

WYROK

z dnia 24 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **22 listopada 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 listopada 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „ECO-ABC” sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę odbioru, załadunku, transportu i utylizacji odpadów medycznych i niebezpiecznych (nr DZP.2344.49.2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji im. Mariana Zyndramy-Kościałkowskiego w Białymstoku** [„Zamawiający”]

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Replastik sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3885 zł 39 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt pięć złotych trzydzieści dziewięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego jako uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów jego dojazdu

na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji im. Mariana Zyndrama-Kościółkowskiego w Białymstoku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym (z dopuszczeniem negocjacji) postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę odbioru, załadunku, transportu i utylizacji odpadów medycznych i niebezpiecznych (nr DZP.2344.49.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 października 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00447953.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

2 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez „ECO-ABC” sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie {dalej również: „Konsorcjum Eco-OZK”}.

7 listopada 2023 r. Konsorcjum „Eco-OZT” {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, polegające na odrzuceniu złożonej przez nich oferty, pomimo że jej treść zgodna z wszystkimi warunkami zamówienia.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum Eco-OZK.
2. Powtórzenia oceny ofert i zaproszenia Konsorcjum Eco-OZK do złożenia oferty dodatkowej.

Odwołujący sprecyzowali powyższy zarzut przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy, stanowiącym jednocześnie formularz cenowy, przedmiot zamówienia obejmuje: odbiór, załadunek, transport i unieszkodliwienie odpadów medycznych, z grupy 18 01, w tym 18 01 02, 18 01 03, 18 01 04, 18 01 06, 18 01 08, 18 01 09, 18 01 82. Łączna ilość odpadów 63.762,00 kg.

W rozdziale IV SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 9 zastrzeżono, że zakaźne odpady medyczne muszą być unieszkodliwiane zgodnie z art. 20 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (który został przytoczony), tj. zgodnie z zasadą bliskości.

Ponadto zgodnie z rozdziałem VIII, pkt 2.4. lit. b SWZ [po uwzględnieniu wyjaśnień treści SWZ z 23 października 2023 r. udzielonych w odpowiedzi na pytanie nr 7] w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca ma dysponować instalacją do unieszkodliwiania odpadów również zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach.

Zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. unieszkodliwianie odpadów powinno następować na obszarze tego samego województwa, na którym odpady zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliżej miejsca ich wytwarzania.

I tak art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach ustala zasadę regionalizacji, zgodnie z którą zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Wyjątki od powyższej zasady przewidują ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach w następujących sytuacjach: a) jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa; b) na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Zgodnie z treścią SWZ odpady będą wytwarzane na terenie województwa podlaskiego – miejscem odbioru będzie siedziba Zamawiającego.

Konsorcjum Eco-OZK wskazało w ofercie, że zakaźne odpady medyczne będą unieszkodliwiane w spalarni zlokalizowanej w Olsztynie przy ul. Lubelskiej 43D (województwo warmińsko-mazurskie).

Z kolei konsorcjum MPO sp. z o.o. i Replastik sp. z o.o. (obie spółki z siedzibą w Białymstoku) {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum MPO”} zaoferowało unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych w spalarni w Hajnówce, przy ul. doc. Adama Dowgirda 9, należącej do pierwszej z tych spółek, która położona jest na terenie województwa podlaskiego {dalej również: „spalarnia w Hajnówce” lub „instalacja w Hajnówce”}.

Z decyzji Marszałka Podlaskiego z 31 grudnia 2014 r., zezwalającej MPO na przetwarzanie odpadów w instalacji w Hajnówce, wynika, że moc przerobowa instalacji do termicznego przekształcania odpadów wynosi 408,8 Mg, w tym w zakresie zakaźnych odpadów medycznych 310 Mg/rok.

Co istotne, MPO sp. z o.o., Replastik sp. z o.o. i RAF Ekologia sp. z o.o. w maju 2023 r. wspólnie złożyły ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku {dalej również: „USK w Białymstoku”}, pn. *Usługa odbioru, transportu i unieszkodliwienia odpadów medycznych*

niebezpiecznych z grupy 18 01 (16/2023), gdzie przedmiot zamówienia obejmował unieszkodliwienie 600 Mg ton odpadów, również wskazując instalację w Hajnówce jako miejsce unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych.

Umowa została zawarta w czerwcu 2023 r. na okres 12 miesięcy, a zatem można przypuszczać, że unieszkodliwionych zostało ok. połowy odpadów objętych tym zamówieniem. Do unieszkodliwiania pozostało ok. 300 Mg ton zakaźnych odpadów medycznych, a zatem tyle, ile wynoszą moce przerobowe spalarni w Hajnówce.

Wskazać również należy, że na terenie województwa podlaskiego istnieje jeszcze instalacja do unieszkodliwiania odpadów wspomnianego USK w Białymstoku przy ulicy Żurawiej 14, która jednak z uwagi na nieuregulowany stan formalno-prawny obecnie nie funkcjonuje (jak to wynika z pisma Podlaskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 25 października 2023 r.).

Ze „Sprawozdania z realizacji Planu Gospodarki Odpadami Województwa Podlaskiego za lata 2017-2019” (rozdz. 3.1.4.2 Odpady medyczne i weterynaryjne) wynika, że według stanu na koniec 2018 r. moce przerobowe funkcjonujących na terenie woj. podlaskiego instalacji do przetwarzania odpadów medycznych i weterynaryjnych są niewystarczające do zagospodarowania ilości wytwarzanych tego strumienia odpadów.

Z pism Podlaskiego Urzędu Marszałkowskiego z 12 stycznia i 12 lipca 2022 r. wynika, że moce przerobowe instalacji na terenie województwa podlaskiego są niewystarczające.

Należy przypuszczać, że skoro nawet kiedy funkcjonowały dwie spalarnie, moce przerobowe na terenie województwa podlaskiego były niewystarczające, tym bardziej są one niewystarczające w sytuacji, kiedy pozostała wyłącznie jedna czynna spalarnia.

W konsekwencji wykorzystania mocy przerobowych instalacji w Hajnówce na potrzeby realizacji umowy zawartej z USK w Białymstoku (opiewającej na ilość niemal dwukrotnie przekraczającą moce przerobowe tej instalacji), najbliższą położoną instalacją jest ta w Olsztynie, która została wskazana w ofercie Konsorcjum Eco-OZK w zgodzie z przywołanym powyżej przepisem art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, dopuszczającym w takim przypadku odstępstwo od zasady bliskości.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w ogóle nie zbadał, czy zachodzi wyjątek od zasady bliskości i bezrefleksyjnie odrzucił ofertę Konsorcjum Eco-OZK z powodu wskazania spalarni znajdującej się na terenie innego województwa.

W odpowiedzi na odwołanie z 22 listopada 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następującą argumentację.

Ocena mocy przerobowych instalacji w Hajnówce zawarta w sprawozdaniu z 2019 r. oraz pismach z 2022 r. nie ma żadnego znaczenia, gdyż są to stwierdzenia ogólne

i odnoszące się do okresu sprzed 2022 r

W rzeczywistości moc przerobowa instalacji w Hajnówce wynosi nie 310 Mg/rok lecz 383,8 Mg/rok, co wynika jednoznacznie z pkt 6 decyzji Marszałka Województwa Podlaskiego w Białymstoku z 31 grudnia 2014 r., znak: DIS-V.7244.15.2014.

Skoro według odwołania do unieszkodliwienia pozostało około 300 Mg odpadów medycznych z USK w Białymstoku, a niniejsze zamówienie dotyczy 63,762 Mg odpadów medycznych, spalarnia w Hajnówce dysponuje odpowiednią moc przerobową (363,762 Mg jest to mniej niż 383,8 Mg).

Niezależnie od powyższego o ile w okresie pandemii znacząco wzrosła produkcja odpadów medycznych w sektorze zdrowia, o tyle aktualnie występuje mocna tendencja malejąca. Stąd w rzeczywistości ilość odbieranych odpadów z USK w Białymstoku jest mniejsza i nie przekracza 400 Mg/rok.

W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu nie ma zastosowania przesłanka z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, która pozwalałaby na unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze innego województwa niż województwo podlaskie, z powołaniem się na brak mocy przerobowych instalacji na terenie tego województwa.

Z uwagi na powyższe oferta Konsorcjum Eco-OZK, które wskazało instalację do unieszkodliwiania odpadów medycznych w Olsztynie, musiała zostać odrzucona przez Zamawiającego stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp jako niezgodna z warunkami tego zamówienia.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Przystępujący, który poparł Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, co następuje.

Podkreślił, że Odwołujący opierają się na nieaktualnych i uproszczonych danych, które nie dotyczą faktycznego strumienia odpadów kierowanego do spalarni w Hajnówce, analogicznie jak to czynił w sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 1530/23. Biorąc pod uwagę złożone na rozprawie przez Odwołujących pisma USK w Białymstoku z 7 czerwca 2023 r. i 16 listopada 2023 r. w powiązaniu z pismami MPO Białystok z 14 listopada i 21 listopada 2023 r., zawierającymi dane w oparciu o BDO, wyłania się następujący stan faktyczny. W okresie styczeń-maj 2023 r. USK w Białymstoku wytworzył 237 ton odpadów zakaźnych medycznych (w przeważającej mierze 18 03) a 137 ton do 16 listopada 2023 r. Oznacza to, że łącznie jest to około 411 ton, po uzupełnieniu szacunkowym miesiący

nieobjętych tymi pismami, aby uzyskać okres 12 miesięcy, przy czym istotne jest, że około połowy tego typu wytwarzanych odpadów USK w Białymstoku zagospodarowuje we własnym zakresie w swojej spalarni (nie licząc przerwy technologicznej w okresie październik-listopad), która ma ona zostać pod koniec listopada br. ponownie uruchomiona. Koreluje to z informacjami, jak również ilością, o której mowa w piśmie pozyskanym przez Odwołujących (138 ton), i wskazaną w piśmie MPO Białystok z 21 listopada 2023 r. jako faktycznie przekazana do spalarni w Hajnówce (około 84 ton). Niezależnie od tego istotne jest, że umowa z USK w Białymstoku będzie realizowana do połowy lipca 2024 r., po czym zostaną zwolnione moce przerobowe z tytułu obciążenia tym kontraktem, a przynajmniej nie można aktualnie zakładać, że będzie nowe zamówienie z USK w Białymstoku. Oznacza to, że około 156 ton zostanie faktycznie przekazane z tytułu realizowanego kontraktu, a na mocy obowiązującej decyzji spalarnia w Hajnówce ma moc przerobową 383 ton rocznie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli wspólnie ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, że zgodnie z warunkami tego zamówienia utylizacja objętych jego przedmiotem zakaźnych odpadów medycznych w ilości nieprzekraczającej 61 Mg (zdecydowana większość o kodzie 18 01 03) ma następować zgodnie z wynikającą z przepisów art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.) tzw. zasadą bliskości. Ponieważ art. 20 ust. 3 pkt 2 tej ustawy ustanawia zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone (tzw. zasada regionalizacji), co zasady na potrzeby tego

zamówienia wymagana jest ich utylizacja w odpowiedniej instalacji zlokalizowanej na terenie województwa podlaskiego.

Po drugie, że spośród dwu złożonych ofert tylko Konsorcjum MPO zaoferowało wykonanie w tym zakresie przedmiotu zamówienia według tej zasady, tj. unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych powstających w placówce Zamawiającego w instalacji w Hajnówce (należącej do lidera tego konsorcjum).

Po trzecie, że ustawa o odpadach przewiduje następujące wyjątki od zasady regionalizacji, dopuszczając utylizację zakaźnych odpadów medycznych poza terenem województwa, na którym zostały wytworzone. Po pierwsze – w bezwzględnie najbliższej miejsca ich wytwarzania instalacji unieszkodliwiania, co wynika ze stosowanego z mocy art. 20 ust. 6 zd. 1 odpowiednio art. 20 ust. 5 i stanowi *de facto* emanację zasady bliskości. Po drugie – w najbliższej odpowiedniej instalacji spośród położonych na terenie innego województwa, jeżeli w obrębie domyślnego województwa nie ma w ogóle takiej instalacji albo istniejąca instalacja nie ma wolnych mocy przerobowych, co wynika z art. 20 ust. 6 zd. 2.

Po czwarte, że Konsorcjum Eco-OZT zaoferowało unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego w instalacji w Olsztynie (należącej do partnera tego konsorcjum), czyli położonej na terenie województwa warmińsko-mazurskiego a niebędącej w najbliższej bezwzględnie odległości od Białegostoku, bez podania uzasadnienia dla odstąpienia zarówno od zasady regionalizacji, jak i bliskości.

[okoliczności niesporne]

Po piąte, Konsorcjum Eco-OZT nie uczyniło w ten sposób zadość ciężarowi udowodnienia zajścia wyjątku od zasady, który uprawniałby do takiego sformułowania treści oferty, do czego było obowiązane na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego (zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne).

Po szóste, że na podstawie treści złożonych ofert – z których jedna wskazuje na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zakaźnych odpadów medycznych zgodnie z obowiązującą zasadą, a druga nie, nie powołując się wprost na wyjątek, a tym bardziej nie wykazując go – Zamawiający nie mógł inaczej postąpić niż uznać tę drugą ofertę za niezgodną z warunkami zamówienia.

Po siódme, że Konsorcjum Eco-OZT przed sporządzeniem oferty nie zwracało się do MPO w Białymstoku o informacje co do dostępności wolnych mocy przerobowych instalacji w Hajnówce na potrzeby niniejszego zamówienia [co wprost przyznało na rozprawie do protokołu].

Po ósme, że dopiero w odwołaniu Konsorcjum Eco-OZT powołało się na wyjątek, o którym mowa w art. 20 ust. 6 *in fine* ustawy o odpadach, co sprowadza się do twierdzenia,

że instalacja w Hajnówce nie ma wolnych mocy przerobowych, gdyż rocznie może maksymalnie przetworzyć 310 Mg zakaźnych odpadów medycznych, a strumień około 300 Mg takich odpadów ma już zapewniony z tytułu realizacji umowy zawartej w połowie br. z USK w Białymstoku [patrz pkt 13 uzasadnienia odwołania].

Po dziewiąte, że powyższe twierdzenie nie mogło zostać wykazane sprawozdaniem za lata 2017-2019 czy pismami z 2022 r., które zostały omówione w odwołaniu i do niego załączone, gdyż nie dotyczą one aktualnej sytuacji, co zresztą zostało wprost przyznane w odwołaniu.

[okoliczności faktyczne lub prawne poza wszelkim sporem]

Po dziesiąte, że powyższe twierdzenie okazało się być oparte na założeniach niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Przede wszystkim z decyzji Marszałka Województwa Podlaskiego z 31 grudnia 2014 r. sygn. DIS-V.7244.15.20014 wynika, że instalacja w Hajnówce może maksymalnie unieszkodliwić 383,8 Mg/rok niebezpiecznych odpadów medycznych [patrz pkt 6. Minimalna i maksymalna ilość odpadów niebezpiecznych...]. Choć w odwołaniu wspomniano o takim określeniu maksymalnej wydajności technologicznej tej instalacji do termicznego przekształcania medycznych lub weterynaryjnych odpadów zakaźnych jako odpadów niebezpiecznych, zamiast tego za istotny uznano przewidywany (czyli szacowany) wolumen zakaźnych odpadów medycznych o kodzie 18 01 03 [patrz lp. 3 tabeli z pkt 2 lit a].

[decyzja załączona zarówno do odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie]

Ma to kluczowe znaczenie, gdyż jak trafnie zidentyfikował Zamawiający, różnica pomiędzy tymi wielkościami z nawiązką pokrywa wolumen medycznych odpadów zakaźnych objętych niniejszym zamówieniem [patrz pkt 11 odpowiedzi na odwołanie].

Po jedenaste, że w powyższym kontekście alternatywne twierdzenie zawarte w odwołaniu [w pkt 15 uzasadnienia] – że skoro umowa z USK w Białymstoku opiewa na 600 Mg, co jest ilością niemal dwukrotnie przekraczającą moce przerobowe spalarni w Hajnówce, nie mogła być ona brana pod uwagę na potrzeby niniejszego zamówienia – przechodzi do porządku dziennego nad tym, że umowa ta została zawarta w połowie br. i dotyczy usługi świadczonej sukcesywnie, co zresztą uwzględnione zostało we wcześniejszym twierdzeniu odwołania [z pkt 13 uzasadnienia].

[okoliczność poza wszelkim sporem]

Po dwunaste, że przede wszystkim w odwołaniu pominięto faktyczną wielkość strumienia zakaźnych odpadów medycznych kierowanych przez USK w Białymstoku do spalarni w Hajnówce, która dotychczas była znacznie mniejsza niż średnio 50 Mg miesięcznie, gdyż znaczną część wytworzonych zakaźnych odpadów medycznych USK w Białymstoku unieszkodliwia we własnym zakresie. Przy czym okazało się, że spalarnia ta

nie działała w okresie październik-grudzień br., ale ponownie ma być uruchomiona od początku grudnia br. Pomimo tej przerwy od 14 lipca do końca października 2023 r. USK w Białymstoku skierował do spalarni w Hajnówce nieco ponad 84 Mg spośród wytworzonych w tym okresie 175 Mg (w zaokrągleniu).

[pisma USK w Białymstoku z 7 czerwca i 16 listopada 2023 r. oraz pisma MPO Białystok z 14 i 11 listopada 2023 r. złożone na rozprawie przez Przystępującego w zw. z pismem z USK w Białymstoku z 14 lutego 2023 r. złożonym na rozprawie przez Odwołującego]

Po trzynaste, że zgłoszone jako dowód na rozprawie tabelaryczne zestawienie publicznych zakładów opieki zdrowotnej i ilości, na które miałyby globalnie i miesięcznie opiewać umowy w sprawie podobnych zamówień podobnych, jest nie tylko nową okolicznością faktyczną, o której nie było mowy w odwołaniu, a ponadto nieudowodnioną. Odwołujący, tak jak poprzednio w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1530/23, nie złożył żadnych materiałów źródłowych, pozwalających na zweryfikowanie tych danych jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy co do faktycznego wykonania tych umów.

Reasumując, Konsorcjum Eco-OZK nie miało podstaw faktycznych, aby wskazać w ofercie spalarnię położoną poza terenem województwa podlaskiego jako sposób wykonania tego zamówienia zgodny z jego warunkami, które odwoływały się do art. 20 ustawy o odpadach, gdyż nie wykazało również w toku postępowania odwoławczego, że było uprawnione do skorzystania z wyjątku od zasad bliskości i regionalizacji.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (przy czym art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r. zawierał analogiczne uregulowanie). Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez

wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z uwagi na powyższe dla rozpoznawanej sprawy z założenia nie mogły mieć znaczenia podniesione przez Odwołującego na rozprawie nowe w stosunku do tych wynikających z odwołania okoliczności i zgłoszone na ich poparcie dowody.

Odwołujący bezpodstawnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w powyżej ustalonych okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane

mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie

wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, przepisy ustawy pzp przewidują wprost instytucje lub odsyłają do instytucji Kodeksu cywilnego, które służą konwalidacji skutków niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. Jednakże istotne

elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest wprost zakazane przepisem art. 223 ust. 1 zda. 2 pzp (art. 87 ust. 1 zd. 2 popzp). Omówione powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy co do złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, właściwemu odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Jak powyżej ustalono, w tej sprawie treść oferty Odwołującego była jasna, a przede wszystkim wynika z niej niezgodność sposobu wykonania usługi z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzonego złożoną fakturą VAT) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie (w wysokości wynikającej z obliczenia wg tzw. kilometrówki odzwierciedlonego w poz. 2 tabeli zamieszczonej w tej fakturze VAT jako wartość netto, co zostało poczytane jako spis tych kosztów) – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.