

,Sygn. akt: KIO 1551/23

WYROK
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów, **Promarol-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Ciepeliówek 2, 67-410 Sławów postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiatowy Zespół Szpitali**, ul. Armii Krajowej 1, 56-400 Oleśnica

przy udziale

Wykonawcy – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **EMKA Spółka Akcyjna** ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów, **Saba Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Przemysłowa 34, 09-400 Płock zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.609 zł 98 gr. (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika, koszty dojazdu oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 1551/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Powiatowy Zespół Szpitali w Oleśnicy w trybie podstawowym bez negocjacji na odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych z Powiatowego Zespołu Szpitali (sygn. postępowania: PZS/TP/04/2023), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05.04.2023 r., 00164768/01, wobec czynności z 25.05.2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławów (Odwołujący) wnieśli w dniu 30.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1551/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp, tj.:

1) art. 123 poprzez dopuszczenie możliwości powołania się przez Konsorcjum EMKA S.A. i SABA Sp. z o.o. na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. spalarni do unieszkodliwiania odpadów, pomimo iż konsorcjum na etapie składania ofert nie polegało w danym zakresie na zdolnościach podmiotu trzeciego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EMKA S.A. i SABA Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez tę ofertę warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wykazania dysponowania spalarnią odpadów, spełniającej wymogi art. 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2022, poz. 699 z późn. zm.), w której realizowany będzie przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert w tym odrzucenia oferty Konsorcjum EMKA S.A. i SABA Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący kwestionuje jako niedopuszczalne powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego – zasoby w postaci spalarni spełniającej zasadę bliskości, co nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z 24.05.2023 r. Konsorcjum EMKA S.A. i SABA Sp. z o.o. dokonało zmiany spalarni odpadów medycznych, pierwotnie wskazanej w ofercie w Płocku na spalarnię należącą do PROMAROL-PLUS Sp. z o.o., co ma naruszać art. 123 Ustawy Pzp. Ponieważ Wykonawca nie zadeklarował w ofercie zamiaru powołania się na potencjał podmiotu trzeciego, takie działanie nie było dopuszczalne w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Konsorcjum zmieniło oświadczenie w toku postępowania wskazując, iż będzie polegało na zdolnościach innych podmiotów. Jednocześnie Konsorcjum to nie ma bezpośredniego uprawnienia do dysponowania spalarnią odpadów medycznych w Ciepeliówku i będzie korzystało z tej spalarni wyłącznie na podstawie umowy o współpracy, co ma przesądzać o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego.

W tym stanie rzeczy Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 13.06.2023 r.). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie. Wniosek o odrzucenie Zamawiający uzasadniał tym, iż współkonsorcjant – Promarol-Plus Sp. z o.o. nie może ponieść szkody, gdyż dysponuje spalarnią, do której będą kierowane odpady w ilościach określonych w swz, niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego. Tym samym z uwagi na brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania, wymienionych w art. 505 ust. 1 Ustawy odwołanie podlega winno odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy, jako wniesione przez podmiot

nieuprawniony.

Odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu i argumentacji Odwołującego Zamawiający wskazał na czynności podjęte w postępowaniu w zakresie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy, zgodnie z brzmieniem warunku dotyczącego posiadania spalarni odpadów (pkt 23.4 b swz). Z uwagi na naruszenie zasady bliskości spalarni wskazanej w ofercie i dostępności spalarni w najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego, dysponującej wolnymi mocami przerobowymi, Zamawiający wezwał Konsorcjum EMKA do uzupełnienia zdolności podmiotowej na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy przez żądanie wskazania innej instalacji, spełniającej wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Wykonawca wskazał, iż zamierza współpracować ze spalarnią należącą do firmy Promarol-Plus Sp. z o.o. na podstawie umowy współpracy z 17.10.2017 r. w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne". Wskazanie nowej spalarni nie skutkowało przyznaniem punktów w kryterium oceny ofert, a oferta w kryterium odległości spalarni nie otrzymała żadnych punktów. Z uwagi na orzeczenia Izby, w tym wyrok KIO 790/23 Zamawiający uznał, iż jest zobligowany do skorzystania z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 Ustawy, przed decyzją o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum EMKA S.A. i Saba Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum EMKA).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Konsorcjum EMKA, wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, skład orzekający oddalił wniosek jako bezpodstawny. Wskazane w podstawie wniosku okoliczności, związane z badaniem przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 505 ust. 1 Ustawy, nie mogą prowadzić do odrzucenia odwołania, a jedynie oddalenia, jeżeli wykonawca nie wykaże łącznie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niezależnie od powyższej okoliczności, wniosek Zamawiającego nie miał również uzasadnienia merytorycznego. Twierdzenie o braku wykazania możliwości poniesienia szkody Zamawiający opierał na okoliczności bezspornej, jaką jest wskazanie przez Konsorcjum EMKA, jako miejsca do którego miałyby być kierowane odpady spalarni współkonsorcjanta – Promarol-Plus Sp. z o.o. Według Zamawiającego konsekwencją tej sytuacji jest, iż podmiot ten będzie unieszkodliwiał odpady niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego, zarówno jako wykonawca (współkonsorcjant) jak i podmiot, z którym miałoby współpracować Konsorcjum EMKA. Dla wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody wystarczającym jest wskazanie na konsekwencje czynności zamawiającego w postępowaniu dla sytuacji faktycznej wykonawcy i jego oferty. Niewątpliwie decyzja o wyborze oferty konkurencyjnej (tańszej) prowadziła do braku wyboru oferty Odwołującego, co wiąże się bezpośrednio z utratą korzyści, jakie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie niosłoby powierzenie do realizacji zamówienia. Szkoda nie może być rozumiana wyłącznie przez pryzmat sytuacji jednego ze współkonsorcjantów, co nie uwzględnia szkody drugiego podmiotu. Nie ma zatem znaczenia okoliczność wskazana przez Zamawiającego, co również można skomentować argumentem Odwołującego, o odmiennej sytuacji wykonawcy zamówienia, od sytuacji podmiotu przyjmującego odpady. Nie można pominąć istotnej różnicy, jaka wynika chociażby z innego poziomu zysku przyjmując już samą różnicę w cenie ofert. W świetle powyższego odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia obejmuje odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych wytworzonych i przekazanych przez Zamawiającego przez okres 12 miesięcy w szacowanej ilości 85.000 kg. Zgodnie z pkt 10 *Wykonawca musi dysponować zakładem utylizacji odpadów medycznych o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów od zamawiającego, w ilościach i terminach określonych w SWZ.* Zgodnie z pkt 14 wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co należało wskazać w formularzu ofertowym.

Wraz z ofertą wykonawcy składali oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, tymczasowo zastępujące podmiotowe środki dowodowe (pkt 13.1 swz). W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, należało również złożyć oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, którym potwierdza brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (13.4 swz).

Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert – odległość spalarni wykonawcy w kilometrach o wadze 10%.

Na podstawie zapisów swz ustalono, iż w pkt 23.4 lit. b swz Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej wymagał posiadania spalarni odpadów/spełniających unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz. U. 2022, poz. 699 z późn. zm.), w których realizowany będzie przedmiot zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatowanie) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych objętych zamówieniem, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem zamówienia w ilości co najmniej 85 000 kg rocznie (moc przerobowa) wraz z podaniem podstawy prawnej dysponowania spalarnią.

Zgodnie z pkt 24.1 swz Zamawiający na etapie składania ofert nie przewidział przedkładania podmiotowych środków dowodowych poza oświadczeniem sporządzanym w trybie art. 125 ust. 1 Ustawy.

W formularzu ofertowym wykonawcy wskazywali odległość w km do spalarni od siedziby Zamawiającego.

