

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2024 przez wykonawców: REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie postępowaniu prowadzonym przez Szpital Miejski im. J.G. w Świnoujściu z udziałem uczestnika – wykonawców: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach i Zakład Transportowo – Handlowy Konca sp. z o.o. w Szczecinie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Szpitalowi Miejskiemu im. J.G. w Świnoujściu - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Szpital Miejski im. J.G. w Świnoujściu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie;
 - 2.2. zasądza od Szpitala Miejskiego im. J.G. w Świnoujściu na rzecz REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 5016/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Miejski im. J.G. w Świnoujściu prowadzi postępowanie którego przedmiotem jest Świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach 18 01 02*, 18 01 03*, 18 01 04, 18 01 06*, 18 01 09 dla Szpitala Miejskiego w Świnoujściu. Znak sprawy: ZP/21/2024 , BZP: 2024/BZP 00645166

Odwołujący: Konsorcjum firm:

1. REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej Lider Konsorcjum,
2. PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie

wniósł 30 grudnia 2024 r. odwołanie od decyzji Zamawiającego w przedmiocie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: „Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach oraz Zakład Transportowo – Handlowy „KONCA” Sp. z o.o. (zwanego dalej „Konsorcjum KONCA”) oraz odrzucenia ofert Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez błędne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum KONCA jako najkorzystniejszej.

Wniósł o:

- 1.Unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum KONCA;
- 2.Unieważnienia dokonania odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3.Dokonania powtórnej oceny ofert przez Zamawiającego;

Uzasadnienie

W treści powiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał na podstawę faktyczną i prawną odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując na art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego w Części III SWZ wymagał on aby Wykonawca gwarantował wykonanie usługi z zachowaniem przepisów ustawy z 14 grudnia 2012 r. | o odpadach (Dz. U. 2023 r, poz. 1587.) w tym art. 20 ust. 2, 3 i 6 określającym zasadę bliskości. Odpowiednie postanowienie zawarte zostało również w § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SWZ – W tym zakresie Zamawiający wskazał, że „(...) w świetle uzyskanych informacji i dokumentów, zmuszony był odrzucić ofertę Wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność polega na braku zachowania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ust 3 ustawy o odpadach, którą Zamawiający jasno opisał w SWZ. Odrzucony wykonawca zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych w instalacji innej, aniżeli położona w tym samym województwie, co miejsce wytwarzania odpadów. Jednocześnie według oceny Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał jednoznacznie istnienia przesłanek dla odstąpienia od stosowania zasady bliskości, przewidzianych w art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach.”

Z tym stanowiskiem nie zgadza się Odwołujący.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w treści swz określił, że przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w szacowanej ilości wskazanej w formularzu ofertowym.

Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie zasad enumeratywnie określonych w Części V SWZ.

Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

W Części VI SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (w pozostałym zakresie Zamawiający nie stawiał warunków) – wskazując, że:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli:

a) wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych/niebezpiecznych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - minimum 1 usługa o wartości min. 300.000 zł brutto, b) posiada uprawnienia w formie zezwolenia na zbieranie odpadów i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia,

c) posiada aktualny wpis do Rejestru BDO prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa na podstawie art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w zakresie kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia.”

Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

W Części III – Opis przedmiotu zamówienia oraz § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SWZ Zamawiający wskazał, że

„Usługodawca gwarantuje wykonanie usługi z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.), w tym art. 20 ust. 2, 3 i 6, który zobowiązuje przyszłego posiadacza do unieszkodliwiania odpadów medycznych pochodzących z obiektów Szpitala na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub poza województwem, jednakże w możliwie jak najbliższej odległości od siedziby Szpitala.”

Zamawiający tym samym sformułował wymóg odnoszący się do sposobu realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dopuścił możliwość stosowania wyjątków od tzw. Zasady bliskości, która znalazła wyraz w treści art. 20 ustawy o odpadach.

W żadnym postanowieniu SWZ Zamawiający nie nałożył jednak na uczestników postępowania obowiązku wykazania

spełniania zasady bliskości, a w szczególności środków dowodowych, które miałyby temu służyć na etapie oceny i badania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W tym stanie faktycznym oferta brak jest podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka powinna polegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wyrok KIO z 27 stycznia 2023 r. (KIO 78/23) Odwołujący wskazuje, że kwestia zasady bliskości oraz jej relacji do warunków zamówienia, była przedmiotem postępowania odwoławczego. Izba nakazała Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 2 PUM w Szczecinie unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum firm REMONDIS Medison Sp. z o.o. oraz PROMAROL – PLUS Sp. z o.o.

W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, że Zamawiający w treści SWZ nie umieścił jakiegokolwiek postanowienia nakładającego na wykonawców obowiązek wykazania spełniania zasady bliskości, co do spalarni odpadów, a w szczególności postanowienia przewidującego przedmiotowy środek dowodowy mający na celu weryfikację na etapie oceny i badania ofert warunku realizacji zamówienia (...) Analizując powyższą treść SWZ, a także systematykę jej postanowień, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie miał podstawy do prowadzenia postępowania dowodowego, a także wyjaśniającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (w istocie korespondencja w tym zakresie pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym oznaczała prowadzenie między zamawiającym a Odwołującym niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty) odnoszących się do okoliczności związanych z badaniem spełniania przez wykonawców warunku realizacji umowy, a nie warunku zamówienia.

(...) W związku z powyższym informacja dla Zamawiającego, w jaki sposób będzie realizowana zasada bliskości na etapie badania i oceny ofert ma charakter irrelevantny, bowiem nie zawarł on w SWZ warunku zamówienia, który zobowiązywałby wykonawców do udowodnienia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy jest zapewniona zasada bliskości. Zdaniem Izby – z treści SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że zastrzeżona przez Zamawiającego zasada bliskości odnosi się jedynie do etapu wykonywania umowy w granicach określonych przepisem art. 20 ustawy o odpadach."

Reasumując Odwołujący wskazuje, że ocena spełniania lub niespełniania przez wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie warunków wynikających z tzw. „zasady bliskości”, nie powinny być dokonywana apriori na etapie badania i oceny ofert, tylko w trakcie realizacji zawartej z potencjalnym wykonawcą umowy. W tym zakresie, ze względu na specyfikę obowiązków prawnych wynikających z gospodarowania odpadami medycznymi, o charakterze zakaźnym – Wykonawca będzie zobligowany do wykazania spełniania obowiązków wynikających z tzw. zasady bliskości. Wykonawca będzie każdorazowo zobligowany do przekazania odpadów (o ile będzie to możliwe) do najbliższej położonej instalacji, w której będzie mógł zapewnić możliwość ich unieszkodliwienia. Mając na uwadze okres obowiązywania umowy, na dzień składania ofert i dokonywania wyboru Zamawiający nie może w sposób kategoryczny rozstrzygnąć kwestii dot. instalacji, które w toku realizacji umowy – będą mogły unieszkodliwić odpady zgodnie z zasadą bliskości (dostępność mocy przerobowych jest zmienna, podobnie możliwym jest powstanie nowej instalacji, do której kierowane będą musiał być odpady wytwarzane przez Zamawiającego).

Okoliczność związana ze spełnianiem lub niespełnianiem obowiązków w tym zakresie będzie mogła być dodatkowo weryfikowana przez Zamawiającego, w toku ewentualnych postępowań kontrolnych prowadzonych przez właściwy wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska.

W orzeczeniu (KIO 640/23) KIO uznała, że zapisy SWZ nie przewidują warunku w postaci obowiązku przedkładania przez wykonawców dokumentacji potwierdzającej brak istnienia instalacji do unieszkodliwiania wskazanych w SWZ odpadów na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub potwierdzających, że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą odpadów Zamawiającego, ani badania takich okoliczności. Zapisy SWZ i formularza ofertowego odnoszące się do zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach dotyczą warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie zaś z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy a odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią skonkretyzowanego warunku zamówienia opisanego postanowieniem specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny

Izba stwierdza, że treść SWZ nie tylko nie konkretyzowała warunku odnoszącego się do zasady bliskości z ustawy

odpadach, ale też nie zobowiązywała wykonawców do przedstawienia dokumentów, których żądał wezwaniem z dnia 14 lutego 2023 r. Zamawiający i których niezłożenie stało się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Dokumenty postępowania nie przewidywały także obowiązku badania ani określania stopnia dostępności mocy przerobowych instalacji unieszkodliwiania odpadów wskazywanych przez wykonawców w formularzu ofertowym jako te, za pomocą których wykonawca będzie unieszkodliwiać odpady. Samo więc wezwanie z 14 lutego 2023 r. w zakresie żądania dokumentacji naruszało art. 128 i art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy. Na ocenę braku uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wobec braku zapisów w SWZ wskazujących na zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że instalacja wskazana w formularzu ofertowym Wykonawcy spełnia warunki polegające na tym, że: - brak jest instalacji do unieszkodliwiania wskazanych odpadów w SWZ na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub że istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych i nie przyjmą odpadów Zamawiającego nie wpływa również fakt udzielenia przez Zamawiającego 31 stycznia 2023 r. wyjaśnień. Wyjaśnienia nie zmieniły bowiem ani nie uzupełniły warunków zamówienia określonych SWZ.

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

Wyrok z 16.10. 2023 r. (KIO 2858/23), Izba wskazała, że podziela stanowisko ugruntowane w orzecznictwie, zgodnie z którym zasada bliskości wyrażona w treści art. 20 ustawy o odpadach, na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być stosowana przez zamawiającego i wykonawców w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (...) i powinna być tak interpretowana aby nie wykluczać konkurencji; wyroki KIO 1966/22 i KIO 3534/21. W dalszej części wyroku Izba stwierdza, Przyjęciestanowiska w zakresie literalnego brzmienia zasady bliskości wyrażonej w treści art. 20 ustawy o odpadach sprowadzałoby się zatem do przyjęcia, że tylko Odwołujący mógłby zrealizować przedmiotowe zamówienie. Należy jednak po raz kolejny podkreślić, że podanie spalarni dalej położonej nie jest złamaniem zasady bliskości. (...) vide wyrok z 23 czerwca 2022 r. KIO 1533/22.

Odwołujący wskazuje dodatkowo, że uzasadnieniem dotyczącym unieszkodliwiania odpadów poza województwem ich wytworzenia jest brak dostatecznych mocy przerobowych instalacji. Wskazać należy, że zgodnie z danymi zgromadzonymi elektronicznym rejestrze BDO (Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami) – za ostatni pełny rok kalendarzowy (23') na terenie województwa zachodniopomorskiego wytwarza się łącznie 3 744,067 Mg odpadów medycznych niebezpiecznych oznaczonych kodem 18 01 03. Co oznacza, że ilość wszystkich odpadów medycznych (obejmujących również inne niż wskazany kod) przekracza 4000 Mg (cztery tysięcy ton rocznie), podczas gdy zgodnie z wydaną decyzją SP ZOZ w Gryficach, która jest jedyną spalarnią w województwie zachodniopomorskim może przyjąć do unieszkodliwiania wyłącznie do 1488 Mg/rok – przy czym sam Szpital w Gryficach wytworzył w 23' - 226,488 Mg odpadów należących do grupy 18. Jak wynika z informacji uzyskanych w toku prowadzonych postępowań przetargowych, aktualnie instalacja w Gryficach zobowiązana jest zawartymi umowami do unieszkodliwiania > 1747 Mg odpadów medycznych.

Wobec powyższego uznać należy, że podmiot ten nie dysponuje wystarczającą mocą przerobową aby zwiększyć ilość unieszkodliwianych odpadów o ilość wskazaną w przedmiotowym Powyższe uzasadnia zastosowanie wyjątku, o którym mowa w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, umożliwiającym przekazanie wytworzonych przez Zamawiającego odpadów do innej instalacji. W tym zakresie celem usunięcia wątpliwości Odwołujący zwrócił się o udostępnienie informacji publicznego do Szpitala w Gryficach, podmiot ten odmówił jej udzielenia. WSA w Szczecinie w wyroku z 4 października 2023 r. (II SA/Sz 517/23) uchylił zaskarżoną decyzję Dyrektora SP ZZOZ w Gryficach jednak do dnia dzisiejszego Odwołujący nie otrzymał informacji w zakresie ilości odpadów odebranych, przetworzonych i co najważniejsze przekazanych do innych instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów.

Dowody:

- 1) Zestawienie ilości odpadów odbieranych przez SP ZZOZ w Gryficach na podstawie zawartych umów o świadczenie usług, opracowane na podstawie dostępnych publicznie danych publikowanych przez Zamawiających stosujących ustawę prawo zamówień publicznych.
- 2) Zestawienie podmiotów wytwarzających odpady opracowane na podstawie Bazy BDO – bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarowaniu odpadami, udostępnionej w wersji elektronicznej przez Ministerstwo Środowiska i Klimatu – które wykazuje, że w 2023 r. na terenie woj. zachodniopomorskiego wytworzono 3 744,067 Mg odpadów medycznych.

3) Wyrok WSA – na okoliczność odmowy udostępnienia danych przez SP ZZOZ w Gryficach.

– na dowód braku wystarczających mocy przerobowych instalacji w Gryficach, uzasadnienia dla stosowania wyjątku od zasady bliskości.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że instalacja w Gryficach jako jednostka publiczna ogłosiła i przeprowadziła procedurę zamówienia publicznego na odbiór i unieszkodliwienie wytworzonych w tym podmiocie odpadów, co dodatkowo wskazuje na brak wystarczających mocy przerobowych. Okoliczność powyższa została wprost wskazana przez Instalację w Gryficach w SWZ. W treści Rozdziału 3 Opis przedmiotu zamówienia podmiot ten wprost wskazał, że usługa świadczona ma być w przypadku braku wolnych mocy przerobowych:

Dowody: SWZ opublikowana przez SPZZOZ w Gryfiach (operatora instalacji) o przetargu na odbiór, transport oraz termiczne unieszkodliwianie odpadów wraz z informacją o dokonaniu wyboru wykonawcy.

Zgodnie z którym wynikająca z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy z dnia 2012 r. o odpadach zasada bliskości, która przewiduje unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa ich wytworzenia lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania, zakłada w tych ramach możliwość konkurowania różnych spalarni. Zatem również regulacja wynikająca z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach, która znajduje zastosowanie w przypadku gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia powinna być interpretowana tak aby nie wykluczać konkurencji.

W wyroku z KIO 690/22, w którym Izba odniosła się do relacji zasady bliskości oraz zasady konkurencyjności złożonych ofert uznano, iż każda z tych zasad jest zasadą wzajemnie równorzędną i stosowanie jednej z nich nie wyklucza drugiej. Nie są zasadami wzajemnie wykluczającymi się, jak i żadna z nich nie ma charakteru bezwzględnego. W związku z powyższym Zamawiający ma obowiązek poszanowania w równym stopniu zasady uczciwej konkurencji jak i obowiązujących przepisów prawa. Powyższe stanowisko zostało poparte także w wyroku KIO z dnia 16 sierpnia 2022 roku w sprawie o sygn. KIO 1966/22.

Tak jak zostało to przedstawione powyżej, oferta Konsorcjum firm REMONDIS Medison i PROMAROL-PLUS Sp. o. o. jest ofertą najkorzystniejszą, a odrzucenie jej przez Zamawiającego jedynie ze względu na zasadę bliskości, byłoby całkowicie bezpodstawne.

Załączono dokumenty powołane w treści uzasadnienia

Zamawiający: Szpital Miejski im. J.G. w Świnoujściu Sp. z o.o.

W odpowiedzi na odwołanie wniosk o:

1.odrzucenie Odwołania w oparciu o art. 528 pkt 6 ustawy PZP, ewentualnie o:

2.oddalenie Odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

1. Odwołujący wniosk o Odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1)wyborze oferty konsorcjum firm: „Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach oraz Zakład Transportowo – Handlowy „KONCA” Sp. z o.o. (zwanego dalej „Przystępującym”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2)odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum KONCA jako najkorzystniejszej.

3. W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniosk o:

1)Unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy;

2)Unieważnienia dokonania odrzucenia oferty Odwołującego;

3)Dokonania powtórnej oceny ofert przez Zamawiającego;

4)Zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania,

opłat skarbowych z tytułu udzielonych pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2. Odrzucenie Odwołania

Do wniesionego Odwołania Odwołujący załączył „wydruk z poczty- powiadomienie o odwołaniu” potwierdzający wysłanie odwołania na adres e-mail: s..

W Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

„1) Z zastrzeżeniem art. 61 ust. 2 ustawy, komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w tym oferty oraz wszelkie oświadczenia, wnioski (w tym o wyjaśnienie treści SWZ), zawiadomienia i informacje przekazywane są wyłącznie poprzez ich złożenie na Platformie: https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_swinoujscie (zwanej dalej: „Platformą”)

2)Korespondencja przekazana zamawiającemu w inny sposób (np. listownie, mailem) nie będzie brana pod uwagę.

3)Komunikacja w postępowaniu odbywa się elektronicznie za pośrednictwem platformy (portalu) https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_swinoujscie i formularza "Wyślij wiadomość".

W korespondencji należy posługiwać się znakiem sprawy ewentualnie ID postępowania.”

W sekcji III ogłoszenia o zamówieniu w pkt 3.5.) Informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami - adres strony internetowej: zamawiający wskazał: platformazakupowa.pl/pn/szpital_swinoujscie

Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie z art. 67 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp SWZ zawiera: informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. W postanowieniu KIO 3495/22 stwierdzono, iż: „do wypełnienia przez wykonawcę obowiązku przekazania zamawiającemu odwołania albo jego kopii(w zależności od formy, w jakiej odwołanie jest wnoszone) wystarczające jest, aby przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – jednakże nie jakichkolwiek, lecz tych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu oraz SWZ jako służących do komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Odmiennej interpretację należałoby uznać za nieracjonalną, jako w sposób istotny – w szczególności w przypadku zamawiających o rozbudowanej strukturze organizacyjnej– ograniczającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamawiający musieliby się upewnić przed zawarciem umowy czyli w jakikolwiek sposób przy użyciu środków komunikacji elektronicznej odwołanie albo jego kopia nie zostały mu przekazane).”

Adres email: s. wskazany w SWZ nie został podany jako służący do komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami. Umieszczenie adresu e-mail w tym miejscu SWZ stanowiło jedynie wypełnienie obowiązku o którym mowa w art. 281 ust. 1 pkt. 1 PZP. Celem postanowień SWZ było to, aby komunikacja pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami odbywała się wyłącznie poprzez platformę zakupową.

Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z Odwołaniem w dniu 30 grudnia

2024 r.; odwołanie przesłane zostało o godzinie 16:11, a Zamawiający pracuje w godzinach 7.00-15.00, co znajduje potwierdzenie w Części I SWZ: godziny pracy Zamawiającego: 0700 – 1500. Również 31 grudnia 2024 r. Zamawiający nie spostrzegł początkowo, iż wniesione zostało Odwołanie. Dopiero w trakcie dnia Zamawiający zorientował się, że na adres e-mail sekretariatu wpłynęło Odwołanie, co mogło narazić Zamawiającego na zawarcie umowy z naruszeniem art. 577 PZP.

Przekazanie Zamawiającemu odwołania albo kopii odwołania, tak aby możliwe było uznanie, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, w ocenie Zamawiającego powinno nastąpić za pośrednictwem ww.

platformy zakupowej.

3. Zarzut

W przypadku gdyby Wysoka Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego dotyczącej zasadności odrzucenia Odwołania, Zamawiający przedstawia poniżej merytoryczne ustosunkowanie się do podniesionego zarzutu.

Na wstępie zauważyć należy, iż choć Odwołujący zaskarżył dwie czynności Zamawiającego, tj. dokonanie wyboru oferty Przystępującego oraz odrzucenie oferty Odwołującego, to podniósł zarzut dotyczący wyłącznie tej drugiej czynności Zamawiającego. W podniesionym zarzucie Odwołujący wskazuje wyłącznie na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, który stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Również z treści samego odwołania nie sposób wywieść, aby Odwołujący podniósł jakiegokolwiek okoliczności faktyczne, w których upatruje niezgodności samej czynności wyboru oferty z przepisami ustawy. Odwołujący nie wskazał również żadnego przepisu, który jego zdaniem został naruszony poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego.

Upředzając argumentację Odwołującego zauważyć należy, iż zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazuje się w doktrynie: „Precyzyjne sformułowanie zarzutów i ich należyte uzasadnienie jest bardzo ważne, bowiem w świetle art 555 Pzp KIO jest związana zarzutami wskazanymi w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym KIO rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów, które zostały zgłoszone w odwołaniu. Nie jest możliwe zgłoszenie nowych zarzutów w dalszym toku postępowania odwoławczego (po upływie terminu do wniesienia odwołania) czy też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów po upływie terminu do wniesienia odwołania, np. w piśmie czy na rozprawie. Takie zarzuty nie zostaną przez KIO rozpoznane. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów Pzp niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego.” (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz - Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

W orzecznictwie wskazuje się natomiast na następujące kwestie:

Wyrok z 3 stycznia 2024 r. KIO 3739/23:

„To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Kluczowa jest przede wszystkim podstawa faktyczna, która powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów p.z.p. - Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dana okoliczność narusza przywołane w odwołaniu przepisy p.z.p.”

„Nie jest wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczyć mają o naruszeniu przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 p.z.p.”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2023 r. KIO 3011/23:

„Jeżeli Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę jako spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe okoliczności z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi.”

4. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia

A. Ciężar dowodu

Art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ustanawia zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach wprowadza natomiast wyjątek od powyższej zasady zgodnie z którym 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.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 PZP skoro to Odwołujący powołuje się na wyjątek od zasady bliskości określonej ustawą, to na nim powinien spoczywać ciężar wykazania faktów z których wywodzi skutki prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lutego 2024 r. KIO 211/24 stwierdziła, że:

„w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę, wskazując instalację, która spełnia wymagania przepisów ustawy o odpadach, zgodnie z zasadą określoną w art. 20 ust. 3 i 4, tj. jest położona na terenie województwa, w którym są wytwarzane odpady medyczne i jest najbliższej położona od miejsca wytwarzania odpadów, Zamawiający nie ma obowiązku żądania wykazania przez tego wykonawcę, że dana spalarnia posiada wolne moce przerobowe. Należy zauważyć, że wykonawca, składając ofertę ze wskazaniem konkretnego miejsca utylizacji odpadów, spełniającego wymogi ww. zasady daje

Zamawiającemu zapewnienie wywiązania się z zobowiązań wynikających z art. 20 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach (...)

To wykonawca, który składa ofertę wskazując przy tym spalarnię położoną na terenie innego województwa, a więc powołując się na wyjątek od zasady określonej w ustawie o odpadach (art. 20 ust. 6), powinien wykazać, że zastosowanie wyjątku w danym przypadku ma w pełni uzasadnienie, tj. musi wykazać, że spalarnia położona najbliższej na terenie województwa, w którym są wytwarzane odpady medyczne nie posiada wolnych mocy przerobowych i nie będzie w stanie unieszkodliwić odpadów w ramach realizacji danego zamówienia. Zamawiający, dokonując badania takiej oferty, pod kątem zgodni z SWZ, powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie, umożliwiając temu wykonawcy wykazanie zgodności oferty z wymaganiami dokumentów zamówienia oraz przepisów ustawy o odpadach.

Jak już wskazano powyżej, to wykonawca, który składa ofertę, powołując się na wyjątek od zasady określonej w art. 20 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach, powinien wykazać przesłanki do zastosowania tego wyjątku. Nieodzownym jest, w ocenie Izby, aby taki wykonawca zwrócił się na piśmie do danej spalarni odpadów z zapytaniem, czy posiada ona wolne moce przerobowe oraz czy będzie mogła przyjąć od tego wykonawcy odpady w ilości określonej w danym postępowaniu. Izba zauważa, że tak też wskazano w piśmie UM Województwa Świętokrzyskiego z dnia 26 października 2023 roku: „to po stronie podmiotu zainteresowanego przekazywaniem zakaźnych odpadów medycznych do termicznego przekształcenia leży ustalenie z zarządzającym instalacją zlokalizowaną na terenie woj. świętokrzyskiego, czy posiada wolne moce przerobowe”. Odwołujący nie zwrócił się do spalarni w Sandomierzu o udzielenie informacji, czy spalarnia ta posiada wolne moce przerobowe na potrzeby przedmiotowego postępowania i nie przedstawił tego dowodu na rozprawie.”

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, zwrócił natomiast uwagę, że zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Sąd wskazał, że co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodne z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). W ocenie Sądu przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. Sąd podkreślił też, że gdy okoliczności będące podstawą odwołania nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonym przed KIO postępowaniu dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania.

B. Zasada bliskości

Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego dysponował informacjami pozwalającymi na stwierdzenie, iż oferta Odwołującego zawiera treść niezgodną z warunkami zamówienia, bowiem przewiduje unieszkodliwianie odpadów w innym województwie, w sytuacji, gdy na terenie województwa zachodniopomorskiego działa instalacja położona w Gryficach.

Z oświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, które stanowi załącznik nr 7 do SWZ wynika, iż Odwołujący planuje unieszkodliwiać odpady w instalacji Promarol Plus Sp. z o.o. położonej w woj. Lubuskim, ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Sława. Odwołujący potwierdził powyższy fakt w wyjaśnieniach z dnia 20.12.2024 r.

Z oświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, które stanowi załącznik nr 7 do SWZ złożonego przez Przystępującego wynika, natomiast iż planuje on unieszkodliwiać odpady w instalacji Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach przy ul. Niechorska 27 w województwie zachodniopomorskim.

Odwołujący wprost przyznaje natomiast na samym końcu Odwołania, iż oferta Odwołującego nie spełnia tzw. zasady

bliskości:

„Tak jak zostało to przedstawione powyżej, oferta Konsorcjum firm REMONDIS Medison i PROMAROL-PLUS Sp. z o. jest ofertą najkorzystniejszą, a odrzucenie jej przez Zamawiającego jedynie ze względu na zasadę bliskości, byłoby całkowicie bezpodstawne.”

Argumentacja Odwołującego opiera się w istocie na tym, iż spalarnia w Gryficach nie ma wolnych mocy przerobowych. Tymczasem ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożył również w ramach konsorcjum Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, który jest operatorem spalarni odpadów zdolnej do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w województwie zachodniopomorskim. Powyższe wskazuje na to, iż spalarnia w Gryficach posiada wystarczające moce na potrzeby Zamawiającego skoro podmiot nią zarządzający składa w ramach konsorcjum ofertę na realizację zamówienia. Przeciwna interpretacja tego faktu oznaczałaby przyjęcie, że podmiot niezdolny do wykonania zamówienia składa ofertę i dąży do zawarcia umowy, będąc świadomym, iż nie będzie w stanie jej wykonać, co narazi go na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Zamawiający zgodnie cz. III pkt. 16 SWZ wprost wymagał, aby Wykonawca gwarantował wykonanie usługi z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. 2023. 1587.) w tym art. 20 ust. 2, 3 i 6 określającym zasadę bliskości. Odpowiednie postanowienie zawarte zostało również w § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SWZ.

Zgodnie natomiast z art. 7 pkt. 29 PZP: „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć 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;”

W ocenie Zamawiającego z powyższego jednoznacznie wynika, iż oferta Odwołującego jako niezgodna z ww. warunkami winna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów do odwołania oraz do wyjaśnień z dnia 20.12.2024 r. w ocenie Zamawiającego wszystkie zawarte w nich dane są historyczne względem czasookresu realizacji zamówienia. Wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, dokumentów, ani korespondencji dotyczącej aktualnych mocy przerobowych spalarni w Gryficach. Mając na uwadze, iż moce przerobowe danej spalarni nie są wartością stałą i ulegają w czasie zmianom, przedłożone do odwołania zestawienia dotyczące 2023 r. w ocenie Zamawiającego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Podobnie wyrok WSA z 4 października 2023 r. nie stanowi potwierdzenia, iż Odwołujący zwracał się do Przystępującego o informację dotyczącą aktualnych mocy przerobowych spalarni w Gryficach. Nadto zauważyć należy, iż brak jest potwierdzenia, aby przedmiotowy wyrok był prawomocny, a Odwołujący nie wyjaśnia czy podjął jakiegokolwiek dalsze czynności w celu uzyskania informacji o które wnioskował. Taka sama ocena dotyczy dokumentów przedłożonych do wyjaśnień z dnia 20.12.2024 r. Szczegółową ich ocenę Zamawiający zawarł w powiadomieniu o odrzuceniu oferty i podtrzymuje ją w całości.

Zamawiający podtrzymuje argumentację dotyczącą tego, iż przedłożone pismo Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp nie potwierdza, iż spalarnia Odwołującego rzeczywiście stanowi najbliższą położoną instalację, biorąc pod uwagę, iż spalarnia znajdująca się w Gorzowie Wlkp. położona jest bliżej od miejsca wytwarzania odpadów, niż instalacja Odwołującego.

Zaznaczyć również należy, że okoliczności powoływane przez Odwołującego, a odnoszące się do pisma Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego, iż w 2021 r. ilość wytwarzanych na terenie województwa zachodniopomorskiego zakaźnych odpadów medycznych przewyższała dopuszczalne moce przerobowe spalarni w Gryficach, stanowią informacje historyczne, na podstawie których nie można stwierdzić, że aktualnie w danym okresie spalarnia ta takich mocy nie posiada.

Powołana przez Odwołującego argumentacja odnośnie wszczętych przez SPZZOZ Gryfice postępowań w ocenie Zamawiającego nie wskazuje na brak mocy przerobowych spalarni. SPZZOZ w Gryficach wszczął postępowania w celu zapewnienia ciągłości usług na wypadek planowanych przestojów instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, nieprzewidzianych awarii instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów oraz w przypadku wystąpienia braku mocy przerobowych. Na tej podstawie nie można wnioskować, iż spalarnia nie posiada mocy przerobowych, a jedynie, że słusznie podejmuje środki zaradcze na wypadek nieprzewidzianych zdarzeń.

W ocenie Zamawiającego zarzut podniesiony w Odwołaniu nie jest zasadny.

PRZYSTĘPUJĄCY: Konsorcjum firm: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach i Zakład Transportowo – Handlowy Konca sp. z o.o. Szczecin

Konsorcjum firm wniosło o oddalenie konsorcjum w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Argumentacja odwołującego skupia się na kwestiach związanych z wyrażoną w ustawie o odpadach (zasadą bliskości (art. 20 ustawy o odpadach), oraz brakiem przewidzenia przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania wymogu składania przez wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznych dowodów na to, iż zamówienie będzie realizowane z poszanowaniem zasady bliskości.

Jednocześnie Odwołujący przedłożył dokumenty mające świadczyć o tym, że Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach – dalej jako: “SP ZZOZ w Gryficach” - nie posiada wolnych mocy przerobowych pozwalających na utylizację odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia, co w ocenie Odwołującego ma uzasadniać zastosowanie wyjątku od zasady bliskości wyrażonej w ustawie o odpadach.

Przystępujący stoi na stanowisku wyrażonym już przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego zawartym w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić przy tym należy, iż Zamawiający miał - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie tylko prawo, ale przede wszystkim obowiązek dokonać sprawdzenia zgodności wszystkich ofert z określonymi przez siebie warunkami zamówienia na etapie badania i oceny ofert. Tylko bowiem na tym etapie możliwe jest odrzucenie oferty niezgodnej z tymi warunkami.

Jak wskazano w odwołaniu Zamawiający - w części III SWZ oraz w par. 3 ust. 8 wzoru umowy - zawarł następujący wymóg:

“Usługodawca gwarantuje wykonanie usługi z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.), w tym art. 20 ust. 2, 3 i 6, który zobowiązuje przyszłego posiadacza do unieszkodliwiania odpadów medycznych pochodzących z obiektów Szpitala na obszarze województwa zachodniopomorskiego lub poza województwem, jednakże w możliwie jak najbliższej odległości od siedziby Szpitala”.

Z powyższego wymogu Odwołujący wywodzi, iż dotyczy on sposobu realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania, a więc nie powinien podlegać badaniu i ocenie przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, a dopiero później - na etapie realizacji umowy. Wedle Odwołującego brak w SWZ zapisów dotyczących obowiązku wykazania spełniania zasady bliskości, a w szczególności brak środków dowodowych, które miałyby służyć temu na etapie oceny i badania ofert sprawiają, iż Zamawiający nie był uprawniony do zbadania przedmiotowej kwestii badając ofertę Odwołującego.

Powyższe nie znajduje oparcia zarówno w treści dokumentacji zamówienia, jak i w przepisach prawa.

W pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy na definicję pojęcia “warunki zamówienia” zawartą w przepisie art. 7 pkt 29) pzp. Zgodnie z tą definicją, przez warunki zamówienia rozumie się: “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”.

Z powyższego wynika więc, iż warunki zamówienia wyznaczają nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy. Tak szeroko zdefiniowane warunki zamówienia korespondują z terminem „specyfikacja warunków zamówienia”, która jest dokumentem zamówienia obejmującym całość wymagań określonych przez zamawiającego. (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 7.)

Obowiązkiem Zamawiającego jest więc sprawdzenie, już na etapie badania i oceny ofert, tego, czy oferta danego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia. Konstatacja ta, wynikająca z przepisu art. 17 ust. 2 pzp, znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, przykładem może być chociażby orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r. (sygn. akt: KIO 345/24) zgodnie, z którym:

“Zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku dokonania badania i oceny ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przenosić tych czynności dopiero na etap realizacji zamówienia, gdyż po zawarciu umowy nie można już cofnąć czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem ewentualne odkrycie dopiero na tym etapie niezgodności oferty z warunkami zamówienia skutkuje już nieodwracalnym naruszeniem art. 17 ust. 2 p.z.p. Jeśli

Zamawiający wszedł w posiadanie dokumentów, których treść wzbudza wątpliwości co do zgodności oferty z warunkami zamówienia, jego obowiązkiem jest zbadać tę sytuację, przynajmniej w takim zakresie, jaki jest możliwy w danych okolicznościach sprawy.”

Odwołujący załączył do swojej oferty oświadczenie PROMAROL-PLUS sp. z o.o. złożone na podstawie przepisu art. 117 ust. 4 pzp, z którego wynikało, iż unieszkodliwianie odpadów odbywać będzie się w województwie lubuskim. Z tego powodu Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty poprzez:

1.potwierdzenie czy unieszkodliwianie odpadów objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego będzie się odbywać w instalacji PROMAROL-PLUS sp. Z o.o. Ciepelówek 2, 67-140 Sława, położonej w województwie lubuskim, zgodnie z treścią przedłożonego oświadczenia;

2.wyjaśnienie, czy instalacje na obszarze województwa zachodniopomorskiego nie mają wolnych mocy przerobowych.

Zamawiający miał pełne prawo do żądania wyjaśnień w tym zakresie - działał bowiem w celu zbadania, czy oferta tego wykonawcy spełnia warunki zamówienia. Uprawnienie Zamawiającego do podejmowania takich czynności zdaje się być oczywiste (przyjęcie innej interpretacji przepisów skutkowałoby uznaniem, że nawet w przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę warunków zamówienia Zamawiający nie mógłby tego sprawdzić gdyby nie przewidział takiej możliwości w SWZ) ale znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie.

I tak, w przywołanym już powyżej orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że:

“Zamawiający nie może wprowadzić sam żądać od wykonawców dokumentów innych niż wskazane w dokumentach zamówienia, ale jeżeli z jakichś powodów je otrzyma i ich treść będzie wskazywać na potencjalną niezgodność oferty z warunkami zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest zbadać taką sytuację, aby nie dopuścić do naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p., czyli do udzielenia zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy: zamawiający nie może zignorować przedstawionych mu dokumentów, z których wynika, że oferta może nie być zgodna z SWZ i poprzestać na badaniu wyłącznie dokumentów wymaganych w SWZ, gdyż mogłoby to doprowadzić do naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p.”

Zamawiający powziął, na podstawie oświadczenia złożonego przez Odwołującego, wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunków zamówienia. W takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie przedmiotowej sytuacji.

Co istotne, Odwołujący złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, w których potwierdził, że unieszkodliwianie odpadów odbywać będzie się w instalacji położonej w innym województwie, oraz przedłożył dokumenty mające dowodzić, że inne instalacje znajdujące się bliżej miejsca wytwarzania odpadów nie posiadają wolnych mocy przerobowych.

Zamawiający słusznie uznał - oceniając przedłożone wyjaśnienia i załączone do nich dokumenty - iż Odwołujący nie wykazał w nich okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku od zasady bliskości i umożliwiających przyjęcia, iż zaoferowane przez Odwołującego miejsce unieszkodliwiania odpadów jest zgodne z ustawą o odpadach, czego konsekwencją było odrzucenie oferty Odwołującego.

W odwołaniu Odwołujący zawarł argumentację dotyczącą tego, iż dokumenty postępowania nie wymagały od niego przedkładania żadnych dowodów na etapie badania i oceny ofert dotyczących spełniania zasady bliskości. Co więcej, Odwołujący wskazuje - powołując się na orzeczenie KIO - iż informacje w jaki sposób ma być realizowana zasada bliskości na etapie badania i oceny ofert ma charakter irrelevantny dla Zamawiającego z uwagi na brak warunku zamówienia zobowiązującego wykonawców do udowodnienia na etapie badania i oceny ofert zapewnienia przez wykonawcę poszanowania zasady bliskości.

Powyższa argumentacja nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie.

O ile zgodzić można się z Odwołującym w kwestii tego, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia żadnych dowodów dotyczących spełniania zasady bliskości, o tyle Odwołujący zdaje się pomijać, iż sam przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia i dokumenty potwierdzające, iż w istocie nie gwarantuje wykonania zamówienia z poszanowaniem zasady bliskości.

Istotną w tym miejscu będzie konkluzja Krajowej Izby Odwoławczej zawarta w orzeczeniu z dnia 13 lutego 2024 r. (sygn. akt: KIO 186/24), zgodnie z którą:

“Co do zasady złożone wyjaśnienia stanowią więc treść oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania nie została przez niego podważona. Istotna pozostaje więc analiza treści złożonych wyjaśnień, ich charakter oraz sposób

udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego.”

Wykonawca nie zakwestionował wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego, nie podważył prawa Zamawiającego do badania kwestii objętych wezwaniem na etapie badania i oceny ofert, złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem, samemu przedstawiając Zamawiającemu informacje przeczące spełnianiu przez niego warunków zamówienia, a podważanie uprawnienia Zamawiającego do badania przedmiotowego zagadnienia rozpoczął dopiero po odrzuceniu jego oferty.

Powyższy wyrok przesądza, w ocenie Zamawiającego, iż skoro Wykonawca złożył wyjaśnienia to stanowią one część jego oferty i mogą być przedmiotem oceny, nawet jeżeli uzyskane zostały w trybie nieprzewidzianym w dokumentacji postępowania.

Zamawiający działał więc z poszanowaniem przepisów prawa zamówień publicznych, w celu dokładnego zbadania ofert i zagwarantowania ich zgodności nie tylko z warunkami zamówienia, ale przede wszystkim z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa – w tym przypadku przepisami ustawy o odpadach.

Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący prezentuje stanowisko niezgodne z dotychczasowymi zapatrywaniami Odwołującego. Przywołać należy chociażby sprawę prowadzoną przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturą KIO 211/24, zakończoną wyrokiem z dnia 22 lutego 2024 r., w której to sprawie Remondis Medison sp. z o.o. argumentowała, iż:

“Mając na uwadze powyższe, prawidłowe stosowanie zasady bliskości (oraz wyjątków od niej) przewidzianej w ustawie o odpadach (i mającej zastosowanie zarówno do badania ofert na etapie postępowania, jak i realizacji umowy), polega na tym, że odpady nie będą mogły być wywożone do instalacji zlokalizowanej dalej niż instalacja najbliższej położona od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego. Sankcjonowane jest również unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa, na którego obszarze zostały one wytworzone - jeżeli na tym terenie funkcjonuje instalacja zdolna do przyjęcia i unieszkodliwienia wytworzonych odpadów. Takie działanie - unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych, wytworzonych przez Zamawiającego, w instalacji niezlokalizowanej najbliższej - naruszałoby bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy o odpadach w zakresie zasady bliskości (i wyjątków od niej, które zgodnie z zasadami prawidłowej wykładni przepisów należy interpretować w sposób zawężający). Odmienne stosowanie zasady bliskości naraża Zamawiającego na sankcje opisane we wskazanej ustawie (art. 172 ust. 1 ustawy o odpadach) oraz w Kodeksie karnym.

Zasada bliskości ma prymat i sposób jej rozumienia jest jednoznaczny, tj. zasada: odpady unieszkodliwia się na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, wyjątki (interpretowane ściśle): można unieszkodliwić odpady w instalacji na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia w przypadku braku instalacji na terenie danego województwa, w instalacji najbliższej położonej lub gdy instalacja zlokalizowana na terenie danego województwa ma nie ma wolnych mocy przerobowych.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący wskazał interpelację poselską nr 30581 do Ministra Środowiska w sprawie utylizacji odpadów medycznych. Dodatkowo, potwierdza to ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które potwierdzają konieczność i obowiązek przestrzegania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach.”

W przywołanej powyżej sprawie Remondis Medison sp. z o.o. dostrzega fakt, iż zasada bliskości znajduje zastosowanie już na etapie badania i oceny ofert, a także, że jej stosowanie jest bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego. Zdziwienie Przystępującego budzi więc fakt, iż w niniejszej sprawie obie te okoliczności są przez Remondis Medison sp. z o.o. kwestionowane, mimo, iż stany faktyczne obu spraw są niezwykle zbliżone.

Przystępujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma obowiązek zbadania, czy oferta każdego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał takiego sprawdzenia i doszedł do słusznego wniosku, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia - Odwołujący nie zagwarantował bowiem realizacji zasady bliskości ani nie wykazał, by uzasadnione było skorzystanie z wyjątku od tej zasady.

Zauważyć przy tym należy, iż jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w sprawie 211/24: “To wykonawca, który składa ofertę wskazując przy tym spalarnię położoną na terenie innego województwa, a więc powołując się na wyjątek od zasady określonej w ustawie o odpadach (art. 20 ust. 6), powinien wykazać, że zastosowanie wyjątku w danym przypadku ma w pełni uzasadnienie, tj. musi wykazać, że spalarnia położona najbliższej na terenie województwa, w którym są wytwarzane odpady medyczne nie posiada wolnych mocy przerobowych i nie będzie

w stanie unieszkodliwić odpadów w ramach realizacji danego zamówienia."

Odwolujący nie wykazał w żadnej mierze, iż w niniejszym postępowaniu znajdzie zastosowanie wyjątek od zasady bliskości. Dokumenty przedłożone przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie uzasadniają odstąpienia od tej zasady, nie może zmienić powyższego przekonania również treść odwołania, w której powołano dane historyczne i jedynie tabelaryczne zestawienie ilości odpadów odbieranych przez SP ZZOZ w Gryficach oraz zestawienie podmiotów wytwarzających odpady w województwie zachodniopomorskim.

Podkreślenia wymaga, iż dokumenty te po pierwsze nie mają przełożenia na rok 2025 – a tego okresu dotyczy zamówienie, a po drugie stanowią jedynie dywagacje Odwołującego oparte na bardzo ogólnych danych liczbowych, które nie zostały nawet zweryfikowane przez Odwołującego w SP ZZOZ w Gryficach. Odwołujący nie zwrócił się do SP ZZOZ w Gryficach z zapytaniem czy podmiot ten ma wolne moce przerobowe pozwalające mu na utylizację odpadów odebranych od Zamawiającego.

W podobnej sprawie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 211/24), wskazując, że Wykonawca "Nie wykazał tym samym, że uprawnione jest, w świetle art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, zagospodarowanie odpadów na terenie innego województwa, w tym przypadku - na terenie województwa małopolskiego. Jak już wskazano powyżej, to wykonawca, który składa ofertę, powołując się na wyjątek od zasady określonej w art. 20 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach, powinien wykazać przesłanki do zastosowania tego wyjątku. Nieodzownym jest, w ocenie Izby, aby taki wykonawca zwrócił się na piśmie do danej spalarni odpadów z zapytaniem, czy posiada ona wolne moce przerobowe oraz czy będzie mogła przyjąć od tego wykonawcy odpady w ilości określonej w danym postępowaniu. Izba zauważa, że tak też wskazano w piśmie UM Województwa Świętokrzyskiego z dnia 26 października 2023 r.: "to po stronie podmiotu zainteresowanego przekazywaniem zakaźnych odpadów medycznych do termicznego przekształcenia leży ustalenie z zarządzającym instalacją zlokalizowaną na terenie woj. świętokrzyskiego, czy posiada wolne moce przerobowe". Odwołujący nie zwrócił się do spalarni w Sandomierzu o udzielenie informacji, czy spalarnia ta posiada wolne moce przerobowe na potrzeby przedmiotowego postępowania i nie przedstawił tego dowodu na rozprawie."

Analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie zwrócił się do SP ZZOZ w Gryficach o udzielenie informacji w zakresie wolnych mocy przerobowych, a zastosowanie wyjątku od zasady bliskości opiera wyłącznie na własnych domysłach i własnej interpretacji danych liczbowych.

Co więcej SP ZZOZ w Gryficach jest podmiotem, który, wspólnie z innym wykonawcą, złożył ofertę w niniejszym postępowaniu co jednoznacznie dowodzi faktu, iż dysponuje mocami przerobowymi pozwalającymi na unieszkodliwienie odpadów objętych zamówieniem.

Odwolujący wykazał się całkowitą biernością w zakresie pozyskiwania informacji dotyczących mocy przerobowych instalacji znajdującej się w województwie zachodniopomorskim a priori zakładając, że takich mocy ona nie posiada. Takie działanie Odwołującego nie może być uznane za wystarczające do odstąpienia od stosowania zasady bliskości. Odwołujący nie podolał ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, iż instalacja unieszkodliwiania odpadów znajdująca się w województwie zachodniopomorskim nie posiada wolnych mocy przerobowych.

Nie można tracić z pola widzenia również faktu, iż oprócz instalacji SP ZZOZ w Gryficach istnieje jeszcze jedna instalacja, w województwie lubuskim, bliższa do miejsca wytwarzania odpadów niż instalacja zaproponowana przez Odwołującego. Odwołujący w odwołaniu nie podnosi żadnych argumentów pozwalających na przyjęcie, iż nie może unieszkodliwiać odpadów pochodzących z niniejszego zamówienia w instalacji znajdującej się w Gorzowie Wielkopolskim.

Argumenty w tym zakresie Odwołujący zawarł w wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania, jednakże - jak już wskazał Zamawiający - nie dotyczą one roku 2025. Instalacja w Gorzowie Wielkopolskim istotnie znajdowała się w stanie postoju, jednakże stan ten trwać miał jedynie do 29 listopada 2024 r.

Odwolujący zaoferował unieszkodliwianie odpadów w instalacji znajdującej się w innym województwie niż województwo, w którym wytwarzane są odpady, a ponadto znajdującą się dalej od miejsca wytwarzania odpadów niż inna instalacja w województwie lubuskim. Jednocześnie nie zawarł w odwołaniu żadnych jednoznacznych dowodów wykazujących, iż obie te instalacje nie posiadają wolnych mocy przerobowych.

W świetle powyższego wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. W szczególności nie zaistniała przesłanka odrzucenia z art. 528 pkt 6 pzp wskazana przez zamawiającego. Zastrzeżenie w postanowieniach swz o wyłącznym sposobie komunikacji zamawiającego z wykonawcami z pośrednictwem platformy zakupowej jest postanowieniem dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego, natomiast przekazanie zamawiającemu treści odwołania, w tym jego kopii po myśli art. 514 ust. 2 pzp, jest odrębną regulacją czynności prowadzonych w toku postępowania odwoławczego i pozostaje bez związku z komunikacją stron opartą na art. 61 ustawy pzp.

W zakresie podniesionych zarzutów stwierdza się, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP przez błędne przyjęcie przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum KONCA jako najkorzystniejszej.

Jak słusznie zauważył zamawiający podniesione zarzuty zostały uzasadnione w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty. Należy stwierdzić, że istotnie izba jest związana zarzutami i nie może wykroczyć poza ich granice. W sprawie rozpatrywanej w razie uznania zarzutu błędnego odrzucenia oferty jedyną możliwą konsekwencją jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wobec konieczności dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty pierwotnie odrzuconej.

Zamawiający dokonując tej czynności wskazał na podstawę faktyczną i prawną odrzucenia tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Istotnie w Części III SWZ wymagano, wykonanie usługi było z zachowaniem przepisów ustawy z 14 grudnia 2012 r. | o odpadach (Dz. U. 2023 r, poz. 1587.) w tym art. 20 ust. 2, 3 i 6 określającym zasadę bliskości. Odpowiednie postanowienie zawarte zostało również w § 3 ust. 8 wzoru umowy - zał nr 6 do SWZ.

Zamawiający wskazał, że w świetle uzyskanych informacji i dokumentów, zmuszony był odrzucić ofertę Wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność polega na braku zachowania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ust 3 ustawy o odpadach, którą Zamawiający jasno opisał w SWZ. „Odrzucony wykonawca zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych w instalacji innej, aniżeli położona w tym samym województwie, co miejsce wytwarzania odpadów. Jednocześnie według oceny Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał jednoznacznie istnienia przesłanek dla odstąpienia od stosowania zasady bliskości, przewidzianych w art. 20 ust. 5 i 6 ustawy o odpadach.”

Skład orzekający nie podziela tej oceny.

Niespornie przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w szacowanej ilości wskazanej w formularzu ofertowym. W warunkach udziału w postępowaniu wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie zasad enumeratywnie określonych w Części V SWZ. Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego w tym zakresie tj. określone w Części VI SWZ, a dotyczące posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Ponadto we wzorze umowy zamawiający sformułował wymóg odnoszący się do sposobu realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując na tzw. zasadę bliskości, która znalazła wyraz w treści art. 20 ustawy o odpadach. Natomiast w żadnym postanowieniu SWZ nie nałożono na uczestników postępowania obowiązku wykazania spełniania zasady bliskości, a w szczególności środków dowodowych, które miałyby temu służyć na etapie oceny i badania ofert.

W tym stanie faktycznym oferta brak było podstaw do uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka powinna polegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W szczególności nie zaistniały podstawy do prowadzenia postępowania dowodowego, a także wyjaśniającego w trybie art.223 ust.1 ustawy Pzp (odnoszących się do okoliczności związanych z badaniem spełniania przez wykonawców warunku realizacji umowy, a nie warunku zamówienia.

Zdaniem Izby, z treści SWZ wynika, że zastrzeżona przez zamawiającego zasada bliskości odnosi się do etapu wykonywania umowy w granicach określonych przepisem art. 20 ustawy o odpadach, a jej przestrzeganie zadeklarował wykonawca.

W ocenie izby w rozpatrywanej sprawie, zamawiający dokonał czynności oceny i efekcie odrzucenia oferty odwołującego w wyniku zapowiedzi wniesienia środka ochrony prawnej na ewentualną odmienną czynność oceny, przez konkurującego wykonawcę, który dysponuje niespornie najbliższą instalacją, którą zamierza wykorzystać, a jak wynika z kolejnych zdarzeń, stosującego obstrukcję w stosunku do odwołującego zgłaszającego zamiar nawiązania z tym podmiotem współpracy w celu realizacji zamówienia. Wobec jednakże utrudnień ze strony tego podmiotu, na etapie informacyjnym, nie należącym do treści oferty, odwołujący przedstawił inną instalację, co do której prowadzony jest spór pod kątem spełniania zasady bliskości.

Ze względu na specyfikę obowiązków prawnych wynikających z gospodarowania odpadami medycznymi, o charakterze zakaźnym, wykonawca będzie zobligowany do wykazania spełniania obowiązków wynikających z zasady bliskości, w tym będzie każdorazowo zobligowany do przekazania odpadów z zachowaniem wymogów ustawowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

Izba stwierdza, że treść SWZ nie zobowiązywała wykonawców do przedstawienia dokumentów, ani obowiązku badania ani określania stopnia dostępności mocy przerobowych instalacji unieszkodliwiania odpadów wskazywanych przez wykonawców w formularzu ofertowym jako te, za pomocą których wykonawca będzie unieszkodliwiać odpady.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając że czynność odrzucenia oferty, a w związku z tym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane z naruszeniem prawa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący