

Sygn. akt: KIO 547/21

WYROK

z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dnia 19 lutego 2021 r. przez **wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wita Stwosza 5A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4**

przy udziale **wykonawcy W. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WAGRA W. O. z siedzibą w Wyżnicy-Kolonia 94** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 547/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, mimo że treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, w konsekwencji pozwalała na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 3 postępowania oraz zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, pomimo tego że zamawiający nie wykazał w treści decyzji o odrzuceniu i uzasadnieniu tej decyzji zasadności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania i**

powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w pozostałym zakresie oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wita Stwosza 5A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4** na rzecz **wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wita Stwosza 5A** kwotę 5 104 zł 48 gr (słownie: pięć tysięcy sto cztery złote czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (użytkowanych) do osób fizycznych na terenie Województwa Lubelskiego w 2021 roku z podziałem na 3 części” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2020/S 245-607819 z dnia 16 grudnia 2020 r.

W dniu 9 lutego 2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 19 lutego 2021 r. Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 lutego 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w odniesieniu do czynności badania oferty odwołującego:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, mimo że treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, w konsekwencji pozwalała na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 3 postępowania;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, pomimo tego że zamawiający nie wykazał w treści decyzji o odrzuceniu i uzasadnieniu tej decyzji, zasadności odrzucenia oferty odwołującego;

3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, przez jego niezasadne zastosowanie i wezwanie odwołującego pismem z dnia 4 lutego 2021 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty, w sytuacji gdy treść oferty odwołującego była jednoznaczna, precyzyjna i nie budziła wątpliwości co do prawidłowości realizacji zamówienia oraz zgodności z treścią SIWZ, w konsekwencji nie uzasadniała skorzystania przez zamawiającego z procedury określonej w ww. przepisie;

wobec powyższego zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z ustawą ustawy doprowadził do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w odniesieniu do czynności badania oferty wykonawcy Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Wagra W. O. z siedzibą w Wyżnicy-Kolonia 94 (dalej jako: „Wagra”) w części nr 3 postępowania:

1. naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy z uwagi na jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Wagra do wyjaśnień treści złożonej oferty, mimo zaistnienia przesłanek do wezwania;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy Wagra, w sytuacji gdy z całokształtu okoliczności faktycznych w sprawie wynika, że oferta wykonawcy Wagra winna podlegać odrzuceniu;

Wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności, w konsekwencji odrzucenie oferty Wagra i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego - opłaty z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów doradztwa i zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z rachunkiem przedstawionym przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie zbierania, transportu, przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego skutkujących unieważnieniem odrzucenia oferty odwołującego i powtórzeniem czynności polegających na badaniu i ocenie ofert, odwołujący znalazłby się ponownie na pierwszym miejscu listy rankingowej. Tym samym oferta odwołującego mogłaby zostać uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Wobec powyższego odwołujący zainteresowany jest uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności.

Odwołujący zauważył, że przedmiot zamówienia określony został w rozdziale III ust. 3 SIWZ oraz analogicznie w zał. nr 1 do SIWZ, Szczegółowy OPZ (OPZ) pkt 3 (analogiczna treść każdej części, inny zasięg terytorialny):

„Na przedmiot zamówienia w zakresie części 3 - Powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 3 925,32 Mg, w tym:

1) usunięciu (demontażu), przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, przez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest w ilości min. 475 Mg,

2) przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości w ilości min. 3 450,32 Mg,

Ponadto SIWZ i załączniki określały m.in. kwestie związane z miejscem unieszkodliwienia odpadów, tj. konieczność wskazania przez wykonawców właściwych składowisk odpadów, na których wykonawcy zamierzają unieszkodliwić odpady.

Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy OPZ:

Ust. 4 pkt 5) Wszystkie ilości zdemontowanych odpadów zawierających azbest ujętych w kartach przekazania odpadu od osób fizycznych przekazywane są do unieszkodliwienia na właściwe składowisko odpadów. Dokumentem potwierdzającym przekazanie zdemontowanych odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami jest Karta przekazania odpadu na składowisko (zbiorcza).

ust 5 pkt 9) Przekazanie odpadów azbestowych na składowisko przeznaczone do unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów, uporządkowanie oraz oczyszczenie z pyłu azbestowego terenu prowadzonych prac wraz z zapleczem z zachowaniem właściwych przepisów technicznych i sanitarnych, ”

Rozdział XII SIWZ:

„1. Wykonawca składa ofertę z wykorzystaniem Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej SIWZ.

2a. Wykonawca w ofercie podaje adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wystąpienia ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w §6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od wykonawcy; wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji

umowy; zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.”

Składowiska odpowiadać miały wymogom określonym w § 6 wzoru umowy, który stanowił załącznik nr 3 do SIWZ.

§ 6 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ:

„§ 6 Składowisko

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym /administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest

2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).

3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych. ”

Zamawiający określił wzór formularza ofertowego wg załącznika nr 7 do SIWZ, w którym złożyć należało następujące oświadczenia:

„Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 1. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Nazwa/ Firma Adres (miejscowość, ulica, nr,)

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

W postępowaniu dla części 3 wpłynęły dwie oferty:

1. Oferta odwołującego - cena oferty 1.787.109,00 zł;
2. Oferta wykonawcy Wagra - cena oferty 1.859.819,66 zł

Odwołujący wskazał w ofercie dla części 3 zamówienia następujące składowiska oraz złożył oświadczenia zawarte w treści formularza:

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie, ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o., ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory - Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych sp. z o.o. w Oleszycach, Futory, 37- 630 Oleszyce

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Wykonawca Wagra wskazał w ofercie dla części 3 zamówienia następujące składowiska:

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Pysznicy ZARZĄDCA: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Wolności 295 37- 403 Pysznica (pozycja nr 18 załącznika nr 8 do siwz) 37-403 Pysznica ul. Komunalna

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu ZARZĄDCA: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 22-100 Chełm ul. Wołyńska 57 (pozycja nr 6 załącznika nr 8 do siwz) ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów Piaski ZARZĄDCA: EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 14, 23-200 Kraśnik (pozycja nr 5 załącznika nr 8 do siwz) Piaski 23-200 Kraśnik, ul. Jodłowa 70

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory ZARZĄDCA: Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o. o. w Oleszycach, ul. Rynek 1 37- 630 Oleszyce

(pozycja nr 16 załącznika nr 8 do siwz) Futory 37-630 Futory

Dnia 4 lutego 2021 r. odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień treści oferty dla części 3 w trybie art. 87 ust. 1 ustawy

Zamawiający w treści wezwania odwołał się do zapisów oferty odwołującego, cytując wskazane przez niego składowiska.

Powołując się na postanowienia rozdziału XII pkt 2a SIWZ wskazał, że wykonawca ofercie winien podać adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Przypomniał, że składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy oraz, że wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w

wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Jednocześnie powołał się na sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy.

Wobec powyższego, wezwał odwołującego do wyjaśnienia dlaczego nie ujął w ofercie składowiska: Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy, ul. Wolności 295, 37-403 Pysznica Adres/lokalizacja składowiska 37-403 Pysznica, ul. Komunalna

W ocenie zamawiającego jest ono składowiskiem czyniącym zadość „zasadzie bliskości” określonej w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2019 poz. 701 z późn. zm.) dla części nieruchomości znajdujących się na terenie powiatów janowskiego i biłgorajskiego oraz widnieje w załączniku nr 8 do SIWZ - Bazie azbestowej aktualnej na dzień 11-12-2021 r. jako ogólnodostępne.

Dnia 8 lutego 2021 r. odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie, wyjaśniając powody i okoliczności uzasadniające pominięcie ww. podmiotu w treści oferty.

W dniu 9 lutego 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Uzasadniając swoją decyzję, ponownie odwołał się do treści rozdz. XII pkt 2a SIWZ, wymogów określonych w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy oraz sankcji w postaci odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie ww. wymogów.

Zamawiający uzasadniając swoją decyzję odwołał się m.in. do tzw. „zasady bliskości” określonej w art. 20 ust. 1-2 ustawy o odpadach, zgodnie z którą:

„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 najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone

Zamawiający przedstawił swoje rozumienie zasady bliskości, polegające na:

- konieczności unieszkodliwienia odpadów w specjalnie przeznaczonych do tego instalacjach zagospodarowania odpadów;
- unieszkodliwianiu odpadów azbestowych zgodnie z zasadą bliskości;
- w przypadku gdy jest to niemożliwe - podlegać unieszkodliwieniu w innym miejscu niż miejsce ich powstania, będącym najbliższym miejsca ich powstania z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną techniką;

W tym samym uzasadnieniu zamawiający wskazał, że odpady azbestowe mogą być składowane wyłącznie na specjalnie przystosowanych składowiskach, a co za tym idzie każde składowisko musi spełniać w takim samym zakresie wymagania dotyczące hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki.

