Sygn. akt: KIO 1535/23

WYROK

z dnia 13 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej, PROMAROL PLU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielówku,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojskowy Szpital Kliniczny z Poliklinika Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECO – ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie, ECO – CLEAN Energy Spółka akcyjna w Bełchatowie, M. O., MAYA Victory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogumiłowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wojskowemu Szpitalowi Klinicznemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECO – ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie, ECO – CLEAN Energy Spółka akcyjna w Bełchatowie, M O., MAYA Victory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogumiłowie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKA Spółka akcyjna w Żyrardowie, SABA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, Władysław Cegielski** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECO – ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie, ECO – CLEAN Energy Spółka akcyjna w Bełchatowie, M. O., MAYA Victory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogumiłowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej, PROMAROL PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielówku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **„ECO – ABC" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie, ECO – CLEAN Energy Spółka akcyjna w Bełchatowie, M. O., MAYA Victory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogumiłowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej, PROMAROL PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielówku** kwotę **17 952 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 1535/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Szpital Kliniczny z Poliklinika Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu

– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i utylizacja odpadów medycznych i innych niż medyczne powstających w wyniku działalności 4 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu oraz podległych przychodni.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej, PROMAROL PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielówku (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec decyzji zamawiającego w przedmiocie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: „ECO – ABC" Sp. z o.o., ECO – CLEAN Energy S. A., EKO SELEKT M. O MAYA Victory Sp. z o.o. (zwanego dalej „Konsorcjum ECO – ABC" lub „przystępującym") oraz braku odrzucenia oferty Konsorcjum ECO – ABC oraz oferty Konsorcjum EMKA S. A, SABA Sp. z o.o. oraz ZGO EKO ALG (zwanego da „Konsorcjum EMKA).

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez 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:

1) unieważnienie czynności zamawiającego wyboru oferty Konsorcjum ECO – ABC,

2) odrzucenie ofert Konsorcjum ECO – ABC oraz Konsorcjum EMKA,

3) dokonania powtórnej oceny ofert przez zamawiającego,

4) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, opłat skarbowych z tytułu udzielonych pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 czerwca 2023 roku oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECO – ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bełchatowie, ECO – CLEAN Energy Spółk akcyjna w Bełchatowie, M. O., MAYA Victory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bogumiłowie. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2023 roku oświadczyli, że wnoszą sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamówienie obejmuje odbiór, transport i utylizację odpadów medycznych i innych niż medyczne powstających w wyniku działalności 4 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ we Wrocławiu oraz podległych przychodni.

Zgodnie z rozdz. IV pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych pochodzących z obiektów 4WSKzP SPZOZ we Wrocławiu i podległych przychodni na obszarze województwa dolnośląskiego. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Instalacje muszą spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii o której mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo Ochrony Środowiska (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.).

Zgodnie z § 3 ust. 3 pkt 3 projektowanych postanowień umownych wykonawca zobowiązany będzie do: Przestrzegania przepisów w art. 20 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U z 2022, poz. 699 z późn. zm.), wraz z aktami wykonawczymi do ustawy, który zobowiązuje przyszłego posiadacza do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych pochodzących z obiektów 4WSKzP SPZOZ we Wrocławiu na obszarze województwa dolnośląskiego. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze

województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Instalacje muszą spełniać wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii o której mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo Ochrony Środowiska (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.).

Zgodnie z rozdz. XX „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

1)cena – 60%
2)odbiór odpadów w wyznaczonych godzinach – 20%
3)zatrudnienie osób niepełnosprawnych / bezrobotnych na umowę o pracę dla realizacji przedmiotowego zamówienia – 10%
4)wysokość kary umownej za opóźnienie w odbiorze odpadów – 10%

Dowód: SWZ

W dniu 27 marca 2023 roku zamawiający zmodyfikował treść SWZ poprzez dodanie piątego kryterium opisanego jako: „Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych". Zamawiający przypisał temu kryterium wagę 5% i zmienił wagę kryterium wskazanego pod nr. 2 na 5%.

Dowód: pismo z dnia 27 marca 2023 roku

Na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie wytwarzane są odpady przez zamawiającego, nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów. Najbliżej położoną względem miejsc prowadzania działalności przez zamawiającego (miejsce wytwarzania odpadów) jest instalacja położona w Ciepielówku, w województwie lubuskim, w odległości 126 km od miejsca wytwarzania odpadów *(okoliczność bezsporna).*

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: odwołujący, przystępujący i konsorcjum EMKA.

Przystępujący w ofercie wskazał, że będzie korzystał z instalacji położonej w Bełchatowie (w odległości 188 km od miejsca wytwarzania odpadów). Konsorcjum EMKA wskazał w ofercie, że będzie korzystał z instalacji położonej w Płocku (w odległości 287 km od miejsca wytwarzania odpadów).

Dowody: oferty przystępującego i konsorcjum EMKA

W dniu 18 maja 2023 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Dowód: pismo z dnia 18 maja 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystani a ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była w postępowaniu sporna.

Izba wskazuje, że ustawa z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2022 roku, poz. 699 ze zm.) w art. 20 statuuje tzw. zasadę bliskości w brzmieniu:

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 najbliżej 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 najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Wskazana wyżej norma stanowi wynik implementacji art. 16 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/W z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy {dalej: „dyrektywa"}. Zgodnie z art. 16 dyrektywy, wprowadzającej zasady samowystarczalności i bliskości, 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 i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzględniającą przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik. Ponadto, w drodze odstępstwa od rozporządzenia (WE) nr 1013/2006, aby chronić swoją sieć, państwa członkowskie mogą ograniczyć wchodzące transporty odpadów przeznaczonych do obiektów przekształcania termicznego, które zaklasyfikowano jako instalacje do odzysku, w przypadkach, gdy ustalono, że transporty takie doprowadziłyby w konsekwencji do tego, że krajowe odpady musiałyby być unieszkodliwiane lub musiałyby być przetwarzane w sposób niezgodny z planami gospodarki odpadami tych państw. Państwa członkowskie zawiadamiają Komisję o podjęciu takiej decyzji. Państwa członkowskie mogą również ograniczyć wychodzące transporty odpadów z przyczyn dotyczących środowiska określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006. Sieć powinna być zaprojektowana w sposób umożliwiający Wspólnocie jako całości stanie się samowystarczalną w zakresie unieszkodliwiania odpadów, jak również odzysku odpadów, o których mowa w ust. 1, a państwom członkowskim umożliwić stopniowe osiąganie tego celu indywidualnie, przy uwzględnieniu warunków geograficznych lub zapotrzebowania na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów. Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwiane odpadów lub odzysk odpadów, w jednej z najbliżej położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego.
Niezależnie od powyższego zamawiający w treści SWZ, wrozdz. IV pkt 3, wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych pochodzących z obiektów 4WSKzP SPZOZ we Wrocławiu i podległych przychodni na obszarze województwa dolnośląskiego. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Analogiczne postanowienie zawarte zostało w § 3 ust. 3 pkt 3 projektowanych postanowień umownych.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, dokonując modyfikacji SWZ, na podstawie której wprowadził kryterium oceny ofert „Odległość (w kilometrach) od siedziby Zamawiającego do miejsca unieszkodliwiania odpadów medycznych zakaźnych", nie dokonał żadnych zmian w treści SWZ, w tym w szczególności w rozdz. IV pkt 3 SWZ ani w § 3 ust. 3 pkt 3 projektowanych postanowień umownych. Dodanie przez zamawiającego rzeczonego kryterium oceny ofert nie może być powodem do uznania, że wymóg zawarty w rozdz. IV pkt 3 SWZ, wynikający z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, przestał w przedmiotowym postępowaniu obowiązywać. Podkreślić przy tym należy, że żadna ze stron postępowania odwoławczego nie wykazała, by którykolwiek z wykonawców zwrócił się do zamawiającego o zmianę, wyjaśnienie czy doprecyzowanie wymogu wskazanego w rozdz. IV pkt 3 SWZ, w związku z modyfikacją SWZ z dnia 27 marca 2023 roku. Żaden z wykonawców nie wniósł również odwołania wobec tak sformułowanych postanowień SWZ. Tym samym stwierdzić należy, że wykonawcy obowiązani byli uwzględnić w złożonych ofertach zasadę bliskości zgodnie z jej

brzmieniem zawartym w art. 20 ustawy o odpadach oraz w tych postanowieniach SWZ, które tę zasadę powielały.

W rozpoznawanej sprawie niezbędnym jest odniesienie się do stanowiska przystępującego, który w piśmie procesowym wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, mające poprzeć jego pogląd w sprawie. Izba przeanalizowała wskazane przez przystępującego orzeczenia, tj. wyrok z dnia z dnia 8 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1112/23, wyrok z dnia 22 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3534/21 oraz wyrok z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1533/22z, i skonstatowała, że zostały one wydane w innych stanach faktycznych niż stan faktyczny ustalony w przedmiotowej sprawie. We wskazanych postępowaniach kryteria odległości instalacji od miejsca wytwarzania odpadów były skorelowane z treścią postanowień SWZ określających wymogi obowiązujące wykonawców w tym zakresie. Takiej korelacji nie było w przedmiotowym postepowaniu.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że oferty przystępującego oraz konsorcjum EMKA, gdzie wskazano instalacje, których lokalizacja pozostaje w sprzeczności z wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach zasadą bliskości oraz wymogiem wskazanym w rozdz. IV pkt 3 SWZ, są niezgodne z warunkami zamówienia obowiązującymi w przedmiotowym postępowaniu i winny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący:……