

WYROK

Warszawa, dnia 27.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. oraz Promarol Plus Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiatowy Zespół Szpitali z siedzibą w Oleśnicy

uczestnik po stronie Zamawiającego:

A.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECO-ABC Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą lidera w Belchatowie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 1026 zł 98 gr (słownie: tysiąc dwadzieścia sześć złotych, dziewięćdziesiąt osiem groszy) z tytułu kosztów dojazdu oraz innych wydatków poniesionych przez zamawiającego.

3.Zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. oraz Promarol Plus Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie na rzecz zamawiającego Powiatowy Zespół Szpitali z siedzibą w Oleśnicy kwotę 4 626 zł 98 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia sześć złotych, dziewięćdziesiąt osiem groszy).

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1928/24

Uzasadnienie

Powiatowy Zespół Szpitali z siedzibą w Oleśnicy, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa PZP”), którego przedmiotem jest odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych z Powiatowego Zespołu Szpitali, nr postępowania: PZS/TP/10/2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00310619/01.

W dniu 3 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EMKA S.A. oraz Promarol Plus Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Żyrardowie, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez ww. Wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia;
- 2.[zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ECO – ABC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 23 pkt 4) lit. b) SWZ, tj. wykazania, że Konsorcjum ECO – ABC posiada spalarnię odpadów unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art. 20 ust. 3 - 6 ustawy z

dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 poz. 1587 z późn. zm., dalej jako „ustawa o odpadach”), w których realizowany będzie przedmiot niniejszego zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatowanie) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych objętych zamówieniem, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem zamówienia w ilości co najmniej 85 000 kg rocznie (moc przerobowa) wraz z podaniem podstawy prawnej dysponowania spalarnią, podczas gdy Konsorcjum ECO – ABC nie wykazało poprzez dokumenty dołączone do oferty oraz w ramach przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, że ww. warunek spełnia a obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i w przypadku niewykazania ich spełnienia wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty konkurenta lub w razie uwzględnienia zarzutu ewentualnego – wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał przede wszystkim na to, że oferta jego konkurenta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku poszanowania tzw. „zasady bliskości”, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach.

Odwołujący powołał się również na orzecznictwo, zgodnie z którym każdy przypadek niezgodności oferty z zasadą bliskości powinien skutkować odrzuceniem takiej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia (np. KIO 3161/22 i inne).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w województwie dolnośląskim, które jest siedzibą Zamawiającego, brak jest instalacji unieszkodliwiania odpadów, co skutkuje koniecznością zastosowania wyjątku od zasady bliskości, tj. unieszkodliwiania odpadów w innym miejscu niż miejsce wytworzenia odpadów, w najbliższej położonej stacji.

Odwołujący zwrócił również uwagę na zapisy dokumentów zamówienia, w których Zamawiający wymagał by przedmiot zamówienia realizowany był zgodnie z ustawą o odpadach, a więc również zgodnie z zasadą bliskości.

Dalej Odwołujący wskazał na treść ofert jakie wpłynęły w postępowaniu w kontekście odległości spalarni odpadów od siedziby Zamawiającego. W formularzu ofertowym Odwołujący wskazał instalację znajdującą się 132 km od siedziby Zamawiającego, a jego konkurent spalarnię znajdującą się w odległości 151 km od siedziby Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego powyższa okoliczność powinna skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu ewentualnego Przystępujący wskazał, że Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musiał dysponować spalarnią odpadów spełniającą wymogi art. 20 ust. 3 – 6 ustawy o odpadach, w których realizowany będzie przedmiot niniejszego zamówienia.

Konkurent Odwołującego w formularzu ofertowym wskazał na instalację znajdującą się w Bełchatowie – 151 km od siedziby Zamawiającego. Na tę samą instalację wskazał w podmiotowych środkach dowodowych – wykazie spalarni.

Wobec tego, z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien on zostać wezwany do ich uzupełnienia, gdyż Zamawiający posiadał informację, że spalarnia Odwołującego jest bliżej jego siedziby głównej, a tym samym spalarnia wskazana przez konkurenta nie spełnia zasady bliskości.

