**Sygn. akt: KIO 1594/15**

**WYROK**
**z dnia 11 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę **ECO-ABC sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7; 97-400 Bełchatów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **– Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128; 04-141 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma Usługowo-Handlowa "EKO-TOP" Sp. z o.o., MD-PROECO Sp. z o.o., EMKA S.A. ul. Hetmańska 12035-078 Rzeszów,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **ECO-ABC sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7; 97-400 Bełchatów** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ECO-ABC sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7; 97-400 Bełchatów,** tytułem wpisu od odwołania.



---

   2.2. zasądza od odwołującego **ECO-ABC sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7; 97-400 Bełchatów** na rzecz zamawiającego **– Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128; 04-141 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** ……



---

**Sygn. akt: KIO 1594/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128; 04-141 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Usługa odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych”.*

Dnia 17 lipca 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 lipca 2015 roku wykonawca ECO-ABC sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7; 97-400 Bełchatów (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego polegających na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy

Pzp, w zw. z art. 20 ust. 1-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także z naruszeniem rozdz. III.1 s.i.w.z. oraz bezpodstawnym zastosowaniem przy ocenie spełnienia warunku „zasady bliskości" zapisów rozdz. XIII s.i.w.z. dotyczącego kryteriów wyboru ofert,

2) nie wykluczeniu z postępowania oraz nie odrzuceniu oferty konsorcjum firm FUH EKO-TOP sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie oraz MD PROECO Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „konsorcjum EKO-TOP") pomimo złożenia przez konsorcjum EKO-TOP nieprawdziwego oświadczenia w przedmiocie posiadania wolnych mocy przerobowych w instalacji firmy EMKA S.A. w Ostrołęce oraz nieprawdziwego oświadczenia o możliwości unieszkodliwienia części odpadów wytwarzanych przez zamawiającego w tej w instalacji, a tym samym naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3) nie odrzuceniu oferty konsorcjum EKO-TOP, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów przepisu art. 20 ust. 2-6 ustawy o odpadach i winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zgodnie z pkt III. 1 s.i.w.z.,
4) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum EKO-TOP, w sytuacji, gdy wykonawca ten winien być wykluczony, a jego oferta odrzucona, tj. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zamawiającego dotyczących odrzucenia oferty odwołującego i wyborze oferty konsorcjum EKO-TOP.
2. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert.



---

3. Nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty konsorcjum EKO-TOP.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że po unieważnieniu czynności wskazywanych przez odwołującego, zamawiający winien powtórnie dokonać oceny ofert, wykluczyć z postępowania konsorcjum EKO-TOP i wybrać ofertę odwołującego, jako jedyną spełniająca wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż że skoro zamawiający dopuścił ofertę odwołującego do etapu oceny i wyboru ofert, to oferta ta musiała spełniać warunki dopuszczające do tego, w tym przywoływaną przez zamawiającego w rozdz. III specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasadę bliskości. Wprawdzie zamawiający w s.i.w.z. podkreślił w rozdz. III, że oczekuje wykonania usługi zgodnie z ustawą o odpadach i odrzuci ofertę wykonawcy, która nie będzie spełniała wymogów przewidzianych w art. 20 tej ustawy, ale nie sprecyzował, w jaki sposób będzie ten warunek oceniał. Przywołane w rozdz. XIII zapisy wprowadzające tzw. współczynnik bliskości, zgodnie z treścią s.i.w.z. są jedynie jednym z kryteriów, którymi zamawiający powinien się kierować przy wyborze oferty, ale nie zostały wskazane przez zamawiającego, jako sposób oceny spełnienia warunku tzw. „zasady bliskości" z art. 20 ustawy o odpadach.

Odwołujący podniósł, iż mając na względzie przywołane w art. 20 ustawy o odpadach bezwzględne nakazy i zakazy zamawiający nie może interpretować ich w sposób dowolny wprowadzając różnego rodzaju współczynniki i przeliczniki. Szczególnie, jeżeli wcześniej w s.i.w.z. nie opisał w żaden sposób interpretacji przywołanej powyżej „zasady bliskości". Spełnienie zasady bliskości powinno być oceniane w formie 0-1, tj. albo oferta w całości spełnia zasadę bliskości, albo jej nie spełnia.

