

Sygn. akt: 1552/23

**Wyrok**  
**z dnia 14 czerwca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: EMKA S.A., PROMAROL PLUS Sp. z o.o., z siedzibą pełnomocnika wykonawców: ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital im. św. Jadwigi Śląskiej w Trzebnicy, ul. Prusicka 53-55, 55-100 Trzebnica**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., ECO CLEAN ENERGY S.A., z siedzibą pełnomocnika wykonawców: ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Konsorcjum: EMKA S.A., PROMAROL PLUS Sp. z o.o. 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;**

**2.1 zasądza od Konsorcjum: EMKA S.A., PROMAROL PLUS Sp. z o.o. rzecz zamawiającego Szpitala im. św. Jadwigi Śląskiej w Trzebnicy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.**

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: 1552/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Szpital im. św. Jadwigi Śląskiej w Trzebnicy prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych”, znak sprawy: 11/PZP/2023/TPN. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 kwietnia 2023 r. nr 2023/BZP 00189535/01.

Odwołujący: Konsorcjum firm w składzie: 1. EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) z/s w Żyrardowie

2. PROMAROL PLUS Sp. z o.o. Ciepeliówek 2, 67 – 410 Sława, wniósł dnia 30 maja 2023 r. odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie ECO – ABC Sp. z o.o. z/s w Bełchatowie, (Lider Konsorcjum) oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. z/s w Bełchatowie, dalej „Konsorcju ECO - ABC”, pomimo ziszczenia się przesłanek do odrzucenia oferty złożonej przez ww. Wykonawcę.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez ww. Wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ECO – ABC jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC,

3) dokonania ponownej oceny ofert,

Przedmiotem zamówienia są usługi odbioru, transportu (wraz z załadunkiem i rozładunkiem) oraz unieszkodliwiania odpadów medycznych w zakładzie utylizacji zlokalizowanym na obszarze województwa, na którym zostały odpady

wytworzone lub w miejscu najbliższym położonym od miejsca ich wytwarzania. Zakaźne odpady medyczne mogą być unieszkodliwiane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania położonego na obszarze tego samego województwa. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych - zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j.).

Tymczasem Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ECO - ABC, która to oferta jest niezgodna z SWZ.

Ustawa o odpadach reguluje m.in. w jakim miejscu muszą zostać unieszkodliwione odpady medyczne wytworzone przez wytwórcę jakim jest Zamawiający. Miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych wytworzonych przez Zamawiającego zaoferowane w treści Formularza ofertowego oraz oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dotyczącego usług, które wykonają poszczególni Wykonawcy (Załącznik 4 do SWZ) przez Konsorcjum ECO – ABC jest niezgodne z treścią SWZ i zasadą bliskości, a dokładniej z wyjątkiem od zasady bliskości, na skutek czego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez ww. Konsorcjum.

Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa dolnośląskiego i na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne. Na terenie województwa nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych.

Zamawiający jako gospodarz Postępowania ustalający wiążące reguły w treści SWZ wskazał warunki zamówienia w r. IV ust. 1 SWZ: /.../ Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych - zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach /.../

Analogicznie w innych postanowieniach swz i wzorce umowy.

Zamawiający chciał ocenić czy wykonawca będzie przestrzegał warunków zamówienia i czy w ogóle je spełnia.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1) Odwołujący, oferujący unieszkodliwienie odpadów medycznych w Ciepłówku (województwo lubuskie), w odległości 95 km od miejsca wytwarzania odpadów, czyli Trzebnicy (województwo dolnośląskie) – zgodnie z oświadczeniem w pkt 3 Formularza ofertowego.

2) Konsorcjum przystępujące oferujące unieszkodliwienie odpadów medycznych w Bełchatowie (woj. łódzkie), w odległości 182 km od miejsca wytwarzania odpadów.

Odwołujący pragnie zauważyć, że Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Weryfikując czy oferta jest zgodna lub nie z warunkami zamówienia Zamawiający dokonuje prostego porównania. Zestawia ze sobą jednoznaczne postanowienia SWZ – warunki zamówienia – z treścią oferty złożonej przez Wykonawcę.

