art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zostawił zarzut w oparciu o art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy to jest naruszenie nakazu odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia definiuje art. 7 pkt 29 ustawy, czyli są to 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.

Odwołujący jako warunek zamówienia wskazywał odwołanie się zamawiającego do przepisów ustawy o odpadach. Jako warunki zamówienia, z którymi miałyby być niezgodna oferta przystępującego wskazywał rozdział V pkt. 1 który dotyczył przedmiotowego środka dowodowego poświadczającego, że spalarnia jest w eksploatacji i jest zgodna z wymogami ochrony środowiska. Natomiast zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego na okoliczność bliskości spalarni w stosunku do miejsca wytworzenia odpadów. Podobnie powołane przez odwołującego postanowienia umowne – par. 3 ust. 3 pkt. 1 ppkt. 1 par. 3 ust. 21, par. 3 ust. 26 pkt 8, które dotyczą ogólnie rozumianej zgodności przepisami ustawy o odpadach, wydajności instalacji i zgodności instalacji z przepisami ochrony środowiska, w tym procesem utylizacji D10.

Z żadnego z tych wymagań jak słusznie podnosił zamawiający nie wynika, że zamawiający ustanowił jako warunek zamówienia zaoferowanie utylizacji najbliższej miejsca wytworzenia odpadów.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na postanowienie TSUE sygn. akt C – 35/17 z 13 lipca 2017, w którym Trybunał uznał, że artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

Trybunał analizował w tym zakresie postanowienia specyfikacji oraz wówczas obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Na tym tle wskazał na następujące okoliczności:

18 W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczowej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

19 Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

21 Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Manova*,

C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, G42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 39).

22 Ponadto warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 46).

23 Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie jest wyraźnie przewidziane we właściwej ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia.

24 Jak podkreśla sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających.

25 W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51).

26 Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.

W ocenie Izby orzeczenie to ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w tym stanie faktycznym.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zamawiający w SWZ w żadnym miejscu nie sprecyzował, że odrzuci ofertę, która będzie miała zlokalizowaną spalarnię dalej od siedziby zamawiającego niż konkurent, co więcej taki obowiązek nie wynika ani z ustawy Prawo zamówień publicznych, ani z art. 20 ustawy o odpadach. Przepisy ustawy o odpadach przewidują, że naruszenie zasady bliskości stanowi wykroczenie, ale nie wskazują, jak należy postępować na etapie wyboru oferty konkurencyjnej.

W orzecznictwie zaś występują dwie linie wskazujące na:

1. bezwzględny obowiązek zamawiającego uwzględniania zasady bliskości i wyboru oferty spełniającej warunek najbliższego położenia spalarni od miejsca wytworzenia odpadów,
2. wykładają art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach w ten sposób, że w przepisie mowa jest o instalacjach, a nie instalacji, najbliższej położonych, co powoduje, że zamawiający ma prawo konkurencyjnego wyboru pomiędzy instalacjami poza granicami województwa miejsca wytworzenia odpadów.

Tym samym także wykładnia przepisów ustawy o odpadach nie daje jednoznacznej odpowiedzi o los oferty, oferującej utylizację odpadów nie najbliższej miejsca ich wytworzenia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby wszystkie te elementy wpisują się w przytoczone powyżej obszernie rozstrzygnięcie Trybunału.

Odwolujący nie wskazał konkretnego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, z którą oferta przystępującego byłaby niezgodna. Nie mógł tego zrobić, bo zamawiający w żadnym miejscu tej dokumentacji nie odwołał się do art. 20 ustawy o odpadach, ani nie doprecyzował, że oferty oferujące spalarnię nie spełniającą zasady bliskości będą odrzucane. Odwołujący nie podnosił również niezgodności z przepisami ustawy – art. 225 ust. 1 pkt 3 ustawy, ani nieważności na podstawie odrębnych przepisów – art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy. Powoływał się jedynie na ogólne odesłanie w dokumentach zamówienia do ustawy o odpadach (w całości) i przedstawiał własną interpretację skutków takiego odesłania. Podobnie jak wywodził, że wymóg podania instalacji i jej odległości od siedziby zamawiającego w formularzu ofertowym miał świadczyć o woli zamawiającego weryfikacji spełniania zasady bliskości. Podczas, gdy ten wymóg (kilometrażu), w żaden sposób nie odnosił się wprost do zasady bliskości. Ta bowiem mówi o odległości od miejsca wytwarzania odpadów, a nie o siedzibie zamawiającego. Zgodnie z pkt 7 załącznika 2 b do SWZ Opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał cztery miejsca wytworzenia lub magazynowania odpadów, w tym jedno poza Wrocławiem w Strzelinie, a nie postawił wymogu podania odległości od każdego z tych miejsc. Co więcej w projektowanych postanowieniach umownych wymagał jedynie adresu spalarni, bez jej odległości. Zatem ten wymóg z formularza ofertowego nie przekładał się na postanowienia przyszłej umowy. Cel zatem jego ustanowienia mógł być różny, ale nie koniecznie musiał być związany z analizą oferty pod kątem zachowania zasady bliskości. Tym samym w ocenie Izby odwołującemu nie udało się wykazać wzorca zachowania wykonawcy wynikającego z SWZ, z którym oferta uczestnika byłaby niezgodna. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku

postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika zamawiającego. Przy czym Izba zaliczyła wydatki pełnomocnika odwołującego w maksymalnej wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł.

Wobec faktu, że żaden z postawionych przez odwołującego zarzutów odwołania nie potwierdził się to kosztami należało obciążyć w całości odwołującego i zaliczyć na poczet postępowania odwoławczego koszty uiszczanego wpisu wydatki pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....