Zdaniem odwołującego, oferowane przez konsorcjum EKO-TOP rozwiązanie, a mianowicie unieszkodliwianie części odpadów w Ostrołęce i części w Bydgoszczy, tj. dalej niż oferowana przez odwołującego instalacja w Bełchatowie, nie może być uznane za spełniające wymóg najbliżej położonej instalacji. Szczególnie, że wynik porównania ofert przez zamawiającego został zmanipulowany przez konsorcjum EKO-TOP, które wskazało jako miejsce unieszkodliwienia części zakaźnych odpadów medycznych nieposiadającą w ogóle mocy przerobowych instalację w Ostrołęce.

W niniejszym postępowaniu zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował kryteria przewidziane jedynie dla wyboru oferty, do oceny spełnienia przez odwołującego warunków

udziału w postępowaniu. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego stanowi także przejaw nierównego traktowania wykonawców i narusza postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.



Zdaniem odwołującego, zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył bezsprzecznie przepisy ustawy Pzp, jednak naruszył je także zaniechaniem wykluczenia z postępowania konsorcjum EKO-TOP oraz zaniechaniem odrzucenia jego oferty.

W ocenie odwołującego, konsorcjum EKO-TOP złożyło nieprawdziwe oświadczenie w przedmiocie możliwości unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w instalacji w Ostrołęce. Informacja ta miała zasadnicze znaczenie dla podjętej przez zamawiającego decyzji odrzucenia jak i wyboru oferty. Jak wynika z decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 2 kwietnia 2015 r. nr 42/15/PŚ.O, spalarnia firmy EMKA w Ostrołęce może rocznie spalić 246 ton odpadów o kodzie 18 01 03* oraz 30 ton o kodzie 18 01 02* (zakaźnych odpadów medycznych). Łącznie rocznie jest w stanie unieszkodliwić maksymalnie 276 ton w/w zakaźnych odpadów medycznych. W swojej ofercie konsorcjum EKO-TOP wskazało, że w tej instalacji będzie unieszkodliwiało rocznie 262 tony odpadów, spośród 380 ton oddawanych rocznie przez zamawiającego. Oznacza to, że instalacja w Ostrołęce powinna praktycznie w całości wykorzystywać swoje moce przerobowe na rzecz wykonania niniejszego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że z informacji o wygranych w 2015 roku przez firmę EMKA S.A postępowaniach przetargowych wynika, że w instalacji tej na koniec czerwca 2015 roku winno być unieszkodliwianych rocznie około 380 ton zakaźnych odpadów medycznych. We wszystkich wskazanych postępowaniach przetargowych firma EMKA S.A. oświadczała w ofertach, że odbierane odpady będzie unieszkodliwiała właśnie w Ostrołęce. W związku z powyższym jest oczywiste, że w niniejszym postępowaniu konsorcjum EKO-TOP złożyło nieprawdziwe oświadczenie, że posiada wolne moce przerobowe w instalacji w Ostrołęce i że będzie tam unieszkodliwiało odpady. Wystarczyłoby bowiem, że jedynie od jednego z kontrahentów wskazanych w zestawieniu odpady trafiałyby do Ostrołęki, a instalacja ta nie miałaby 262 ton wolnych mocy przerobowych wskazanych przez konsorcjum EKO-TOP.

Zdaniem odwołującego, powyższe sprawia, że konsorcjum EKO-TOP winno być wykluczone z postępowania na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona.

Dodatkowo odwołujący podał, że niezależnie od powyższego oferta konsorcjum EKO-TOP podlega odrzuceniu także w związku z jej niezgodnością z s.i.w.z. Zgodnie bowiem z rozdz. III. 1 s.i.w.z. wykonanie zamówienia winno się odbywać z zachowaniem wymogów przewidzianych w ustawie o odpadach. Tymczasem jak wyjaśniono powyżej instalacja firmy EMKA w Ostrołęce nie jest w stanie przyjąć, nie tylko 262 ton, ale żadnej ilości odpadów wytwarzanych przez zamawiającego. Oznacza to, że zakaźne odpady medyczne musiałyby być unieszkodliwione poza województwem mazowieckim, np. we wskazanej przez konsorcjum EKO-TOP instalacji w Bydgoszczy. W takiej sytuacji, zgodnie z zapisami s.i.w.z. i przepisem art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach zakaźne odpady medyczne pochodzące od



zamawiającego winny być poddane unieszkodliwieniu w instalacji odwołującego w Bełchatowie tj. 172 km od zamawiającego (w instalacji w Bydgoszczy), a oferta konsorcjum EKO-TOP odrzucona, jako bezwzględnie sprzeczna z zasadą bliskości i s.i.w.z.

Odwołujący na marginesie dodał, że w sytuacji „wykluczenia" instalacji w Ostrołęce i przyjęcia, że konsorcjum EKO-TOP będzie unieszkodliwiło wszystkie odpady pochodzące od zamawiającego w Bydgoszczy, to dokonując oceny ofert pod względem kryteriów istotnych przy wyborze należy dojść do wniosku, że oferta odwołującego jest korzystniejsza.

Zamawiający dnia 5 sierpnia 2015 roku, przesłał pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż będzie działał zgodnie z przepisami prawa, dopilnowując w szczególności przestrzegania zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach. Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutów - w szczególności w odniesieniu do oferty wybranej, gdyż odwołujący nie złożył dowodów świadczących o braku mocy przerobowych instalacji w Ostrołęce.

Odwołujący tabelą (tabelaryczny wykaz placówek służby zdrowia, od których odpady odbiera EMKA S.A., bądź konsorcjum firm EMKA S.A. oraz EKO-TOP), poprzez „określenie" - „instalacja zadeklarowana w ofercie" - usiłuje uprawdopodobnić, że „deklaracja w ofercie" oznacza, że wykonawca zobowiązał się do wywozu odpadów tylko do jednej instalacji w całym czasie obowiązywania danej umowy. Jest to sprzeczne z art. 20 ustawy o odpadach i zasadami wykonywania zamówień w zakresie odpadów, gdyż każda umowa inaczej reguluje sposób wywozu i częstotliwość. Nie jest to zestawienie danych potwierdzające, jaka rzeczywista cześć odpadów będzie unieszkodliwiana w Ostrołęce. Odwołujący nie przedstawił w materiale dowodowym wszystkich informacji dotyczących ilości odpadów, która ma być przetwarzana w wybranej instalacji.

Zamawiający podniósł, że dowody złożone przez odwołującego świadczą wyłącznie o:

- wynikach postępowania, nie dotyczą faktycznej realizacji umowy, nie dotyczą mocy przerobowych instalacji w Ostrołęce,
- udzieleniu zamówienia publicznego dotyczącego odbioru, wywozu i unieszkodliwiania odpadów medycznych (umowa nie zawiera jednoznacznego zobowiązania do wywozu odpadów tytko i wyłącznie do instalacji w Ostrołęce),
- wyborze oferty Emka S.A. w danym postępowaniu (nie są dowodami dotyczącymi faktycznej realizacji zamówienia. Brak pełnej umowy w sprawie udzielenia zamówienia, brak informacji na temat faktycznej realizacji umowy, istnienia umowy),
- udzieleniu zamówienia publicznego dotyczącego odbioru, transportu i utylizacji odpadów (umowa nie określa, że wyłączną instalacją do utylizacji odpadów będzie instalacja



w Ostrołęce. Formularz cenowy, mający określać zakres przedmiotu umowy - zawiera wyłącznie ceny (oraz główny adres wykonawcy)).

Reasumując, zamawiający stwierdził, że w załączonych do odwołania dowodach znajdują się tylko dwie umowy finalizujące wygrane przetargi: pomiędzy firmą EMKA S.A. i Instytutem „Pomnik- Centrum Zdrowia Dziecka" oraz pomiędzy Szpitalem Czerniakowskim Samodzielnym Publicznym Zakładek Opieki Zdrowotnej, a konsorcjum firm EKO-TOP Sp. z o.o. oraz EMKA S.A. W przypadku pozostałych prezentowane są zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, ale nie załączono umów zawartych pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym. Co więcej, sam fakt wyboru przez zamawiających w trakcie 2015 roku najkorzystniejszych ofert bądź konsorcjum firm, bądź EMKA S.A., czyli istnienie innych zobowiązań spółek, nie jest dowodem na okoliczność braku wolnych mocy przerobowych instalacji w Ostrołęce, a co z tym związane niemożności dopełnienia warunków oferty wobec zamawiającego (Wojskowego Instytutu Medycznego). Jeżeli wykonawca zobowiązuje się do przetwarzania konkretnej ilości odpadów medycznych w danej instalacji, to w pełni świadom obowiązującego prawa, zobowiązuje się on do przestrzegania warunków zamówienia, do którego samowolnie się zgłosił poprzez wysłanie oferty. Przyjęcie zatem oferty odwołującego z uwzględnieniem wywozu odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych do spalarni w województwie łódzkim, w sytuacji gdy na terenie województwa mazowieckiego znajduje się zakład utylizacji tego typu odpadów, posiadający wystarczające moce przerobowe, oraz zawarcie na takich warunkach umowy o realizację zamówienia - mogłoby skutkować nieważnością tej umowy.

Ponadto zamawiający wskazał, że otrzymał jednoznaczny dowód na istnienie mocy przerobowych - Decyzja nr 42/15/PŚ.O - z dnia 1 kwietnia 2015 r. wydana przez Marszałka Województwa Makowieckiego.

Zamawiający podniósł również wątpliwość, co do posiadania interesu przez odwołującego, rozumianego w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że zgodnie z oświadczeniem głównego księgowego Wojskowego Instytutu Medycznego z dnia 5.08.2015 r. (załączone do odpowiedzi na odwołanie), nie ma możliwości sfinansowania zamówienia w wysokości oferty odwołującego. Aby tego dokonać zamawiający musiałby znaleźć dodatkowe środki w wysokości ok 1,2 mln zł. Główny księgowy jednoznacznie wykluczył możliwość sfinansowania zamówienia na kwotę 3 542 400 zł.

Zamawiający zwrócił uwagę na najnowszą, ustabilizowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, która od maja 2013 r., jednolicie wskazuje na brak legitymacji czynnej do wnoszenia odwołania w przypadku wykonawcy, którego cena - przekracza możliwości finansowe zamawiającego. Tym samym, niemożliwe jest uzyskanie przedmiotowego

zamówienia przez odwołującego. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu



Okręgowego w Rzeszowie, odwołujący nie ma legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowa argumentacja dotyczy również kwestii zarzutu odwołującego dotyczącego odrzucenia jego oferty - przede wszystkim - niemożliwy jest wybór jego oferty. Natomiast w przypadku nie uwzględnienia powyższej argumentacji (dotyczącej interesu odwołującego), zamawiający oświadczył, że hipotetyczny interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, aktualizowałby się dopiero w momencie uwzględnienia zarzutów dotyczących oferty wybranej.

Dnia 30 lipca 2015 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Firma Usługowo-Handlowa "EKO-TOP" Sp. z o.o., MD-PROECO Sp. z o.o., EMKA S.A., ul. Hetmańska 12035-078 Rzeszów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że usługa winna być wykonywana zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21 z późn. zm.) oraz ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz. U. 2013 poz. 1232 ze zm.) oraz innymi aktami prawnymi regulującymi tę kwestię. Ponadto zamawiający podał, że udzieli zamówienia wykonawcy, który złoży ważną ofertę oraz wykaże instalację/instalacje do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych spełniającą zasadę bliskości określoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21 z późn. zm.) oraz wolne moce przerobowe wykazanych instalacji zapewnią możliwość unieszkodliwienia 380 Mg zakaźnych odpadów medycznych w skali roku (380 Mg stanowi przewidywaną przez zamawiającego ilość wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych w okresie 12 miesięcy). Zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę wykonawcy, który wykaże instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów



medycznych niespełniającą tzw. zasady bliskości, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalił dwa kryteria oceny ofert:

- współczynnik bliskości – waga kryterium 50 %,
- cena – waga kryterium 50%,

podając jednocześnie wzory, które będą miały zastosowanie przy obliczaniu punktacji za dane, oceniane kryterium.

Dodatkowo zamawiający zawarł uwagę, iż: Łączna roczna suma deklarowanych przez jednego wykonawcę wolnych mocy przerobowych poszczególnych instalacji będących w dyspozycji wykonawcy musi wynosić 380 Mg. Nie należy podawać możliwego potencjału instalacji w zakresie unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, który przekracza 380 Mg w skali roku.

Ponadto zamawiający żądał przedłożenia, wraz z ofertą załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. Arkusza informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej, w którym wykonawcy mieli obowiązek podać, m.in.:

- Instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych będąca w dyspozycji

wykonawcy (wiersz 17),
- Wolne moce przerobowe instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych podanej w wierszu 17,
- Odległość od siedziby zamawiającego do instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych podanej w wierszu 17, liczona po drogach publicznych. (wg maps.google.pl).

Odwołujący w swojej ofercie podał, że:

- posiada w dyspozycji instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w województwie łódzkim, Bełchatów, ul. Przemysłowa 7,
- wskazana wyżej instalacja posiada wolne moce przerobowe w wysokości 380 Mg/rok,
- odległość od siedziby zamawiającego do instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, liczona po drogach publicznych (wg maps.google.pl), to 172 km.

Zamawiający, dnia 17 lipca 2015 roku, przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego podał, że *w s.i.w.z. wskazał,* że *przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych (w tym odpadów zakaźnych). Zgodnie z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21 z późn. zm.) zakaźne odpady medyczne powinny podlegać unieszkodliwieniu na obszarze województwa, na którym zostały wytworzone. 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. Ze względu na powyższe zamawiający w pkt. III s.i.w.z. określił,* że *udzieli zamówienia Wykonawcy, który złoży ważną ofertę oraz wykaże,* że *dysponuje instalacją/instalacjami do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych spełniającą zasadę bliskości określoną w art. 20 ustawy o odpadach. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł,* że *odrzuci ofertę Wykonawcy, który wykaże instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych niespełniającą tzw. zasady bliskości. W celu określenia, która oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu spełnia zasadę bliskości, dla każdej oferty został obliczony współczynnik bliskości wg. wzoru określonego w pkt. XIII siwz. Współczynnik bliskości obliczony na podstawie danych zawartych w Państwa ofercie wynosi 0,58 wobec współczynnika 0,60 obliczonego na podstawie danych zawartych w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm: F U-H EKO-TOP Sp. z o.o. (lider), EMKA S. A., MD PROECO Sp. z o.o.. Wobec powyższego państwa oferta nie spełnia zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy o odpadach i podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

W związku z powyższym, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W zakresie oferty złożonej przez konsorcjum EKO-TOP, Izba ustaliła, że wykonawca ten w załączniku nr 4 - arkusz informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej, podał, że:

- posiada w dyspozycji instalację do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w województwie mazowiecki, Ostrołęka, ul. Jana Pawła II 120,
- wskazana wyżej instalacja posiada wolne moce przerobowe w wysokości 262 Mg/rok,
- odległość od siedziby zamawiającego do instalacji do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, liczona po drogach publicznych (wg maps.google.pl), to 119 km,

oraz wykazał, że dysponuje drugą instalacją:

- położoną w województwie kujawsko-pomorskim, w Bydgoszczy, przy ul. Wojska Polskiego 65,
- posiadającą wolne moce przerobowe w wysokości 118 Mg/rok,
- odległość od siedziby zamawiającego to 266 km.



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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisami art. 20 ust. 1-6 ustawy o odpadach *„1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. 2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony* środowiska, *lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do 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.”.*

Izba podziela stanowisko, że zasada bliskości, jako zalecenie dotyczy wszystkich rodzajów odpadów. Dla kilku grup odpadów ustawodawca określił jednak szczególne reguły postępowania zawężające zasadę bliskości do terenu województwa, w którym te odpady zostały wytworzone (z pewnymi wyjątkami). Dotyczy to pięciu rodzajów odpadów: niesegregowanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, komunalnych osadów ściekowych, odpadów zielonych oraz zakaźnych odpadów medycznych i weterynaryjnych. Odpowiedź na pytanie, jakie konkretnie odpady są objęte „szczególną zasadą bliskości" wymaga przeprowadzenia analizy w zakresie klasyfikacji odpadów. Generalnie odpady, których dotyczy „zasada bliskości" określona w u.o., są na tyle specyficzne, że ich zagospodarowanie na obszarze, na którym



prowadzone są procesy przetwarzania, stanowi obciążenie dla środowiska, w tym również dla lokalnych społeczności. W związku z powyższym przyjęte rozwiązania w zakresie ochrony środowiska stanowią realizację jeszcze jednej zasady wynikającej zarówno z prawodawstwa UE, jak i Konstytucji RP - zasady zrównoważonego rozwoju. Artykuł 20 ust. 3 u.o. zakazuje, poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone:

- stosowania (czyli rozprowadzanie komunalnych osadów ściekowych na powierzchni ziemi lub wprowadzanie ich do gleby w procesie R10) komunalnych osadów ściekowych,
- unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych.

W art. 20 ust. 4 u.o. zakazuje się przywozu na obszar województwa ww. odpadów wytworzonych poza obszarem tego województwa. Najistotniejszym zagadnieniem związanym z transportem odpadów o właściwościach zakaźnych jest minimalizacja odległości pomiędzy miejscami wytwarzania a instalacjami prowadzącymi unieszkodliwianie. Minimalizuje to ryzyko rozprzestrzeniania się chorób związane z transportem przedmiotowych odpadów, na które narażone jest zdrowie i życie ludzi oraz środowisko. Jednocześnie, u.o. wprowadza wyjątek w odniesieniu do komunalnych osadów ściekowych, zezwalając na ich 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. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych obowiązuje identyczna zasada. Dopuszcza się bowiem 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. Zatem, możliwe jest zagospodarowanie odpadów o właściwościach zakaźnych nie tylko na terenie tego samego województwa, na którym zostały wytworzone, ale również na terenie województwa ościennego. Istnienie tego wyjątku jest podyktowane zarówno czynnikami środowiskowymi, jak i ekonomicznymi. Ponadto, zdanie drugie art. 20 ust. 6 u.o. zostało wprowadzone także i po to, aby walczyć z dotychczasową praktyką posługiwania się w przetargach przez nierzetelnych wykonawców decyzjami niedziałających instalacji. Daje to jednostkom służby zdrowia uprawnienie, ale jednocześnie nakłada także obowiązek sprawdzenia czy instalacja zaoferowana przez wykonawcę działa i czy ma wolne moce przerobowe niezbędne do wykonania zamówienia. Zważywszy, że WIOŚ zawsze posiada aktualne informacje, czy dana instalacja działa czy też nie, zapis ten umożliwia wykluczenie z przetargu nieuczciwych



wykonawców, którzy chcieliby się posłużyć decyzjami niedziałających instalacji (Jerzy Janusz, Zasada bliskości, ABC nr 175349).

W ocenie Izby, należy odróżnić etap udzielenia zamówienia publicznego od etapu realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania, z tym zastrzeżeniem, że nie mogą to być dwa odrębne byty. Konsekwencją przeprowadzonego postępowania jest podpisanie umowy i realizacja zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 3 art. 140).

Analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego, Izba stwierdziła, że zamawiający w s.i.w.z. podał wykonawcom jednoznaczne informacje, które w sposób precyzyjny defilowały sposób oceny oferty. Co prawda zamawiający sam nie dostosował się do swoich wymagań, nie mniej wada ta nie doprowadziła do wypaczenia wyniku prowadzonego postępowania. Dlatego też, zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, w zw. z art. 20 ust. 1-6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszenia rozdz. III.1 s.i.w.z. oraz bezpodstawnego zastosowania, przy ocenie spełnienia warunku „zasady bliskości" zapisów rozdz. XIII s.i.w.z. dotyczącego kryteriów wyboru ofert, wobec uznania przez zamawiającego tego zarzutu za zasadny (oświadczenie złożone na rozprawie), Izba w braku sporu pomiędzy stronami, w zakresie tego zarzutu, pozostawiła go bez rozpoznania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania oraz nie odrzucenia oferty konsorcjum EKO-TOP, pomimo złożenia przez konsorcjum EKO-TOP nieprawdziwego oświadczenia w przedmiocie posiadania wolnych mocy przerobowych w instalacji firmy EMKA S.A. w Ostrołęce oraz nieprawdziwego oświadczenia o możliwości unieszkodliwienia części odpadów wytwarzanych przez zamawiającego w tej w instalacji, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż konsorcjum EKO-TOP, w swojej ofercie prawidłowo podało instalację w Ostrołęce, która położona jest na terenie województwa mazowieckiego – okoliczność bezsporna. Odwołujący próbował dowodzić, że instalacja ta nie posiada określonych mocy przerobowych, czemu przeczy Decyzja Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 2 kwietnia 2015 roku, nr 42/15/PŚ.O, w której organ wydający rzeczoną decyzję wskazał, że instalacja umiejscowiona w Ostrołęce, przy ul. Jana Pawła II 120 posiada moce przerobowe ukształtowane na poziomie 306 Mg/rok. Okolicznością bezsporną jest fakt, iż instalacja ta nie posiada, żądanej przez zamawiającego rocznej mocy



przerobowej, mającej wynosić 380 Mg/rok. Dlatego też konsorcjum EKO-TOP, w swojej ofercie podało inną (wspomagającą) instalację, umiejscowioną w województwie kujawsko-pomorskim w Bydgoszczy, przy ul. Wojska Polskiego 65, dla której określono moc

przerobową w wysokości 118 Mg/rok. Sumarycznie więc, obydwie instalacje spełniają wymagania zamawiającego, co do wymaganych mocy przerobowych.

Odwołujący na rozprawie złożył dokumenty, tj. „Wykaz wybranych umów, które w 2015 roku podpisała firma EMKA S.A. (występująca również w konsorcjum z EKO-TOP sp. z o.o.) na odbiór i utylizację odpadów medycznych (zakaźnych) w instalacji w Ostrołęce, al. Jana Pawła II 120 A" oraz odpowiednio informacje o wyborze oferty, formularze ofertowe oraz umowy, na okoliczność, iż instalacja przystępującego, podana w ofercie (Ostrołęka), nie posiada wolnych mocy przerobowych w wymaganej, przez zamawiającego wielkości.

Ocena dowodów zgłoszonych przez odwołującego, doprowadziła Izbę do wniosku, że odwołujący nie udowodnił zarzucanych okoliczności. Wskazać bowiem należy, jak słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący, iż aby móc w sposób wiarygodny stwierdzić, czy dana instalacja nie posiada wolnych mocy przerobowych, konieczne jest ustalenie, ile w danym okresie określona instalacja przetworzyła odpadów i dopiero tak ustalona okoliczność, mogłaby stanowić podstawę do stwierdzenia słuszności stawianego zarzutu. W ocenie Izby takim wiarygodnym i jednoznacznym dowodem mógłby być dokument określony, jako DPU (Dokumentacja Przekazania do Unieszkodliwienia), który to dokument wystawiany jest w danej instalacji i potwierdza, ile faktycznie odpadów zostało przetworzonych. Nadto wiarygodnym źródłem takich informacji są również Wojewódzkie Inspektoraty Ochrony Środowiska, które posiadają dane sprawozdawcze takich instalacji, jak też posiadają informacje od wykonawców przekazujących odpady. W tym zakresie WIOŚ posiada również informacje, czy została zachowana zasada bliskości.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum EKO-TOP, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów przepisu art. 20 ust. 2-6 ustawy o odpadach i winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zgodnie z pkt III. 1 s.i.w.z. Zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił w jakim zakresie oferta przystępującego jest sprzeczna z art. 20 ust. 2 – 6 ustawy o odpadach, tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty przystępującego z s.i.w.z.

W konsekwencji powyższego za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, potwierdził się jeden ze stawianych przez



odwołującego zarzutów, który jednakże pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Jak to wskazał na rozprawie odwołujący, jedynie uwzględnienie zarzutu dotyczącego instalacji w Ostrołęce (nawet w braku wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty – zarzut nie potwierdzony) oraz zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego (zarzut potwierdzony – przyznany przez zamawiającego), pozwalałoby na przyjęcie, że oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, okoliczności niniejszej sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia, że przy uwzględnieniu jednego z zarzutów odwołania, odwołującemu zostanie udzielone zamówienie, a tylko taka okoliczność stanowi wytyczną dla Izby do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** ……