Stanowisko Zamawiającego:

W dniu 25 czerwca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający zwrócił uwagę przede wszystkim na to, że przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał szeregu czynności weryfikacyjnych i sprawdzających dotyczących obowiązku poszanowania tzw. „zasady bliskości”, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach, tj. zwrócił się o zajęcie stanowiska do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz wyjaśniał kwestię odległości poszczególnych spalarni z wykonawcami.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO 1533/22, z którego wynika, że podanie spalarni dalej położonej nie jest jednak złamaniem zasady bliskości. Samo podanie spalarni dalej położonej, jeżeli w danym województwie nie funkcjonuje spalarnia odpadów medycznych lub funkcjonująca nie ma mocy przerobowych, nie jest złamaniem zasady bliskości ale

działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady.

W ocenie Zamawiającego zastosowanie w przepisie sformułowania „najbliższych miejsc” (a nie „najbliższego miejsca”), zgodnie z zasadami wykładni językowej wskazuje jednoznacznie, że wytwórca odpadu – przy uwzględnieniu warunków wskazanych w przepisie – ma prawo do decyzji w zakresie wyboru podmiotu, prowadzącego działalność w zakresie przetwarzania odpadów, spośród grupy podmiotów prowadzących działalność w najmniejszej odległości od miejsca wytworzenia odpadu.

Zamawiający biorąc pod uwagę cel powstania regulacji prawnej i dokonując oceny czy spalarnie udostępnione w ofertach spełniają zasadę bliskości doszedł do konkluzji, iż różnica pomiędzy zadeklarowanymi odległościami stanowiąca 19 km, nie powoduje znaczącego

negatywnego wpływu na środowisko naturalne i dlatego można obie spalarnie zakwalifikować jako zgodne z zasadą bliskości.

W zakresie zarzutu ewentualnego Zamawiający wskazał, że gdyby Zamawiający postąpił w sposób wskazany przez Odwołującego i w sytuacji faktycznej w tym postępowaniu wezwał wykonawcę do konwalidacji i wskazania spalarni bliżej położonej, byłoby to działanie wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W przekonaniu Zamawiającego 19 km różnicy pomiędzy odległością położenia spalarni do siedziby Zamawiającego w obu ofertach, nie może stanowić dowodu na brak spełniania zasady bliskości. Decyzja Zamawiającego została poprzedzona wszechstronną analizą sytuacji faktycznej i prawnej i z dużą troską o nienaruszanie zasad uczciwej konkurencji w prowadzonym przez siebie postępowaniu.

Stanowisko Przystępującego:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECO-ABC Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. siedzibą lidera w Bełchatowie, dalej jako: „Przystępujący” przedstawili swoje stanowisko ustnie w czasie rozprawy, popierając stanowisko Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECO-ABC Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą lidera Bełchatowie. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia. Wyszczególnienie dowodów oraz okoliczności, na które były składane odzwierciedlenie ma w protokole posiedzenia i rozprawy.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

Zamawiający zawarł w dokumentach zamówienia zapisy, że świadczenie usługi ma odbywać się zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym m.in. zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach wraz z aktami wykonawczymi (Rozdział 5 pkt 8 lit. a SWZ).

Jednym z kryteriów oceny ofert była odległość spalarni wykonawcy od siedziby głównej Zamawiającego (Rozdział 20 SWZ – kryterium nr 3 o wadze 10%).

W ramach formularza ofertowego – pkt 3 pn. „Kryterium 3 – ODLEGŁOŚĆ SPALARNI WYKONAWCY, tj. 10%

wykonawcy mieli wpisać odległość spalarni wykonawcy mierzoną od siedziby głównej Zamawiającego (tj. ul. Armii Krajowej 1, 56-400 Oleśnica) za pomocą portali umożliwiających pomiar odległości (tj. www.google.pl/maps lub podobnych).

Nie wypełnienie ww. punktu było jednoznaczne z odrzuceniem oferty.

Również w projektowanych postanowieniach umowy znalazł się zapis, zgodnie z którym wykonawca oświadcza, że unieszkodliwianie odpadów będzie odbywać się zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z ww. ustawą o odpadach.

Jako jeden z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał (Rozdział 23 pkt 4 lit. b SWZ):

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca posiada:

b) spalarnię odpadów unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art. 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023.1587 z późn. zm.), w których realizowany będzie przedmiot niniejszego zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatowanie) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych objętych zamówieniem, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem zamówienia w ilości co najmniej 85 000 kg rocznie (moc przerobowa) wraz z podaniem podstawy prawnej dysponowania spalarnią”.