Zamawiający zacytował również § 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 649 z późn.zm.): „Odpady zawierające azbest powinny być składowane na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na wydzielonych częściach składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo na podziemnych składowiskach odpadów niebezpiecznych.”

Następnie zamawiający cytował orzeczenie WSA w Warszawie z dnia 10 października 2017 r., sygn. IV Sa/Wa 837/17 oraz pracę naukową B. Wit, „Ekologistyka w systemie zarządzania odpadami niebezpiecznymi” (str. 108) , której recenzentami byli prof. dr hab. inż. L. K. oraz dr hab. inż. T. F., podkreślając istotność zasady bliskości w systemie gospodarowania odpadami, ze szczególnymi uwzględnieniem odpadów niebezpiecznych.

Powołując się na całokształt ww. okoliczności oraz postanowienia SIWZ, uznał że wskazanie Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy (dalej również jako „ZGK”) było niezbędne dla uznania oferty za zgodną z SIWZ, zaś jego pominięcie skutkowało musi odrzuceniem oferty odwołującego, co w konsekwencji uczynił.

Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ oraz uzasadnienie o odrzuceniu oferty odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż nie kwestionuje istnienia tzw. „zasady bliskości”, sposobu jej interpretacji przez zamawiającego, czy zasad postępowania z odpadami azbestowymi.

Co więcej - odwołujący w dużej mierze popiera twierdzenia zamawiającego wyrażone w treści SIWZ, w zakresie odnoszącym się do konieczności unieszkodliwiania odpadów azbestowych wyłącznie w specjalnie przeznaczonych do tego instalacjach zagospodarowania odpadów, wyłącznie na specjalnie przystosowanych składowiskach oraz w zgodzie z § 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest.

Jednak zdaniem odwołującego, wskazanie w treści oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy, jako miejsca docelowego unieszkodliwiania odpadów azbestowych, przeczyłoby określonym przez zamawiającego w SIWZ wymogom, naruszając jednocześnie przepisy prawa powszechnie obowiązującego, ustaw i rozporządzeń znajdujących zastosowanie w niniejszym postępowaniu.

Wśród przepisów, które zostałyby naruszone przez wykonawcę wskazać można poza przepisami ustawy oraz n. ustawy także m.in.:

- Ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
- Ustawę z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska;
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest;

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 25) ustawy o odpadach :

Ilekroć w ustawie jest mowa o składowisku odpadów - rozumie się przez to obiekt budowlany przeznaczony do składowania odpadów;

Jak już wskazano powyżej, w niniejszym postępowaniu do czynienia mamy z odpadami niebezpiecznymi, które wymagają składowania w specjalnych warunkach, na specjalnie przeznaczonych do tego składowiskach odpadów niebezpiecznych.

Zgodnie z art. 103 ustawy o odpadach:

1. Odpady składa się:

1) na składowisku odpadów:

2) w podziemnym składowisku odpadów; o którym mowa w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze;

3) w obiekcie unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, o którym mowa w ustawie z dnia 10 lipca 2008 r. o odpadach wydobywczych.

2. Wyróżnia się następujące typy składowisk odpadów:

1) składowisko odpadów niebezpiecznych:

2) składowisko odpadów obojętnych;

3) składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne.

Zgodnie z art. 146. ustawy o odpadach:

1. Zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wymaga uzyskania zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części.

2. Zgoda jest wydawana, w drodze decyzji, przez właściwy organ, o którym mowa w art. 129 ust 1, na wniosek złożony przez zarządzającego składowiskiem odpadów.

3. Wniosek o wyrażenie zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części zawiera:

1) datę zaprzestania przyjmowania odpadów do składowania na składowisku odpadów lub jego wydzielonej części;

2) określenie technicznego sposobu zamknięcia składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wraz z harmonogramem prac związanych z tym zamknięciem;

3) określenie sposobu rekultywacji składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wraz z harmonogramem prac związanych z tą rekultywacją;

4) termin zakończenia rekultywacji składowiska odpadów lub jego wydzielonej części.

4. Jeżeli określenie technicznego sposobu zamknięcia składowiska odpadów lub jego wydzielonej części, lub określenie sposobu rekultywacji składowiska odpadów wraz z harmonogramem prac związanych z tym zamknięciem lub tą rekultywacją wymaga zmiany instrukcji prowadzenia składowiska odpadów, zarządzający składowiskiem odpadów jest obowiązany równocześnie z wnioskiem o wydanie zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części złożyć wniosek o zatwierdzenie nowej instrukcji prowadzenia składowiska odpadów.

5. Przed wydaniem zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wojewódzki inspektor ochrony środowiska, na wniosek właściwego organu, o którym mowa w art. 129 ust. 1, oraz z udziałem przedstawiciela tego organu przeprowadza kontrolę składowiska odpadów.

6. Kontroli, o której mowa w ust 5, nie przeprowadza się, jeżeli konieczność zamknięcia składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wynika z zarządzenia pokontrolnego wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska.

Odwołujący wskazał w ofercie dla części 3 zamówienia następujące (1) składowiska wraz z określeniem (2) podmiotów zarządzających tymi składowiskami:

- Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie;
- Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o.;
- Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory - Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o.o. w Oleszycach;

Wszystkie składowiska wskazane przez odwołującego spełniają wymogi określone w SIWZ:

- są ujęte w Bazie Azbestowej jako ogólnodostępne;
- są zgodne z zasadą bliskości;
- są składowiskami odpadów niebezpiecznych, na których dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest;
- odwołujący posiada obowiązującą umowę z podmiotami zarządzającymi ww. składowiskami odpadów;

W konsekwencji wskazane przez odwołującego składowiska odpowiadają postanowieniom SIWZ, przepisów prawa powszechnie obowiązującego a ich wskazanie świadczy o złożeniu oferty zgodnej z treścią SIWZ, która nie powinna podlegać odrzuceniu.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący zaniechał wskazania:

- Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy;

Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ oraz definicję „składowiska odpadów” na gruncie ustawy o odpadach, w ofercie wskazać należy składowiska odpadów. Tymczasem zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał składowiska, lecz podmiot nim zarządzający. Metodyka wskazywania przez wykonawców składowisk odpadów w ofercie pokazuje, że poza wskazaniem firmy zarządzającej składowiskiem, wykonawcy wskazują także składowiska.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że ujawnione w załączniku nr 8 do SIWZ tzw. „Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Pysznicy”, zarządzane przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy, w ogóle nie ma charakteru składowiska odpadów, co odwołujący jest w stanie wykazać szeregiem dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

Po pierwsze - obiekt znajdujący się w Pysznicy obecnie nie przyjmuje odpadów do unieszkodliwienia, co potwierdza sam Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy.

Jako dowód odwołujący powołał pismo od Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy z dnia 17.12.2019 r. w odpowiedzi na zapytanie o cenę z dnia 13.12.2019 r. wraz z korespondencją e-mail; Pismo od Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy z dnia 9.01.2020 r. w odpowiedzi na wniosek z dnia 20.12.2019 r. wraz z korespondencją e-mail; korespondencję mailową z Zakładem Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy wraz z wnioskiem o udzielenie informacji;

Po drugie - okoliczność, że obiekt znajdujący się w Pysznicy nie ma charakteru składowiska ogólnodostępnego nie ujawniła się w ostatnim czasie. Taki stan rzeczy utrzymuje się już od 2015 r. Powyższe potwierdza zarówno wpis w bazie azbestowej, jak również treść decyzji o zamknięciu składowiska odpadów. Świadczy to również o tym, że na dzień określony przez zamawiającego w SIWZ, składowisko to nie miało charakteru ogólnodostępnego.

Jako dowód powołał wydruk informacji z bazy azbestowej przedstawiających składowiska ogólnodostępne i zamknięte; wydruk informacji z bazy azbestowej dla obiektu w Pysznicy zarządzanego przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy.

Odwołujący pismem z dnia 8 lutego 2021 r. złożył wniosek o udostępnienie informacji publicznej do Województwa Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie. Przedmiotem wniosku było uzyskanie informacji nt. decyzji o zamknięciu składowiska w Pysznicy zarządzanego przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy.

W odpowiedzi z dnia 16 lutego 2021 r. Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego przekazał odwołującemu decyzję z dnia 30 listopada 2016 r., której przedmiotem jest zgoda na zamknięcie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z wydzieloną kwaterą na odpady zawierające azbest w Pysznicy, ustalające jednocześnie datę zaprzestania przyjmowania odpadów do składowania na dzień 31 grudnia 2015 r.

Jako dowód powołał wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 8.02.2021 r.; pismo przewodnie UM Woj. Podkarpackiego z dnia 16.02.2021 r.; decyzję o zamknięciu składowiska z dnia 30.11.2016 r.; decyzję z dnia 18.05.2018 r. o zmianie decyzji o zamknięciu składowiska z dnia 30.11.2016 r., wydłużająca termin rekultywacji składowiska do dnia 31.10.2020 r.

W świetle powyższego, odwołujący stoi na stanowisku, że wskazanie w treści oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy jako właściwego składowiska do

unieszkodliwiania odpadów, stałoby w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, przepisami prawa oraz z ustalonym stanem faktycznym sprawy.

Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania w treści ofert składowisk, w których zamierzają docelowo unieszkodliwiać odpady azbestowe. Z ustalonego powyżej stanu faktycznego wynikają następujące kwestie:

(1) Odpady azbestowe, jako odpady niebezpieczne, mogą podlegać unieszkodliwieniu wyłącznie na składowisku do tego dostosowanym, tj. na składowisku przeznaczonym dla odpadów niebezpiecznych, ewentualnie innych składowiskach, posiadających wydzieloną przestrzeń dla składowania odpadów niebezpiecznych.

(2) Składowisko odpadów deklarowane przez wykonawców powinno być zgodne z przepisami ustawy; n. ustawy jak również z ustawami szczególnymi, regulującymi zasady gospodarki odpadowej, m.in. z zasadą bliskości na gruncie ustawy o odpadach, na którą składają się odległość od miejsca wytworzenia odpadów, najlepsza dostępna technika przetwarzania i technologia, w rozumieniu ustawy Prawo ochrony środowiska, kwestia ich dostępności - moce przerobowe, tj. przepustowość w skali roku, jak również dzienne limity, godziny pracy składowiska umożliwiające przewiezienie odpadów etc.

(3) Składowiska zaproponowane przez wykonawców muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy.

(4) Sankcją za nie wskazanie wszystkich składowisk lub zadeklarowanie składowisk, które nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy jest odrzucenie oferty.

(5) Zgodnie z § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wykonawca oświadcza, że posiada własne składowisko lub obowiązującą umowę z zarządzającym /administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.

W konsekwencji powyższego, zamawiający wskazał w jaki sposób będzie badać prawidłowość wskazanych składowisk, tj.:

- czy wykonawca podał adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje unieszkodliwienie odpadów;
- czy składowiska te uwzględniają wszystkie możliwe miejsca wytworzenia odpadów;
- czy składowiska figurują w bazie azbestowej jako ogólnodostępne na dzień określony w SIWZ;
- czy składowiska spełniają wymogi wynikające z § 6 załącznika nr 3 do SIWZ - wzoru umowy, tj.:
 - a) czy wykonawca ma tytuł do przekazania odpadów na wskazane składowisko;
 - b) czy wykonawca wskazał składowisko położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu zgodnie z tzw.: „zasadą bliskości”;

- c) czy wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest;
- d) czy transport odpadów odbywa się zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach i ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych;'

Powyższe postanowienia wzoru umowy należy badać łącznie z zadeklarowanymi przez wykonawców składowiskami w treści składanych przez nich ofert.

Zamawiający przekazując załącznik nr 8 przekazał jedynie listę wszystkich składowisk w kraju, które przyjmują lub przyjmowały odpady azbestowe.

Zadaniem wykonawców był odpowiedni dobór składowisk z tej listy. Odbywał się on w oparciu o treść SIWZ oraz wymogi prawa, o których była już mowa wcześniej.

Oczywistym działaniem wykonawcy dla prawidłowej kalkulacji ceny oferty, było podjęcie działań zmierzających do zawarcia umów z podmiotami zarządzającymi składowiskami.

Po weryfikacji podmiotów znajdujących się na liście w udostępnionym przez zamawiającego zał. nr 8, w zestawieniu z zasięgiem terytorialnym części 3 zamówienia (miejscem wytworzenia odpadów azbestowych) oraz z adresami poszczególnych składowisk, odwołujący skontaktował się z każdym z podmiotów, o których mowa powyżej.

W wyniku powyższych działań, odwołujący zdołał ustalić warunki współpracy ze wszystkimi podmiotami zarządzającymi składowiskami odpadów, które wskazał w swojej ofercie w cz. 3 zamówienia.

Odwołujący jednocześnie ustalił, że składowisko w Pysznicy jest zamknięte, nie jest możliwe ustalenie z nimi warunków współpracy, tym samym musi ono zostać pominięte w kalkulacji ceny oferty. Wskazanie tegoż składowiska miałoby się nijak do zasad jakimi kierował się odwołujący przy kalkulacji ceny oferty dla cz. 3 zamówienia.

Jak już była o tym mowa wcześniej w treści odwołania, próba ustalenia warunków współpracy w przedmiocie zagospodarowania odpadów azbestowych, podjęta w stosunku do ZGK sp. z o.o. w Pysznicy, skutkowałą ustaleniem ww. faktów mających istotne znaczenie dla sprawy, dla sposobu formułowania treści oferty przez odwołującego oraz dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji odwołujący, aby złożyć ofertą zgodną z wymogami SIWZ, nie mógł wskazać zamkniętego składowiska w Pysznicy, jako miejsca w którym planuje unieszkodliwiać odpady niebezpieczne w ramach zamówienia.

Innymi słowy – zdaniem odwołującego absurdem byłoby w okolicznościach niniejszej sprawy, uznanie przez zamawiającego, że wskazanie składowiska, które jest zamknięte i nie przyjmuje odpadów do unieszkodliwienia, może zostać uznane za wskazanie składowiska prawidłowego i zgodnego z treścią SIWZ. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego w sprawie wraz z załączonymi dowodami, powinny wpłynąć na decyzję zamawiającego, o pozytywnym rozstrzygnięciu badania i oceny oferty odwołującego.

Co równie istotne - fakt iż ZGK sp. z o.o. mogło znajdować się w dacie określonej przez zamawiającego w SIWZ w bazie azbestowej jako ogólnodostępne, wskazanie takiego składowiska groziłoby wykonawcy naruszeniem postanowień S 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy, z uwagi na brak możliwości zawarcia umowy z ZGK sp. z o.o.

W konsekwencji oferta takiego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu. Ewentualnie wykonawca taki mógłby podlegać wykluczeniu, z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W świetle powyższego, odwołujący nie posiada i nie może posiadać umowy z Zakładem Gospodarki Komunalnej SP. z o.o. w Pysznicy. Tym samym zadeklarowanie przez odwołującego w treści oferty ww. składowiska, również mogłoby go narazić na sankcje w postaci odrzucenia oferty.

Mimo twierdzeń zamawiającego, oferta odwołującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Możliwe jest podjęcie próby wskazania katalogu ewentualnych uchybień, które spowodują zastosowane sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Będą to niezgodności dotyczące w szczególności: zaoferowania innego przedmiotu niż wymagany przez zamawiającego, zaoferowanie innego terminu realizacji, zaoferowanie innych niezgodnych rozwiązań dotyczących realizacji zamówienia publicznego, wskazanie innych niż w SIWZ rozwiązań dotyczących postanowień umowy. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r., KIO 1125/11, podkreśla jaka jest najbardziej istotna niezgodność, powodująca konieczność odrzucenia oferty, wskazując: „(...) Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, jakoby oferta złożona przez odwołującego, z uwzględnieniem jej ceny, sposobu realizacji zamówienia, rzetelności jej przygotowania i weryfikacji możliwych (a nie niemożliwych) do zaoferowania rozwiązań, nie odpowiadała w stopniu zaspokajającym na oczekiwania i interesy zamawiającego. Odwołujący wskazał na definicję oferty na gruncie Kodeksu cywilnego

Ważne i znaczące w omawianym temacie staje się również odniesienie do przepisów prawa cywilnego zawierającego definicję oferty. Zawarta jest ona w art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny - dalej k.c. - i rozumiana jest jako oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Wynika z tej definicji, że materialne sprzeczności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego skutkują odrzuceniem oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Natomiast charakter

materialny sprzeczności uzewnętrznia się w tym, iż oferta nie spełnia założeń zamawiającego dotyczących wykonania zamówienia.

Odwołujący twierdzi, że złożona przez niego oferta w pełni odpowiada założeniom zamawiającego. Ewentualne wskazanie niedziałającego już składowiska w Pysznicy w treści oferty, z którego skorzystanie na etapie realizacji zamówienia nie będzie możliwe, nijak ma się do założeń zamawiającego dotyczących wykonania zamówienia.

Zdaniem odwołującego, osiã sporu w niniejszym postępowaniu nie jest zasada bliskości, jej prawidłowe rozumienie oraz wskazywanie składowiska wyłącznie w oparciu o ujawnienie go w bazie azbestowej, w dacie wskazanej w treści SIWZ, lecz zasadność łącznego badania postanowień SIWZ, załączników do SIWZ oraz przepisów. Formułowanie oferty w oparciu o całość ww. wskazanych wymogów i okoliczności, przesądzić może o jej prawidłowości i zgodności z SIWZ. Samo zaś odrzucenie oferty przez zamawiającego w oparciu o jedną z przesłanek, która w tym wypadku nie znajdowała zastosowania z uwagi na zaistnienie innych przesłanek, świadczy o arbitralnym podejściu zamawiającego do odwołującego, niepoprzedzonego kompleksową oceną oferty opartą o ujawniony stan faktyczny, a co najmniej niepoprzedzonego wyczerpującym wyjaśnieniem treści oferty odwołującego.

W świetle ujawnionych powyżej okoliczności, stanu faktycznego popartego materiałem dowodowym, odwołujący stoi na stanowisku, że oferta wykonawcy Wagra winna podlegać odrzuceniu z uwagi na wskazanie składowiska zamkniętego.

Ewentualnie wyjaśnienie treści oferty dokonane przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz ujawnione w trakcie niego okoliczności faktyczne związane z zamkniętym składowiskiem w Pysznicy, powinny wzbudzić u zamawiającym wątpliwości co do treści złożonej przez wykonawcę Wagra oferty i spowodować co najmniej przeprowadzenie analogicznej procedury wyjaśnienia treści oferty Wagra, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy
Zaniechanie przez zamawiającego zastosowania powyższej procedury w stosunku do Wagra, świadczy również o nierównym traktowaniu wykonawców i prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji - w tym art. 7 ustawy.

W dniu 26 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, ewentualnie
2. oddalenie odwołania w całości
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych i zgodnie z rachunkiem przedstawionym przez zamawiającego na rozprawie.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że domaga się odrzucenia na podstawie art. 538 pkt 3 ustawy. Wskazał na treść art. 182 ust. 2 pkt 1 starego PZP. Podał, że zamieścił siwz w dniu 16 grudnia 2020 r., zatem termin na wniesienie odwołania upłynął w

dniu 27 grudnia 2020 r. Stanowisko swoje zamawiający oparł o treść odwołania na str. 12, zgodnie z którą odwołujący twierdził, że składowisko w Pysznicy nie ma charakteru składowiska odpadów, co odwołujący jest w stanie wykazać szeregiem dowodów. W ocenie zamawiającego świadczy to, iż w istocie odwołujący prowadzi spór z postanowieniami rozdziału XII ust. 2 siwz, uznając załącznik nr 8 do siwz za wadliwy z uwagi na zamieszczenie w nim składowiska odpadów w Pysznicy. W ocenie zamawiającego odwołujący przy takim stanowisku powinien był skarżyć siwz, a tego nie uczynił. W ocenie zamawiającego o sytuacji składowiska w Pysznicy odwołujący wiedział już w dniu opublikowania siwz.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania zamawiający podniósł, że w zakresie części 3 wykonawcy zobowiązani byli wskazać 4 składowiska, w tym składowisko w Pysznicy. Powołał się na treść rozdziału XII ust. 2a siwz i podniósł, że odwołujący potwierdził, że na dzień wysłania ogłoszenia składowisko w Pysznicy było wpisane do bazy azbestowej. Fakt, że składowisko jest w rzekomej rekultywacji nie ma zdaniem zamawiającego żadnego znaczenia, gdyż z treści siwz wynika, że wpisy do bazy azbestowej mają rozstrzygające znaczenie. Zamawiający przewidział sytuację niedostępności składowiska na etapie realizacji umowy. Zamawiający wskazał, że kwestia składowiska w Pysznicy była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 313/20. Powołał się na str. 63 uzasadnienia rozstrzygnięcia wywodząc, że Izba przesądziła, że prawidłowe było wskazanie w ofercie składowiska w Pysznicy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty odwołującego, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 4 lutego 2021 r. i udzielonej w dniu 8 lutego 2021 r. odpowiedzi przez odwołującego, informacji o odrzuceniu odwołania z dnia 9 lutego 2021r. oraz dowodów dołączonych do odwołania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z rozdziału III. Opis przedmiotu zamówienia wynika:

3. Na przedmiot zamówienia w zakresie części 3 - Powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 3 925,32 Mg, w tym:

1) usunięciu (demontażu), przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, poprzez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest w ilości min. 475 Mg,

2) przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości w ilości min. 3 450,32 Mg,

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SIWZ

Z rozdziału XII. Opis sposobu przygotowania oferty wynika:

1. Wykonawca składa ofertę z wykorzystaniem Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej SIWZ.

2. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy, działającej pod adresem <https://lubelskie.ezamawiajacy.pl>

2a. Wykonawca w ofercie podaje adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.

Z załącznika nr 1 do SIWZ/umowy Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wynika:

4. Realizacja usługi usuwania wyrobów zawierających azbest będzie przebiegać w następujący sposób:

5) Wszystkie ilości zdemontowanych odpadów zawierających azbest ujętych w kartach przekazania odpadu od osób fizycznych przekazywane są do unieszkodliwienia na właściwe składowisko odpadów. Dokumentem potwierdzającym przekazanie zdemontowanych odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami jest Karta przekazania odpadu na składowisko (zbiorcza).

5. Ponadto na przedmiot zamówienia w zakresie wszystkich części składają się:

9) Przekazanie odpadów azbestowych na składowisko przeznaczone do unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów, uporządkowanie oraz oczyszczenie z pyłu azbestowego terenu

prowadzonych prac wraz z zapleczem z zachowaniem właściwych przepisów technicznych i sanitarnych,

Z załącznika nr 3 do SIWZ Wzór umowy w zakresie części 1 lub 2 lub 3 zamówienia wynika:

§ 6 Składowisko

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.
2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2020 poz. 797, z późn. zm.).
3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych.

Z załącznika nr 7 Formularz ofertowy wynika, że wykonawca miał podać:

Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 3. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Nazwa/ Firma Adres (miejscowość, ulica, nr,)

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z załącznika nr 8 Baza Azbestowa wynika:

15. PODKARPACKIE jarosławski Radymno Młyny Ogólnodostępne
16. PODKARPACKIE lubaczowski Oleszyce Futory Ogólnodostępne
17. PODKARPACKIE ropczycko-sędziszowski Ostrów Kozodrza Ogólnodostępne
18. PODKARPACKIE stalowowolski Pysznica Pysznica Ogólnodostępne

Odwołujący wskazał w ofercie dla części 3 zamówienia następujące składowiska oraz złożył oświadczenia zawarte w treści formularza:

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie, ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o., ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory - Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych sp. z o.o. w Oleszycach, Futory, 37- 630 Oleszyce

Wykonawca Wagra wskazał w ofercie dla części 3 zamówienia następujące składowiska:

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Pysznicy ZARZĄDCA: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Wolności 295 37- 403 Pyszniça (pozycja nr 18 załącznika nr 8 do siwz) 37-403 Pyszniça ul. Komunalna

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu ZARZĄDCA: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 22-100 Chełm ul. Wołyńska 57 (pozycja nr 6 załącznika nr 8 do siwz) ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów Piaski ZARZĄDCA: EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 14, 23-200 Kraśnik (pozycja nr 5 załącznika nr 8 do siwz) Piaski 23-200 Kraśnik, ul. Jodłowa 70

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory ZARZĄDCA: Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o. o. w Oleszycach, ul. Rynek 1 37- 630 Oleszyce

(pozycja nr 16 załącznika nr 8 do siwz) Futory 37-630 Futory

Zamawiający w dniu 4 lutego 2021 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) w zw. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w związku z przystąpieniem Wykonawcy do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (użytkowanych) do osób fizycznych na terenie Województwa Lubelskiego w 2021 roku z podziałem na 3 części” do złożenia wyjaśnień. Wskazał, że Zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ Wykonawca w ofercie winien podać adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania.

Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk

lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Dodatkowo w cytowanym punkcie wskazano, iż jeżeli z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez wykonawcę. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia dlaczego nie ujął w formularzu ofertowym dla części 3, oprócz ww. składowisk, składowiska:

Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy ul. Wolności 295 37- 403 Pysznica
Adres/lokalizacja składowiska: 37-403 Pysznica ul. Komunalna

które jest składowiskiem czyniącym zadość „zasadzie bliskości” określonej w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2019 poz. 701 z późn. zm.) dla części nieruchomości znajdujących się na terenie powiatów janowskiego i biłgorajskiego. Składowisko to widnieje w załączniku nr 8 do SIWZ – Bazie azbestowej aktualnej na dzień 11-12-2021 r. jako ogólnodostępne.

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 8 lutego 2021 r. wyjaśnił, że przygotowując ofertę dokonał kompleksowej analizy sytuacji rynkowej, w tym również analizy dostępności składowisk odpadów przyjmujących odpady niebezpieczne w postaci odpadów zawierających azbest. Analiza wykonawcy prowadzona była z uwzględnieniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 209 r. poz. 701 z późn. zm.) dla każdego z miejsca wytworzenia odpadów, w tym również powiatów janowskiego i biłgorajskiego.

Powyższe działanie wykonawcy uzasadnione jest nie tylko przepisami prawa powszechnie obowiązującego, ale również potrzebą dokonania kompleksowej analizy ekonomicznej zamówienia, oraz wszystkich cenników cenotwórczych mających wpływ na cenę oferty.

W toku prowadzonej analizy, wykonawca skontaktował się z każdym ze składowisk odpadów przyjmującym odpady azbestowe, znajdującym się w najbliższej odległości od wytworzenia odpadów, a znajdującym się w wykazie „Bazy azbestowej”, o której mowa w SIWZ. Kontakt z podmiotami zarządzającymi składowiskami odpadów, obejmował wymianę korespondencji mailowej oraz telefoniczną. Przedmiotem zapytań były w szczególności warunki cenowe przyjmowania przez poszczególne składowiska odpadów niebezpiecznych, w tym cena za 1 Mg unieszkodliwienia odpadów.

Taki sposób weryfikacji był niezbędny dla dokonania prawidłowej wyceny ceny oferty wykonawcy.

W toku ww. analizy w roku bieżącym oraz w latach ubiegłych, wykonawca wielokrotnie ustalił, że składowisko w Pysznicy, zarządzane przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w

Pyszniczy, które jest przedmiotem wezwania do wyjaśnień zamawiającego – nie prowadzi działalności polegającej na przyjmowaniu odpadów w tym odpadów niebezpiecznych.

Na powyższe wskazuje jednoznacznie treść pism od Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pyszniczy z dnia 17.12.2019 r., z dnia 9.01.2020 r., w których to pismach wskazano, że składowisko znajduje się w procesie rekultywacji, jest zamknięte oraz nie posiada pozwolenia zintegrowanego.

Powołał się na pismo Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pyszniczy z dnia 17.12.2019 r.; oraz pismo Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pyszniczy z dnia 9.01.2020 r.

Również w roku bieżącym wykonawca dokonał weryfikacji składowiska, z której wynika że kwatera jest zamknięta, Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. nie posiada pozwolenia zintegrowanego oraz w 2020 r. zgłosił ten fakt odpowiedniej instytucji, co prawdopodobnie do dnia dzisiejszego nie zostało odnotowane.

Powołał notatkę służbową pracownika Wykonawcy z dnia 5.02.2021 r.

Niezależnie od powyższego na uwagę zasługują postanowienia SIWZ. Zamawiający wskazał w treści SIWZ, w rozdziale XII, pkt 2a:

„Wykonawca w ofercie poda adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy [...]

Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy.”

Zgodnie zaś z treścią §6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy: „Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.”

Kolejne ustępy §6 traktują o zasadzie bliskości oraz konieczności transportu odpadów w zgodzie z przepisami o transporcie odpadów niebezpiecznych.

Łączna lektura cytowanych powyżej postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, pozwala na stwierdzenie, że zaoferowanie przez wykonawcę składowiska w Pyszniczy, które jest obecnie zamknięte, w konsekwencji czego wykonawca nie może posiadać z tym składowiskiem obowiązującej umowy, stanowiło by (1) przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy oraz (2) stanowiłoby poświadczenie nieprawdy ze strony wykonawcy.

W świetle powyższych okoliczności wykonawca nie mógł zgłosić składowiska w Pysznicy jako właściwego dla unieszkodliwiania odpadów w ramach części 3 niniejszego Zamówienia. Takie działanie Wykonawcy byłoby niezgodne z przepisami ustawy o odpadach.

Wszystkie składowiska wskazane przez Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. spełniają wymogi określone w SIWZ tj. są ujęte w Bazie Azbestowej i jest możliwość zawarcia z nimi umowy (nie są w stanie rekultywacji).

To na zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji prawidłowości zadeklarowanych składowisk. Weryfikacja ta dotyczyć powinna m.in. charakteru składowisk, które są deklarowane. Azbest jako odpad niebezpieczny, może podlegać unieszkodliwieniu wyłącznie na składowisku do tego dostosowanym, tj. na składowisku przeznaczonym dla odpadów niebezpiecznych, ewentualnie innych składowiskach, posiadających wydzieloną przestrzeń dla składowania odpadów niebezpiecznych. Dla oceny prawidłowości zadeklarowanych składowisk, znaczenie ma również jego dostępność, w rozumieniu ogólnym, tzn. czy jest ono gotowe przyjmować odpady w ramach realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem przyjąć, że wskazanie składowiska, które jest zamknięte i nie przyjmuje odpadów do unieszkodliwiania, może zostać uznane za wskazanie składowiska prawidłowego i zgodnego z treścią SIWZ.

Zauważył, iż baza azbestowa ma charakter wyłącznie orientacyjny, w odróżnieniu od innych rejestrów typu BDO, informacje w niej zawarte nie dają rękojmi wiary, co do prawidłowości treści w nich umieszczanych. Bazowanie wyłącznie na informacjach zawartych w bazie azbestowej, powinno być traktowane jako niewystarczające. Zamawiający powinien weryfikować prawidłowość deklarowanych składowisk w szczególności w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego. W świetle powyższej argumentacji, stał na stanowisku, iż w ofercie wskazał prawidłowy zakres składowisk właściwych do unieszkodliwiania odpadów w niniejszym postępowaniu, zarówno w świetle postanowień SIWZ jak i postanowień przepisów prawa powszechnie obowiązujących. Do wyjaśnień odwołujący dołączył pismo ZGK sp. z o.o. w Pysznicy z dnia 17 grudnia 2019 r. i dnia 9 stycznia 2020 r. oraz notatkę służbową z dnia 5 lutego 2021 r.

W dniu 9 lutego 2021 r. zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 5a, 02-661 Warszawa w zakresie części nr 3 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ Wykonawca w ofercie winien podać adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie

składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy.

Wykonawca w swojej ofercie w zakresie części trzeciej postępowania wskazał następujące składowiska:

Część 3.

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu –PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory – Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o.o. w Oleszycach Futory, 37- 630 Oleszyce

Zgodnie z „zasadą bliskości” wyrażoną w treści art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2019 poz. 701 z późn. zm.), Wykonawca winien wskazać następujące składowiska:

Część 3:

Nazwa/ Firma Adres (miejscowość, ulica, nr,)

EKO-AZBEST SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W KRAŚNIKU Adres UL. JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO 14, 23-200 Kraśnik. Adres/lokalizacja składowiska: ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Ks. Piotra Skargi 11 22-100 Chełm, Adres/lokalizacja składowiska: Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu, ul. Dorohuska 70 22-100 Chełm

Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o.o. w Oleszycach ul. Rynek 1 37-630 Oleszyce Adres/lokalizacja składowiska: Futory 37-630 Futory woj. podkarpackie

Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy ul. Wolności 295 37- 403 Pysznica Adres/lokalizacja składowiska: 37-403 Pysznica ul. Komunalna

Zamawiający rozumie „zasadę bliskości” jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliżej miejsca ich powstania. Zgodnie z art. 20 ust. 1-2 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 najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.”.

Wskazać należy, iż w niniejszym postępowaniu odpady objęte przedmiotem zamówienia powstają na terenach nieruchomości należących do osób fizycznych oraz powinny być unieszkodliwiane w specjalnie przeznaczonych do tego instalacjach zagospodarowania odpadów, realizacja zasady bliskości zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach jest niemożliwa (brak możliwości przetwarzania odpadu w miejscu jego powstania).

Z uwagi na powyższe odpady winny zostać zagospodarowane zgodnie art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach. Z w/w przepisu jasno wynika, iż odpady muszą być przetworzone najbliżej miejsca ich powstania z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną techniką. Wskazać należy, iż odpady azbestowe mogą być składowane wyłącznie na specjalnie przystosowanych składowiskach, a co za tym idzie każde składowisko musi spełniać w takim samym zakresie wymagania dotyczące hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki.

Zgodnie z § 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 649 z późn. zm.): „Odpady zawierające azbest powinny być składowane na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na wydzielonych częściach składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo na podziemnych składowiskach odpadów niebezpiecznych.”.

Z uwagi na powyższe należy wskazać, iż wyroby azbestowe mogą być składowane wyłącznie na składowiskach znajdujących się najbliżej miejsca ich powstania.

Na istotność zasady bliskości wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 10 października 2017 r., IV Sa/Wa 837/17: „Zasada bliskości jest jedną z kluczowych zasad ogólnych prawa gospodarki odpadami wspomagających realizację zasad: likwidacji odpadów u źródła, prewencji i przezorności. Zasada bliskości wyznacza pewien wymagany, a czasami też oczekiwany kierunek działań dotyczących postępowania z odpadami. Zasada ta ustala przede wszystkim reguły i wzory postępowania w gospodarce odpadami, których przestrzeganie jest dla adresatów prawnie obowiązujące, niezależnie od tego, jaki jest zasięg przedmiotowy i podmiotowy norm prawnych tworzących jej treść oraz zakres i forma sankcji, które służą ochronie jej przestrzegania.”.

Sposób rozumienia zasady bliskości w przypadku unieszkodliwiania odpadów azbestowych bardzo precyzyjnie i jednoznacznie został wskazany w pracy finansowanej z badań statutowych Wydziału Zarządzania Politechniki Lubelskiej w latach 2015-2016: B. Wit, Ekologistyka w systemie zarządzania odpadami niebezpiecznymi (str. 108) , której recenzentami byli prof. dr hab. inż. L. K. oraz dr hab. inż. T. F.: „Odpady, które nie mogą być podane ponownemu użyciu, recyklingowi, odzyskowi lub unieszkodliwiania w miejscu ich powstania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, przekazane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone .

Umieszczenie ustawowego zapisu „najlepszą dostępną technikę lub technologię” wskazuje na aspekt jakościowy postępowania z odpadami biorąc pod uwagę inne aspekty niż odległość miejsc wytworzenia odpadu i miejsca docelowego. [...] W przypadku rozróżnialności techniki/technologii zasada bliskości jest na kolejnym miejscu. Najogólniej rzecz ujmując, zapis ten oznacza możliwość przemieszczania odpadów do miejsc nawet bardziej oddalonych od miejsc wytwarzania, jeżeli istnieje tam lepsza technika lub technologia unieszkodliwiania. W przypadku odpadów azbestowych, które podlegają unieszkodliwieniu nie przewiduje się porównań składowisk czy też oszacowania „jakości” procesu unieszkodliwiania w celu określenia i wybrania „lepszej” techniki lub technologii. Proces unieszkodliwiania jest niemalże identyczny na wszystkich typach naziemnych składowisk odpadów, gdyż sposób i procedury postępowania określają przepisy prawne . W tym przypadku w związku z nierozróżnialnością techniki/technologii stosowana jest zasada bliskości składowiska.”.

Z uwagi na powyższe stanowisko zawarte w w/w pracy naukowej należy uznać, iż wszystkie składowiska odpadów azbestowych stosują te same hierarchie postępowania z odpadami oraz te same techniki, a co za tym idzie art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach – w przypadku odpadów azbestowych – należy interpretować w ten sposób, iż wyroby azbestowe mogą być składowane wyłącznie na składowiskach znajdujących się najbliższym miejscu ich powstania.

Uwzględniając podział obszaru odbioru i demontażu wyrobów azbestowych na trzy części gdzie dla części 3 właściwe są powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość stwierdzić należy, iż dla części nieruchomości znajdujących się na terenie powiatów janowskiego i biłgorajskiego składowiskiem odpadów wypełniającym dyspozycje art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach jest składowisko Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy, którego Wykonawca nie ujął w swojej ofercie.

W dniu 4 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień dlaczego nie ujął w swojej ofercie składowiska Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy, które zgodnie z przytaczanymi wyżej zasadami należało ująć w formularzu ofertowym w części 3 postępowania. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, iż składowisko to jest w obecnej chwili zamknięte. Zwrócić należy uwagę, iż decydujące jest brzmienie cytowanego już rozdz. XII pkt 2a SIWZ, zgodnie z którym Wykonawca w ofercie winien podać adresy oraz

firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanieazbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę. Nie ulega wątpliwości, że składowisko Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy figurowało w Bazie Azbestowej (załącznik nr 8 do SIWZ) jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11-12-2020 r. wobec czego wykonawca winien umieścić to składowisko w swojej ofercie w części 3 zamówienia mając na uwadze możliwość skorzystania z zapisu SIWZ, - „Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę”. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”.

W niniejszej sprawie nie jest możliwa poprawa innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W związku z powyższym oferta Wykonawcy w zakresie części nr 3 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż wykonawca nie wskazał w części 3 składowiska: Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy ul. Wolności 295 37- 403 Pysznicza Adres/lokalizacja składowiska: 37-403 Pysznicza ul. Komunalna”, które jest zgodne z „zasadą bliskości” zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ zamawiający postąpił jak wyżej

Dowody odwołującego dołączone do odwołania.

Z pisma odwołującego do ZGK sp. z o.o. w Pysznicy z dnia 13 grudnia 2019 r. wynika, że odwołujący w związku z przetargiem 2019/S 238-583920 zwrócił się z zapytaniem dotyczącym ceny składowania 1 Mg odpadów azbestowych. Prosił o informację dotyczącą

ceny netto za tonę unieszkodliwionych odpadów azbestowych, warunków współpracy oraz ewentualnego limitu dostaw.

Z pisma ZGK sp. z o.o. w Pysznicy z dnia 17 grudnia 2019 r. wynika, że składowisko nie przyjmuje wyrobów oraz odpadów zawierających azbest, gdyż aktualnie składowisko odpadów znajduje się w procesie rekultywacji.

Z korespondencji elektronicznej z dnia 19 lutego 2021r. wynika, że w dniu 17 grudnia 2019r. odwołujący uzyskał odpowiedź na zapytanie o cenę od składowiska w Pysznicy, którą wyżej opisano.

Z pisma ZGK w Pysznicy z dnia 9 stycznia 2020 r. wynika, że w roku 2018 i 2019 nie przyjmowano odpadów o kodzie 170601 i 170605. Obecnie składowisko znajduje się w procesie rekultywacji i jest zamknięte, nie posiada pozwolenia zintegrowanego.

Z pism z dnia 20 grudnia 2020 r. i 9 lutego 2021 r. wynika, że odwołujący zwracał się do ZGK w Pysznicy o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej ilości odpadów azbestowych przyjętych w roku 2018 i 2019 do unieszkodliwiania, godzin pracy składowiska w okresie letnim i zimowym, udostępnienie pozwolenia zintegrowanego oraz o przyjęcie odpadów azbestowych o kodzie 170601 170605 i czy na dzień 18 stycznia 2021 r. istniała możliwość podpisania umowy o unieszkodliwienie tych odpadów.

Z odpowiedzi z dnia 11 lutego 2021 r. wynika, że ZGK sp. z o.o. w Pysznicy odpadów azbestowych nie przyjmuje od 2010, a w chwili obecnej składowisko jest już po rekultywacji i jest zamknięte.

Z wydruku Bazy Azbestowej wynika, że w pkt. 33 dla województwa podkarpackiego powiatu stalowolskiego, gminy Pysznica w miejscowości Pysznica składowisko ma status zamknięte.

Z wniosku z dnia 8 lutego 2021 r. wynika, że odwołujący wnosił o udostępnienie mu przez Województwo Podkarpackie z siedzibą w Rzeszowie decyzji na zamknięcie składowiska w Pysznicy zarządzanego przez ZGK sp. z o.o. w Pysznicy oraz informacji czy składowisko ma status składowiska ogólnodostępnego czy zamkniętego. Z pisma z dnia 16 lutego 2021 r. Marszałka Województwa Podkarpackiego wynika, że składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z udzieloną kwaterą na odpady zawierające azbest w Pysznicy jest składowiskiem zamkniętym i zrehabilitowanym.

Z decyzji Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 30 listopada 2016r. nr OS-III.7241.17.2016.KS wynika, że organ wyraził zgodę na zamknięcie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z wydzieloną kwaterą na odpady zawierające azbest w Pysznicy i ustalił datę zaprzestania przyjmowania odpadów do składowania na dzień 31 grudnia 2015 r. oraz techniczny sposób zamknięcia składowiska, sposób rekultywacji wraz z harmonogramem prac związanych z zamknięciem i rekultywacją oraz termin zakończenia rekultywacji składowiska na dzień 31 grudnia 2018 r.

Z decyzji zmieniającej z dnia 18 maja 2018r. nr OS-III.7241.10.2018.KS wynika, że zmianie uległ pkt. 1.2. tabeli nr 1 oraz termin zakończenia rekultywacji składowiska określony decyzją zmieniającą na dzień 31 października 2020 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby odwołujący wbrew stanowisku zamawiającego nie polemizuje z treścią warunku, ale z czynnością odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy składowisko przez odwołującego nie wykazane w ofercie wprawdzie jest na dzień 11 grudnia 2020r. wpisane do bazy azbestowej jako ogólnodostępne, podczas, gdy faktycznie na ten dzień posiadało status składowiska zamkniętego, co odwołujący wykazuje za pomocą dowodów dołączanych do odwołania i nie było możliwe zawarcie umowy z zarządcą tego składowiska. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie polemizuje z treścią siwz, ale oceną postanowień SIWZ w świetle istniejącego stanu faktycznego tj. ujawnienia rozbieżności pomiędzy wpisem do bazy, a rzeczywistym stanem faktycznym.

W ocenie Izby zatem wniesienie odwołania jest czynnością skierowaną na ubezskutezczenie czynności odrzucenia jego oferty, z uwagi na pominięcie przez zamawiającego badania i oceny zaistniałego stanu faktycznego. Odwołanie zatem jako wniesione w dniu 19 lutego 2021 r. od czynności zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 r. należy uznać za wniesione w terminie.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, mimo że treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, w konsekwencji pozwalała na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 3 postępowania oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w cz. 3 zamówienia, pomimo tego że zamawiający nie wykazał w treści decyzji o odrzuceniu i uzasadnieniu tej decyzji, zasadności odrzucenia oferty odwołującego

Izba rozpozna oba zarzuty łącznie, gdyż istotą ich jest odpowiedź na pytanie, czy w świetle postanowień SIWZ wykonawcy powinni byli w ofertach wskazać ZGK sp. z o.o. w Pysznicy jako składowisko odpadów azbestowych wpisane do załącznika nr 8 do siwz – wykazu Bazy Azbestowej z dnia 11 grudnia 2020r. jako ogólnodostępne, czy też zamawiający powinien badać rzeczywisty stan faktyczny dotyczący wykazanego w ofercie składowiska odpadów. Zamawiający jednoznacznie wskazał, w jaki sposób będzie badał prawidłowość wskazanych przez wykonawców w formularzach ofertowych składowisk tj. :

- czy wykonawca podał adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwiania odpadów,
- czy te składowiska uwzględniają wszystkie możliwe miejsca ich powstania dla danej części postępowania,
- czy składowiska figuruje w załączniku nr 8 do siwz- wykazie składowisk Baza azbestowa jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 11 grudnia 2020
- czy spełniają wymogi wynikające z par. 6 załącznika nr 3 do siwz – wzoru umowy – czyli :
 - a) czy wykonawca ma tytuł do przekazania odpadów na wskazane stanowisko – ust. 1,
 - b) czy wykonawca wskazał składowisko położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu zgodnie z zasada bliskości z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach
 - c) czy wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest i
 - d) czy transport odbywa się zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach i ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych.

Przy czym pomiędzy stronami było sporne, czy wykonawcy w świetle tych postanowień SIWZ powinni byli wskazać składowisko ZGK sp. z o.o. w Pysznicy.

Izba oceniła, że co do dostępności składowiska, to zamawiający ten element miał zamiar weryfikować jedynie na podstawie informacji z Bazy Azbestowej o ogólnej dostępności i to na konkretny dzień wskazany w siwz. Tym samym zamawiający wprost w siwz określił sposób weryfikacji wszystkich składowisk przewidzianych do dokonania ostatecznego unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych. Zamawiający jednocześnie wskazał, że odrzuci ofertę, w której nie podano wszystkich składowisk i taką której składowisko nie spełnia wymagań par. 6 wzoru umowy. Przy czym zamawiający jednocześnie zastrzegł, że sam fakt, że na etapie realizacji umowy dane składowisko może nie być w stanie przyjąć odpadów nie stanowi przeszkody do jego wskazania, gdyż wówczas przekazanie nastąpi do składowiska najbliższego składowisku wskazanemu. Tym samym zamawiający z jednej strony oczekiwał wszystkich składowisk i za brak choćby jednego karać miał odrzuceniem oferty i z drugiej strony nie uważał za przeszkodę we wskazaniu składowiska niezdolnego do odbioru odpadów w trakcie umowy. W ocenie Izby oznacza to, że dla zamawiającego istotne było jedynie figurowanie składowiska na konkretny dzień w Bazie Azbestowej jako ogólnodostępnego oraz

zachowanie zasady bliskości z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, natomiast nie było przedmiotem zainteresowania zamawiającego, czy rzeczywiście odpady trafią do każdego ze wskazanych w ofercie składowisk. Izba nie może oceniać racjonalności takiego postępowania zamawiającego, gdyż nie jest one niezgodne z przepisami ustawy, które wyznaczają granice kognicji Izby. Zasady te zamawiający określił w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców.

Izba jednakże oceniła, że stan faktyczny przedmiotowej sprawy jest odmienny od stanu faktycznego sprawy zakończonej wyrokiem z dnia 3 marca 2020r. sygn. alt KIO 313/20 i 341/20, przede wszystkim z tego względu, że w poprzednio badanej sprawie nie były przedstawione Izbie dowody z decyzji administracyjnych, ani także dowód z Bazy Azbestowej wskazujący na ujawnienie zmiany danych dotyczących składowiska w Pysznicy ze statutu ogólnodostępne na zamknięte. Tymi dowodami Izba nie dysponowała w dacie 3 marca 2020r. wydając wyrok w poprzednio prowadzonym postępowaniu, a w ocenie Izby te dowody mają istotny wpływ na rozstrzygnięcie.

Izba ustaliła, że zamawiający załączył do dokumentacji postępowania wyciąg z Bazy Azbestowej (załącznik nr 8 do siwz), w którym na dzień 11 grudnia 2020r. status składowiska w Pysznicy, to składowisko ogólnodostępne. Natomiast z dowodów przedłożonych przez odwołującego tj. decyzji Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 30 listopada 2016r. nr OS-III.7241.17.2016.KS wynika, że organ wyraził zgodę na zamknięcie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z wydzieloną kwaterą na odpady zawierające azbest w Pysznicy i ustalił datę zaprzestania przyjmowania odpadów do składowania na dzień 31 grudnia 2015 r. oraz określił techniczny sposób zamknięcia składowiska, sposób rekultywacji wraz z harmonogramem prac związanych z zamknięciem i rekultywacją oraz termin zakończenia rekultywacji składowiska na dzień 31 grudnia 2018 r., a z decyzji zmieniającej z dnia 18 maja 2018r. nr OS-III.7241.10.2018.KS wynika, że termin zakończenia rekultywacji został określony decyzją zmieniającą na dzień 31 października 2020 r.

Niewątpliwie zachodzi zatem rozbieżność pomiędzy stanem faktycznym wynikającym z decyzji administracyjnych i z załącznika nr 8 do siwz - wykazu „Baza Azbestowa”. W tej sytuacji dla rozstrzygnięcia sporu konieczne jest ustalenie charakteru wpisu do Bazy Azbestowej. Od tego ustalenia zależy bowiem, czy przy ustalaniu kręgu składowisk ogólnodostępnych nadać prymat wpisowi do bazy, czy decyzji organu administracyjnego. Izba dostrzega, że postanowienia SIWZ nadawały wprost przesadzające znaczenie wpisowi do bazy, jednakże w ocenie Izby jeżeli ten wpis ma jedynie charakter deklaratoryjny, to nie można pominąć sytuacji faktycznej wynikającej ze zdarzeń stanowiących podstawę do dokonania lub zmiany wpisu. Można tę sytuację porównać do badania uprawnień do reprezentacji spółki prawa handlowego, w przypadku podjęcia uchwały o zmianie składu organu spółki, która na datę dokonywania ocenianej czynności, nie została jeszcze ujawniona

w Krajowym Rejestrze Sądowym. W przypadku wpisu deklaratoryjnego zainteresowani mogą wykazywać, że stan faktyczny objęty wpisem uległ zmianie. Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy o odpadach zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wymaga uzyskania zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części. Zgoda jest wydawana, w drodze decyzji, przez właściwy organ, o którym mowa w art. 129 ust. 1, na wniosek złożony przez zarządzającego składowiskiem odpadów. Przed wydaniem zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wojewódzki inspektor ochrony środowiska, na wniosek właściwego organu, o którym mowa w art. 129 ust. 1, oraz z udziałem przedstawiciela tego organu przeprowadza kontrolę składowiska odpadów.

Zgodnie z art. 147 ust. 1 ustawy o odpadach decyzja o wyrażeniu zgody na zamknięcie składowiska odpadów lub jego wydzielonej części zawiera:

- 1) datę zaprzestania przyjmowania odpadów do składowania na składowisku odpadów lub jego wydzielonej części, przy czym data ta nie może być późniejsza niż 3 miesiące od dnia doręczenia tej decyzji;
- 2) określenie technicznego sposobu zamknięcia składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wraz z harmonogramem prac związanych z tym zamknięciem;
- 3) określenie sposobu rekultywacji składowiska odpadów lub jego wydzielonej części wraz z harmonogramem prac związanych z tą rekultywacją;
- 4) termin zakończenia rekultywacji składowiska odpadów lub jego wydzielonej części;
- 5) określenie sposobu sprawowania nadzoru nad zrehabilitowanym składowiskiem odpadów lub jego wydzieloną częścią, w tym monitoringu, oraz warunki wykonywania tego nadzoru.

Zarządzający składowiskiem odpadów zawiadamia właściwy organ, o którym mowa w art. 129 ust. 1, oraz wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o wykonaniu prac rekultywacyjnych określonych w decyzji o wyrażeniu zgody na zamknięcie składowiska odpadów.

Według Izby dla rozstrzygnięcia, z jakim momentem następuje zmiana statusu składowiska z dostępnego na zamknięte, istotne znaczenie ma art. 123 ust. 2 ustawy o odpadach, który stanowi, że dniem zamknięcia składowiska odpadów jest dzień zakończenia jego rekultywacji. Dodać należy, że przepis ten obowiązuje od 2012r. do dnia dzisiejszego.

Oznacza to, że stan faktyczny przedmiotowej sprawy w istotny sposób różni się od stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 313/20. Nawet pomijając już okoliczność, że w tamtej sprawie Izbie nie złożono decyzji administracyjnych, to w toku tamtego postępowania składowisko podlegało rekultywacji, ale nie miało jeszcze statusu składowiska zamkniętego, tym samym ocena zgodności ze stanem faktycznym informacji w Bazie Azbestowej o ogólnodostępności składowiska nie była potrzebna. Natomiast w przedmiotowej sprawie niewątpliwie jest tak, że z decyzji administracyjnej wynika, że zakończenie procesu rekultywacji było przewidziane do 31 października 2020r. i ta

data jest datą od której można było uznać, że status składowiska uległ zmianie z ogólnodostępnego na zamknięte, choć ten stan nie znalazł jeszcze odzwierciedlenia w dacie 11 grudnia 2020r. w wykazie Bazy azbestowej.

Skoro jednak przepis art. 123 ust. 2 ustawy stanowi, że z mocy prawa składowisko uznaje się za zamknięte z dniem zakończenia jego rekultywacji, to ta data powoduje zmianę bytu prawnego składowiska, a wpis w bazie należy ocenić wyłącznie jako wpis o charakterze deklaratoryjnym.

Tym samym Izba ustaliła, że składowisko w Pysznicy w dniu 31 października 2020 r. zostało zamknięte, gdyż upłynął termin wskazany w decyzji administracyjnej. A strony nie wykazały, że były wydane dalsze decyzje zmieniające, które mogłyby wskazywać na inny termin ukończenia rekultywacji. Nadto potwierdzeniem tego, że do zamknięcia jednak doszło jest wyciąg z Bazy azbestowej dołączony przez odwołującego do odwołania.

Tym samym Izba ustaliła, że na datę 11 grudnia 2020 r. składowisko w Pysznicy miało status zamknięty, a nie jak wymagał tego zamawiający w rozdziale XII siwz status ogólnodostępny. Potwierdza to wyciąg z bazy azbestowej złożony przez odwołującego do odwołania. Tym samym odwołujący prawidłowo nie zakwalifikował składowiska w Pysznicy do wykazu składowisk wymaganego przez zamawiającego w formularzu ofertowym. W konsekwencji zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, przez jego niezasadne zastosowanie i wezwanie odwołującego pismem z dnia 4 lutego 2021 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty, w sytuacji gdy treść oferty odwołującego była jednoznaczna, precyzyjna i nie budziła wątpliwości co do prawidłowości realizacji zamówienia oraz zgodności z treścią SIWZ, w konsekwencji nie uzasadniała skorzystania przez zamawiającego z procedury określonej w ww. przepisie

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający nie dysponował przedłożonymi do odwołania decyzjami administracyjnymi z urzędu. Były to bowiem decyzje administracyjne Marszałka Województwa Podkarpackiego. Zamawiający działał w zaufaniu do wykazu Bazy Azbestowej i ustalił datę, na którą będzie badał dostępność składowiska oraz sposób tego badania, to jest w oparciu o dane zawarte w tej bazie. Zamawiający miał wiedzę z poprzedniego postępowania, że prowadzona jest rekultywacja składowiska w Pysznicy, ale nie dysponował dokumentami świadczącymi o zamknięciu składowiska. Tym samym w sytuacji, gdy wykonawca wbrew danym wynikającym z bazy – ujętej w załączniku nr 8 nie wykazał w ofercie składowiska w Pysznicy, zamawiający miał prawo powziąć wątpliwości, co do treści oferty odwołującego i prawidłowości pominięcia przez niego w ofercie tego

składowiska. Dawało to odwołującemu szansę na wyjaśnienie zamawiającemu powodów, dla których uważał swoją ofertę za prawidłową w świetle postanowień siwz, a zamawiający mógł ocenić podawane mu przez wykonawcę okoliczności. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego nie stoi w sprzeczności z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy z uwagi na jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Wagra do wyjaśnień treści złożonej oferty, mimo zaistnienia przesłanek do wezwania

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby przede wszystkim należy zauważyć dwie okoliczności:

- po pierwsze zamawiający narzucił sposób oceny wskazania w formularzu ofertowym składowisk i zobowiązał się do takiej oceny przez przyznanie załącznika nr 8. Zgodnie z tym załącznikiem na dzień 11 grudnia 2020r. składowisko w Pysznicy miało status ogólnodostępny,
- po drugie sam fakt rozpoczęcia rekultywacji nie jest dniem zamknięcia składowiska, przeciwnie tym dniem jest dopiero dzień zakończenia rekultywacji,
- po trzecie dowody dołączone przez odwołującego w ramach wyjaśnień składanych zamawiającemu stawiały wyłącznie dowód, że składowisko znajduje się w procesie rekultywacji, a nie wynikało z nich, że rekultywacja została zakończona, a składowisko zamknięte. Te dowody pojawiły się dopiero na etapie odwołania.

Te wszystkie okoliczności świadczą o tym, że zamawiający prawidłowo ustalił w świetle dowodów jakimi dysponował, że brak jest podstaw do uznania, że status składowiska uległ zmianie. Tym samym zamawiający nie miał podstawy do zastosowania procedury wyjaśnień w stosunku do przystępującego WAGRA. Przystępujący bowiem zgodnie z procedurą opisaną w rozdziale XII ust. 2a siwz wskazał wszystkie składowiska najbliższe miejscom wytworzenia odpadów, z tego załącznika na dzień 11 grudnia 2020 r. wynikało, że są to składowiska ogólnodostępne, a zamawiający na etapie ofertowania nie wymagał składania dokumentów w postaci umów z zarządcą składowiska, czy promes odbioru odpadów. Tym samym w ocenie Izby zamawiający miał prawo do niepowzięcia wątpliwości w stosunku do treści oferty przystępującego jako zgodnej z siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy Wagra, w sytuacji gdy z całokształtu okoliczności faktycznych w sprawie wynika, że oferta wykonawcy Wagra winna podlegać odrzuceniu

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby na datę podejmowania czynności przez zamawiającego, zamawiający nie dysponował dowodem zmiany statusu składowiska. Z dowodów odwołującego wynikało, że składowisko jest w procesie rekultywacji, ale nie wynikało, że ten proces został zakończony. Nadto zamawiający przy badaniu oferty przystępującego kierował się ściśle regułami określonymi przez siebie w siwz, nadającymi prymat wydrukowi z bazy azbestowej na dzień 11 grudnia 2020 r. jako miernikowi zgodności oferty z treścią siwz. Również przystępujący złożył ofertę działając w zaufaniu do opisu sposobu badania zgodności jego oferty z postanowieniami siwz, wynikającego z rozdz. XII ust. 2a siwz. Nie można również pominąć tego, że w przypadku tego wykonawcy Izba w sprawie sygn. akt KIO 313/20 uznała, że wskazanie w ofercie tego wykonawcy składowiska w Pysznicy według stanu bazy na dzień 16 grudnia 2019r. było prawidłowe i zgodne z postanowieniami siwz. Izba w poprzedniej sprawie, nie oceniała w ogóle sytuacji odrzucenia oferty z powodu nie wskazania składowiska w Pysznicy, ale zarzut zaniechania odrzucenia oferty DELTA i WAGRA z powodu wskazanie tego składowiska w ofercie i taki zarzut oddaliła. I nadal Izba stoi na stanowisku, że zamawiający powinien był trzymać się ustalonego w siwz sposobu oceny zgodności ofert z treścią siwz. Odmiennością w stosunku do poprzedniego stanu faktycznego jest, to że w ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, zamawiający powinien wziąć pod uwagę możliwość wykazania przez wykonawców, że wpisy w bazie azbestowej na dzień 11 grudnia 2020 r. mogły nie odpowiadać rzeczywistemu stanowi faktycznemu. Jednak w ocenie Izby zamawiający nie mógł skutecznie odrzucić oferty, której wykonawca z ostrożności zastosował się ściśle do wymagania zamawiającego opartego na założeniu prawdziwości wpisów w bazie azbestowej. Tym samym w ocenie Izby zamawiający dokonując badania oferty przystępującego nie dopuścił się zaniechania naruszającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 i 2 lit. a i b w związku z par. 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia obciążając kosztami odwołującego i zamawiającego. Izba na podstawie złożonych rachunków i spisu kosztów ustaliła, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 15 000 zł i zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł, a zamawiający poniósł koszty w kwocie 3 600 zł z tytułu zastępstwa prawnego i 292, 53 zł. z tytułu dojazdu strony na rozprawę, czyli łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22 492,53zł. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie 2 zarzutów i oddaliła odwołanie w zakresie 3 zarzutów, czyli odwołujący wygrał sprawę w 40%, a zamawiający w 60%, tym samym zamawiający zobowiązany jest do zwrotu odwołującemu różnicy pomiędzy kosztami rzeczywiście poniesionymi, a należnymi. Różnica ta wynosi 5 104,48zł. i tę kwotę Izba nakazała zamawiającemu zwrócić odwołującemu z tytułu kosztów postępowania.

Przewodniczący:.....