

**Sygn. akt: KIO 2830/22**

**WYROK**

z dnia 14 listopada 2022r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2022r. **przez odwołującego:** Konsorcjum EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów i PROMAROL – PLUS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) Ciepiałówek 2, 67- 410 Sława w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław

**orzeka**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Konsorcjum EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów i PROMAROL – PLUS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) Ciepiałówek 2, 67- 410 Sława i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** Konsorcjum: EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów i PROMAROL – PLUS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) Ciepiałówek 2, 67- 410 Sława tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od **odwołującego** Konsorcjum: EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów i PROMAROL – PLUS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) Ciepiałówek 2, 67- 410 Sława na rzecz **zamawiającego:**

Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka Centrum Medycyny Ratunkowej ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2, 54-049 Wrocław kwotę 3600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i kwotę 400,00 zł. (słownie: czterysta złotych zero groszy) tytułem kosztu dojazdu na rozprawę, pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie złożono w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu nieograniczonego o wartości powyżej progów unijnych na „Usługa odbioru odpadów medycznych”,

znak sprawy: EZ.272.025.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 166-471813.

### **Odwołanie**

Odwołanie złożono na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie ECO – ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Przemysłowa 7, 97 – 400 Bełchatów (Lider konsorcjum) oraz ECO Clean Energy S.A., ul. Przemysłowa 7, 97 – 400 Bełchatów (Członek Konsorcjum), dalej „Konsorcjum ECO – ABC”, pomimo ziszczenia się przesłanek do odrzucenia oferty złożonej przez ww. Wykonawcę.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, art. 20 ust. 3 pkt 2), art. 20 ust. 4, art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm., dalej "ustawa o odpadach") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC i wybór oferty złożonej przez ww. Wykonawcę jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. z uwagi na naruszenie bezwzględnie obowiązującej zasady bliskości wynikającej z ustawy o odpadach) oraz jako niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ECO - ABC jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ECO - ABC,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert,

4) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i unieszkodliwienie odpadów medycznych pochodzących z działalności Dolnośląskiego Szpitala Specjalistycznego im. T. Marciniaka — Centrum Medycyny Ratunkowej z/s we Wrocławiu.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która jest ważna (w tym spełnia wymagania ustawy o odpadach) oraz zgodna z SWZ.

Tymczasem Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ECO - ABC, która to oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (ustawa o odpadach) oraz niezgodna z SWZ.

Na skutek niniejszego Odwołujący poniósł szkodę, ponieważ Zamawiający nie wybrał złożonej przez niego oferty, a tym samym Odwołujący utracił spodziewane korzyści jakie osiągnie z realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC została odrzucona, co doprowadziłoby do sytuacji, w której najkorzystniejszą byłaby oferta złożona przez Odwołującego. W związku z powyższym, należy uznać, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania wyrażający się w bezpośredniej szansie pozyskania niniejszego zamówienia oraz osiągnięcia korzyści ekonomicznych w przypadku jego uwzględnienia.

W konsekwencji, dwie wymagane treścią art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki materialno-prawne zostały kumulatywnie spełnione, tj. 1) Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia (jego oferta jest ważna, zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, SWZ, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu, ponadto Odwołujący nie może się godzić na rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o odpadach przez Zamawiającego) oraz 2) poniósł szkodę w wyniku wyboru jako najkorzystniejszej przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC zamiast oferty Odwołującego, przez co nie osiągnął spodziewanego zysku.

Odwołujący wnosi odwołanie z zachowaniem ustawowego terminu. Informację o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący powziął w dniu 18 października 2022 r., tym samym ustawowy termin wniesienia odwołania upływa w dniu 28 października 2022 r.

Uzasadnienie odwołania

Stan faktyczny:

1. Zamawiający ma siedzibę na terenie województwa dolnośląskiego i na tym też terenie będzie wytwarzał odpady medyczne.

2. Zamawiający w Część II pkt 1 ppkt 7 i 8 SWZ (str. 10 SWZ) postanowił, że:

7) Działając z poszanowaniem zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699 ze zm.), Zamawiający w trakcie realizacji umowy dopuszcza unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa ich wytworzenia (woj. dolnośląskie) lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania,

8) Jednocześnie na podstawie regulacji wynikającej z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699 ze zm.), w przypadku gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia Zamawiający w trakcie realizacji umowy dopuszcza unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach innych, niż wskazane w pkt. 7) powyżej. Ciężar wykazania ziszczenia się, powyższej przesłanki spoczywa w całości na Wykonawcy. Obowiązek ten powstanie, jeśli w trakcie trwania umowy Wykonawca zmieni miejsce unieszkodliwiania odpadów. Obowiązek ten nie dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zaoferował unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa dolnośląskiego.

3. Dodatkowo na końcu Części II pkt 1, pod ppkt 15) SWZ (str. 11 SWZ) Zamawiający zaznaczył: Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww. wymagań minimalnych będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

4. W załączniku nr 6 do SWZ, wzorze umowy w § 4 ust. 6 i 7 Zamawiający postanowił:

6. Wykonawca zobowiązuje się do poszanowania zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699) i unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa ich wytworzenia (woj. dolnośląskiego) lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania,

7. Zamawiający, na podstawie regulacji wynikającej z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699 ze zm.), tj. w przypadku gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie

województwa ich wytworzenia, dopuszcza w trakcie realizacji umowy unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach innych, niż wskazane w ust. 6 powyżej. Ciężar każdorazowego wykazania ziszczenia się, przesłanki odstępowania od zasady wyrażonej w ust. 6, spoczywa w całości na Wykonawcy. Obowiązek ten powstanie, jeśli w trakcie trwania umowy Wykonawca zmieni miejsce unieszkodliwiania odpadów. Obowiązek ten nie dotyczy Wykonawcy, który w ofercie zaoferował unieszkodliwienie odpadów poza terenem województwa dolnośląskiego.

5. Oferty w Postępowaniu złożyło dwóch Wykonawców (termin składania ofert upływał w dniu 30 września 2022 r.):

a) Konsorcjum ECO – ABC – oferując unieszkodliwienie odpadów w Bełchatowie (województwo łódzkie), niezgodnie z ustawą o odpadach;

b) Odwołujący – oferując unieszkodliwienie odpadów w Ciepelówku (województwo lubuskie), zgodnie z ustawą o odpadach.

c) Odległość instalacji do unieszkodliwiania odpadów od miejsca wytworzenia odpadów (według Google Maps, wskazany czas dojazdu jest szacunkowy; określenie dokładnego czasu dojazdu będzie zależne od pory dnia, natężenia ruchu, dnia tygodnia, remontów na drogach, aktualnej sytuacji na drodze i innych niemierzalnych czynników):

Miejsce wytworzenia odpadów

– zgodnie z Częścią II pkt 1, ppkt 5) lit.a SWZ /

1. Odległość do instalacji do unieszkodliwiania odpadów zaoferowanej przez Konsorcjum ECO – ABC (Bełchatów, ul. Przemysłowa 7)

2. Odległość do instalacji do unieszkodliwiania odpadów zaoferowanej przez Odwołującego (Ciepelówek 2, Sława)

3. Wrocław ul. Gen. Augusta Emila Fieldorfa 2

1) 195 km [2 godz. 34 min.] – ECO-ABC/ 2) 133 km [1 godz. 43 min.] – EMKA

6. Zgodnie z Częścią II pkt 7 ppkt 2 SWZ (str. 12 SWZ) na podstawie art. 112 ustawy Pzp, zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeśli wynika to z odrębnych przepisów: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie niezbędnego doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych, jeżeli wykaże, że posiada:

- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, wydane przez właściwy organ wydający zezwolenia na prowadzenie

działalności zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (tj. Dz.U.2022 r. poz. 699 ze zm.).

- Potwierdzeniem spełnienia warunku będzie złożenie kopii posiadanego ważnego zezwolenia.
- W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek będzie spełniony jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

7. Konsorcjum ECO – ABC na potwierdzenie spełniania ww. warunku przedłożyło decyzję nr PZ 60/ z dnia 23 maja 2007 r. w sprawie pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 ton na dobę, Zakładu Termicznej Utylizacji Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Bełchatowie przy ul. Przemysłowej 7. Decyzja została wydana przez Wojewodę Łódzkiego na rzecz ECO – ABC Sp. z o.o. Konsorcjum ECO – ABC dołączyło także wniosek z dnia 12 sierpnia 2022 r. skierowany do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego o zmianę pozwolenia w zakresie oznaczenia prowadzącego instalację na Eco Clean Energy S.A. z siedzibą w Bełchatowie. W dokumentach złożonych przez Konsorcjum ECO – ABC znajduje się pismo ECO – ABC Sp. z o.o. z dnia 10 października 2022 r. zawierające informację dotyczącą uprawnień do prowadzenia określonej działalności dotyczącej gospodarowania odpadami medycznymi.

Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że Konsorcjum ECO – ABC będzie unieszkodliwiała odpady medyczne na terenie województwa łódzkiego w Bełchatowie, co narusza bezwzględnie obowiązującą zasadę bliskości wynikającą z ustawy o odpadach, przywołaną także przez Zamawiającego w treści SWZ, o czym szczegółowo w dalszej części odwołania.

Analiza prawna odwołania:

1. Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum ECO – ABC będzie odpady odebrane od Zamawiającego unieszkodliwiać w Bełchatowie czyli na terenie województwa łódzkiego.
2. Odpady odebrane od Zamawiającego nie mogą zostać unieszkodliwione na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, tj. na terenie województwa dolnośląskiego, gdyż nie ma tam działającej instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych.
3. Jednocześnie w treści SWZ – Część II pkt 1 ppkt 7 oraz w § 4 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zaznaczył, że: Działając z poszanowaniem zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z

2022 poz. 699 ze zm.), Zamawiający w trakcie realizacji umowy dopuszcza unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa ich wytworzenia (woj. dolnośląskie) lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania.

4. W związku z tym, że nie ma funkcjonującej na terenie województwa dolnośląskiego instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych, odpady medyczne wytworzone przez Zamawiającego muszą zostać unieszkodliwione w instalacji do unieszkodliwiania odpadów położonej najbliższej miejsca wytworzenia odpadów. Taką instalację oferuje Odwołujący, co wynika jednoznacznie z odległości w kilometrach (jak i czasu dowozu odpadów do instalacji do unieszkodliwiania odpadów) wykazanej w pkt 5 lit. c) powyżej.

5. Co więcej w treści SWZ obowiązującej w niniejszym Postępowaniu Zamawiający podkreślił, że dopuszcza unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych bezwzględnie najbliższej położonej od miejsca ich wytworzenia. Jak to zostało wskazane powyżej instalację taką oferuje Odwołujący a nie Konsorcjum ECO – ABC.

6. Sposób realizacji usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia określa ustawa o odpadach. Nie jest on dowolny, lecz został szczegółowo uregulowany we wskazanej ustawie o odpadach. W związku ze szczególnym charakterem odpadów medycznych, których przechowywanie, transport, unieszkodliwianie niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym ustawy o odpadach, może prowadzić do powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi i zwierząt, ustawodawca w ustawie o odpadach, w jej art. 20 przewidział zasadę bliskości. Zasada ta służy temu, aby odpady medyczne – z uwagi na swój charakter – nie były przewożone do unieszkodliwiania w odległe miejsca, tylko były unieszkodliwiane najbliższej miejsca wytworzenia. Czas w procesie unieszkodliwiania odpadów medycznych jest bardzo istotny (i regulowany stosownymi aktami wykonawczymi). Części ciała, organy, narzędzia chirurgiczne, pozostałości po zabiegach i operacjach, pojemniki na krew, odpady, które zawierają żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny, leki itp. ze względu na swój charakter muszą zostać jak najszybciej poddane unieszkodliwieniu, w szczególności w dobie ciągle panującego wirusa Sars-Cov-2, gdy notowanych jest coraz więcej zachorowań a sezon jesienno – zimowy może przynieść wzrastającą liczbę ognisk i zachorowań na covid-19 lub innych jego mutacji nie znanych w dniu dzisiejszym. Zamawiający zabezpieczy się przed ryzykiem niewłaściwego unieszkodliwienia odpadów czy też ograniczy możliwość powstania zagrożenia epidemicznego jeżeli zleci unieszkodliwienie odpadów – zgodnie z ustawą o odpadach - w spalarni, która jest położona bezwzględnie (jak to określił sam Zamawiający) najbliższej miejsca wytworzenia odpadów (innymi słowy najbliższej szpitala).



7. Powyższa zasada znalazła swoje odzwierciedlenie w normie prawnej zawartej w ustawie o odpadach. Kluczowy jest tutaj art. 20 ustawy o odpadach opisujący zasadę bliskości. Przepis ten opisuje gdzie (w jakim miejscu, na terenie jakiego województwa należy dokonywać utylizacji/unieszkodliwiania odpadów medycznych).

8. Odnosząc się do ustawy o odpadach i art. 20, to stosownie do ww. przepisu:

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.

3. Zakazuje się:

- 1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,
- 2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych

– poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa.

6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

9. Decyzja Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ECO – ABC narusza zasadę bliskości opisaną w art. 20 ustawy o odpadach. Z

przywołanej zasady bliskości – w odniesieniu do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych - wynika, co następuje:

zasada: zakaźne odpady medyczne muszą zostać unieszkodliwione na obszarze województwa, na terenie, którego zostały wytworzone i nie mogą być przewożone na teren innego województwa w celu unieszkodliwienia.

wyjątek: zakaźne odpady medyczne mogą zostać unieszkodliwione na obszarze innego województwa 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. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

10. W przedmiotowym stanie faktycznym, tj. w odniesieniu do odpadów wytworzonych przez Zamawiającego, a więc na terenie województwa dolnośląskiego, gdzie nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów należy zastosować wyjątek od zasady bliskości opisaną w art. 20 ustawy o odpadach. Stosownie do wyjątku zakaźne odpady medyczne unieszkodliwia się w najbliższej położonej instalacji, a zgodnie z cytowanymi powyżej postanowieniami SWZ, tak jak określił to Zamawiający w „bezwzględnie najbliższej” położonej instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych od miejsca ich wytworzenia. Taką instalację oferuje Odwołujący. Zgodnie zatem z zasadą bliskości i wynikającym z niej wyjątkiem – art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach – odpady wytworzone przez Zamawiającego mogą zostać zgodnie z bezwzględnie obowiązującą zasadą bliskości opisaną w ww. normie prawnej unieszkodliwione wyłącznie w instalacji położonej w Ciepeliówku. Instalacja ta jest położona najbliżej – w kilometrach (jak i czasowo w znaczeniu czasu przewozu odpadów z miejsca ich wytworzenia do miejsca ich unieszkodliwienia) – od siedziby Zamawiającego, a więc najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów.

11. Odpady wytworzone przez Zamawiającego nie mogą zostać przetworzone w miejscu ich powstania czyli na obszarze województwa, na terenie, którego zostały wytworzone (województwo dolnośląskie) i tym samym mogą być przewiezione na teren innego województwa (województwa lubuskiego), do najbliższej położonej instalacji w celu ich unieszkodliwienia. Ale nie mogą być przewiezione do instalacji dalej położonej od miejsca ich wytworzenia, tj. na teren województwa łódzkiego do instalacji w Belchatowie zaoferowanej przez Konsorcjum ECO – ABC. Innymi słowy, nie mogą w związku z tym, być wywożone na teren województwa łódzkiego. Takie działanie naruszałoby bezwzględnie obowiązujące postanowienia ustawy o odpadach w zakresie zasady bliskości, narażając Zamawiającego na sankcje opisane we wskazanej ustawie.

12. Biorąc pod uwagę bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy o odpadach, a w szczególności brzmienie art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach – należy jednoznacznie stwierdzić, że to wyłącznie w spalarni w Ciepielówku powinny być – zgodnie z ustawą o odpadach – unieszkodliwiane odpady medyczne wytworzone przez Zamawiającego. Miejsce unieszkodliwiania odpadów medycznych, które zostało wskazane przez Konsorcjum ECO – ABC – Bełchatów – narusza bezwzględnie obowiązującą zasadę bliskości i wynikający z niej wyjątek. Jak dobrze wiadomo wyjątki muszą być interpretowane w sposób zwięzający.

13. W konsekwencji, zaskakujące jest działanie Zamawiającego, który wybiera jako najkorzystniejszą ofertę nieważną, tj. złożoną przez Wykonawcę, który nie oferuje realizacji usługi unieszkodliwiania odpadów medycznych zgodnie z powszechnie bezwzględnie obowiązującą zasadą bliskości. W szczególności mając jeszcze na uwadze, że sam Zamawiający w treści SWZ doprecyzowuje, że odpady mają być unieszkodliwione w bezwzględnie najbliższej położonej od miejsca wytworzenia instalacji.

