

WYROK
z dnia 9 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 grudnia** 2019 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): **Remondis Medison Sp. z o.o., Remondis Medison Chrzanów Sp. z o.o.** (ul. Puszkina 41, 42-530 Dąbrowa Górnicza) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie - Koźlu** (ul. 24 Kwietnia 5, 47-200 Kędzierzyn – Koźle),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu (1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm - EMKA S. A. i PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. oraz (2) dokonanie powtórnej oceny ofert; W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie - Koźlu** (ul. 24 Kwietnia 5, 47-200 Kędzierzyn – Koźle) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie - Koźlu** na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Remondis Medison Sp. z o.o., Remondis Medison Chrzanów Sp. z o.o. (ul. Puszkina 41, 42-530 Dąbrowa Górnicza) kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, 00 groszy) oraz w kwocie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, 00 groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Opolu**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie • Koźlu, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych z SP ZOZ w Kędzierzynie - Koźlu” . Nr sprawy: SZP V-T/Z/VI/2019.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - REMONDIS Medison Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz REMONDIS Medison Chrzanów Sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie zarzucił Zamawiającemu w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na przyjęcie, że oferta złożona przez Konsorcjum firm EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, że nie podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum firm EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. oraz dokonania powtórnej oceny ofert i podjęcie czynności wykluczenia konsorcjum firm EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) alternatywnie art. 89 ust 1 pkt 2) lub art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podał, że formułując warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający w rozdziale 11.4 SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje odpady medyczne, których unieszkodliwianie musi odbywać się zgodnie z wymaganiami określonymi m.in. przez zasadę bliskości, wynikającą z treści art. 20 ust. 3 oraz ust. 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zgodnie z powołanymi przepisami, zakazany jest unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym odpady te zostały wytworzone. Dopuszczalnym jest jednak unieszkodliwianie tych odpadów, w najbliższej położonej instalacji w przypadku braku takich instalacji na terenie województwa. Zgodnie ze złożoną ofertą konsorcjum firm EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. zamierza unieszkodliwiać odpady odbierane od zamawiającego w instalacji firmy PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. w odległości ok 265 km, przy czym Odwołujący dysponuje bliżej położoną instalacją, w Chrzanowie, w odległości ok 107 km, w której odpady te mogą zostać poddane unieszkodliwieniu zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 20 ustawy o odpadach. Zamawiający dokonał błędnej oceny stanu faktycznego, w konsekwencji zaniechał podjęcia

czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm EMKA S. A, oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że wyrażona w treści art. 20 ustawy o odpadach „Zasada bliskości” stanowi jeden z podstawowych elementów koncepcji zagospodarowania odpadami przyjętej przez państwa europejskie, której celem jest zminimalizowanie ich potencjalnego negatywnego wpływu na środowisko naturalne. Zgodnie z poglądem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zasada bliskości stanowi podstawę wprowadzania ograniczeń w swobodnym przemieszczaniu odpadów. Zgodnie z regulacją zawartą w treści art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych 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. Przepisy ustawy o odpadach, w szczególności art. 20 w zakresie wyrażonej w tym przepisie „zasady bliskości”, mają charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i w tym zakresie muszą być bezwzględnie przestrzegane przez Zamawiających. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Środowiska z dnia 8 lipca 2013 r.: „ (...) podczas wyboru oferty na zagospodarowanie odpadów o właściwościach zakaźnych, należy mieć na uwadze, że zgodnie z przepisami o odpadach (zarówno dotychczasowej ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r., jak i nowej ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r, o odpadach), podmioty gospodarujące zakaźnymi odpadami medycznymi i weterynaryjnymi o właściwościach zakaźnych (wytwórcy jak i inni posiadacze odpadów) zobowiązani są do przestrzegania zasady bliskości.” Odwołujący wskazał na uchwałę KIO/KD29/14 podnosząc, że ustawodawca, niezależnie od przyjętych kryteriów oceny ofert, nakazuje poprzedzić, po pierwsze weryfikacją wykonawcy (art. 24 ustawy Pzp), po drugie zaś, oceną oferty w warstwie merytorycznej. Oznacza to, że Zamawiający był zobowiązany, powołując się na zasadę bliskości w treści SIWZ, jak również mocą bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, do oceny, czy rzeczona zasada została uwzględniona przy formułowaniu treści oferty i wynik tej oceny powinien przesadzić o tym, czy oferta zostaje odrzucona czy też podlega dalszej ocenie. Także wskazał na uchwałę KIO/KD 13/18, zgodnie z którą, Zamawiający jest zobowiązany stosować tak przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak również m.in. przepisy ustawy z dnia 14 grudnia o 2012 r. o odpadach. W podjętej uchwale Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Z ustawy tej wynika, wyrażona w art. 20 ust. 1, zasada bliskości, zgodnie z którą odpady, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Jeśli nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, to należy przekazać je do najbliższych położonych miejsc przetwarzania, uwzględniając przy tym hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001

r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 627 ze zm.j. Ponadto ustawodawca przewidział, w odniesieniu do szczególnego rodzaju odpadów jakimi są zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne, iż mogą być one unieszkodliwiane poprzez termiczne przekształcanie w spalarniach odpadów niebezpiecznych, co do zasady, na obszarze tego województwa, na którym zostały wytworzone. Zakazano unieszkodliwiania ich poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone oraz ich przywóz na teren innego województwa, pod karą aresztu albo grzywny (art. 172 ustawy o odpadach). Jedynie w drodze wyjątku odpady te mogą być unieszkodliwione na obszarze innego województwa, jeśli odległość od miejsca ich wytworzenia do miejsca ich unieszkodliwienia jest mniejsza niż odległość do miejsca unieszkodliwiania w tym samym województwie. Dopuszcza się też ich unieszkodliwienie w najbliższej położonej instalacji w innym województwie, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalację nie mają wolnych mocy przerobowych."

W konkluzji stwierdził, że złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza i gdyby Zamawiający nie podjął decyzji o wyborze oferty konsorcjum firm EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o. wykonawcą przedmiotowego zamówienia byłby Odwołujący.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując:

(...) w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki unieważnienia czynności dokonanych przez Zamawiającego w kwestii wyboru oferty firmy EMKA S.A. oraz PROMAROL- PLUS Sp. z o.o., a zatem dokonanie powtórnej oceny ofert oraz podjęcie czynności wykluczenia oferty w/w firmy byłoby oczywiście bezcelowe.

Odwołujący startował po raz kolejny w przetargu organizowanym przez Zamawiającego dot. „Odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych” oferując rażąco wygórowaną cenę. Podkreślenia wymaga fakt, że cena ta stanowiła wielokrotność cen płaconych przez Zamawiającego na podstawie umów przetargowych z poprzednich lat, w tym ostatniej umowy- *nota bene*- zawartej z Odwołującym. O ile za jeden kilogram wywiezionych odpadów Zamawiający dotychczas płacił ok. 3,82 zł netto, o tyle w ofercie, której dotyczy odwołanie Odwołujący zaoferował ponad 7 zł netto. Wzrost ten należy uznać za dokonany arbitralnie, w sposób nieuzasadniony, daleko odbiegający od warunków rynkowych. Wystarczy wskazać, że na podstawie racjonalnych kalkulacji i w ramach środków jakimi dysponuje Zamawiający kwota przetargowa została ustalona na poziomie 853 948 zł netto (922 263, 84 zł brutto). W przypadku przyjęcia oferty Odwołującego Zamawiający musiałby zapłacić 1 710 720 zł. Tak rażąco podwyżkę opłat należy traktować jako próbę wykorzystania dominującej pozycji na rynku, wzmocnionej nieuzasadnioną interpretacją art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach, w wyniku której Odwołujący żąda przyjęcia jego oferty posługując się w sposób instrumentalny wyrażoną w w/w ustawie zasadą bliskości, przy

zupełnym pominięciu faktu, że jego oferta uzyskała 61 pkt w postępowaniu przetargowym w stosunku do 81 pkt oferty zwycięskiej (o ok. 300 000 zł tańszej) i że wybór oferty gorszej stanowiłby pogwałcenie art. 7. 1. Ustawy Prawa Zamówień Publicznych. Zgodnie bowiem z tym przepisem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto wybranie oferty Odwołującego w oczywisty sposób naruszyłoby dyscyplinę gospodarowania środkami publicznymi, określoną w pkt 3 art 44 Ustawy o finansach Publicznych, zgodnie z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, co mogłoby stanowić podstawę sformułowania zarzutów o niegospodarność w kierunku Dyrekcji Zamawiającego. Zważając na powyższe, należy uznać za wielce zastanawiające wystosowanie przez Odwołującego oferty w analogicznym przetargu ogłoszonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu, w której za tę samą usługę zaoferowana cena była znacząco niższa, tj. 5, 39 zł brutto za kilogram odpadów. Ponadto jako instalację utylizacji odpadów podano spalarnię w Ciepiałówku (PROMAROL- PLUS sp. z o.o. Ciepiałówek 2,67- 410 Sława), czyli podmiot wobec którego Odwołujący podnosi, że nie spełnia wymogu zasady bliskości w niniejszej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że takie działanie Odwołującego jest rażącym nadużyciem prawa podmiotowego, stojącym w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, tj. naruszeniem art. 5 kodeksu cywilnego. Należy wspomnieć, że zastosowanie takiego środka ochrony instytucji prawa cywilnego wynika wprost z przepisów Ustawy o Zamówieniach Publicznych, tj.: art. 14. 1 . (Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej) oraz art. 139. I . (Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej), a także z orzecznictwa sądowego. M. in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lipca 2007 r. (sygn. akt. SA/Wa 172/07) stwierdził, iż „Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej”. W następnej kolejności należy także odnieść się do kwestii obowiązywania i zastosowania zasady bliskości, na którą powołuje się Odwołujący, określonej w art. 20 ustawy o odpadach. Wskazał, że zgodnie z art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach, w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i

zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych 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. Treść przytoczonego artykułu w sposób jednoznaczny i bezpośredni określa podmiot z usług którego można by skorzystać w razie wystąpienia przytoczonych przeszkód w wyborze instalacji na terenie województwa w obrębie którego znajduje się zakład wytwarzający odpady, a jest nim najbliższej położona instalacja. Wskazał, że instalacja położona w miejscowości Chrzanów, z której korzysta Odwołujący nie jest najbliższą tego typu instalacją, a zatem ich oferta nie może korzystać z ochrony zawartej w art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach. W samym Województwie Śląskim znajdują się cztery instalacje położone w Gliwicach, Katowicach, Dąbrowie Górniczej oraz Jaworznie (każda bliżej Zamawiającego niż ta w Chrzanowie). Do niedopuszczalnych i sprzecznych z zasadą racjonalnego tworzenia prawa, stanowiącej element zasad przyzwoitej legislacji, które z kolei są częścią zasady demokratycznego państwa prawnego, tj. art. 2 Konstytucji RP należy zaliczyć interpretowanie art. 20 ust. 6 Ustawy o odpadach w sposób rozszerzający oraz przypisywanie określonych środków prawnych podmiotom nieuprawnionym (Orzeczenie TK z 20 listopada 1996 r., sygn. K 27/95, OTK w 1996 r., cz. 11, poz. 43; a także wyrok TK z 17 maja 2005 r., sygn. P 6/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 50). Stanowiłoby to ponadto kuriozalną sytuację bezwzględnego przymusu wyboru oferty jedyne podmiotu w tego typu przetargach bez rozpatrywania innych kryteriów niż odległość, co samo w sobie jest sprzeczne nie tylko z przywołanymi wyżej przepisami prawnymi i zasadami prawa ale wręcz podważa sens i cel gospodarki rynkowej oraz znakomitej części obrotu prawnego. Niewątpliwie jest to także sprzeczne z ratio legis Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/W z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy, której implementacja stanowiła podstawę dla stworzenia regulacji zawartych w art. 20 UoO. Zgodnie z art. 16 Dyrektywy, wprowadzającej zasady samowystarczalności i bliskości, państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną i wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzględniającą przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik. Ponadto, w drodze odstępstwa od rozporządzenia (WE) nr 1013/2006, aby chronić swoją sieć, państwa członkowskie mogą ograniczyć wchodzące transporty odpadów przeznaczonych do obiektów przekształcania termicznego, które zaklasyfikowano jako instalacje do odzysku, w przypadkach, gdy

ustalono, że transporty takie doprowadziłyby w konsekwencji do tego, że krajowe odpady musiałyby być unieszkodliwiane lub musiałyby być przetwarzane w sposób niezgodny z planami gospodarki odpadami tych państw. Państwa członkowskie zawiadamiają Komisję o podjęciu takiej decyzji. Państwa członkowskie mogą również ograniczyć wychodzące transporty odpadów z przyczyn dotyczących środowiska określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006. Sieć powinna być zaprojektowana w sposób umożliwiający Wspólnocie jako całości stanie się samowystarczalną w zakresie unieszkodliwiania odpadów, jak również odzysku odpadów, o których mowa w ust. 1, a państwom członkowskim umożliwić stopniowe osiągnięcie tego celu indywidualnie, przy uwzględnieniu warunków geograficznych lub zapotrzebowania na specjalistyczne instalacje dla niektórych rodzajów odpadów. Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwienie odpadów lub odzysk odpadów, w jednej z najbliższych położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego. Zasady bliskości i samowystarczalności nie oznaczają, że każde państwo członkowskie musi posiadać na swoim terytorium pełen zakres obiektów do ostatecznego odzysku. Z powyższego wynika, że zasady bliskości nie można traktować w sposób absolutny, a jej celowość ściśle koreluje z zasadą samowystarczalności, która to- mimo jej nie ujęcia w Ustawie o Odpadach- stanowi część systemu prawnego jako jedna z dyrektyw interpretacyjnych dla art. 20 UoO.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba przede wszystkim stwierdza, że ustawa o odpadach w jej art. 20 ust. 3 pkt 2 ustanawia zakaz unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, w którym zostały wytworzone. Dopuszczalnym wyjątkiem jest sytuacja, w której instalacja do ich unieszkodliwiania, położona na terenie innego województwa znajduje się bliżej miejsca wytworzenia tych odpadów niż instalacja położona na terenie województwa, w którym zostały one wytworzone lub w przypadku gdy istniejące instalacje na terenie województwa, w którym wytworzono zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne nie mają wolnych mocy przerobowych. Zatem zgodnie z obowiązującym prawem, zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne należy przekazywać do najbliższych położonych miejsc termicznego przekształcania, co ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa sanitarnego. Izba dodatkowo zauważa, że Ustawa o odpadach określa również sankcje za nieprzestrzeganie

opisanych powyżej obowiązku, a mianowicie w myśl jej art. 172 karze aresztu albo grzywny podlega ten, kto: „1) wbrew przepisowi art. 20 ust. 3, unieszkodliwia zakaźne odpady medyczne albo zakaźne odpady weterynaryjne poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone (art. 172)”.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest: *„Odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych z SP ZOZ w Kędzierzynie - Koźlu”*. Miejscem odbioru tych odpadów jest zatem Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kędzierzynie – Koźlu położony na terenie województwa opolskiego. Zamawiający w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w rozdziale III.2) w wskazał przepisy prawa (ustawę i przepisy wykonawcze) w szczególności z którymi powinna być wykonywana usługa oraz wskazał (w rozdziale III.5), że *„Wykonawca winien wykonywać usługę obejmującą: a) odbiór odpadów z SP ZOZ w Kędzierzynie— Koźlu, b) transport i unieszkodliwianie odpadów (...)”*. Wskazał także, że *„Przedmiot zamówienia obejmuje odpady medyczne, których unieszkodliwianie musi odbywać się zgodnie z wymaganiami:*

a) Zasada bliskości:

Zgodnie z art. 20 ust. 3 i art. 20 ust. 6 ustawy z 14.12.2012r. o odpadach zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych,

b) Metoda unieszkodliwiania odpadów:

Zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy z 14.12.2012r. o odpadach zakaźne odpady medyczne unieszkodliwia się przez termiczne przekształcanie w spalarniach odpadów niebezpiecznych. Zakazuje się ich unieszkodliwianie we współspalarniach odpadów (...).

Zamawiający określił także w specyfikacji warunki udziału w postępowaniu m.in. w rozdziale V.b.1) dotyczące: *„kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisach. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się posiadaniem kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (...)”*. Z kolei w rozdziale VII.B wymagał: *Oświadczenia/dokumenty składane przez Wykonawcę po czynności otwarcia Ofert I na wezwanie Zamawiającego” i zaznaczył, że dokumentów nie należy załączyć do oferty. Ten punkt B m.in. dotyczył: (...) aktualnego zezwolenia (decyzji itp.) właściwego organu administracji publicznej na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. transport, utylizacja odpadów medycznych o*

kodach wymienionych w rozdziale III ust. 4 siwz (ppkt 2.3) oraz oświadczenia Wykonawcy o realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 20 ust. 3 i art. 20 ust. 6 ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r., poz. 701, z p. zm.)” (ppkt 2.4). Odośne oświadczenia o realizacji zamówienia zgodnie z art. 20 ust. 3 i art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach zawarte zostało również w punkcie 7 Formularza ofertowo-cenowego.

Zamawiający zatem zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu, a następnie powtórzył w SIWZ w Rozdziale III – Opis przedmiotu zamówienia, zawarł wymaganie, że wykonywanie usług objętych przedmiotem zamówienia powinno odbywać się zgodnie z przepisami prawa, a następnie precyzując, że utylizacja odpadów medycznych odbywać się ma w zakładzie utylizacji zlokalizowanym na obszarze województwa, na którym odpady zostały wytworzone lub w miejscu najbliższym miejscu ich wytwarzania, zaznaczając (tak jak stanowi art. 20 ust.3 i ust.6 ustawy o odpadach), że dopuszcza unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, ale tylko w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych. Prowadząc zatem przedmiotowe postępowanie i dokonując oceny ofert zobowiązany był przestrzegać zarówno przepisy ustawy Pzp, jak również przepisy ustawy o odpadach, w szczególności te które wiążą się z wyrażoną m.in. w art. 20 ust. 1, zasadą bliskości, zgodnie z którą odpady, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania uwzględniając tylko odstępstwa przewidziane przepisami.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm - EMKA S. A. oraz PROMAROL-PLUS Sp. z o.o., których oferta została uznana za najkorzystniejszą złożyli w ofercie zgodnie z jej punktem 7 stosowne oświadczenia o realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 20 ust. 3 i art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach. Z kolei w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2019 r. złożyli ponownie oświadczenie o takiej treści, a także przedłożyli wymagane punktem B decyzje, które dotyczyły pozwoleń na transport odpadów i na zbieranie odpadów. Także przedłożyli decyzję Marszałka Województwa Lubuskiego, którą udzielone zostało pozwolenie zintegrowane „na eksploatację instalacji do termicznego przekształcania odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 ton na dobę, zlokalizowanej w m. Ciepielówek 2, gm. Sława, prowadzącemu instalację PROMAROL- PLUS sp. z o.o. z siedzibą w m. Ciepielówek 2 67-410 Sława”. Ta instalacja położona jest w województwie lubuskim.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił (powołując się także na art. 5 kc i ustawę o finansach publicznych – jej art. 44) własną interpretację zasady bliskości

(stanowisko podtrzymał na rozprawie) wskazując w szczególności, że Odwołujący startował po raz kolejny w przetargu organizowanym przez Zamawiającego dot. „Odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych” oferując rażąco wygórowaną cenę oraz, że w przypadku przyjęcia oferty Odwołującego musiałby zapłacić 1 710 720 zł i, że tak rażąco podwyżkę opłat należy traktować jako próbę wykorzystania dominującej pozycji na rynku, wzmocnionej nieuzasadnioną interpretacją art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, w wyniku której Odwołujący żąda przyjęcia jego oferty posługując się w sposób instrumentalny wyrażoną w w/w ustawie zasadą bliskości, przy zupełnym pominięciu faktu, że jego oferta uzyskała 61 pkt w postępowaniu przetargowym w stosunku do 81 pkt oferty zwycięskiej (o ok. 300 000 zł tańszej) i że wybór oferty gorszej stanowiłby pogwałcenie art. 7. 1. ustawy Pzp.

Taka argumentacja nie znajduje uzasadnienia na gruncie przepisów ustawy o odpadach i tym samym uzasadnienia do przyjęcia, że instalacja do termicznego przekształcania odpadów niebezpiecznych w Ciepiewku, której dotyczy wskazane pozwolenie zintegrowane (zlokalizowana w województwie lubuskim) także spełnia wymagania z Rozdziału III.5 specyfikacji. Izba także stwierdza, że Zamawiający, w tym postępowaniu nie wymagał, aby wykonawcy załączyli dokument zawierający wskazanie miejsca utylizacji odpadów medycznych. Także ze specyfikacji nie wynika, aby warunkiem udziału w postępowaniu było także samodzielne unieszkodliwianie odpadów przez wykonawcę. Izba stwierdza również, że kwestia unieszkodliwiania odpadów medycznych (lokalizacji instalacji) nie była przedmiotem wyjaśnień z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a z dokumentacji nie wynika, że wybrany wykonawca do utylizacji odpadów niebezpiecznych planuje wykorzystać własną spalarnię. Zamawiający sam wskazuje, że w województwie śląskim (sąsiadującym) znajdują się cztery instalacje (położone w Gliwicach, Katowicach, Dąbrowie Górniczej oraz Jaworznie), z których każda jest zlokalizowana bliżej Zamawiającego niż ta w Chrzanowie (woj. Śląskie), której właścicielem z kolei jest Odwołujący.

W konkluzji Izba stwierdza, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty, która nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ w zakresie dotyczącym między innymi opisu przedmiotu zamówienia czy też warunków wykonywania zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazanie przez wykonawcę spalarni w innej lokalizacji, poza województwem opolskim i w dalszej odległości od miejsca wytworzenia odpadów, pozostawałoby w sprzeczności z przywołanymi powyżej postanowieniami SIWZ. Jednakże te okoliczności wymagają dodatkowych ustaleń z udziałem zainteresowanego wykonawcy. Izba jednocześnie stwierdza, że zaoferowanie instalacji spoza terenu województwa (z odrębnościami dopuszczonymi przepisami) nie

może być uznane za czynność złożenia oferty, która jest czynnością sprzeczną z prawem lub mającą na celu obejście ustawy a zatem skutkiem której istnieje sankcja nieważności na podstawie art. 58 ust. 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. To w rezultacie prowadzi do wniosku, że nie można zastosować sankcji w postaci odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....