

Warszawa, 17 stycznia 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **15 stycznia 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **20 grudnia 2024 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych dla Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach* (28/PN/WU/2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„ECO-ABC” sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża solidarnie Odwołujących i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 5072,03 zł (słownie: pięć tysięcy siedemdziesiąt dwa złote trzy grosze) uzasadnionych kosztów Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,**
- 2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 5072,03 zł (słownie: pięć tysięcy siedemdziesiąt dwa złote trzy grosze).**

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie podstawowym (z dopuszczeniem negocjacji) postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Świadczenie usługi w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych dla Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach* (28/PN/WU/2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 sierpnia 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 168 pod poz. 518607 iuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00447953.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

10 grudnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze najkorzystniejszej oferty.

20 grudnia 2024 r. MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej również: „Konsorcjum Odwołujących” lub „Odwołujący”} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od: 1) wyboru jako najkorzystniejszej (jak to określono: *oferty nieistniejącej to jest wykonawcy, który nie uczestniczył w postępowaniu i nie złożył oferty*), 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez ECO-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie i Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie {dalej również: „Konsorcjum Przystępujących” lub „Przystępujący”} jako niezgodnej z warunkami zamówienia, 3) zaniechania wyboru oferty Odwołujących jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w SWZ, zarówno w rozdziale 4 – Opis przedmiotu zamówienia SWZ, jak i we Wzorze projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SWZ) [dalej również: „PPU” lub „Wzór umowy”]: *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych z terenu Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) przez firmę posiadającą zezwolenie na gospodarowanie tymi odpadami w szacunkowej ilości 549 554 kg w ciągu 36 miesięcy, o kodach.... [rozdział 4 ust. 1]; Wykonawca będzie świadczył usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności: 1) ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o*

odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) (...) 9) Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów medycznych i zakaźnych zgodnie z ustawą o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm. [rozdział 4 ust. 4 pkt 1 i 9]; Wykonawca będzie świadczył usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności: ustawą z dnia 14 grudnia 2021 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) [§ 2 ust. 2 pkt 3]; Wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów medycznych i zakaźnych zgodnie z zasadą bliskości określoną w przepisie art. 20.1 zasada bliskości Rozdział 3 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587) na terenie województwa na którym zostały wytworzone lub na obszarze innego województwa, w najbliższej położonej instalacji w przypadku gdy istniejące instalacje nie mają mocy przerobowych [§ 2 ust. 11]. Zasada bliskości – zgodnie z art. 20 ust. 3 i 6 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych 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.

2.Art. 239 – polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nieistniejącej, gdyż wskazana w zawiadomieniu ECO-ABC sp. z o.o. nie uczestniczyła w tym postępowaniu jako samodzielny wykonawca; ewentualnie – w przypadku uznania, że wybór najkorzystniejszej oferty dotyczył Konsorcjum Przystępujących – polegające na wyborze oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwolujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odrzucenia oferty Konsorcjum Przystępujących.
- 3.Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Odwołujących.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z całokształtu treści zarówno odwołania, jak i załączonej do niej Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 10 grudnia 2024 r. wynika, że Odwołujący doskonale zdają sobie sprawę, że w sytuacji gdy wpłynęły i zostały otwarte tylko dwie oferty a żadna z nich nie została odrzucona, według kryterium cenowego o wadze 100% mogła zostać i została wybrana oferta nr 1 złożona przez *Konsorcjum firm: ECO-ABC Sp. z o.o.(...) Bełchatów i Olsztyńskie Zakłady Komunalne Sp. z o.o. (...) Olsztyn* [patrz tabela pn. Punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert wraz z łączną punktacją]. Innymi słowy wskazanie w pierwszej części zawiadomienia wyłącznie Eco-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, jest oczywiście niedokładne, ale obiektywnie rzecz biorąc nie mogło i nie wprowadziło Odwołujących w błąd co do sposobu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Niezależenie od powyższego odwołanie nie zawiera ani relewantnej dla sprawy kwalifikacji prawnej powyżej opisaney czynności Zamawiającego, ani adekwatnego żądania, co najlepiej świadczy o pozornym charakterze tego *quasi*-zarzutu. Odwołujący poprzestał bowiem na wskazaniu jednostki redakcyjnej ustawy pzp, tj. art. 239, bez choćby przywołania treści któregośkolwiek z dwóch ustępów. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób opisywana w odwołaniu sytuacja faktyczna miałyby zostać podciągnięta pod normy prawne, które dotyczą wyboru najkorzystniejszej oferty według kryteriów oceny ofert.

Rozdział 3 Zasada bliskości Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) {dalej: „ustawa o odpadach”}:

Art. 20. 1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

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

3. Zakazuje się:

- 1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,
- 2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych – poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

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

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

6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych,

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

O ile uzasadnienie odwołania również zawiera przytoczenie *in extenso* brzmienia art. 20 ustawy o odpadach [de lege lata wyczerpujące treść jej rozdziału 3], o tyle w następujący sposób zostało tam wywiedzione dlaczego treść oferty Konsorcjum Przystępujących miałaby być niezgodna z warunkami tego zamówienia:

W przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mógł być zastosowany wyjątek od zasady bliskości wskazany w art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, co więcej nie wynika to z treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Poza tym instalacja służąca do utylizacji odpadów medycznych w Hajnówce, którą dysponuje odwołujący jest jedyną w województwie podlaskim, ma moce przerobowe umożliwiające utylizację odpadów medycznych pochodzących od Zamawiającego i jest położona najbliżej Zamawiającego co wynika z dokumentów postępowania. Odwołujący wskazuje, iż z Suwałk do Olsztyna jest 196 km, a do Hajnówki 193 km (za stroną internetową www.conadrogach.pl).

Konsekwencją tego musi być przestrzeganie zakazu, zawartego w art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy o odpadach, unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza terenem województwa, na którym zostały wytworzone.

Odpady Zamawiającego będą wytwarzane na terenie województwa podlaskiego, a instalacja konsorcjum, którego oferta została wybrana znajduje się na terenie województwa warmińsko-mazurskiego. Jest to niezgodne z wymogami SWZ.

Poza wszelkim sporem jest fakt, że art. 20 ustawy o odpadach obowiązuje a zarazem wchodzi w zakres warunków tego zamówienia. Jednakże sprecyzowany w odwołaniu zarzut polega na podnoszeniu faktu istnienia na terenie województwa podlaskiego jedynej stosownej instalacji w Hajnówce (co było niesporne) o mocy przerobowej pozwalającej obsłużyć to zamówienie (co było kwestionowane przez Zamawiającego). W konsekwencji według odwołania nie została wypełniona żadna z dwóch samoistnych przesłanek odstąpienia od zasady unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich powstania (tzw. zasada regionalizacji), o których mowa w art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach.

Jednakże zasada bliskości z rozdziału 3 ustawy o odpadach wyraża się również w dopuszczeniu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w najbliższej miejsca ich wytwarzania instalacji. Na mocy art. 20 ust. 6 zd. 1 znajduje bowiem tu odpowiednie zastosowanie art. 20 ust. 5, który uchyla zakazy z art. 20 ust. 3 pkt 2 i ust. 4.

Odwołanie co prawda zawiera także stwierdzenie dotyczące tego, że Olsztyn znajduje się w większej odległości od Suwałk niż Hajnówka, jednak nie zostało wyjaśnione, w jaki sposób miałyby to wynikać z dokumentów tego zamówienia. Poza tym podane odległości abstrahują od adresów Zamawiającego i wskazanych w ofertach instalacji. Dopiero na rozprawie Odwołujący podnieśli, że również z adresu Zamawiającego jako miejsca wytworzenia odpadów do adresu instalacji w Hajnówce jest bliżej niż do adresu instalacji Olsztynie, wskazując już inne odległości i według innego źródła niż w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to, że na Odwołujących, jako domagających się stwierdzenia niezgodności treści oferty Przystępujących z warunkami tego zamówienia, spoczywał ciężar wykazania zaistnienia takiej sytuacji. Odwołujący jednak temu nie sprostali, gdyż nie byli w stanie wykazać, że podanie przez Konsorcjum Przystępujących w formularzu oferty, w rubryce *Miejsce unieszkodliwiania odpadów (należy podać dokładny adres): „ul. Lubelska 43D, 10-410 Olsztyn”* (Należy podać adres spalarni w której będą unieszkodliwiane odpady zgodnie z zasadą bliskości określoną w przepisie art. 20 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.)), stanowi treść oferty, która jest niezgodna z warunkami tego zamówienia. Co prawda według złożonych na rozprawie przez Odwołujących wydruków map opatrzonych logotypem AutoMapa pomiędzy ul. Szpitalną 60 w Suwałkach do ul. Lubelskiej 43d jest dalej (odpowiednio 193, 202 i 203 km dla wariantów trasy nazwanych kolejno: krótka, optymalna, szybka) niż do ul. doc. Adama Dowgirda 9 (184 km dla trasy krótkiej oraz 193 km dla szybkiej i optymalnej), ale odwrotnie jest według Google Maps. Zrzuty ekranów pobrane ze strony... niezależnie od siebie przez Zamawiającego i Przystępujących wskazują odległości pomiędzy tymi samymi adresami wynoszą odpowiednio 190-191 km (Suwałki-Olsztyn) i 193 km (Suwałki-Hajnówka). Przy czym wydruki Odwołujących są zupełnie nieweryfikowalne co do sposobu ich powstania, a ze zrzutów z ekranów strony przeciwnej widać przynajmniej adres wspomnianej strony internetowej.

Przed wszystkim zarzut zawarty w odwołaniu przechodzi do porządku dziennego nad faktem, że ustawa o odpadach dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia m.in. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy (tekst skonsolidowany <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/98/2024-02-18>) {dalej: „dyrektywa”}. Przy czym art. 20 ustawy o odpadach ma zapewnić

implementację zasadę bliskości, którą – wraz z równie istotną zasadą samowystarczalności – statuuje art. 16 dyrektywy. Zawarto tam w szczególności następujące uregulowania. *Państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną i wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów...* [w ust. 1 zd.1]. *Sieć powinna być zaprojektowana w sposób umożliwiający Wspólnocie jako całości stanie się samowystarczalną w zakresie unieszkodliwiania odpadów(...), o których mowa w ust. 1, a państwom członkowskim umożliwić stopniowe osiągnięcie tego celu indywidualnie, przy uwzględnieniu warunków geograficznych lub zapotrzebowania na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów*[w ust. 2]. *Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwianie odpadów (...) w jednej z najbliższych położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego* [w ust. 3].

Nie można zatem ograniczać się do skrajnie formalistycznej, literalnej interpretacji art. 20 ust. 6 zd. 1 w zw. z art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach, sprowadzającej uregulowany tam aspekt zasady bliskości wyłącznie do bezwzględnie najmniejszej (skądinąd nie wiadomo w jaki sposób zmierzonej) odległości instalacji do unieszkodliwiania odpadów od miejsca ich wytworzenia. Celem wprowadzenia zasady bliskości w odniesieniu do niebezpiecznych odpadów wymagających unieszkodliwiania, takich jak odpady medyczne, jest zapewnienie bezpieczeństwa dzięki minimalizacji ryzyk związanych z rozprzestrzenianiem się chorób, na które narażone jest zdrowie i życie ludzi oraz środowisko, zwłaszcza w trakcie transportu zakaźnych odpadów medycznych. Jednakże dla zapewnienia ochrony środowiska i zdrowia publicznego konieczne jest istnienie takiej sieci instalacji, która umożliwi – jak to wprost wynika z podkreślonego powyżej fragmentu przepisu dyrektywy – unieszkodliwianie odpadów w jednej spośród najbliższych położonych miejsca ich wytworzenia instalacji. Prounijna wykładnia krajowej regulacji sprzeciwia się pojmowaniu zasady bliskości w sposób absolutny, a także każe uwzględnić jej ścisłą korelację z zasadą samowystarczalności, pomimo nieuwzględnienia jej w art. 20 ustawy o odpadach. Nie sposób zatem definiować zasady bliskości w sposób zawężający jej stosowanie do wyliczenia najmniejszej odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich utylizacji. Zapewnienie bezpieczeństwa w transporcie odpadów medycznych związane jest nie tylko z najmniejszą odległością, jaką należy przebyć, ale również czasem przejazdu, czy kategorią dróg, jakimi będzie poruszał się transport. Odpowiednie rozumienie normy prawnej wynikającej art. 20 ust. 6 zd. 1 w zw. z art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach pozwala również uniknąć problemu, dostrzeganego również przez strony niniejszego sporu, braku uregulowania metody czy sposobu obliczania najmniejszej odległości.

Nie sposób również abstrahować od faktu, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, z istoty swej polegającego na dopuszczeniu jak największej konkurencji, co w tym przypadku miało przełożyć się na uzyskanie przez Zamawiającego jak najniższej ceny. Jednakże z uwagi na niewystarczającą liczbę instalacji unieszkodliwiania odpadów medycznych w kraju, czego przykładem jest województwo podlaskie z aktualnie jedną funkcjonującą instalacją, którą kontroluje lider Konsorcjum Odwołujących, przy takiej interpretacji zasady bliskości, jaką chcieliby Odwołujący, nie mieliby w tym postępowaniu żadnej konkurencji. Zawężenie rozumienia zasady bliskości do bezwzględnie najmniejszej odległości pomiędzy miejscami wytworzenia i unieszkodliwiania odpadów medycznych godzi zatem również w zasadę uczciwej konkurencji, gdyż sprzyja praktykom monopolistycznym. W tym postępowaniu według Odwołujących Zamawiający miałby zapłacić za realizację tego zamówienia 4.687.695,62 zł zamiast 3.214.890,90 zł, czyli o 50% więcej, tylko dlatego, że konkurencyjna instalacja jest kilka km więcej oddalona (co w tej sprawie nie zostało udowodnione).

W tym kontekście dostrzeżenia wymaga, że w art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp do rangi zasady udzielenia zamówienia podniesione zostało uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych (o ile jest to w ogóle możliwe w danym postępowaniu), w stosunku do poniesionych nakładów. W oczywisty sposób stanowi to nawiązanie do art. 44 ust. 3 pkt 1 lit a Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1530 ze zm.), który nakazuje dokonywanie wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem m.in. właśnie zasady uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów.

Ostatecznie zbędne okazało w niniejszej sprawie ustalanie, czy – jak twierdził Zamawiający – wskazanie w ofercie Konsorcjum Przystępujących instalacji w sąsiednim województwie olsztyńskim było również uprawnione z uwagi na to, że instalacja Odwołujących w Hajnówce nie ma wolnych mocy przerobowych. Zamawiający zgłosił w tym zakresie obszerny materiał dowodowy, w tym z zestawienia tabelarycznego obrazującego wolumen odpadów medycznych unieszkodliwionych od stycznia do października 2024 r. w spalarni w Hajnówce przez 25 podmiotów (mających status SPZOZ lub zbliżony), do którego załączono źródłowe dokumenty.

Ku zaskoczeniu i oburzeniu Odwołujących okazało się, że po ich piśmie z 14 października 2024 r., w którym stanowczo oświadczyli, że jako jedyni spełniają warunki tego zamówienia [patrz załącznik nr 5e do odwołania], Zamawiający rozesłał do wspomnianych podmiotów pytania o wolumen przekazywanych do spalarni w Hajnówce

odpadów i okres obowiązywania zawartej umowy.

Niewątpliwie taki sposób badania ofert nie znajduje oparcia ani w postanowieniach SWZ, ani nie odpowiada standardowi przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i proporcjonalny, czyli w zgodzie z zasadami, o których mowa w art. 16 pkt 2 i 3 ustawy pzp. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do możliwości zaoferowania unieszkodliwiania odpadów ich spalarni w Hajnówce, mógł i powinien wezwać Konsorcjum Odwołujących do wyjaśnienia treści oferty. Umknęło przy tym Zamawiającemu, że skoro ostatecznie nie odrzucił żadnej z dwóch złożonych ofert, tym samym obie uznał za zgodne z warunkami zamówienia, czyli za zapewniające unieszkodliwianie odpadów objętych zakresem tego zamówienia zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ustawy o odpadach.

Niezależnie od powyższego ten zapewne niemały wysiłek organizacyjny i nakład pracy, aby pozyskać taki zakres informacji od tylu podmiotów, nie przełożył się na wykazanie jakoby spalarnia w Hajnówce nie mogła obsłużyć tego zamówienia z powodu braku wolnych mocy przerobowych. Jak przytomnie zauważyli Odwołujący już po pobieżnym zapoznaniu się z otrzymanymi na rozprawie dowodami, co najmniej kilka (a jak zweryfikowała to Izba, okazało się, że przytłaczająca większość) tych umów, na czele z aktualnie realizowaną na rzecz Zamawiającego, zakończyła się jeszcze w 2024 r. lub zakończy w trakcie 2025 r. [patrz dowody opatrzone odręcznie przez przewodniczącego składu w prawym górnym rogu nr: 1), 2), 3), 9), 10), 12), 13), 14), 16), 17), 22)], co niweczy tezę Zamawiającego o braku dysponowania przez spalarnię w Hajnówce wolnych mocy przerobowych na potrzeby tego zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący bezpodstawnie zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępujących jako niezgodnej z warunkami tego zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące 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. Ponieważ poprzednio obowiązująca Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ppzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12, 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod

rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy warunkami umowy. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*). W tym postępowaniu oprócz podania ceny wymagane było jedynie sprecyzowanie instalacji, w której wykonawca będzie unieszkodliwiać odpady medyczne w sposób zgodny z zasadą bliskości z ustawy o odpadach.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji zasadniczo i nieusuwalnie.

Ponieważ, jak powyżej ustalono, nie zostało wykazane, że treść oferty Przystępujących była niezgodna z warunkami tego zamówienia, odwołanie podlegało oddaleniu jako bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzonych złożoną fakturą VAT), ale z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł, oraz kosztów dojazdu na posiedzenie, ale w wysokości wynikającej z obliczenia wg tzw. kilometrówki (odzwierciedlonego w poz. 2 tabeli zamieszczonej w tej fakturze VAT jako wartość netto, co zostało poczytane jako spis tych kosztów), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. poz. 2437), tj. obciążając nimi Odwołującego.