W rozdziale 5 punkt 7 SWZ Zamawiający wskazał, że wymaga odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów wytworzonych przez zamawiającego z poniżej wskazanych miejsc odbioru:

- a) Ze Szpitala w Oleśnicy przy ul. Armii Krajowej 1 – trzy razy w tygodniu w poniedziałki, środy i piątki w godzinach 8-13,
- b) Ze Szpitala w Sycowie przy ul. Oleśnickiej 25 – dwa razy w tygodniu w poniedziałki i czwartki w godz. 8-13,
- c) Z siedziby Pogotowia Ratunkowego w Oleśnicy przy ul. Ludwikowskiej 10 – jeden raz w tygodniu w środę w godzinach 8-13,
- d) Z siedziby Pogotowia ratunkowego w Twardogórze przy ul. Wojska Polskiego 3, co 14 dni w środę w godzinach 8-13.

Przystępujący w formularzu ofertowym punkt 3 wskazał, że odległość spalarni wykonawcy mierzona od siedziby głównej Zamawiającego wynosi 151 km – ul. Armii Krajowej 1, 56-400 Oleśnica.

W tym samym punkcie Odwołujący podał odległość 132 km – Ciepiałówek 2, 67-410 Sława.

W ramach wykazu spalarni składanego jako podmiotowy środek dowodowy Przystępujący wskazał na spalarnię wymienioną wyżej.

W dniu 29.05.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego. Zamawiający przedstawił również następujące uzasadnienie podjętej czynności:

„ (...) dokonując należytej staranności przygotowując postępowanie, zwrócił się z pismem do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego do Wydziału Ochrony Środowiska Wybrzeże Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław o wskazanie na terenie województwa dolnośląskiego czynnej spalarni oraz wolnych mocy przerobowych. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, iż na terenie województwa dolnośląskiego nie funkcjonuje żaden podmiot prowadzący spalarnię odpadów/zakład unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych. Marszałek Województwa Dolnośląskiego zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Oznacza to, że 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.

Zamawiający publiczny zobowiązany jest do stosowania zasad z art. 16 Prawa zamówień publicznych, który to wyraźnie mówi, że - „przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w sposób przejrzysty i proporcjonalny”.

Należy podkreślić, że wynikająca z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach zasada bliskości, zakłada w tych ramach możliwość konkurowania różnych spalarni. Zatem również regulacja wynikająca z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, która znajduje zastosowanie w przypadku, gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia, powinna być tak interpretowana, aby nie wykluczać konkurencji (wyrok KIO 3534/21).

Zasada bliskości z art. 20 ustawy o odpadach nie stanowi lex specialis w stosunku do zasad wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie ma charakteru bezwzględnego co zostało ujęte w wyroku KIO 1533/22 : „Z pewnością nie można powiedzieć, że oferta nie czyni zadość zasadzie bliskości, ponieważ Przystępujący wskazał spalarnię dalej położoną. Wykonawca wiedząc jakie ustalono w postępowaniu kryteria, zdawał sobie sprawę jaki wpływ może mieć to na ocenę jego oferty. Podanie spalarni dalej położonej nie jest złamaniem zasady bliskości. Samo podanie spalarni dalej położonej, jeżeli w danym województwie nie funkcjonuje spalarnia odpadów medycznych lub funkcjonująca nie ma mocy przerobowych, nie jest złamaniem zasady bliskości ale działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady”.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1522/23: „Interpretacja wyjątków od zasady bliskości jest przedmiotem licznego już orzecznictwa KIO. Odwołujący chciałby te wyjątki interpretować w sposób radykalny i bardzo zawężający, który w istocie prowadzi do przyjęcia praktyk monopolistycznych. Zdaniem Odwołującego, w każdym przypadku, gdy na terenie województwa nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, odpady powinny być unieszkodliwiane najbliżej miejsca ich wytworzenia, taka interpretacja w sposób całkowity eliminuje konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.”

Zamawiający przygotowując kryteria oceny ofert daje wyraz honorowania nie tylko zasady bliskości, ale także zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o finansach publicznych. Finanse publiczne nakładają na zamawiającego publicznego obligatoryjne przepisy, które musi przestrzegać. Zasadniczą i podstawową jest zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych, która jest ujęta w art. 44 ust 3 w ustawie o finansach publicznych: „wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad z uzyskiwaniem najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.” (wyrok KIO 1522/23).

Zamawiającym przy czynności oceny ofert stwierdził, że obie oferty spełniają warunki wskazane w SWZ i przyznał punktację zgodną z zasadami określonymi w dokumentacji przetargowej.”

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że zgadza się z Odwołującym w zakresie interpretacji zasady bliskości, o której mowa w ustawie o odpadach. Zgodnie z art. 20 ust. 6 ww. ustawy 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.

Przepis ten opisuje sytuacje, w których możliwym jest odstępstwo od zasady, zgodnie z którą unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych odbywa się na terenie województwa ich wytworzenia.

W razie zaistnienia przypadków opisanych art. 20 ust. 6 dopuszczalne jest unieszkodliwienie odpadów na terenie innego województwa niż to, w którym zostały wytworzone. Co jednak istotne, w razie zaistnienia wyjątków od zasady bliskości, unieszkodliwienie odpadów musi odbywać się w najbliższej położonej instalacji, co wyraźnie wynika z treści art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach.

Nie ma więc racji Zamawiający twierdząc, że w sytuacji zaistnienia wyjątku od zasady bliskości, dopuszczalnym jest unieszkodliwienie odpadów poza województwem ich wytworzenia w instalacji, która nie jest najbliższą położoną instalacją. Odpady w takim wypadku powinny zostać unieszkodliwione w najbliższej stacji poza województwem ich wytworzenia.

Wynika to wprost z treści art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach i przepisy nie pozostawiają w tej kwestii pola do uznaniowości.

Ustawodawca wprost mówi o najbliższej położonej stacji, a więc nie ma znaczenia czy różnica odległości pomiędzy najbliższymi spalarniami, a miejscem wytworzenia odpadów wynosi kilka czy kilkaset kilometrów. Zawsze ma to być najbliższej położona instalacja, co wynika bezsprzecznie z przepisów.

W sytuacji, w której najbliższej położone instalacje znajdują się odpowiednio 132 oraz 151 km od miejsca wytworzenia odpadów, tylko jedna z instalacji spełnia zasadę bliskości – najbliższej położona, chyba że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 20 ust. 6. W takim wypadku kolejna najbliższej położona stacja powinna być brana pod uwagę jako miejsce unieszkodliwiania odpadów.

Powyższe zapatrywanie nie wpłynęło jednak na konieczność oddalenia odwołania. Izba miała w tym względzie przede wszystkim na uwadze niejednoznaczność warunków zamówienia, jak też niejednoznaczność warunków udziału w postępowaniu.

W zasadzie nie było sporne między stronami, że brzmienie dokumentacji nakładało na wykonawców obowiązek świadczenia usługi zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym m.in. zgodnie z ustawą o odpadach. Uznać zatem należy, że jednym z warunków zamówienia było unieszkodliwianie odpadów przez potencjalnego wykonawcę w zgodzie z opisaną w ww. ustawie zasadą bliskości.

Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia opierając się na punkcie 3 formularza ofertowego, gdzie należało wpisać informacje na potrzeby kryterium oceny ofert, tj. odległości spalarni odpadów wykonawcy od siedziby głównej Zamawiającego.

Przystępujący wpisał spalarnię zlokalizowaną w odległości większej od siedziby głównej Zamawiającego niż spalarnia Odwołującego.

Należy jednak zauważyć, że informacje podawane w punkcie 3 formularza ofertowego służyły tylko i wyłącznie przyznaniu punktacji w ramach jednego z kryterium oceny ofert. Okoliczności opisywane przez Odwołującego mogłyby więc stanowić ewentualnie podstawę do sformułowania zarzutu nieuprawnionego przyznania punktacji, a nie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Przystępujący wpisał bowiem określoną lokalizację, a tylko jej nie wpisanie było zagrożone sankcją odrzucenia oferty (co wynika z treści umieszczonej bezpośrednio pod punktem 3 formularza ofertowego).

Co więcej należy wskazać, że Zamawiający nie opisał w dokumentacji, w jaki sposób będzie weryfikował spełnianie przez wykonawców zasady bliskości. Ma to zdaniem Izby znaczenie istotne o tyle, że zgodnie z Rozdziałem 5 pkt 7 SWZ, Zamawiający podał kilka miejsc, z których należy odbierać odpady. Zamawiający opisał w ramach kryteriów oceny ofert, którą z lokalizacji wytworzenia odpadów będzie brał pod uwagę przy przyznawaniu dodatkowych punktów, ale nie zrobił tego w przypadku weryfikowania spełniania zasady bliskości – jako jednego z warunków świadczenia usługi. Zdaniem Izby skoro miejsc wytwarzania odpadów jest kilka, weryfikowanie spełniania zasady bliskości w rozumieniu jednego z warunków zamówienia, nie może być odnoszone tylko i wyłącznie do odległości między spalarnią a siedzibą główną zamawiającego. Takie zastrzeżenie znalazło się tylko i wyłącznie przy kryterium oceny ofert o wadze 10%, jednak nie można go wprost przenosić do weryfikowania warunków zamówienia.

Należy podkreślić, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może mieć miejsce tylko w razie jednoznacznego zidentyfikowania niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które są jasne i nie budzą wątpliwości. Biorąc pod uwagę treść oferty Przystępującego, jak też treść złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych, zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że zamierza on unieszkodliwiać odpady w instalacji położonej w Bełchatowie. Jednakże, w ocenie składu orzekającego, nie można jednoznacznie ustalić, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, przede wszystkim dlatego, że warunki te są nieprecyzyjne.

Zasada bliskości opisana w ustawie o odpadach odnosi się do miejsca wytworzenia odpadów jako podstawy do kwalifikowania miejsca ich unieszkodliwiania jako zgodnego lub nie z tą zasadą. Skoro w SWZ miejsc wytworzenia odpadów opisanych jest kilka, a Zamawiający – poza kryteriami oceny ofert – nie opisał, które z tych miejsc będzie brał pod uwagę przy weryfikowaniu spełniania ww. zasady, nie można jednoznacznie stwierdzić, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia – Odwołujący tej tezy nie wykazał.

Tak naprawdę nie wiadomo jak Zamawiający miałby weryfikować zgodność oferty z ww. warunkiem zamówienia – weryfikować spełnianie zasady bliskości na podstawie odległości od spalarni do siedziby głównej, brać pod uwagę którąś z pozostałych lokalizacji, a może weryfikować każdą z nich. Możliwych interpretacji jest kilka. Wobec niejednoznaczności warunku należy przychylić się więc do najbardziej korzystnej dla wykonawcy. Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę przebieg postępowania dowodowego, w którym Przystępujący wykazał, że w stosunku do niektórych z lokalizacji jego spalarnia jest bliżej położona niż spalarnia Odwołującego.

W zasadzie tożsamą argumentację należy przytoczyć w ramach zarzutu ewentualnego.

Warunek udziału w postępowaniu odnosił się do spełniania zasady bliskości przez spalarnię, w której realizowany będzie przedmiot zamówienia. Z kolei zasada bliskości z ustawy o odpadach przy jej weryfikowaniu nakazuje brać pod uwagę miejsce wytworzenia odpadów. W niniejszym postępowaniu w SWZ wskazano kilka takich miejsc, a Zamawiający nie określił, poza kryterium oceny ofert, jak będzie wspomnianą zasadę weryfikował i które z miejsc będzie brał pod uwagę przy weryfikowaniu spełniania zasady bliskości, a tym samym warunku udziału w postępowaniu.

A zatem, skoro miejsc wytwarzania odpadów jest kilka, spełnianie zasady bliskości nie może być odnoszone tylko i wyłącznie do odległości między spalarnią a siedzibą główną Zamawiającego. Takie zastrzeżenie znalazło się tylko i wyłącznie przy kryterium oceny ofert o wadze 10%, jednak nie można go wprost przenosić do weryfikowania warunku udziału w postępowaniu.

Takie sformułowanie warunku udziału – tj. brak określenia zasad weryfikowania spełniania zasady bliskości w sytuacji, w której miejsc odbioru odpadów jest kilka, świadczy o niejednoznaczności warunku. Tak naprawdę nie wiadomo jak Zamawiający miałby weryfikować jego spełnianie – ustalać spełnianie zasady bliskości na podstawie odległości od spalarni do siedziby głównej, brać pod uwagę którąś z pozostałych lokalizacji, a może weryfikować każdą z nich.

Niewątpliwie postawiony warunek jest nieprecyzyjny, a jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, nieprecyzyjności warunków nie mogą obciążać wykonawców.

Tym samym, biorąc pod uwagę przebieg postępowania dowodowego, Izba nie znalazła podstaw by wobec Przystępującego kierować wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Interpretacja warunku, zgodnie z którą należałoby weryfikować spełnianie zasady bliskości w oparciu o którąkolwiek z lokalizacji wskazanych w SWZ, jest zdaniem Izby jedną z możliwych do zastosowania w niniejszej sytuacji. Skoro tak, mając na uwadze, że Przystępujący przedłożył dowody wykazujące, że w stosunku do niektórych z lokalizacji jego spalarnia jest bliżej położona niż spalarnia Odwołującego, Izba uznała, że zasadnym jest oddalenie również zarzutu ewentualnego.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: