

WYROK

z dnia 9 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum: **EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach** z siedzibą lidera w Żyrardowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie (SPSK-2)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum **REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o.** z siedzibą lidera w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o., zgłaszających sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum: EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu: kwoty wpisu oraz kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie (SPSK-2) dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach: 180101, 180102, 180103, 180106, 180108, 180109 pochodzących z działalności SPSK-2 PUM w Szczecinie”, znak sprawy: ZP/220/111/23 (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2023 r. pod numerem 2023/S 201-632679.

W dniu 2 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm w składzie: REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Remondis”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: EMKA S.A., Samodzielny Publiczny Zespół Zakład Opieki Zdrowotnej w Gryficach (dalej łącznie: Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis i wybór oferty złożonej przez tego Wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis,
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowa, ponieważ oferta ta 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. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych. Sposób świadczenia tych usług reguluje m.in. ustawa o odpadach i akty wykonawcze do tej ustawy. Nie jest on swobodnie wybierany przez któregośkolwiek uczestnika w procesie wytwarzania, transportu czy też unieszkodliwiania odpadów medycznych. Ustawa o odpadach reguluje m.in. w jakim miejscu muszą zostać unieszkodliwione odpady medyczne wytworzone przez wytwórcę jakim jest Zamawiający. Miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego wskazane w treści oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis jest niezgodne z treścią SWZ i wynikającą z niej zasadą bliskości, na skutek czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę. SWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał, iż zarówno oferta, jak i realizacja umowy, muszą być zgodne z ustawą o odpadach i wynikającą z tejże ustawy zasadą bliskości opisaną w art. 20, jak również, iż Zamawiający na etapie Postępowania będzie badał zgodność treści oferty z zasadą bliskości. Wymagania Zamawiającego opisane w treści SWZ stanowią ustanowione przez niego warunki zamówienia, którymi Zamawiający był związany na etapie oceny oferty. Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa zachodniopomorskiego i na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne. Na terenie województwa zachodniopomorskiego jest zlokalizowana instalacja do unieszkodliwiania odpadów medycznych i posiada ona wolne moce przerobowe. Jest to instalacja zlokalizowana w Gryficach przy ul. Niechorskiej 27. Odwołujący zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych w Gryficach (województwo zachodniopomorskie, operatorem instalacji w Gryficach jest członek konsorcjum, tj. Samodzielny Publiczny Zespół Zakład Opieki Zdrowotnej w Gryficach z siedzibą w Gryficach), w odległości 101 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Szczecina (województwo zachodniopomorskie) oraz w swojej ofercie (formularz Oferty) wskazał: *Oświadczamy, że oferujemy unieszkodliwianie odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego w instalacji ul. Niechorska 27, Gryfice (adres: ulica, miasto) położonej 101 km* od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego (Al. Powstańców Wielkopolskich nr 72, 70 - 111 Szczecin). Oświadczamy, że oferowane usługi będą realizowane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach w zakresie wynikającym z zasady bliskości opisaną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14)*, natomiast wykonawca Konsorcjum Remondis, który zaoferował unieszkodliwianie odpadów medycznych w Ciepłowie (województwo lubuskie), w odległości 253 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Szczecina (województwo zachodniopomorskie), co jest niezgodne z warunkami zamówienia i wynikającą z nich zasadą bliskości. Konsorcjum Remondis w swojej ofercie (formularz Oferty) wskazał: *Oświadczamy, że oferujemy unieszkodliwianie odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego w instalacji PROMAROL PLUS Sp. z o.o. ul. Ciepłówek 2, 67-410 Sława (adres: ulica, miasto) położonej 253 km* od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego (Al. Powstańców Wielkopolskich nr 72, 70 - 111 Szczecin). Oświadczamy, że oferowane usługi będą realizowane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach w zakresie wynikającym z zasady bliskości opisaną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14)*. Niezależnie od ww. oświadczenia w treści formularza Oferta, Odwołujący stwierdził, że złożył wraz z ofertą – wymagane przez Zamawiającego treścią formularza Oferta – dokumenty:

- 1) *Zestawienie zobowiązań Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72 – 300 Gryfice, których się podjął w czasie na który ma zostać zawarta umowa z Zamawiającym (1 kwietnia 2024 r. – 1 kwietnia 2026 r.),*
- 2) *Decyzje Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 28 sierpnia 2014 r. i 24 listopada 2020 r., na podstawie których działa instalacja unieszkodliwiania odpadów w Gryficach*

które jednoznacznie potwierdzają, że instalacja unieszkodliwiania odpadów w Gryficach posiada wolne moce niezbędne do wykonania umowy zawartej w wyniku Postępowania.

Odwołujący podał również, że instalacja w Gryficach ma wolne moce przerobowe w 2023 r.: Ilość odpadów unieszkodliwionych w 2023 r. (11 miesięcy): 1148,62 Mg; Ilość odpadów unieszkodliwionych średnio na 1 miesiąc: 104,42 Mg; Szacowana ilość unieszkodliwionych odpadów w 2023 roku: 1253,04 Mg; Moc przerobowa instalacji według decyzji: 1488,00 Mg; Aktualnie posiadane wolne moce przerobowe w ilości: 234,96 Mg. Zamawiający na etapie oceny ofert dysponował informacjami, które potwierdzały, że jest możliwe unieszkodliwianie odpadów, które zostaną wytworzone w ramach realizacji zamówienia na terenie województwa zachodniopomorskiego (w Szczecinie) w instalacji zlokalizowanej na terenie tego samego województwa (w Gryficach), a to oznaczało, iż: jedynym zgodnym z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach miejscem unieszkodliwiania odpadów jest instalacja w Gryficach, nie zachodzi żaden z wyjątków od zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach, który umożliwiłby unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa (w tym na terenie województwa lubuskiego), oferta złożona przez Konsorcjum Remondis przewidująca unieszkodliwianie odpadów w instalacji zlokalizowanej poza terenem województwa zachodniopomorskiego (na terenie województwa lubuskiego), jako naruszająca zasadę bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach, jest niezgodna z warunkami zamówienia (wskazanymi we wcześniejszej części odwołania) i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający natomiast zamiast odrzucić ofertę Konsorcjum Remondis wybrał ją jako najkorzystniejszą. Uzasadnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wskazuje, że Zamawiający oparł się wyłącznie na wyjaśnieniach treści oferty, złożonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez Konsorcjum Remondis, natomiast całkowicie przy tym pominął jednoznaczną treść oferty Odwołującego, pomimo, iż obowiązkiem Zamawiającego jest ocena ofert w oparciu o wszystkie informacje, którymi dysponuje, w tym o treść wszystkich złożonych ofert. Dokonując weryfikacji czy oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia Zamawiający dokonuje prostego działania, porównania. Zestawia ze sobą jednoznaczne postanowienia SWZ (Rozdział I pkt IV ust. 4 i pkt XIX, Rozdział II pkt 5, pkt IV, Rozdział III § 5 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 lit. a, Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz Oferty) treścią oferty złożonej przez Wykonawcę. Po dokonaniu ww. czynności Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości i powinien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis. Zamawiający wymagał zgodności zarówno treści oferty, jak i realizowanej umowy z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którą zasadą jest, że w tym przypadku odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane na terenie województwa zachodniopomorskiego. Dokumenty przedstawione w ofercie Konsorcjum Remondis potwierdzają, że ww. wykonawca nie będzie unieszkodliwiał odpadów medycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym ustawą o odpadach i wynikającą z niej zasadą bliskości. Konsorcjum Remondis zaoferowało bowiem unieszkodliwianie odpadów medycznych na terenie województwa lubuskiego, a więc niezgodnie z zasadą bliskości. Powyższego nie zmienia postępowanie wyjaśniające przeprowadzone z Konsorcjum Remondis w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający na etapie oceny ofert dysponował ofertą Odwołującego, z treści której wynikało jednoznacznie, że możliwe jest unieszkodliwianie odpadów zgodnie z zasadą bliskości na terenie województwa zachodniopomorskiego. Nie ziszcza się żadna z podstaw do zastosowania jednego z trzech wyjątków od zasady bliskości. W szczególności o takim ziszczeniu się wyjątku nie przesądzają subiektywne twierdzenia wykonawcy Konsorcjum Remondis. Zamawiający dokonując wyboru oferty Konsorcjum Remondis nie przestrzega ustanowionych przez siebie zasad. Żaden z wykonawców nie zaskarżył postanowień SWZ, wiedząc jak działa zasada bliskości i jakie konsekwencje wiążą się z zaoferowaniem unieszkodliwiania odpadów w spalarni niespełniających wymagań zasady bliskości. W dniu 26 października 2023 r. Zamawiający odpowiadając na zadane pytanie dotyczące treści SWZ, wprowadził jednoznaczne zasady dotyczące weryfikacji zgodności ofert pod kątem zgodności z zasadą bliskości, na etapie oceny ofert, w tym zażądał przedmiotowych środków dowodowych. Uzasadnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wskazuje natomiast, że Zamawiający oparł się wyłącznie na wyjaśnieniach treści oferty, złożonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez Konsorcjum Remondis z 24 listopada 2023 r. (a zatem wtedy, gdy Konsorcjum Remondis wiedziało już o ofercie złożonej przez Odwołującego, w tym o fakcie, że jest to jedyna zgodna z zasadą bliskości oferta w Postępowaniu), które miały na celu wykreowanie u Zamawiającego wyobrażenia, że w stosunku do oferty Konsorcjum Remondis istnieje wyjątek od zasady bliskości.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów zawartych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, które według Zamawiającego miałyby stanowić o tym, że wobec oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis zaistniał wyjątek od zasady bliskości wyrażonej w ustawie o odpadach, tj., że instalacja unieszkodliwiania odpadów w Gryficach rzekomo nie ma wolnych mocy przerobowych, Odwołujący wskazał:

Ad brak odpowiedzi na zapytanie skierowane przez Konsorcjum Remondis do właściciela instalacji unieszkodliwiania odpadów w Gryficach

Zdaniem Odwołującego nie stanowi to żadnej z okoliczności wskazanej w art. 20 ustawy o odpadach, uzasadniającej, iż zachodzi wyjątek od zasady bliskości. Wyjątki od zasady bliskości, jak każde wyjątki od zasady, muszą być interpretowane zawężająco. Tym samym brak jest podstaw ku temu, by utożsamiać brak uzyskania przez wykonawcę informacji na temat wolnych mocy przerobowych danej instalacji z ustawowym sformułowaniem „gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych”. Brak uzyskania ww. informacji nie uniemożliwiało złożenia oferty Konsorcjum Remondis. Konsorcjum Remondis mogło złożyć ofertę, natomiast wykonawca ten jako doświadczony podmiot i dobrze znający specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia wiedział, że jego oferta będzie badana również pod względem zgodności z zasadą bliskości wyrażoną w ustawie o odpadach. Badanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia odbywa się z uwzględnieniem treści wszystkich złożonych w danym postępowaniu ofert i jest to zawsze zadanie Zamawiającego na etapie oceny ofert. Takiego badania dokonał Zamawiający, ale wykonał je nieprawidłowo, ponieważ oceniając ofertę Konsorcjum Remondis, jak również złożone przez niego wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, pominął informacje, które były w jego dyspozycji i nie wywoływały żadnych jego wątpliwości, tj. te zawarte w ofercie Odwołującego. Doprowadziło to do błędnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Ad informacja pozyskana przez Konsorcjum Remondis z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego z 2022 r. i przetargach wszczętych przez właściciela instalacji w Gryficach w 2023 r.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może opierać się na spekulacjach zawartych w wyjaśnieniach treści oferty jednego z wykonawców, ale zobowiązany jest uwzględniać treść złożonych ofert i przekazanych dokumentów w danym Postępowaniu. Informacje pozyskiwane z Urzędu Marszałkowskiego nie są miarodajnymi informacjami na potrzeby oceny, czy dana instalacja unieszkodliwiania odpadów jest w stanie unieszkodliwić odpady medyczne, które powinny być do niej dostarczone na potrzeby realizacji zamówienia, zgodnie z zasadą bliskości i to kilkanaście miesięcy później. Są to wyłącznie dane statystyczne, o charakterze historycznym, a nie miarodajna informacja obrazująca aktualne możliwości przerobowe danej instalacji (jest świadomy tego również Zamawiający, który nie żądał tego typu informacji od wykonawców). Instalacja w Gryficach ma wolne moce przerobowe – zarówno aktualnie, jak i w czasie realizacji umowy, która zostanie zawarta w wyniku Postępowania, co potwierdziła ocena oferty Odwołującego w Postępowaniu przez Zamawiającego.

O rzekomym braku możliwości unieszkodliwiania odpadów przez instalację w Gryficach nie świadczy także wszczęcie dwóch postępowań przez właściciela instalacji (czyli członka konsorcjum Odwołującego). Postępowanie, które zostało ogłoszone w dniu 29 czerwca 2023 r. nawet nie dotyczy odpadów będących przedmiotem Postępowania, lecz dotyczy odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów medycznych o kodzie 180104 nieposiadających właściwości zakaźnych, w stosunku do których nie obowiązuje zasada bliskości - zlecenie tych usług innemu podmiotowi tylko zwiększa możliwości unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotem Postępowania przez instalację w Gryficach), natomiast postępowanie, które zostało ogłoszone w dniu 23 stycznia 2023 r. dedykowane zostało unieszkodliwianiu odpadów poza instalacją w Gryficach na czas planowanych przestojów technologicznych, nieprzewidzianych awarii, jak również bliżej nieokreślonych braków wolnych mocy przerobowych w przyszłości (stąd prowadzenie takiego Postępowania jest wyrazem wyłącznie należytej staranności właściciela instalacji w Gryficach, a nie dowodem na brak wolnych mocy przerobowych). Utożsamianie wszczęcia tego postępowania z brakiem wolnych mocy przerobowych instalacji w Gryficach, jest manipulacją informacjami, a nie udowodnionym faktem. Powyższe jest tym bardziej oczywiste, że lider Konsorcjum Remondis jest świadomy ww. informacji, ponieważ uczestniczył w tym postępowaniu, a jego pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza oferta, wskutek odwołania wniesionego przez lidera konsorcjum Odwołującego, została odrzucona za niezgodność z zasadą bliskości (wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 927/23).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający miał możliwość zweryfikowania ww. informacji przekazanych przez Konsorcjum Remondis, zadając stosowne pytania właścicielowi instalacji w Gryficach, czyli członkowi konsorcjum Odwołującego. Zamiast wyjaśnić tę okoliczność u źródła, oparł się natomiast na wyjaśnieniach Konsorcjum Remondis, całkowicie przy tym pomijając jednoznaczna i zgodną z zasadą bliskości ofertę Odwołującego, co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Remondis.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum REMONDIS Medison Sp. z o.o., PROMAROL PLUS Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Dąbrowie Górniczej (dal „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie z 27 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie ewentualnego sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 stycznia 2024 r. oświadczył, że wnosi sprzeciw.

W piśmie z 4 stycznia 2024 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stanowisko w sprawie, wskazując w szczególności, że 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 Rozdziale XVI SWZ. Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom) po uzyskaniu zgody Zamawiającego. Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. W rozdziale XVII SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wśród których wskazano m.in. posiadanie uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów medycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym zakresie spełnił wymagania Zamawiającego. W zakresie powyższych warunków Zamawiający wskazał, że w zakresie kompetencji lub uprawnień stawia wymóg posiadania przez wykonawcę ważnych decyzji właściwych organów zezwalających na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14), ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych (Dz.U.2020.154 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tych ustaw i umowy dotyczącej międzynarodowego przewozu drogowego towarów niebezpiecznych – ADR. Wymóg ten został spełniony przez Przystępującego. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający stawia wymóg, by wykonawca wykazał wykonanie/wykonywanie, usługi odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych o kodach 180101, 180102, 180103, 180108, 180109 w okresie 24 miesięcy w kwocie 1 800 000,00 zł brutto. Zamawiający wymaga by wykonawca dokonywał odbioru odpadów przy użyciu sprzętu, spełniającego ustawowe wymogi dla środków transportu odpadów medycznych, wyposażony w rampę samozaladowczą oraz spełniający wymogi umowy ADR, wraz z przeszkolonym personelem. Każdy kierowca odbierający odpady musi mieć przy sobie ważne Zaświadczenie ADR, o ukończonym minimum kursie podstawowym. Wymóg ten został spełniony przez Przystępującego. W dalszej części SWZ Zamawiający wskazał, że oczekuje, że przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi unieszkodliwiania odpadów medycznych. Oferta Przystępującego jest ofertą korzystniejszą i brak jest podstaw do uznania, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka powinna polegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Przystępującego ocena spełniania lub niespełniania przez wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie warunków wynikających z „zasady bliskości” określonej w treści art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, nie powinna być dokonywana apriori na etapie badania i oceny ofert, lecz w trakcie realizacji zawartej z 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. W tym zakresie wykonawca będzie każdorazowo zobligowany do przekazania odpadów (o ile będzie to możliwe) do najbliższej położonej instalacji, w której będzie mógł zapewnić możliwość ich unieszkodliwiania. Mając na uwadze okres obowiązywania umowy, na dzień składania ofert i dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty 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 musiały 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.

Do pisma zostały załączone: Zestawienie ilości wytworzonych, zebranych i przetworzonych przez SP ZZOO w Gryficach odpadów w 2022 r. opracowane na podstawie Bazy BDO – bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarowaniu odpadami, udostępnionej w wersji elektronicznej przez Ministerstwo Środowiska i Klimatu,

Zestawienie ilości odpadów odbieranych przez SP ZZOO w Gryficach na podstawie zawartych umów o świadczenie usług, opracowane na podstawie dostępnych publicznie danych publikowanych przez Zamawiających stosujących ustawę prawo zamówień publicznych, 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 2022 r. na terenie województwa zachodniopomorskiego wytworzono 2 999 Mg odpadów medycznych, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – na okoliczność odmowy udostępnienia danych przez SP ZZOO w Gryficach, ze wskazaniem, iż są składana na dowód braku wystarczających mocy przerobowych instalacji w Gryficach, uzasadnienia dla stosowania zasady bliskości.

Jednocześnie na wypadek, gdyby Izba uznała, że pomimo innych argumentów przytoczonych w niniejszym piśmie Izba uznała, kwestię dostępnych mocy przerobowych za istotną dla rozstrzygnięcia, Przystępujący wniósł, na podstawie art. 536 ustawy Pzp „zobowiązanie przez Izbę Przystępującego do przedstawienia dowodów i dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, w których wyłącznej dyspozycji jest Odwołujący, tj.:

- 1) Ilości odpadów należących do grupy 18 – zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, dla których SPZZOZ Gryfice potwierdził ich przyjęcie zgodnie z ewidencją odpadów, prowadzoną za pośrednictwem systemu BDO (Bazy Danych o Produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami). W powyższym zakresie dane powinny zawierać sumę odpadów poszczególnych kodów należących do grupy 18 – odebranych w poszczególnych miesiącach kalendarzowych, od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2023 r.
- 2) Ilości odpadów odebranych przez SPZZOZ Gryfice we wskazanym okresie, odrębnie dla poszczególnych miesięcy kalendarzowych, o których mowa w pkt 1) od jednostek organizacyjnych będących publicznymi zakładami opieki zdrowotnej.
- 3) Zestawienia umów zawartych z podmiotami będącymi publicznymi zakładami opieki zdrowotnej w zakresie unieszkodliwienia odpadów należących do grupy 18 (samodzielnie lub w ramach zawartego konsorcjum) – wraz z informacją o ilości odebranych i unieszkodliwionych w instalacji odpadów – w poszczególnych miesiącach kalendarzowych, w okresie od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2023 r.
- 4) Wykaz podmiotów, z podaniem ich pełnej nazwy, numeru NIP z którymi w ramach ustanowionych umów konsorcjów, umów współpracy lub innych umów o podobnym charakterze, na podstawie których SPZZOZ Gryfice realizuje usługi związane z odbiorem, transportem i unieszkodliwianiem odpadów medycznych, w tym o charakterze zakaźnym od dnia 01.01.2023 r.
- 5) Informacji o ilości odpadów medycznych odebranych od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2023 r. przez SPZZOZ Gryfice.
- 6) Informacji o ilości odpadów medycznych unieszkodliwionych w instalacji, której SPZZOZ Gryfice jest operatorem w okresie od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2023 r.
- 7) Wskazania czy wszystkie odebrane odpady medyczne w okresie od 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2023 r. zostały unieszkodliwione w instalacji SPZZOZ Gryfice czy też zostały przekazane do innych podmiotów.
- 8) Wskazanie ilości odpadów medycznych odebranych przez SPZZOZ Gryfice, które zostały przekazane do unieszkodliwienia w innych instalacjach, wskazanie instalacji do termicznego przekształcania odpadów z którą zawarta została umowa w zakresie ich unieszkodliwienia oraz zestawienia zawierającego informacje o ilości przekazanych w danym miesiącu kalendarzowym odpadów, daty ich przekazania, masy przekazanych odpadów, odbiorcy i adresu instalacji do której zostały przekazane w okresie od dnia 01.01.2023 do dnia 31.12.2023 r.

Odwołujący wskazuje, że przedstawienie powyższych informacji ma kluczowe znaczenie dla oceny materiału dowodowego w przedmiotowym postępowaniu oraz prawidłowości oceny podjętych przez Zamawiającego czynności. Wskazane powyżej informacje pozostają w wyłącznej dyspozycji Odwołującego. Odwołujący dysponuje wyłącznie dostępem do publicznie dostępnych rejestrów i informacji, które wskazują, że SPZZOZ Gryfice nie dysponuje wolnymi mocami przerobowymi, co uzasadnia możliwość unieszkodliwienia wytworzonych przez Zamawiającego odpadów poza terenem województwa.”

Dodatkowo Przystępujący wskazał, 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.

Do pisma zostały załączone dowody w postaci: Zestawienia ilości wytworzonych, zebranych i przetworzonych przez SP ZZOZ w Gryficach odpadów w 2022 r. opracowane na podstawie Bazy BDO – bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarowaniu odpadami, udostępnionej w wersji elektronicznej przez Ministerstwo Środowiska i Klimatu; 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; 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 2022 r. na terenie województwa zachodniopomorskiego wytworzono 2 999 Mg odpadów medycznych; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – na okoliczność odmowy udostępnienia danych przez SP ZZOZ w Gryficach.

Na rozprawie, na której Zamawiający nie był reprezentowany, Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody złożone do akt sprawy. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego, zawartego w złożonym przez niego ww. piśmie, sprostowanego na rozprawie, o zobowiązanie Odwołującego do złożenia wskazanych w piśmie dokumentów, uznając, iż materiał zgromadzony w sprawie pozwala na rozstrzygnięcie zarzutów odwołania, a wniosek prowadziłby do nieuzasadnionej zwłoki postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w szacowanej ilości wskazanej w formularzu ofertowym.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert, w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Konsorcjum EMKA S.A. i Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach z ceną 4 304 024,24 zł oraz Konsorcjum firm REMONDIS Medison Sp. z o.o. i PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z ceną 4 260 798, 74 zł.

Stosownie do postanowień SWZ:

- 1) Rozdział I (Instrukcja dla wykonawców) pkt IV (Opis przedmiotu zamówienia/ opis części zamówienia/ liczba części zamówienia/ oferty wariantowe) ust. 4 SWZ: 4. *Wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie z uwzględnieniem zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14).*
- 2) Rozdział I (Instrukcja dla wykonawców) pkt XIX (Przedmiotowe środki dowodowe inne niż określone w art. 104 i 105 Pzp) w brzmieniu nadanym zmianą treści SWZ z dnia 26 października 2023 r.:
 1. *Wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, wykonawcałoży wyszczególnione poniżej przedmiotowe środki dowodowe:*
 - *w treści Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ oświadczenia o miejscu unieszkodliwiania odpadów (adres) oraz odległości w kilometrach oferowanej instalacji do unieszkodliwiania odpadów od miejsca wytworzenia odpadów (siedziba Zamawiającego);*
 - *w treści Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ oświadczenia na potwierdzenie, że oferowane przez Wykonawcę usługi unieszkodliwiania odpadów medycznych będą realizowane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach w zakresie wynikającym z zasady bliskości opisanej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14);*
 2. *Jeżeli wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, chyba, że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*
 3. *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych*
- 3) Rozdział II (Warunki realizacji zamówienia) pkt 52 SWZ: 52. *Wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie z uwzględnieniem zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14).*
- 4) Rozdział II (Warunki realizacji zamówienia) pkt IV (Obowiązki wynikające z przepisów prawa) SWZ Wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie z uwzględnieniem zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14).
- 5) Rozdział III (Projektowane postanowienia umowne) § 5 ust. 1 pkt 1 SWZ: 1 *Wykonawca oświadcza, że spełnia*

wszystkie wymagane przepisami prawa warunki do realizacji niniejszej umowy i przejmuje odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami, stanowiącymi przedmiot umowy z chwilą przejęcia odpadów od Zamawiającego i potwierdzenia ich odbioru oraz zobowiązuje się wykonać umowę zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności zgodnie z przepisami: 1) ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz.U.2023.1587 t.j.);

6) Rozdział III (Projektowane postanowienia umowne) § 15 ust. 2 lit. a SWZ:

1. Zamawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku: a) naruszenia przez Wykonawcę zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14),

W wyjaśnieniach oferty, złożonych na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący podał:

1. Konsorcjum potwierdza, że unieszkodliwianie odpadów odbieranych od zamawiającego następować będzie zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach, z zachowaniem zasady bliskości w najbliższej istniejącej instalacji mającej wolne moce przerobowe.
2. Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z dostępnymi informacjami, na dzień składania ofert, najbliższą instalacją, posiadającą wolne moce przerobowe, w której mogą zostać unieszkodliwione odebrane od Zamawiającego odpady jest instalacja konsorcjanta, tj. Promarol Plus Sp. z o.o. zlokalizowana w Ciepłólkę.
3. Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji o środowisku z dnia 29 listopada 2022 roku WOŚ-I.706.48.2022 poinformował, że moce przerobowe instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych funkcjonujących na terenie województwa zachodniopomorskiego są nie wystarczające do unieszkodliwiania wszystkich odpadów wytworzonych na terenie województwa. Artykuł 20 ust. 6 ustawy o odpadach dopuszcza 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. Na potwierdzenie powyższego faktu, wskazujemy, że SPZZOZ w Gryficach, będący operatorem instalacji ogłosił dnia 23.01.2023 r. oraz 29.06.2023 r. postępowania o udzielenie zamówienia na „Usługę odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych świadczona dla SPZZOZ w Gryficach, w zakresie odbiorów realizowanych w ramach, planowanych przestojów instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, nieprzewidzianych awarii instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów oraz braku wolnych mocy przerobowych.
4. Postępowanie wskazuje, że odbierane przez instalację odpady medyczne z województwa zachodniopomorskiego będą przekazywane do instalacji położonych poza województwem zachodniopomorskim.
5. Dodatkowo informujemy, iż w dniu 24.10.2023 Konsorcjum zwróciło się do SP ZOZ Gryfice z wnioskiem o udzielenie informacji dotyczącej m.in. dostępnych wolnych mocy przerobowych oraz ilości przetwarzanych odpadów i ilości odpadów przekazywanych. Szpital odmówił udzielenia odpowiedzi na złożone zapytanie. Brak odpowiedzi na złożony wniosek, należy utożsamiać z oceną czy działalność prowadzona na rynku unieszkodliwiania odpadów medycznych, w tym charakter działań faktycznych i organizacyjnych podejmowanych przez SPZZOZ Gryfice może prowadzić do uznania, że narusza on zasady konkurencyjności a treść składanych w toku postępowań przetargowych ofert i oświadczeń nie wypełnia przesłanek opisanych w treści art. 109 ust. pkt 10 Pzp.
6. W dniu 24.10.2023 zostało zadane pytanie do drugiej instalacji co do odległości od Państwa placówki w Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. otrzymaliśmy informację, iż instalacja nie posiada wolnych mocy przerobowych na potrzeby Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie.
7. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023r. (sygnatura akt KIO 640/23) wskazuje również, iż ocena braku mocy przerobowych instalacji w Gryficach została wykazana. Dodatkowo Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023 r (sygnatura akt KIO 78/23) Zamawiający na etapie dokonywania oceny ofert nie ma prawa badać, czy wykonawca spełnia obowiązek zachowania zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U.2021.779 t.j. z dnia 2021.04.27). Obowiązek ten jak wynika z przywołanego wyroku
8. W wyroku KIO z dnia 16 października 2023 r. (KIO 2858/23) Izba wskazała, że zasada bliskości wyrażona w art. 20 ustawy o odpadach na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być stosowana przez zamawiających i wykonawców w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wynikająca z artykułu 20 ust. 3 pkt 2 w związku z ust. 6 zdanie pierwsze ustawy o odpadach przewiduje unieszkodliwienie zakaźnych odpadów w

najbliżej położonej instalacji przewiania od miejsca ich wytwarzania zakłada w tych ramach możliwość konkurowania różnych spalarni zatem również regulacja wynikające z artykułu 20 ust. 6 zdanie drugie ustawy o odpadach który znajduje zastosowanie w przypadku gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa i utworzenia powinna być tak interpretowana wykluczać konkurencji. (...) 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 tak między innymi wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2022 r. (Sygn. akt KIO 1533/22).

W związku z powyższym została zaproponowana najbliższej położona instalacja z wolnymi mocami przerobowymi do unieszkodliwienia odpadów medycznych z Państwa placówki.

Załączniki:

1. Zapytanie do SPZZOZ Gryfice odnośnie dostępnych wolnych mocy przerobowych instalacji
2. Potwierdzenia odczytania zapytania przez SPZZOZ Gryfice
3. Zapytanie do instalacji ITPO w Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp. odnośnie przyjęcia i wolnych mocy przerobowych

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z SWZ przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych o kodach: 180101, 180102, 180103, 180106, 180108, 180109 pochodzących z działalności Zamawiającego. Zamówienie ma być udzielone na okres 24 miesiące.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. przez Przystępującego i Odwołującego.

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający uzasadniając wybór najkorzystniejszej oferty podał:

Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 204 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24, dalej PZP) dokonał rozstrzygnięcia postępowania, jak poniżej.

a) Nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty:

oferta nr 1: konsorcjum firm: EMKA S.A. (lider konsorcjum) Samodzielny Publiczny Zespół Zakład Opieki Zdrowotnej w Gryficach (konsorcjant) 96 - 300 Żyrardów ul. Jaktorowska 15a / 72- 300 Gryfice ul. Niechorska 27 Wartość brutto oferty: 4 304 024,24 zł

oferta nr 2: konsorcjum firm: REMONDIS Medison sp. z o.o. ul. Puszkina 41, 42-530 Dąbrowa Górnicza – LIDER PROMAROL PLUS sp. z o.o. ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Sława – KONSORCJANT Wartość brutto oferty: 4 2798,74 zł

(...)

d) Spośród ważnych ofert za najkorzystniejszą została uznana: oferta nr 2: konsorcjum firm: REMONDIS Medison sp. z o.o. ul. Puszkina 41, 42-530 Dąbrowa Górnicza – LIDER PROMAROL PLUS sp. z o.o. ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Sława – KONSORCJANT Wartość brutto oferty: 4 260 798,74 zł

Uzasadnienie wyboru:

Na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy PZP (dalej „PZP”) z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24) Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej wystąpił w dniu 20.11.2023r do Wykonawcy konsorcjum firm: REMONDIS Medison Sp. z o.o. wraz PROMAROL PLUS Sp. z o.o. wezwaniem do udzielenia wyjaśnień do złożonej w postępowaniu oferty. W dniu 27.11.2023r Zamawiający otrzymał pisemną odpowiedź zawierającą informacje na jakiej podstawie Wykonawca wybrał wskazaną przez Siebie spalarnię i czy prowadził dialog z innymi spalarniami znajdującymi się na terenie województwa zachodniopomorskiego -bliżej siedziby Zamawiającego.

W swojej odpowiedzi Wykonawca poinformował Zamawiającego o fakcie złożenia zapytania o posiadane moce przerobowe w dwóch spalarniach będących w bliższej odległości od siedziby Zamawiającego niż zaproponowana w ofercie lokalizacja tj. ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Sława:

-w dniu 24.10.2023 Wykonawca zwrócił się do SP ZOZ Gryfice z wnioskiem o udzielenie informacji dotyczącej m.in. dostępnych wolnych mocy przerobowych oraz ilości przetwarzanych odpadów i ilości odpadów przekazywanych.

Szpital odmówił udzielenia odpowiedzi na złożone zapytanie;

-dnio 24.10.2023 Wykonawca zwrócił się z tożsamym wnioskiem do kolejnej instalacji - w Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Otrzymano informację, iż instalacja nie posiada wolnych mocy przerobowych na potrzeby postępowania ZP/220/11/23 Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 PUM w Szczecinie.

Dodatkowo Wykonawca poinformował Zamawiającego, że uzyskał informację od Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego, iż moce przerobowe instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych funkcjonujących na terenie województwa zachodniopomorskiego są nie wystarczające do unieszkodliwiania wszystkich odpadów wytworzonych na terenie tego województwa. Art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach (Dz.U.2023.O.1587 t.j.) dopuszcza 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. Na potwierdzenie powyższego faktu Wykonawca wskazał, że SPZZOZ w Gryficach, będący operatorem instalacji ogłosił dnia 23.01.2023 r. oraz 29.06.2023 r. postępowania o udzielenie zamówienia na Usługę odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych świadczona dla SPZZOZ w Gryficach, w zakresie odbiorów realizowanych w ramach, planowanych przestojów instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, nieprzewidzianych awarii instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów oraz braku wolnych mocy przerobowych, Postępowanie jasno wskazuje, że odbierane przez instalację odpady medyczne z województwa zachodniopomorskiego będą z tytułu m.in. braku wolnych mocy przerobowych, przekazywane do instalacji położonych poza województwem zachodniopomorskim

W związku z powyższym wybór oferty nr 2 jako najkorzystniejszej jest uzasadniony i konieczny, oferta zdobyła największą ilość punktów i spełnia wymagania SWZ w tym warunek, że będzie realizować zamówienie z uwzględnieniem zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2023.O.1587 t.j.);

(...)

Izba zważyła co następuje:

Odwwołanie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy 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.*

Dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy ta niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Z uwagi bowiem na przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach danej sprawy możliwe jest ustalenie treści złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy i dokonanie poprawy omyłek w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, w tym zasadami, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy, na wstępie zauważenia wymaga, że w sprawie nie ma sporu co do tego, że Zamawiający wymagał zaoferowania wykonywania usług zgodnie z zasadą bliskości, określoną w art. 20 ustawy o odpadach. Spór dotyczy natomiast tego, czy zastosowanie się do tej zasady miało być weryfikowane na etapie badania i oceny ofert, jak twierdzi Odwołujący, czy jednak dopiero na etapie realizacji umowy, jak twierdzi Przystępujący.

Nadto w sprawie sporne jest to, czy w świetle wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zasadnie uznał, że występuje wyjątek od zasady bliskości i w związku z tym istnieje uzasadnienie dla wyboru oferty Przystępującego, który zaoferował unieszkodliwianie odpadów poza województwem zachodniopomorskim, pomimo, iż na tym terenie występuje temu służąca instalacja, a w konsekwencji, że oferta tego wykonawcy nie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby treść postanowień SWZ wskazuje, że zastosowanie się wykonawców do zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach, na którą, jak wynika z powyższych ustaleń w wielu miejscach Zamawiający wskazał

w postanowieniach SWZ, miało być badane na etapie oceny ofert, a więc przed wyborem najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy. Wskazuje na to zmieniony przez Zamawiającego w dniu 26 października 2023 r. Formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, który przewiduje obowiązek złożenia przez wykonawców oświadczeń i przedmiotowych środków dowodowych w omawianym zakresie:

Oświadczamy, że oferujemy unieszkodliwianie odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego w instalacji (adres: ulica, miasto) położonej km od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego (Al. Powstańców Wielkopolskich nr 72, 70 – 111 Szczecin).*

**W przypadku składania wspólnej oferty zgodni z art. 58 PZP na wstępie należy podać nazwy wszystkich wykonawców składających ofertę, z jednoczesnym wskazaniem pełnomocnika. Dane kontaktowe należy podać tylko w odniesieniu do pełnomocnika.*

Oświadczamy, że oferowane usługi będą realizowane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach w zakresie wynikającym z zasady bliskości opisanej w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j. z dnia 2022.09.14).

Na potwierdzenie powyższych oświadczeń do formularza oferty załączamy:

-dowody będące potwierdzeniem posiadania mocy przerobowych przez zaoferowaną w złożonej ofercie instalację (w dniu składania oferty jak i przez cały okres trwania umowy);

-zestawienie zobowiązań będących przedmiotem postępowania, jakie posiadamy na cały czas trwania umowy.

**odległość należy podać według wyliczenia „najkrótsza droga publiczna” przy użyciu przeglądarki internetowej Google Maps <https://www.google.com/maps>,*

Powyższe wskazuje, że lokalizacja i odległość instalacji unieszkodliwiania odpadów w analizowanym postępowaniu objęta była oświadczeniem woli wykonawcy, określającym sposób realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia. W związku z tym oferta podlegała badaniu w tym zakresie pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Zarówno Zamawiający jak i wykonawcy są związani postanowieniami SWZ, która po terminie składania ofert nie może być zmieniana.

W związku z tym, w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał przestrzegania zasady bliskości i żądał przedłożenia wraz z ofertą zarówno oświadczeń w tym zakresie, jak też przedmiotowych środków dowodowych służących ich weryfikacji, to wbrew stanowisku Przystępującego, nie mógł odstąpić od oceny ofert w tym zakresie na etapie badania i oceny ofert. Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający wystosował do Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie, którego Przystępujący nie zakwestionował, lecz udzielił na nie odpowiedzi.

Należy zatem podzielić stanowisko Odwołującego, że badanie i ocena ofert złożonych w Postępowaniu powinna uwzględniać także to, czy wykonawcy zaoferowali unieszkodliwianie odpadów zgodnie z zasadą bliskości i czy przedstawili stosowne dowody.

Jeśli chodzi o kwestię wyjątku od zasady bliskości, to w ocenie Izby nie sposób uznać, iż w okolicznościach analizowanej sprawy wystąpienie tego wyjątku zostało wykazane przez Przystępującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu i co winno nastąpić najpóźniej na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.)

1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.
2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w tej ustawie, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

3. Zakazuje się:

- 1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,
- 2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych

-poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.
5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa.
6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że na terenie województwa zachodniopomorskiego jest jedna instalacja unieszkodliwiania odpadów medycznych, położona 101 km od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego, która została wskazana w ofercie Odwołującego, jak też, że Przystępujący w swojej ofercie wskazał instalację położoną na terenie innego województwa, tj. województwa lubuskiego, która jest położona 253 km od miejsca wytworzenia odpadów przez Zamawiającego.

Za nieuzasadnione należy stanowisko Zamawiającego, który uznał, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego na jego wezwanie uzasadniają odstąpienie od zaoferowania wykonania zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 20 ustawy o odpadach.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż Zamawiający dokonując czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego dysponował informacjami pozwalającymi nie tylko na stwierdzenie, iż oferta tego wykonawcy 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, ale też, że instalacja ta posiada moce przerobowe. Z oferty złożonej przez Odwołującego wynika bowiem, nie tylko, że zamierza on korzystać z tej instalacji, ale też, że posiada ona moce przerobowe.

Zauważenia wymaga, że Zamawiający nie zakwestionował oferty Odwołującego w tym zakresie, co oznacza, że uznał tę okoliczność za potwierdzoną wymaganymi w SWZ przedmiotowymi środkami dowodowymi. Tym bardziej zatem za nieuzasadnione należy uznać przyjęcie przez Zamawiającego ogólnikowych wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego na wezwanie wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, za potwierdzające, że instalacja w Gryficach nie ma mocy przerobowych i że świadczy to o zaistnieniu wyjątku od zasady bliskości.

Analiza wyjaśnień Przystępującego wskazuje, że są one powierzchowne, nie zawierają dowodów potwierdzających w sposób niebudzący wątpliwości, że instalacja w Gryficach nie ma wystarczających mocy przerobowych, aby unieszkodliwić odpady będące przedmiotem zamówienia, a zatem, że zachodzi wyjątek, o którym mowa w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Natomiast jak wynika z powyżej przedstawionego uzasadnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wyjaśnień Przystępującego, Zamawiający bezrefleksyjnie ze szczątkowych informacji przekazanych mu przez Przystępującego, wywiódł możliwość zastosowania wyjątku od zasady, podczas gdy wyjątków od zasady nie można interpretować rozgrzeszająco.

W szczególności wskazania wymaga, że skoro według określonej w art. 20 ustawy o odpadach hierarchii sposobów postępowania z odpadami, wyjątek o zasady, że unieszkodliwianie odpadów winno się odbywać w miejscu ich wytworzenia, a w dalszej kolejności na terenie województwa, gdzie zostały wytworzone, zawarty w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach wyjątek, dla jego zastosowania wymaga wykazania braku mocy przerobowych instalacji położonej na terenie województwa zachodniopomorskiego w sposób niebudzący wątpliwości. Nie może być on jedynie wywiedziony z ogólnikowych, niepotwierdzonych, stwierdzeń wykonawcy, który przewidział unieszkodliwianie odpadów na terenie innego województwa, oraz z przywołanych w wyjaśnieniach wybranych też orzeczeń wydanych w innych okolicznościach sprawy.

Zwraca uwagę, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający pomija, że wskazana w wyjaśnieniach Przystępującego informacja z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego została wydana na wniosek z 22 listopada 2022 r., a zatem należało przyjąć, iż nie dotyczy ona mocy przerobowych za 2023 r. a tym bardziej okresu przyszłego. Tym bardziej, że w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego jest jedynie wzmianka w tym zakresie, zaś brak jest załączenia zadanego pytania oraz udzielonej odpowiedzi. Nadto Przystępujący nie załączył do wyjaśnień danych w zakresie np. ilości wytworzonych, zebranych i przetworzonych przez SP ZZOZ w Gryficach odpadów. Zauważenia przy tym wymaga, że zestawienia, załączone do powyżej przedstawionego pisma Przystępującego, dotyczą 2022 r., jednak nie zostało wykazane przez tego wykonawcę, aby istniały podstawy do

przyjęcia ich jako przeciwdowody dla oświadczeń zawartych w ofercie złożonej przez Odwołującego (powyżej przedstawionych w odwołaniu), z których wynika, że instalacja unieszkodliwiania odpadów w Gryficach posiada wolne moce przerobowe niezbędne do wykonania umowy zawartej w wyniku Postępowania.

Zamawiający w swojej ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie zastosowania się do omawianej zasady bliskości nie powinien pominąć znajdujących się w jego posiadaniu dowodów, złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie posiadania mocy przerobowych przez instalację zaoferowaną w ofercie tego wykonawcy. Treść uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej nie zawiera natomiast informacji wskazujących na to, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego została skonfrontowana przez Zamawiającego z dowodami złożonymi przez Odwołującego wraz z ofertą, co było tym bardziej uzasadnione, że wskazuje na dowód złożony przez Przystępującego w postaci wystąpienia przez tego wykonawcę w dniu 24 października 2023 do SP ZOZ Gryfice z wnioskiem o udzielenie informacji dotyczącej m.in. dostępnych wolnych mocy przerobowych oraz ilości przetwarzanych odpadów i brak udzielenia odpowiedzi na takie wystąpienie. Sam brak udzielenia odpowiedzi Przystępującemu, jakkolwiek w ocenie Izby nie jest zachowaniem, które zasługuje na aprobatę, nie stanowi miarodajnego przeciwdowodu dla oświadczeń, złożonych przez Odwołującego, potwierdzających posiadanie przez instalację, prowadzoną przez SP ZOZ Gryfice, mocy przerobowych potrzebnych dla realizacji zamówienia.

Także zawarta w wyjaśnieniach ogólnikowa argumentacja Przystępującego dotycząca postępowań wszczętych przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, bez wykazania w szczególności, że chodzi o unieszkodliwianie odpadów analogicznych jak będące przedmiotem zamówienia i przez jaki okres, nie może być uznana za dowód na istnienie wyjątku od zasady bliskości.

Za chybione należy uznać argumenty Przystępującego, przedstawione w piśmie z 4 stycznia 2024 r. i na rozprawie, dotyczące spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie zostało bowiem objęte zarzutami odwołania i nie stanowi przedmiotu sporu. Warunki udziału w postępowaniu, które są warunkami podmiotowymi, nie powinny być mylone z warunkami zamówienia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczącymi merytorycznych wymagań, w tym co do sposobu realizacji zamówienia, określonego przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Izba bada czynność Zamawiającego. W ocenie Izby, wobec niewykazania przez Przystępującego istnienia wyjątku od zasady bliskości, Zamawiający będąc związanym określonymi przez siebie w SWZ warunkami zamówienia, był obowiązany do odrzucenia oferty Przystępującego. Oferta wykonawcy z której wynika, że oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przewidzianej w SWZ zasady bliskości unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, co w okolicznościach analizowanej sprawy jest weryfikowane na etapie badania i oceny ofert, bez wykazania istnienia wyjątku od tej zasady, jest niezgodna z konkretnie określonymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia.

Oferta podlegająca odrzuceniu, nie może być wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Przystępujący, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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) w wysokości określonej w złożonej przez Zamawiającego fakturze.

Przewodniczący: