

**WYROK**  
**z dnia 29 czerwca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Puszkina 41 (42-530 Dąbrowa Górnicza) oraz PROMAROL-PLUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ciepłolówku pod numerem 2 (67-410 Sława)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Świdnicy z siedzibą w Świdnicy przy ul. Leśnej 27-29 (58-100 Świdnica)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECO – ABC spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7 (97-400 Bełchatów) oraz ECO CLEAN ENERGY spółki akcyjnej z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7 (97-400 Bełchatów), zgłaszających przystąpienie do udziału

w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ciepłolówku i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Ciepłolówku na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Świdnicy, kwotę w wysokości 4 567 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego, dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:.....

Sygn. akt: KIO 1712/23

**Uzasadnienie**

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Świdnicy, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych* o numerze referencyjnym: 4EA/13/TPBN/2023, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 maja 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00222132/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 14 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Ciepłolówku (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego w przedmiocie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: „ECO – ABC” Sp. z o.o. oraz ECO – CLEAN Energy S. A. (zwanego dalej jako „konsorcjum ECO – ABC”) oraz braku odrzucenia oferty konsorcjum ECO – ABC oraz oferty konsorcjum EMKA S.A. oraz SABA Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „konsorcjum EMKA”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez błędne przyjęcie przez zamawiającego, że treść ofert złożonych przez konsorcjum ECO – ABC oraz konsorcjum EMKA jest zgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez zamawiającego przedstawione, braku odrzucenia ww. ofert oraz dokonania wyboru oferty konsorcjum ECO – ABC jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego dotyczącej wyboru oferty konsorcjum ECO – ABC;
- odrzucenie ofert konsorcjum ECO – ABC oraz konsorcjum EMKA;
- dokonanie powtórnej oceny ofert przez zamawiającego;
- zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, opłat

skarbowych z tytułu udzielonych pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwolujący wyjaśnił, że jego interes prawny polegał na tym, że w przypadku odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum EMKA oraz konsorcjum ECO ABC złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza i powinna zostać przez zamawiającego wybrana a odwołujący byłby wykonawcą przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 9 czerwca 2023 r. poinformował go, że po przeprowadzeniu procedury wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dokonał wyboru oferty konsorcjum ECO – ABC. Odwołujący nie zgadzał się z dokonanym wyborem najkorzystniejszej oferty oraz z brakiem podjęcia przez zamawiającego czynności związanych z odrzuceniem ofert podmiotów, których oferty nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej jako: „SWZ”.

W pierwszej kolejności odwołujący w swojej argumentacji zwrócił uwagę na zasadę bliskości. Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu kluczowym jest wskazanie, na obowiązek prawny wynikający z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach, która ogranicza wytwórcę odpadów w zakresie możliwości przekazania odpadów dowolnemu podmiotowi, wskazując gdzie (w jakim miejscu, na terenie jakiego województwa należy dokonywać unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych

i weterynaryjnych): Stosownie do brzmienia art. 20 ustawy o odpadach:

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 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.

Tym samym zasadę bliskości opisaną w art. 20 ustawy o odpadach należy rozumieć w następujący sposób:

ZASADA: zakaźne odpady medyczne i weterynaryjne muszą zostać unieszkodliwione na obszarze województwa, na terenie, którego zostały wytworzone i nie mogą być przewożone na teren innego województwa w celu unieszkodliwienia.

WYJĄTEK: zakaźne odpady medyczne i weterynaryjne mogą zostać unieszkodliwione na obszarze innego województwa niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji w przypadku braku instalacji do unieszkodliwienia tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Odwolujący podniósł, że w przedmiotowym stanie faktycznym, tj. w odniesieniu do odpadów wytworzonych przez zamawiającego, a więc na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, każdy z wykonawców musi poddać unieszkodliwieniu odpady odebrane od zamawiającego w najbliższej położonej instalacji od miejsca wytworzenia odpadów. Najbliższą położoną względem miejsc prowadzenia działalności przez zamawiającego (miejsce wytwarzania odpadów) jest instalacja odwołującego, położona w Ciepłolówku, województwo lubuskie) w odległości 133 km. Z całą pewnością taką nie jest instalacja konsorcjum ECO – ABC (położona w Bełchatowie, w odległości 309 km) ani instalacja oferowana przez drugie konsorcjum EMKA, położona w Płocku, w odległości 395 km od miejsca wytwarzania odpadów.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że prawidłowe stosowanie zasady bliskości (oraz wyjątków od niej) przewidzianej w ustawie o odpadach (i mającej zastosowanie zarówno do badania ofert na etapie postępowania, jak i realizacji umowy), polega na tym, że odpady nie będą mogły, być wywożone do instalacji zlokalizowanej dalej niż instalacja najbliższa położona od miejsca wytworzenia odpadów przez zamawiającego. Takie działanie – unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych wytworzonych przez zamawiającego w instalacji niezlokalizowanej najbliższej – naruszałoby bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy o odpadach w zakresie zasady bliskości

(i wyjątków od niej, które zgodnie z zasadami prawidłowej wykładni przepisów należy interpretować w sposób zawężający). Odmienne stosowanie zasady bliskości naraża zamawiającego na sankcje opisane we wskazanej ustawie. Zgodnie z art. 172 ust. 1. ustawy o odpadach: Kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 3, poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone:

1) stosuje komunalne osady ściekowe albo

2) unieszkodliwia zakaźne odpady medyczne albo zakaźne odpady weterynaryjne podlega karze aresztu albo grzywny.

Tej samej karze podlega, kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 4 przywozi na obszar województwa odpady, o których mowa w ust. 1, wytworzone poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 1. (art. 172 ust. 2 ustawy o odpadach). Co więcej odpowiedzialność karną za nieprawidłowe unieszkodliwianie odpadów medycznych przewiduje Kodeks karny.

Zdaniem odwołującego zasada bliskości ma prymat i sposób jej rozumienia jest jednoznaczny, tj. zasada: odpady unieszkodliwia się na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, wyjątki (interpretowane ściśle): można

unieszkodliwić odpady

w instalacji na terenie innego województwa niż województwo wytworzenia w przypadku braku instalacji na terenie danego województwa, w instalacji najbliższej położonej lub gdy instalacja zlokalizowana na terenie danego województwa ma nie ma wolnych mocy przerobowych.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący wskazał na Interpelację poselską nr 30581 do ministra środowiska w sprawie utylizacji odpadów medycznych. Dodatkowo, w opinii odwołującego miało to potwierdzać ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które potwierdzają konieczność i obowiązek przestrzegania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach:

- 1) wyrok z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2184/18;
- 2) wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2641/19;
- 3) wyrok KIO z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt KIO 517/23;
- 4) wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1535/23;
- 5) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 29/14;
- 6) uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 13/18.

W ocenie odwołującego oferta nieprzewidująca unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych zgodnie z zasadą bliskości, w najbliższej położonej od miejsca wytworzenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych nie spełnia warunków zamówienia opisanych w treści SWZ

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest realizacja przez wykonawcę usługi odbioru, transportu i innych niż medyczne powstających w wyniku działalności

4 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu w stosunku do których ustawodawca, w treści ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. określił specyficzne wymagania odnoszące się m.in. do możliwości ich przemieszczania od miejsca wytworzenia do miejsca ich unieszkodliwienia oraz procesów unieszkodliwiania (vide art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach). Nie jest on swobodnie wybierany przez któregośkolwiek uczestnika w procesie wytwarzania, transportu czy też unieszkodliwiania odpadów medycznych. Powyższe – zdaniem odwołującego – znalazło jednoznaczne odzwierciedlenie w treści SWZ gdzie zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu i zasady realizacji zamówienia. W związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia, zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości w treści rozdziału V SWZ (Opis Przedmiot Zamówienia) wskazał, że wymaga aby świadczenie usług w zakresie zamówienia odbywało:

*Zamawiający wymaga aby świadczenie usług odbywała się zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2021 r. Poz. 779). Odbiór odpadów dokonywany będzie transportem Wykonawcy zgodnie z ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r.*

*o przewozie towarów niebezpiecznych (Dz. U. 2021 poz. 756) za pomocą środków transportu, odpowiadających wymogom do przechowywania i transportowania odpadów niebezpiecznych, z zachowaniem przepisów o przewozie drogowym towarów niebezpiecznych.*

W dalszej części SWZ zamawiający wskazał, że wykonawca biorący udział w postępowaniu, jest zobowiązany do dołączenia do treści oferty formularza ofertowego, stworzonego na podstawie załącznika nr 1 do SWZ. W treści formularza ofertowego zamawiający wymagał określenia zakładu utylizacji (spalarni), w której unieszkodliwiane będą odpady odbierane od zamawiającego, w tym wskazania *Odległości (w kilometrach) od siedziby zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych to odległość od miejsca wytwarzania odpadów (główna lokalizacja 58-100 Świdnica, ul. Leśna 27-29) do spalarni odpadów medycznych zaoferowanej przez wykonawcę. Odległość należy wyliczyć za pomocą aplikacji google.maps. uwzględniając najkrótszą trasę.* Dodatkowo wykonawca zobowiązany został do złożenia oświadczenia, że zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia, wzorem umowy oraz pozostałymi załącznikami do SWZ i akceptuje je bez zastrzeżeń. W tym zakresie wykonawca zaakceptował, że realizacja usługi unieszkodliwiania odpadów odbywać się musi zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach, w tym wyrażoną w art. 20 ustawy „zasadą bliskości”. Dodatkowo każdy

z wykonawców biorących udział w postępowaniu został zobowiązany do złożenia oświadczeń: *będziemy realizować sukcesywną dostawę zgodnie z zapisami specyfikacji warunków zamówienia oraz szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia i zapisami umowy. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z projektem umowy stanowiącym załącznik do SWZ zobowiązujemy się – w przypadku wyboru naszej oferty – do zawarcia umowy na wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego oraz do spełnienia wszelkich wymagań wynikających z zapisów umowy.*

Dodatkowo, zamawiający

w treści projektowanych postanowień umownych, stanowiących integralną część SWZ wskazał, wykonawca zobowiązany będzie zobowiązany do realizacji umowy zgodnie

*z obowiązującymi przepisami prawa na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2021 r. Poz. 779),*

a więc również zgodnie z tzw. zasadą bliskości wyrażoną w treści art. 20. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający, w treści SWZ określił zasady wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując, że udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta:

- 1) odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w Pzp,
- 2) jest zgodna z treścią SWZ,
- 3) została uznana za najkorzystniejszą w oparciu o podane kryteria wyboru.

Przy czym ocenie, zgodnie z wybranymi kryteriami oceny powinny podlegać mają wyłącznie te oferty, które nie podlegają odrzuceniu (rozdział 23 pkt 1 SWZ). Zdaniem odwołującego

z treści SWZ oraz jego konstrukcji wynikało w sposób jednoznaczny, że zamawiający znał

i był świadom obowiązków wynikających z konieczności przestrzegania „zasady bliskości” wyrażonej w treści art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Chcąc przeciwdziałać ww. ryzyku, zamawiający w postępowaniu postawił warunki zamówienia,

o których mowa w SWZ oraz żądając złożenia przez wykonawców odpowiedniego oświadczenia w treści oferty – formularza ofertowego, w którym zażądał wskazania odległości (w kilometrach) od siedziby zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych.

Odwołujący wyjaśnił, że jeżeli zamawiający żąda złożenia oświadczenia o określonej treści w ofercie, żąda złożenia go w jakimś celu. Zamawiający nie może bowiem stawiać wykonawcom nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia wymagań. Każde oświadczenie składane przez wykonawcę służy ocenie zamawiającego: czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, czy jego oferta nie podlega

odrzućeniu, czy oferta wykonawcy jest zgodna

z treścią SWZ. W ocenie odwołującego, żądając złożenia oświadczenia o przytoczonej powyżej treści, zamawiający chciał się dowiedzieć, gdzie wykonawcy będą unieszkodliwiać wytwarzane przez zamawiającego odpady medyczne. Zamawiający żądał podania odległości w km. Jedynym celem dla jakiego zamawiający mógł żądać powyższego oświadczenia i zamieścić je w treści Formularza ofertowego, w którym zawarte są zawsze „najważniejsze, najistotniejsze” dla danego postępowania oświadczenia, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, to weryfikacja czy dany wykonawca będzie unieszkodliwiał odpady medyczne wytwarzane przez zamawiającego zgodnie z zasadą bliskości (art. 20 ustawy o odpadach). W ww. oświadczenie zamieszczone w treści Formularza ofertowego to *de facto* – niewyraźny *expressis verbis* – niepodlegający uzupełnieniu przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 106 ust. 1 Pzp, mający służyć potwierdzeniu, że oferowane usługi unieszkodliwiania odpadów medycznych spełniają określone przez zamawiającego wymagania (przestrzeganie zasady bliskości i wyjątków od niej), cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania (są gdyż unieszkodliwianie odpadów medycznych niezgodnie z ustawą o odpadach rodzi daleko idące konsekwencje, łącznie z odpowiedzialnością karną). Zdaniem odwołującego z całą pewnością oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym nie miało wyłącznie informacyjnego charakteru. Żaden z wykonawców przedmiotowego postanowienia SWZ nie zaskarżył, wiedząc jak działa zasada bliskości i jakie konsekwencje wiążą się

z zaferowaniem unieszkodliwiania odpadów w spalarni niespełniających wymagań zasady bliskości. Gdyby przedmiotowa okoliczność – miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez zamawiającego – nie było istotne dla zamawiającego nie żądałby jego wskazania w treści SWZ i wówczas nie moglibyśmy mówić o warunku zamówienia, tak jak zostało to zauważone w wyroku KIO z dnia 27 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 78/23. Sposób realizacji usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia określa ustawa o odpadach. Nie jest on dowolny, lecz został szczegółowo uregulowany we wskazanej ustawie o odpadach. W związku ze szczególnym charakterem odpadów medycznych, których przechowywanie, transport, unieszkodliwianie niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym ustawy o odpadach, może prowadzić do powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi i zwierząt, ustawodawca w ustawie o odpadach, w jej art. 20 przewidział zasadę bliskości. Zasada ta służy temu, aby odpady medyczne – z uwagi na swój charakter – nie były przewożone do unieszkodliwiania w odległe miejsca, tylko były unieszkodliwiane najbliżej miejsca wytworzenia. Czas w procesie unieszkodliwiania odpadów medycznych jest bardzo istotny (i regulowany stosownymi aktami wykonawczymi). Część ciała, organy, narzędzia chirurgiczne, pozostałości po zabiegach i operacjach, pojemniki na krew, odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny, leki itp. ze względu na swój charakter muszą zostać jak najszybciej poddane unieszkodliwieniu. Zamawiający zabezpieczy się przed ryzykiem niewłaściwego unieszkodliwiania odpadów czy też ograniczy możliwość powstania zagrożenia epidemicznego, jeżeli zleci unieszkodliwienie odpadów – zgodnie z ustawą o odpadach – w spalarni, która jest położona najbliżej miejsca wytworzenia odpadów (innymi słowy najbliżej szpitala). W powyższym zakresie odwołujący wskazał na wyrok dnia 13 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 3161/22).

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania złożone zostały trzy oferty:

1) oferta odwołującego, który wskazał, że dysponuje instalacją, spalarnią odpadów dysponującą wolnymi mocami przerobowymi, w której możliwe jest unieszkodliwienie odpadów medycznych, położoną w odległości 133 km. – zgodna z warunkami udziału

w postępowaniu określonymi przez zamawiającego oraz zgodna z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

2) oferta konsorcjum ECO – ABC (instalacja położona w odległości 309 km). Niezgodna

z warunkami zamówienia i naruszająca art. 20 ustawy o odpadach (w tym określonych w tym przepisie wyjątków, dopuszczających odstępstwo od jej stosowania);

3) oferta konsorcjum EMKA – instalacja położona w odległości 395 km od miejsca wytwarzania odpadów. Niezgodna z warunkami zamówienia i naruszająca art. 20 ustawy

o odpadach (w tym określonych w tym przepisie wyjątków, dopuszczających odstępstwo od jej stosowania).

W tym miejscu odwołujący stwierdził, że wskazane podmioty, będąc podmiotami profesjonalnymi również powinny posiadać wiedzę w zakresie wymagań prawnych związanych z unieszkodliwianiem odpadów, w tym obowiązków związanych z zasadą bliskości oraz lokalizacji poszczególnych instalacji, w których takie odpady mogłyby zostać unieszkodliwione. Zarówno konsorcjum ECO – ABC jak również konsorcjum EMKA mogło wystąpić do instalacji odwołującego zapytaniem dotyczącym możliwości dostarczenia i unieszkodliwienia odpadów wytwarzanych w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego czego jednak nie uczyniły. Działania takie wskazywałyby na wolę przestrzegania zasady bliskości na etapie składania oświadczeń dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz warunków realizacji umowy. Oferta wykonawcy oferującego w warunkach zamówienia realizację umowy niezgodnie z zasadą bliskości, która jest co do zasady zawsze wskazywana w treści SWZ przez zamawiających, podlega odrzuceniu

W podsumowaniu odwołujący wskazał, że treść ofert złożonych zarówno przez konsorcjum ECO – ABC jak i konsorcjum EMKA jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Wybór którejkolwiek z tych ofert prowadziłby do akceptacji przez zamawiającego naruszenia obowiązujących przepisów prawa i unieszkodliwiania odpadów niezgodnie z zasadą bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach. Niedozwolone jest bowiem unieszkodliwianie odpadów, poza województwem wytwarzania odpadów,

w instalacji zlokalizowanej dalej od miejsca wytwarzania odpadów, jeśli takie unieszkodliwianie jest możliwe w instalacji posiadającej wolne moce przerobowe zlokalizowanej bliżej miejsca wytwarzania odpadów. Dokonując weryfikacji czy oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia zamawiający zestawia ze sobą postanowienia SWZ – warunki zamówienia – z treścią każdej ze złożonych ofert. Po dokonaniu ww. czynności w przedmiotowym stanie faktycznym, po zbadaniu wszystkich złożonych ofert, zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości i powinien dokonać odrzucenia ofert konsorcjum ECO – ABC i konsorcjum EMKA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w bieżącym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

a) wyrok z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt KIO 503/23,

b) wyrok z dnia 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 517/23,

c) wyrok z dnia 17 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 927/23,

d) wyrok z dnia 13 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1535/23

Odwołujący zwrócił uwagę zwłaszcza na ostatnie z ww. orzeczeń, w tym KIO 517/23, które zapadło w identycznym stanie faktycznym do tego, jaki zaistniał w postępowaniu:

a) zamawiający (szpital w Białej Podlaskiej, województwo lubelskie) również prowadził przetarg nieograniczony na

transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych;

b) odpady odbierane od ww. zamawiającego również miały być unieszkodliwiane poza terenem województwa, na którym zostaną wytworzone, a zatem zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości (ze względu na brak na terenie województwa lubelskiego jakiegokolwiek instalacji). A zatem prawidłowo złożona oferta wymagała przetwarzania odpadów poza terenem województwa lubelskiego w najbliższej położonej instalacji posiadającej wolne moce przerobowe;

c) zamawiający (szpital w Białej Podlaskiej), tak jak zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, wymagał od wykonawców wskazania w formularzu ofertowym odległości instalacji unieszkodliwiania odpadów od miejsca wytwarzania odpadów (wymagał dodatkowo wskazania adresu instalacji);

d) zamawiający (szpital w Białej Podlaskiej), tak jak to uczynił zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, również zbagatelizował oświadczenie wykonawcy zawarte w treści formularza ofertowego i wybrał ofertę tańszą (zakładającą przetwarzanie odpadów w Bełchatowie), ale sprzeczną z ustawą o odpadach (bo odpady powinny być przetwarzane w bliżej położonej, posiadającej wolne moce przerobowe, instalacji, tj. w Płocku);

e) Krajowa Izba Odwoławcza, uznając prymat zasady bliskości (oraz wyjątków od niej w tym przypadku) nakazała odrzucić – jako niezgodną z warunkami zamówienia – ofertę zakładającą przetwarzanie odpadów dalej, niż jest to w badanych okolicznościach możliwe.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą w Bełchatowie.

Ww. wykonawca w dniu 21 czerwca 2023 r. złożył pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 26 czerwca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
- 2) zasądzenie od odwołującego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw w kwocie 34 zł, zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie w wysokości 933,80 zł.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z siedzibą w Bełchatowie (zwanych dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 22 czerwca 2023 r., w tym w szczególności:
  - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
  - oferty złożone w postępowaniu;
  - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 9 czerwca 2023 r.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w rozdziale 23 SWZ przedstawił opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny.

Zgodnie z ust. 2 ww. rozdziału:

**2. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:**

2.1 Cena brutto – 95%

2.2 Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych – 5%

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 23 ust. 3 lit. B SWZ:

**3. Oferty oceniane będą w następujący sposób:**

(...)

B/ Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych – 5%

$$W_o = (O_{min}:O_o) \times 100 \times 5\%$$

gdzie:

$W_o$  – ilość punktów w kryterium odległość

$O_{min}$  – odległość w kilometrach minimalna

$O_o$  – odległość w kilometrach oferty ocenianej

Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych to odległość od miejsca wytwarzania odpadów (główna lokalizacja 58-100 Świdnica, ul. Leśna 27-29) do spalarni odpadów

medycznych zakaźnych zaferowanej przez Wykonawcę. Odległość należy wyliczyć za pomocą aplikacji google.maps. uwzględniając najkrótszą trasę.

Wzór formularza ofertowego stanowił załącznik nr 1 do SWZ. W kontekście kryterium nr 2, dotyczącego odległości, formularz ofertowy pod koniec pkt 1 przewidywał miejsce na wskazanie odległości (w kilometrach) od siedziby zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych tj. na określenie odległości od miejsca wytwarzania odpadów (główna lokalizacja 58-100 Świdnica, ul. Leśna 27-29) do spalarni odpadów medycznych zakaźnych zaferowanej przez wykonawcę.

W pkt 2 formularza zostało przewidziane miejsce na podanie zakładu lub zakładów utylizacji odpadów medycznych (adres spalarni), w których unieszkodliwiane będą odpady odbierane od zamawiającego.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: odwołującego, przystępującego i konsorcjum EMKA.

Przystępujący w treści formularza ofertowego podał odległość – 309 km, a w pkt 2 jako adres spalarni wskazał: *ul. Dymarek 7, 31-983 Kraków*.

Konsorcjum EMKA w treści formularza ofertowego podało odległość – 395 km, a w pkt 2 jako adres spalarni wskazało: *09 – 400 Płock ul. Przemysłowa 34*.

Odwołujący w treści formularza ofertowego podał odległość – 133 km, a w pkt 2 jako adres spalarni wskazał: *ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Ślawa*.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację przystępującego i zamawiającego, uznając ją za prawidłową i zasadną.

W ramach informacji wstępnych skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że przedmiotem zamówienia w ramach postępowania jest unieszkodliwianie m.in. zakaźnych odpadów medycznych. Mając na uwadze wynikającą z ustawy o odpadach zasadę bliskości zakaźne odpady medyczne co do zasady powinny być unieszkodliwiane na terenie województwa, na którym zostały wytworzone. Okolicznością bezsporną było, że na terenie województwa, na którym wytwarza odpady zamawiający (tj. województwa dolnośląskiego) nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów. W takiej sytuacji, ustawa o odpadach przewiduje wyjątki, które umożliwiają unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa.

Jak słusznie wskazał przystępujący interpretacja wyjątków od zasady bliskości była przedmiotem dość licznych już orzecznictwa Izby. Przekładając interpretację powyżej zasygnalizowanych wyjątków do stanowiska zawartego w odwołaniu należało wskazać, że odwołujący interpretował te wyjątki w sposób radykalny i bardzo zawężający, który w istocie prowadził do przyjęcia praktyk monopolistycznych. Zdaniem odwołującego, w każdym przypadku, gdy na terenie województwa nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, odpady powinny być unieszkodliwiane najbliżej miejsca ich wytworzenia. Taka interpretacja w sposób całkowity eliminuje konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co zdaniem składu orzekającego jest zbyt daleko idące. Co więcej, interpretacja zaproponowana przez odwołującego zupełnie pomijała treść SWZ ustaloną przez zamawiającego. W tym miejscu warto dodać, że żaden wykonawca nie kwestionował tej treści za pomocą wniesienia odwołania dotyczącego postanowień SWZ, w tym przede wszystkim postanowień rozdziału 23 SWZ, który określał zastosowane w postępowaniu kryteria oceny ofert. Izba doszła do przekonania, że zamawiający mając świadomość, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, wprowadził jako jedno z kryteriów oceny ofert *Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych – 5%*. Izba stwierdziła, że takie działanie zamawiającego pozwalało respektować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, której ustawodawca nie wyłączył na gruncie ustawy o opadach. Ponadto w ramach tych ustalonych i wiążących dla wszystkich uczestników postępowania kryteriów oceny ofert, zamawiający ocenił realizację zasady bliskości.

Skład orzekający w pełnej rozciągłości zgodził się z argumentacją zawartą w wyroku z dnia 8 maja 2023 r., o sygn. akt KIO 1112/23, który zapadł w podobnym stanie faktycznym tj. zamawiający wytwarzał odpady na terenie województwa, na którym nie było instalacji do unieszkodliwiania odpadów. Izba wskazała w ww. wyroku: *Z pewnością nie można powiedzieć, że oferta nie czyni zadość zasadzie bliskości, ponieważ Przystępujący wskazał spalarnię dalej położoną. Wykonawca wiedząc jakie ustalono w postępowaniu kryteria, zdawał sobie sprawę jaki wpływ może mieć to na ocenę jego oferty. Podanie spalarni dalej położonej nie jest jednak złamaniem zasady bliskości. Samo podanie spalarni dalej położonej, jeżeli w danym województwie nie funkcjonuje spalarnia odpadów medycznych lub funkcjonująca nie ma mocy przerobowych, nie jest złamaniem zasady bliskości, lecz działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady*. Podobnie w wyroku z dnia 23 czerwca 2022 r., o sygn. akt KIO 1533/22, Izba dała wyraz takiej interpretacji, która pozwala pogodzić zasadę bliskości i zasadę uczciwej konkurencji. Skład orzekający całkowicie zgodził się ze stanowiskiem podanym w powyżej wskazanym wyroku. W przedmiotowym orzeczeniu wskazano: *W ocenie Izby Odwołujący dokonuje nieuprawnionej i nieuzasadnionej interpretacji zasady bliskości, a zwłaszcza ustalonego w ustawie o odpadach wyjątku od tej zasady. Jak już Izba podkreśliła, nie było sporne, że na terenie województwa nie ma odpowiedniej spalarni. Tak Odwołujący, jak i Przystępujący wskazali spalarnie spoza województwa – miejsca wytwarzania odpadów. Zamawiający oceniając oferty dokonał działań matematycznych, biorąc pod uwagę wagę ustalonego kryterium – odległość spalarni. Odwołujący, który wskazał spalarnię położoną bliżej siedziby Zamawiającego uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktów. Odwołujący zdaje się jednak zapominać, że nie było to jedyne ustalone w postępowaniu kryterium oceny a jego wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej zredukowano do 5%. Obowiązkiem zaś zamawiających jest ustalanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, zaś korzystanie z kryterium ceny jako jedyne ograniczone ma być do minimum i wyjątkowych sytuacji. Zdaje się, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu właśnie do obowiązujących reguł się zastosował*.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w innych wyrokach KIO, zapadłych w zbliżonym stanie faktycznym, gdzie dokonano interpretacji przepisów ustawy o odpadach. Zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach nie wyklucza działania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które wyrażone zostały w ustawie Pzp. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, co implikuje również obowiązek przestrzegania zasad jego prowadzenia określonych w ustawie Pzp. Zamawiający dał w SWZ wyraz honorowaniu zasady bliskości czyniąc ją kryterium oceny ofert, jednocześnie zachowując zasady konkurencji podał także inne kryteria mające wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Izba nie dopatrzyła się w takim działaniu nieprawidłowości i złamania zasad, czy to ustawy o odpadach, czy ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo również postąpił dokonując wyboru oferty zgodnie

z ustalonymi i niekwestionowanymi przez Wykonawców kryteriami oceny ofert, którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy. Działania Zamawiającego, w ocenie Izby, nosiłby miano nieuprawnionych, gdyby Zamawiający opisał kryteria oceny, a dokonał wyboru oferty całkowicie poza nimi, czy nie uwzględniając niektórych z nich.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 14 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1552/23.

Jak słusznie zauważył zamawiający z przytoczonych w sprawie orzeczeń oraz utrwalonej już linii orzeczniczej wyraźnie uwidaczniają się dwa sposoby prowadzenia postępowania na odbiór i utylizację odpadów medycznych. Pierwszy, w którym zamawiający ujmuje zasadę bliskości tylko w opisie przedmiotu zamówienia i drugi, w którym obok OPZ, zamawiający ocenia odległość (w kilometrach) od siedziby zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych w ramach kryteriów oceny ofert, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Twierdzenie odwołującego, jakoby wyrok

w sprawie o sygn. akt KIO 517/23 zapadł w identycznym stanie faktycznym do tego, jaki zaistniał w postępowaniu, było nieuprawnione z uwagi na istotne różnice w postanowieniach SWZ i różne kryteria oceny ofert stosowane przez zamawiających. Jak wyjaśnił zamawiający Szpital w Białej Podlaskiej, który prowadził postępowanie dotyczące ww. orzeczenia zastosował następujące kryteria oceny ofert:

a) cena – 60%;

b) okres, przez który nie wzrośnie cena jednostkowa brutto odbioru, transportu i przetwarzania 1 kg odpadów (ON) – 25%;

c) częstotliwość odbioru odpadów – 15%.

Podobnie Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego z Wrocławia

w zamówieniu dotyczącym przywołanego przez odwołującego wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 2641/19, zastosował kryteria oceny ofert inne niż zamawiający

w przedmiotowym postępowaniu (cena – 60%, dodatkowy odbiór odpadów – 35%, jakość usługi – 5%). Tym samym wbrew twierdzeniom odwołującego, przytoczone w uzasadnieniu odwołania orzeczenia, ze względów na różne postanowienia SWZ (różne kryteria oceny ofert) i wymagania stawiane wykonawcom przez zamawiających, nie zapadły w podobnym stanie faktycznym do przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie zakwestionował powyżej wskazanej argumentacji zamawiającego stąd Izba – mając na uwadze zasadę kontradyktoryjności postępowania odwoławczego – nie znalazła powodów do jej pominięcia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 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. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu pełnomocników na posiedzenie

i rozprawę (933,80 zł) oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw (34,00 zł).

Przewodniczący:.....