Załącznik nr 2 do swz zawiera wzór oświadczenia wykonawcy/wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,

składanego na podstawie art. 125 ust. 1 Ustawy. W pkt 3 wzoru znajduje się oświadczenie o treści: „Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz spełniam kryteria selekcji”. Tej samej treści oświadczenie znajduje się we wzorze w załączniku nr 2a dla oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Konsorcjum EMKA w formularzu oferty wskazało odległość spalarni – 253 km (09-400 Płock, ul. Przemysłowa 34). Wykonawca zamierzał realizować zamówienie bez udziału podwykonawcy. Oferta Wykonawcy otrzymała najwyższą liczbę punktów, w tym maksymalną liczbę w kryterium cena oraz za odbiór odpadów w godzinach 8:00-10:00. W kryterium odległości spalarni oferta uzyskała 5,14 pkt (na 10 pkt możliwych).

Pismem z 25.04.2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum EMKA na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do złożenia oświadczenia, iż Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia będzie przestrzegał ustawy o odpadach, w szczególności zawartej w niej zasady bliskości. Dodatkowo Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie sposobu wywiązywania się Wykonawcy z realizacji zasady bliskości, poza wskazaniem odległości pomiędzy Zamawiającym, a zadeklarowaną przez Wykonawcę spalarnią. Wykonawca w odpowiedzi wskazał, iż na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie Zamawiający ma siedzibę nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych. W tej sytuacji należy zastosować wyjątek od zasady bliskości, a odpady medyczne wytworzone przez Zamawiającego mogą zostać unieszkodliwione na terenie innego województwa (pismo z 27.04.2023 r.).

Zamawiający wystąpił w piśmie 8.05.2023 r. do Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „EKOVITA” z siedzibą na terenie województwa dolnośląskiego o podanie informacji, gdzie mieści się instalacja unieszkodliwiania odpadów oraz czy są wolne moce przerobowe, pozwalające unieszkodliwić odpady w ilości 85 000 kg w okresie 12 miesięcy.

Również pismem z 8.05.2023 r. Zamawiający wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego o wskazanie czynnej na terenie województwa dolnośląskiego czynnej spalarni odpadów niebezpiecznych oraz wolnych mocach przerobowych.

W odpowiedzi z 10.05.2023 r. Marszałek Województwa Dolnośląskiego wskazał, iż na terenie województwa dolnośląskiego nie funkcjonuje żaden podmiot prowadzący spalarnię odpadów/zakład unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych. Zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach dopuszcza się unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze innego województwa 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.

Pismem z 8.05.2023 r. Zamawiający wystąpił do Promarol-Plus Sp. z o.o. z pytaniem o możliwość zawarcia przez Wykonawcę EMKA S.A. z podmiotem prowadzącym spalarnię umowy o utylizację odpadów medycznych lub czy taka umowa została już zawarta. Zamawiający zwrócił się również o wskazanie, czy spalarnia posiada wolne moce przerobowe pozwalające unieszkodliwić odpady medyczne w ilości 85.000 kg przez okres najbliższych 12 miesięcy.

W odpowiedzi udzielonej w piśmie z 9.05.2023 r. Promarol-Plus Sp. z o.o. potwierdził, iż dysponuje wolnymi mocami przerobowymi zapewniającymi unieszkodliwienie odpadów wytwarzanych przez Zamawiającego, o czym świadczyć ma złożenie oferty w postępowaniu przez Promarol-Plus Sp. z o.o. w konsorcjum z ECO-ABC Sp. z o.o. Jednocześnie podmiot potwierdził, iż posiada umowę współpracy z EMKA S.A. z 17.10.2017 r. z późniejszymi aneksami w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne.

Pismem z 15.05.2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum EMKA w trybie art. 128 ust. 4 Ustawy do wyjaśnienia w przedmiocie wątpliwości co do zasadności wskazania spalarni położonej w odległości 123 km dalej od najbliższej spalarni w stosunku do siedziby Zamawiającego. W tej sytuacji Zamawiający musiał uznać, iż potencjał podmiotowy nie został prawidłowo wskazany. Zamawiający wezwał do uzupełnienia zdolności podmiotowej poprzez wskazanie innej instalacji spełniającej wymagania opisane w warunku udziału w postępowaniu. W przypadku skutecznej konwalidacji, czyli wskazania spalarni spełniającej wymagania swz, warunek może uznać za spełniony. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż wskazanie nowej spalarni nie może spowodować przyznania punktów w kryterium oceny ofert.

W odpowiedzi z 17.05.2023 Konsorcjum EMKA wskazując na zastrzeżenia co do trybu wezwania o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych potwierdził współpracę, jaką posiada i zamierza kontynuować z firmą Promarol-Plus Sp. z o.o. na podstawie zawartej umowy współpracy z 17.10.2017 r. z dalszymi aneksami.

Pismem z 23.05.2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum EMKA w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy do uzupełnienia zdolności podmiotowej przez wskazanie innej instalacji, która spełnia wymagania warunku zdolności technicznej i zawodowej.

W odpowiedzi z 24.05.2023 r. Konsorcjum EMKA wskazało, iż zamierza współpracować ze spalarnią należącą do firmy Promarol-Plus Sp. z o.o. na podstawie umowy współpracy z dnia 17.10.2017 r. z późniejszymi aneksami w zakresie unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne.

W dniu 25.05.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – złożonej przez Konsorcjum EMKA. Zamawiający powtarzając czynność oceny ofert, w kryterium nr 3 – odległość spalarni nie przyznał Konsorcjum EMKA punktów, co nie zmieniło wyniku, w którym nadal najkorzystniejszą pozostała oferta Konsorcjum EMKA.

Promarol-Plus Sp. z o.o. w piśmie a 26.05.2023 r. potwierdził Zamawiającemu gotowość przyjęcia i unieszkodliwienia odpadów generowanych w ramach przedmiotowego zamówienia i wnosił o potwierdzenie, że te odpady będą kierowane do instalacji. Powyższe pismo miało na celu uzyskanie gwarancji realizacji zamówienia z wykorzystaniem instalacji podmiotu z zastrzeżeniem, iż Promarol-Plus Sp. z o.o. nie wyraża zgody na powoływanie się na umowę współpracy, jeżeli to miałyby służyć wyłącznie wygranej Konsorcjum EMKA w przetargu, a nie faktycznemu przekazaniu odpadów do spalarni podmiotu.

Zamawiający w piśmie z 29.05.2023 r. potwierdził, iż otrzymał deklarację współpracy Konsorcjum EMKA z Promarol-Plus Sp. z o.o. w realizacji zamówienia i przekazał korespondencję od Wykonawcy.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zasadniczym dla wyniku sprawy było odniesienie się do tezy Odwołującego, iż wskazanie innej spalarni, niż pierwotnie zadeklarowana w ofercie Konsorcjum EMKA należy oceniać w kategorii badania potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie podnosił zarzutu niezgodności oferty

Konsorcjum EMKA z swz, jak również nie kwestionował możliwości wyjaśnienia i zmiany oświadczenia co do spalarni odpadów, do jakiej Wykonawca zamierzał kierować odpady wytworzone w ramach niniejszego zamówienia. Ostatecznie również nie kwestionował sposobu oceny oferty Konsorcjum EMKA w kryterium odległości spalarni do siedziby Zamawiającego. Tym samym Izba, będąc związana zarzutami odnosiła się wyłącznie do skutku, jakie dla oferty Konsorcjum EMKA miało wskazanie innej spalarni odpadów w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zasadniczo kwestionował możliwość przyjęcia dla potrzeb wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oświadczenia Wykonawcy wskazującego na inną, niż pierwotnie podana w ofercie spalarnia, czego podstawy upatrywał w tym, iż zmiana ta oznacza, że Wykonawca powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego, którego udziału nie deklarował w ofercie.

Jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazany został wymóg posiadania spalarni odpadów/spełniających unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem, spełniających wymogi art 20 ust. 3-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz. U. 2022, poz. 699 z późn. zm.), w których realizowany będzie przedmiot zamówienia, posiadający aktualne decyzje zezwalające na użytkowanie (eksploatowanie) przedmiotowych zakładów utylizacji odpadów medycznych objętych zamówieniem, o łącznej zdolności utylizacji odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem zamówienia w ilości co najmniej 85 000 kg rocznie (moc przerobowa) wraz z podaniem podstawy prawnej dysponowania spalarnią.

Zasadniczo Izba stwierdza, iż wskazanie spalarni, do której mają być kierowane odpady wytworzone przez Zamawiającego zgodnie z zasadą bliskości, jest regulowane przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, mającej zastosowanie niezależnie od woli wykonawcy, który zobowiązany jest do jej przestrzegania. Również zamawiający zobowiązany do uzyskania tej informacji przed zawarciem umowy formułuje taki wymóg w swz, czego jednak nie należy utożsamiać z relacją jaka wiąże wykonawcę i podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby na potrzebę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy bowiem rozróżnić warunki udziału określone przez zamawiającego w celu weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, dyktowane potrzebami i zakresem zamówienia od warunków spełnienia świadczenia, które są narzucone obowiązującymi przepisami prawa. Specyfika usługi stanowiącej przedmiot zamówienia wskazuje, iż ubiegającymi się o zamówienia są podmioty prowadzące działalność gospodarczą w zakresie gospodarki odpadami, w których odrębną grupą stanowią te prowadzące instalacje/spalarnie, zobowiązane do odbierania odpadów. Jak wynika z praktyki rynkowej prowadzący instalacje/spalarnie ubiegają się w konsorcjum z innymi podmiotami o zamówienia obejmujące zagospodarowanie odpadów, ale jednocześnie współpracują z działającymi w branży podmiotami, które kierują odpady odbierane od ich wytwórców. Mając na uwadze specyfikę świadczenia dyktowaną ustawowymi ograniczeniami i regułami na jakich może odbywać się unieszkodliwianie odpadów medycznych i innych odpadów niebezpiecznych, obowiązek posiadania spalarni odpadów należy odnosić do sposobu spełnienia świadczenia, co zasadniczo stanowi treść oferty wykonawcy. Zasadniczo podmioty prowadzące działalność w zakresie odbioru odpadów posiadają zawarte umowy o współpracy z instalacjami na obszarze różnych województw, co jest warunkiem koniecznym do prowadzenia działalności. Tym samym posiadanie spalarni – opisane w ramach warunku udziału w postępowaniu, oznacza konieczność zabezpieczenia możliwości skierowania odpadów do zakładu utylizacji odpadów medycznych. Zamawiający nie wskazał bowiem, aby o zamówienie mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy prowadzą zakład utylizacji, choć ich udział nie jest wykluczony. Zamawiający nie wskazał również na konieczność udziału w charakterze wykonawcy/podwykonawcy podmiotu, który prowadzi położoną najbliższą siedzibę Zamawiającego spalarnię. Mając na uwadze uwarunkowania związane z mocami przerobowymi zakładu unieszkodliwiania odpadów medycznych, nie można również wykluczyć, iż na etapie realizacji świadczenia dojdzie do konieczności zmiany miejsca, do którego będą kierowane odpady wytworzone przez Zamawiającego.

Powyższe, w ocenie składu orzekającego wskazuje, iż opisany w pkt 23.4 swz warunek zdolności technicznej lub zawodowej należało rozumieć, jako konieczność zapewnienia kierowania odpadów do spalarni spełniającej warunki ustawowe, a nie samego posiadania spalarni w najbliższej odległości od siedziby Zamawiającego, dysponującej wolnymi mocami przerobowymi. Prowadziłoby to bowiem do monopolizacji rynku i wykluczenia z udziału w postępowaniu szeregu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tej branży. To nie bowiem zdolności podmiotów do wykonania zamówienia, ale dostęp do konkretnej spalarni już na etapie składania oferty wyznaczałby krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o zamówienie. Tym samym wykonawcy składając podmiotowy środek dowodowy – a takim w postępowaniu było wyłącznie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie byli zobowiązani do wskazania konkretnej spalarni, ani potwierdzenia mocy przerobowych konkretnej spalarni, jak również zabezpieczenia tych mocy na potrzeby obecnego zamówienia.

Chociaż zamawiający opisał, jako warunek udziału w postępowaniu - posiadanie spalarni odpadów, to potencjał ten nie może być rozumiany jako potencjał wymagany od wykonawcy zamówienia, ale jako wymóg dotyczący spełnienia świadczenia. Ponieważ zamówienie obejmuje również unieszkodliwianie odpadów, ten element zamówienia wskazuje ewentualnie na możliwy udział podwykonawcy, czego jednak nie należy identyfikować z oceną potencjału wykonawcy ubiegającego się o zamówienie i koniecznością składania zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów – spalarni. Zamawiający oczekiwał wyłącznie wskazania podstawy prawnej dysponowania spalarnią odpadów medycznych oraz innych objętych postępowaniem bez narzucania konkretnej lokalizacji. Ponadto, skoro kryterium oceny ofert była odległość spalarni od siedziby Zamawiającego, to nie miałyby ono sensu przy uznaniu, iż jedyną spełniającą warunki ustawowe jest spalarnia Promarol-Plus Sp. z o.o., która jak wynika ze złożonych dokumentów spełnia zasadę bliskości wprowadzoną w ustawie o odpadach. W sprawie nie budzi sporu to, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma zakładu do unieszkodliwiania odpadów medycznych (co potwierdza pismo Marszałka Województwa Dolnośląskiego), jak również, że najbliższą od siedziby Zamawiającego jest spalarnia Promarol-Plus Sp. z o.o., która posiada wolne moce przerobowe pozwalające na przyjęcie odpadów od Zamawiającego w ilości wskazanej w swz (co potwierdza pismo Promarol-Plus Sp. z o.o.).

Faktycznie działania Zamawiającego podejmowane w celu ustalenia dostępności spalarni na obszarze województwa dolnośląskiego, jak również dostępności mocy przerobowych spalarni położonej najbliższej siedziby Zamawiającego, nie dotyczyły zdolności wykonawcy, ale ustalenia warunków realizacji zamówienia, które są powiązane z faktyczną dostępnością zakładu unieszkodliwiania odpadów medycznych na terenie danego województwa. W ocenie składu orzekającego wkraczało to poza brzmienie warunku udziału w postępowaniu, w tym znaczenia, iż nie miało związku z

badaniem możliwości wykonania zamówienia przez Konsorcjum EMKA, ale ustaleniem w jaki sposób odpady wytworzone będą mogły być unieszkodliwione, przy zachowaniu zasady bliskości.

W konsekwencji Izba uznała, iż zmiana lokalizacji spalarni nie wpływała na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Konsorcjum EMKA mogło składając ofertę podać inną spalarnię, co miało faktycznie znaczenie w kontekście realizacji przedmiotu świadczenia, a nie oceny podmiotowej wykonawcy. Przyjęcie odmiennego spojrzenia prowadziłoby faktycznie do wykluczenia z udziału w postępowaniu konkurencji, ze wskazaniem jako jedynej podmiotu mogącego ubiegać się o zamówienie Odwołującego, który złożył ofertę w konsorcjum z Promarol-Plus Sp. z o.o., co naruszałoby generalne zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Zamawiającego na podstawie spisu wraz z rachunkami i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący.....