**Sygn. akt KIO 1530/23**

**WYROK**

**z dnia 14 czerwca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant:Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECO ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie oraz Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.**Oddala odwołanie**.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** 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 **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1530/23**

**U z a s a d n i e n i e**

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie przetargu nieograniczonego pn. *Usługa odbioru, transportu i unieszkodliwienia odpadów medycznych niebezpiecznych z grupy 18 01.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 020-055033.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECO ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie oraz Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach, pomimo iż treść oferty Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Replastik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku oraz RAF Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczach, dalej „Przystępujący".

Przystępujący pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 czerwca 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu i unieszkodliwienia odpadów medycznych niebezpiecznych z grupy 18 01. Zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie 12 miesięcy od daty udzielenia zamówienia.

Zgodnie z załącznikiem do formularza oferty elektronicznej, zmienionym w dniu 10 marca 2023 r., przedmiot zamówienia obejmuje: odbiór, załadunek, transport i unieszkodliwienie odpadów medycznych, z grupy 18 01, w tym 18 01 02, 18 01 03, 18 01 04, 18 01 08, 18 01 09, 18 01 82, wyszczególnionych w formularzu oferty z miejsc tymczasowego gromadzenia w magazynach odpadów: przy USK w Białymstoku ul. Skłodowskiej 24a oraz przy spalarni odpadów medycznych i weterynaryjnych USK w Białymstoku ul. Żurawia 14. Stosownie do formularza cenowego łączna ilość odpadów wyniesie 600 000 kg, czyli 600 Mg.

W odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 24 lutego 2023 r. Zamawiający wskazał, że nie jest w stanie podać dokładnych ilości wytworzonych odpadów w rozbiciu na kody. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w latach 2021 i 2022 wartości te wyniosły w przybliżeniu:

2021 r: 18 01 02 – 5 030 kg, 18 01 03 – 600 620 kg, 18 01 08 – 0 kg, 18 01 82 – 2 460 kg,

2022 r: 18 01 02 – 2 835 kg, 18 01 03 – 675 390 kg, 18 01 08 – 260 kg, 18 01 82 – 1 093 kg.

W odpowiedzi na pytanie nr 15 Zamawiający wskazał, że w 2022 r. ilość odpadów o kodzie 18 01 02 nie zwiększyła się, natomiast o kodzie 18 01 03 uległa zwiększeniu.

W odpowiedzi na pytanie nr 17 Zamawiający wskazał, iż w warunkach udziału w postępowaniu nie określił ilości odpadów jakiej ma dotyczyć decyzja na unieszkodliwianie odpadów medycznych.

Pismem z dnia 24 lutego 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 14 lutego 2023 r., dotyczący udostępnienia informacji w trybie informacji publicznej, przedstawił dane na temat przetworzenia przez spalarnię odpadów wytworzonych w latach 2021 – 2022. W 2021 dla kodu 180102 było to 4,6830 kg, dla kodu 180103 - 120,5210 kg, dla kodu 180108 - 1,750 kg, dla kodu 180182 - 0,1534 kg. W 2022 dla kodu 180102 było to 50,9671 kg, dla kodu 180103 - 283,0006 kg, dla kodu 180108 - 0,2584 kg, a dla kodu 180182 - 0,9945 kg.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty Odwołującego oraz Przystępującego, który dysponował decyzją Marszałka Województwa Podlaskiego z dnia 31 grudnia 2014 r. oraz z dnia 28 sierpnia 2015 r. na przetwarzanie odpadów w instalacji zlokalizowanej w Hajnówce, która dotyczy ilości 300 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 03, 30 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 02 oraz 0,6 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 82. Moc przerobowa instalacji do termicznego przekształcania odpadów wynosi 408,8 Mg/rok.

Pismem z dnia 19 maja 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący może unieszkodliwiać rocznie wyłącznie 310 Mg odpadów o kodzie 18 01 03. Nie ulega więc wątpliwości, że spalarnia, którą dysponuje, nie ma wolnych mocy przerobowych, a tym samym Przystępujący nie może zapewnić unieszkodliwiania odpadów w zgodzie z ustawą o odpadach. To zaś daje asumpt do stwierdzenia, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Izba uznała, że ze względu na konstrukcję zarzutu odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, który w jego przekonaniu stanowi podstawę prawną przedstawianych zarzutów. Niemniej Odwołujący nie sprecyzował z którym postanowieniem warunków zamówienia oferta Przystępującego jest niezgodna. Odwołujący nie wskazał co i w jaki sposób w ofercie Przystępującego nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami warunków zamówienia. Odwołujący nie podał żadnego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego wskazana przez Odwołującego podstawa prawna zarzutu nie przystaje do argumentacji faktycznej przywołanej na jego poparcie. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają co prawda definicji legalnej zarzutu, niemniej zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby przyjmuje się, że zarzutu nie tworzy samo wskazanie informacji, lecz podanie naruszonych przepisów prawa oraz okoliczności faktycznych, na których zarzut polega i na których się zasadza. Przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2223/18 *Wykonawca wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy faktycznej - na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie - ocenę ich zasadności. Precyzyjne zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania, nie zaś dopiero podczas rozprawy*. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 29 kwietnia 2022r., sygn. akt: KIO 1027/22, gdzie wskazała, że *Wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a ponadto powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu).*

Dlatego też skład orzekający uznał, że na gruncie wniesionego odwołania wskazano zarzut niekorespondujący z treścią przepisów, których naruszenie przez Zamawiającego zarzuca Odwołujący. Obowiązkiem Odwołującego było

podniesienie w ramach odwołania zarzutów składających się z podstawy prawnej – rozumianej jako precyzyjne wskazanie przepisu prawa, który został naruszony poprzez działanie albo zaniechanie Zamawiającego oraz skorelowanej z wskazaną podstawą prawną podstawy faktycznej – czyli opisu działania albo zaniechania Zamawiającego, które wywarło skutek w postaci naruszenia przepisu przywołanego w podstawie prawnej zarzutu. Zważywszy na przedstawienie okoliczności faktycznych, które nie korespondują z treścią przepisów powołanych w podstawie prawnej zarzutu, odwołanie podlegało oddaleniu.

Jednocześnie Odwołujący nie złożył żadnych wiarygodnych dowodów popierających jego stanowisko. Nadto, Odwołujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, że instalacja Przystępującego nie ma wolnych mocy przerobowych. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym. Przedstawione przez Odwołującego opracowanie własne (wskazujące podmioty, na rzecz których Przystępujący realizuje usługę oraz ilość odpadów przez niego unieszkodliwianych w odniesieniu do każdego podmiotu, gdzie łączna ich suma wynosi 538,08 t) nie uprawnia do stwierdzenia, że na etapie realizacji przedmiotowej umowy instalacja wskazana przez Przystępującego nie będzie miała mocy przerobowych pozwalających zrealizować niniejszą umowę. Tym bardziej, że Przystępujący oświadczył na rozprawie, że nie potwierdza ilości odpadów wskazywanych w opracowaniu Odwołującego, a do powyższego opracowania nie zostały dołączone żadne materiały źródłowe, na podstawie których Odwołujący przedstawił poszczególne ilości odpadów w odniesieniu do różnych podmiotów.

Odwołujący z jednej strony nie doprecyzował zarzutów odwołania (nie doprecyzował z którymi określonymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia oferta Przystępującego jest niezgodna), z drugiej strony twierdzenia, które zawarł w treści odwołania nie zostały poparte żadnymi dowodami - a to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności twierdzeń i zarzutów zawartych w odwołaniu. Ponadto, co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO, ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Niezależnie od powyższego, Izba zwraca uwagę, że po pierwsze zamówienie, zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, ma być realizowane w terminie 12 miesięcy od daty udzielenia zamówienia. Biorąc pod uwagę datę wydania orzeczenia, bezspornym jest, że zamówienie będzie realizowane w części w roku 2023 i w części w roku 2024. Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego (znajdującymi się na stronie 5 odwołania) Zamawiający musi oddać do przetworzenia przez podmiot trzeci w całym okresie zamówienia 392 Mg odpadów. Zatem, niewątpliwie w roku 2023 posiadanie przez Przystępującego decyzji umożliwiającej unieszkodliwienie 330,6 Mg odpadów zakaźnych (300 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 03, 30 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 02 oraz 0,6 Mg odpadów zakaźnych o kodzie 18 01 82) pozwoli na zrealizowanie zamówienia zgodnie z przepisami prawa, bowiem pozostała część zamówienia będzie realizowana w roku 2024.

Po drugie, Przystępujący podnosił, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że w każdym roku realizacji zamówienia ilość odbieranych odpadów w ramach umowy z Zamawiającym była mniejsza. Z danych posiadanych przez Przystępującego wynika, że w 2021 r. przekazano wykonawcy 488 015 kg, w 2022 r. – 396 777 kg, natomiast w okresie styczeń-maj 2023 r. –127 718 kg. Przystępujący stwierdzał, że jeżeli przyjmiemy proporcjonalną ilość utylizowanych odpadów to za 2023 r. wychodzi 306 523 kg odpadów do utylizacji w skali roku.

Dalej, Przystępujący wyjaśnił, że powyższe wynika z dwóch czynników. Pierwszym czynnikiem był wzrost produkcji odpadów medycznych w sektorze zdrowia w okresie pandemii, aktualnie zaś występuje tendencja malejąca. Drugim czynnikiem jest wzrost ilości odpadów, które zagospodarowuje Zamawiający we własnym zakresie - we własnej spalarni odpadów w Białymstoku, tutaj mamy do czynienia z tendencją rosnącą. W 2021 r. Zamawiający unieszkodliwił ok. 125 000 kg odpadów zakaźnych, a w 2022 r. ok. 285 000 kg. W okresie styczeń-maj 2023 r. Zamawiający unieszkodliwił zaś 116 957,60 kg odpadów medycznych zakaźnych (zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2023 r. załączonym do pisma procesowego Przystępującego). Dodatkowo Przystępujący wyjaśnił, iż w 2021 i 2022 r. było przekazywanych do unieszkodliwienia w ramach zamówienia miesięcznie maksymalnie nawet 59890 kg, 60750 kg, 59890 kg, 58410 kg, 51013 kg odpadów medycznych. W 2023 r. ilość przekazywanych odpadów zmalała i oddawanych jest około 25000 kg.

Po trzecie, zarzut wskazujący na brak mocy przerobowych Przystępującego jest bezpodstawny, biorąc pod uwagę okoliczność, iż oferta Przystępującego zawierała m.in. pozwolenie zintegrowane udzielone dla Raf Ekologia

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z którego wynika, iż w instalacji ww. podmiotu, będącego członkiem konsorcjum Przystępującego, można unieszkodliwić 9 500 000 kg rocznie odpadów o kodach: 18 01 02*, 18 01 03*, 1801 04, 18 01 08*, 18 01 09, 18 01 82. Oznacza to, że posiadana przez konsorcjanta decyzja na unieszkodliwianie odpadów przewyższa wielkości jakie Zamawiający ma wytworzyć (600 000 kg) w przeciągu roku.

Podsumowując, brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:……..**