Po dokonaniu czynności w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości i odrzucić ofertę ECO – ABC. Zastanawiający i zadziwiający jest sposób rozumowania Zamawiającego, który do powyższych wniosków jednak nie doszedł.

Zaoferowanie unieszkodliwiania odpadów na terenie województwa łódzkiego, 182 km od miejsca ich wytworzenia, niezgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości oznacza

Ofertę niezgodną z treścią SWZ, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Kluczowy jest art. 20 ustawy o odpadach opisujący zasadę bliskości. Przepis wskazuje, gdzie (w jakim miejscu, na terenie jakiego województwa) należy dokonywać unieszkodliwiania odpadów medycznych i w jakiej kolejności).

Zasada bliskości składa się: 1) z zasady, 2) trzech wyjątków od zasady bliskości.

Jak się podkreśla w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) zasadą jest unieszkodliwianie odpadów medycznych w miejscu ich wytworzenia, a od tej zasady są trzy wyjątki. Jeden z wyjątków („drugi”) ziszcza się w

przedmiotowym stanie faktycznym – na terenie województwa dolnośląskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych, odpady medyczne muszą zostać unieszkodliwione w instalacji położonej najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów.

Tytułem przykładu dla powyższego (jednoznacznego) rozumienia zasady bliskości przez KIO można przywołać stanowisko sygn. akt KIO 3161/22, gdzie Izba zauważyła co następuje.

Zamawiający nie może zmieniać treścią SWZ powszechnie obowiązujących przepisów prawa – należy uznać, że wszelkie postanowienia Zamawiającego naruszające ustawę o odpadach i zasadę bliskości (przywołaną zresztą wielokrotnie w treści SWZ przez Zamawiającego) są z mocy prawa nieważne (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

Zamawiający na etapie oceny ofert nie przestrzega ustalonych przez siebie warunków zamówienia – stosując je w sposób wybiórczy, wedle sobie znanego sposobu oceny ofert przez pryzmat spełniania przesłanek opisanych w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie siedzibę ma Zamawiający odpady – zgodnie z wyjątkiem wynikającym z zasady bliskości opisanej w ustawie o odpadach – muszą zostać przetworzone w instalacji najbliżej położonej od miejsca ich wytworzenia, czyli w Ciepielówku, w województwie lubuskim.

Powyższe potwierdzają postanowienia SWZ zawarte w Rozdziale IV ust. 1 SWZ, Rozdziale IV ust. 5 SWZ, Rozdziale I ust. 7 SWZ, pkt 3 Formularza ofertowego czy też postanowienia wynikające ze wzoru umowy

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający dokonując wyboru oferty nie przestrzega ustanowionych przez siebie zasad.

Zamawiający pomija dokumenty przedstawione w ofercie Konsorcjum ECO - ABC, które potwierdzają, że unieszkodliwianie odpadów medycznych będzie odbywać się niezgodnie z ustawą o odpadach (w instalacji nie położonej najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów), a mimo to Zamawiający wybiera tą ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący pragnie przywołać wydane orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, potwierdzające konieczność unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z zasadą bliskości KIO 503/23, KIO 517/23, KIO 790/23, KIO 927/23 KIO 1024/23. /.../ Dopuszcza się też unieszkodliwianie w najbliższej położonej instalacji, w innym województwie – w przypadku braku instalacji na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Także KIO 517/23, KIO 3161/22, KIO 1966/22).

Tak jak zostało to wskazane, instalacją posiadającą wolne moce przerobowe niezbędne do unieszkodliwiania odpadów, zainteresowaną realizacją zamówienia, położoną najbliżej miejsca wytworzenia odpadów jest instalacja w Ciepielówku, konsorcjanta Odwołującego.

Podsumowując, w odniesieniu do odpadów wytworzonych przez Zamawiającego, na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów należy zastosować wyjątek od zasady bliskości opisanej w art. 20 ustawy o odpadach. Stosownie do wyjątku zakaźne odpady medyczne unieszkodliwia się w najbliższej położonej instalacji, do unieszkodliwiania odpadów medycznych od miejsca ich wytworzenia. Taką instalację oferuje Odwołujący. Zatem oferta Konsorcjum ECO – ABC przewidująca unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych niezgodnie z zasadą bliskości, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Przywołany przepis jednoznacznie stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący poprzez niniejsze odwołanie wykazał warunki zamówienia oraz niezgodność z nimi oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC.

Zamawiający: w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zaskarżonej czynności wyboru Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlegała ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią SWZ.

Chociaż Odwołujący przywołuje niezgodność najkorzystniejszej oferty (w zakresie miejsca unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych) z postanowieniami SWZ (ust. 1, ust. 5 i ust. 7 Rozdziału IV SWZ, pkt 3 formularza ofertowego, § 1 ust. 1, § 2 ust. 2, § 4 ust. 2 lit. b i c, § 4 ust. 4 wzoru umowy), to całość argumentacji Odwołującego dotyczy naruszenia tzw. zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, do czego Zamawiający odniesie się w dalszej części niniejszej odpowiedzi.

Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ poprzez dodanie kolejnego kryterium oceny ofert - odległość do miejsca unieszkodliwienia odpadów (kryterium nr 3 waga 5%), co Odwołujący pomija w swoich rozważaniach. W ocenie Zamawiającego oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym nie narusza tzw. zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach, dlatego też czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana prawidłowo.

Należy podkreślić, że wynikająca z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach zasada bliskości, zakłada w tych ramach możliwość konkurowania różnych spalarni. Zatem również regulacja wynikająca z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach, która znajduje zastosowanie w przypadku, gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia, powinna być tak interpretowana, aby nie wykluczać konkurencji (wyrok KIO 3534/21 z dnia 22 grudnia 2021 r.).

Zamawiający w SWZ potwierdził, iż będzie kierował się zasadą bliskości, w tym będzie miał możliwość weryfikacji tej zasady podczas dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższe potwierdza przede wszystkim okoliczność, że Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SWZ, w tym wprowadził dodatkowe kryterium oceny odległość do miejsca unieszkodliwienia odpadów (waga 5%). Zamawiający dał tym samym wyraz, iż element ten uważa za istotny dla przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, co było powodem wprowadzenia kryterium pozacenowego.

Zamawiający zdecydował się zmienić treść SWZ i dodał pozacenowe kryterium oceny ofert, tj. „Odległość do spalarni”, co da możliwość dokonać weryfikacji tzw. „zasady bliskości”, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach.

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący, wnosząc odwołanie nie wziął pod uwagę kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ. Zgodnie z wyrokiem KIO 3534/21:

„Należy stwierdzić, że warunki tego zamówienia, które ma być udzielone w trybie podstawowym, czyli de facto w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, nie tylko dopuszczają, ale wręcz zakładają, że wykonawcy będą konkurować nie tylko ceną, ale i odległością spalarni, w której oferują unieszkodliwianie odpadów medycznych od głównego miejsca ich wytwarzania przez Zamawiającego. Nawet przy skrajnie formalistycznej interpretacji zasady bliskości w odniesieniu do zakaźnych odpadów medycznych, prezentowanej przez Odwołującego, art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach nie powoduje, że warunki tego przetargu ustalone przez Zamawiającego nie są wiążące zarówno dla niego jako organizatora, jak i dla wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym dla Odwołującego

Odwołujący nie sprzeciwił się wprowadzeniu zmiany w SWZ, polegającej na wprowadzeniu kryterium oceny ofert w zakresie odległości do miejsca unieszkodliwienia odpadów. poprzez złożenie odwołania. Odwołujący, będąc profesjonalistą, nie dołożył należytej staranności w niniejszym zakresie.

W treści odwołania przywołano orzecznictwo, które - jak sam podkreśla Odwołujący - zapadło jednak na tle różnych stanów faktycznych i z odmiennie ukształtowanymi postanowieniami SWZ. Zamawiający natomiast podkreśla, że przeprowadzając niniejsze Postępowanie, dokonując zmian treści SWZ, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty kierował się przede wszystkim aktualnym orzecznictwem, w tym w szczególności wyrokami: KIO 3534/21, KIO 1318/22 oraz KIO 1533/22, które zapadły w oparciu o tożsamy stan faktyczny.

W szczególności Zamawiający wziął pod uwagę orzeczenie KIO 3534/21.

Zamawiający zobowiązany jest do stosowania zasad z art. 16 PZP — przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

Zasada bliskości z art. 20 ustawy o odpadach nie stanowi *lex specialis* w stosunku do zasad wyrażonych w ustawie PZP, nie ma charakteru bezwzględnego (KIO 1533/22).

Zamawiający prawidłowo postąpił dokonując wyboru oferty zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy. Działania Zamawiającego mogłyby nosić miano nieuprawnionych, dopiero w sytuacji gdyby Zamawiający opisał kryteria oceny, a dokonał wyboru oferty całkowicie poza nimi, czy nie uwzględniając niektórych z nich, co nie miało miejsca w niniejszym Postępowaniu.

O niezgodności treści oferty z treścią SWZ mówimy wtedy, gdy treść oferty w warstwie merytorycznej nie odpowiada postanowieniom SWZ. Oferta, wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, czyni zadość wymaganiom określonym w SWZ, w tym również w części dotyczącej zasady bliskości. Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym również w wyroku KIO 1533/22 z dnia 23 czerwca 2022 r.: „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 ale działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady. "

Warunki przedmiotowego zamówienia przewidują konkurencję pomiędzy instalacjami do unieszkodliwiania również w przypadku, gdy na terenie województwa dolnośląskiego nie będzie możliwe zapewnienie unieszkodliwiania odpadów, czemu nie stoi na przeszkodzie art. 20 ustawy o odpadach.

Warto również w tym miejscu dodać, że podstawa prawna wskazana w odwołaniu, czyli art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, dotyczy niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, czyli z treścią SWZ, a nie niezgodności z ustawą (jak np. art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP).

Mając na uwadze powyższe, co potwierdza także orzecznictwo (KIO 1318/22 ), zasada bliskości nie ma charakteru bezwzględny, a jej celowość ściśle koreluje z zasadą samowystarczalności, mimo jej nieujęcia w ustawie o odpadach. Zasada ta stanowi zatem część systemu prawnego, jako jedna z dyrektyw interpretujących dla art. 20 ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Biorąc pod uwagę SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności kryterium cenowego oraz kryterium odległości od instalacji unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, warunki zamówienia nie tylko dopuszczały, ale zakładały, że wykonawcy będą konkurować nie tylko ceną, ale i odległością od spalarni, w której oferują unieszkodliwianie odpadów Zamawiającego. Odwołujący nie wziął pod uwagę w przedmiotowym odwołaniu kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ przez Zamawiającego, a w szczególności kryterium nr 3 - odległości od instalacji unieszkodliwiania odpadów. Z pewnością nie można potwierdzić, że oferta Przystępującego 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. Warunki niniejszego zamówienia przewidują natomiast konkurencję pomiędzy instalacjami do unieszkodliwiania odpadów, gdy na terenie województwa dolnośląskiego nie jest możliwe zapewnienie unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych Zamawiającego, czemu nie stoi na przeszkodzie art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach. Zamawiający przygotowując kryteria oceny ofert dał wyraz honorowaniu nie tylko zasady bliskości, ale także zasad wynikających ustawy PZP oraz ustawy o finansach publicznych. Ponieważ wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany przez Zamawiającego zgodnie z określonymi przez niego w SWZ kryteriami oceny ofert, a treść wybranej oferty Przystępującego jest zgodna z warunkami przedmiotowego zamówienia przedstawionymi w SWZ, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, na którym opiera się treść odwołania, należy uznać za bezzasadny.

Przystępujący: Konsorcjum firm: 1. ECO – ABC Sp. z o.o. Bełchatów i 2. ECO CLEAN ENERGY S.A. Bełchatów przedstawił stanowisko Przystępującego w przedmiotowej sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, co następuje. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ narusza tzw.

Interpretacja wyjątków od zasady bliskości jest przedmiotem licznych już orzecznictwa KIO. Odwołujący chciałby te wyjątki interpretować w sposób radykalny i bardzo zawężający, który w istocie prowadzi 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 Przystępującego jest niedopuszczalne.

Co więcej, interpretacja Odwołującego zupełnie pomija treść SWZ, której żaden z Wykonawców nie zakwestionował. Zamawiający mając świadomość, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, w dniu 27 kwietnia 2023 r. dokonał modyfikacji SWZ wprowadzając jako jedno z kryteriów oceny ofert „Odległość do miejsca unieszkodliwiania odpadów – 5%”. Takie działanie Zamawiającego w pełni realizuje zasadę bliskości, a ponadto pozwala respektować zasadę konkurencyjności, której ustawodawca nie wyłączył na gruncie ustawy o opadach.

W tym miejscu wskazać należy na wyrok KIO 1112/23. w niemal identycznym stanie faktycznym tj. sytuacji, gdy na

terenie województwa nie ma 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 KIO 3534/21.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, z uwzględnieniem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na uwadze stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Niespornie w województwie dolnośląskim, gdzie powstają odpady Szpitala w Trzebnicy, brak jest instalacji unieszkodliwiających, zatem ma zastosowanie zasada bliskości uwzględniająca tę istotną okoliczność.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazany jako podstawa prawna zarzutu odwołania znajduje zastosowanie przede wszystkim do warunków zamówienia dotyczących oferowanego przez wykonawcę świadczenia, niezależnie od tego, czy w odniesieniu do danego warunku zamówienia przewidziano obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto, w ramach kryteriów oceny ofert, cena nie była jedynym ustalonym w postępowaniu kryterium oceny. Zamawiający oceniał także odległość do spalarni. Na powyższe postanowienia SWZ nie wniesiono odwołań. Wykonawcy byli świadomi, że prócz ceny będą konkurowali także w ramach kryteriów dysponowaniem spalarnią położoną jak najbliżej siedziby zamawiającego, bowiem w odniesieniu do odpadów wytworzonych przez zamawiającego, a więc na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, każdy z wykonawców musi skorzystać z wyjątku od zasady bliskości i poddać unieszkodliwieniu odpady odebrane od zamawiającego na terenie innego województwa w najbliższej położonej instalacji.

Zarówno 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. Niemniej nie było to jedyne ustalone w postępowaniu kryterium oceny, a jego wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej zredukowano do 5%.

Izba podziela pogląd wyrażony chociażby w wyrokach sygn. akt KIO 1112/23 oraz KIO 1533/22, gdzie wskazano, że zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach nie wyklucza działania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które wyrażone zostały w ustawie Pzp. Dlatego skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty zgodnie z ustalonymi i niekwestionowanymi przez wykonawców kryteriami oceny ofert, którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy.

Izba podkreśla, iż Odwołujący w odwołaniu wskazał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przywołując postanowienia SWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Natomiast o niezgodności treści oferty z treścią SWZ mówimy gdy treść złożonej oferty w warstwie merytorycznej nie odpowiada postanowieniom SWZ. Tu takich zarzutów wobec oferty Przystępującego nie sformułowano. Przystępujący istotnie wskazał spalarnię dalej położoną. Wykonawca, wiedząc jakie ustalono w postępowaniu kryteria, zdawał sobie sprawę jaki wpływ może mieć to na ocenę jego oferty. 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. Odmienne rozumienie zasady tj. wskazane przez odwołującego, doprowadziłoby do rażącego naruszenia zasady konkurencyjności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w ostatecznym efekcie, uniemożliwienia wykonawcom ubiegania się o zamówienie wobec zmonopolizowania rynku przedmiotowych usług. W sprawie rozpatrywanej, właściciel fizycznie najbliższej instalacji jest uczestnikiem postępowania składającym ofertę wspólną, co naturalnie doprowadziłoby do wyeliminowania pozostałych zainteresowanych z udziału w postępowaniu.

Podsumowując, wybór oferty najkorzystniejszej w niniejszym stanie faktycznym został dokonany zgodnie z

regulacją przepisów ustawy Pzp.

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 .....