14. Niniejsze oznacza, że w przypadku gdy odpady medyczne pochodzące od Zamawiającego, zostały wytworzone na terenie województwa dolnośląskiego, to w konsekwencji – zgodnie z bezwzględnie obowiązującą normą o charakterze *ius cogens* wynikającą z wyjątku opisanego w ustawie o odpadach – powinny zostać unieszkodliwione w instalacji najbliższej położonej od miejsca wytworzenia odpadów. W związku z tym, że na terenie województwa dolnośląskiego nie ma funkcjonującej instalacji do unieszkodliwiania odpadów zachodzi konieczność skorzystania z wyjątku i unieszkodliwienia odpadów w instalacji bezwzględnie najbliższej położonej od miejsca wytworzenia odpadów a więc na terenie województwa lubuskiego w Ciepielówku.

15. Zamawiający poprzez wybór oferty Konsorcjum ECO – ABC dopuścił się rażącego naruszeniu bezwzględnie obowiązującej zasady bliskości zawartej w normie prawnej opisanej w art. 20 ustawy o odpadach. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty nieważnej, ponieważ w spalarni zaoferowanej przez Konsorcjum ECO – ABC nie może mieć miejsca unieszkodliwienie odpadów zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami wynikającymi z ustawy o odpadach (ani zgodne z zasadą ani z wyjątkiem).

16. Dodatkowo, należy zauważyć, że oferta złożona przez Konsorcjum ECO – ABC jest także niezgodna z treścią SWZ, tj.: Część II pkt 1 ppkt 7 i 8 SWZ (str. 10 SWZ) oraz § 4 ust. 6 i 7 wzoru umowy będącym Załącznikiem nr 6 do SWZ.

17. W tym miejscu należy podnieść, że w treści SWZ Zamawiający przywołał ustawę o odpadach – tym samym Zamawiający ma pełną wiedzę na temat bezwzględnie funkcjonującej zasady bliskości przy unieszkodliwianiu odpadów medycznych, Zamawiający podkreślił, że odpady mają zostać unieszkodliwione w instalacji bezwzględnie najbliższej

położonej od miejsca ich wytworzenia a dokonał wyboru oferty nieważnej i niezgodnej z SWZ, podlegającej odrzuceniu. Tym samym, Zamawiający, który wydatkuje środki publiczne, zamierza czynić to wbrew powszechnie obowiązującym przepisom – w przedmiotowym stanie faktycznym – ustawy o odpadach.

18. Nie sposób pominąć faktu, że naruszenie zasady bliskości jest obwarowane także stosownymi sankcjami karnymi wynikającymi z ustawy o odpadach. Otóż jak stanowi art. 172. ust. 1. ustawy o odpadach: Kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 3, poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone: 1) stosuje komunalne osady ściekowe albo 2) unieszkodliwia zakaźne odpady medyczne albo zakaźne odpady weterynaryjne podlega karze aresztu albo grzywny. Tej samej karze podlega, kto wbrew przepisowi art. 20 ust. 4 przywozi na obszar województwa odpady, o których mowa w ust. 1, wytworzone poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 1. (art. 172 ust. 2 ustawy o odpadach).

19. Zamawiający wybierając ofertę podlegającą unieważnieniu naraża się tym samym na odpowiedzialność karną.

20. Dodatkowo, Odwołujący przywołuje poniżej fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, jak i wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które potwierdzają konieczność i obowiązek przestrzegania zasady bliskości wynikającej z art. 20 ustawy o odpadach. Tytułem przykładu:

1. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2184/18.

2. Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2641/19.

W wyroku tym Izba uznała, że „W ocenie Izby interpretacja art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zakaźne odpady medyczne i weterynaryjne powinny być unieszkodliwione w spalarni położonej najbliżej miejsca ich wytworzenia. (...) Nie ma podstaw do rozszerzającej wykładni art. 20 ust. 6 zd. drugie ustawy o odpadach. Przepis ten powinien być rozumiany ściśle. Tym samym, skoro wykonawca ECO – ABC zaoferował utylizację odpadów w spalarni w Bełchatowie, to jego oferta była niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) i nie odpowiadała wymogom SIWZ w zakresie obowiązku realizacji świadczenia w sposób zgodny m.in. z ustawą o odpadach.”

3) Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2622/19:

„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)”.

„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.”

4) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 29/14: „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 (miejsce położenia spalarni) i wynik tej oceny powinien przesądzać o tym, czy oferta zostaje odrzucona czy też podlega dalszej ocenie, zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert.”

5) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 13/18: „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 Wykonawców: ECO-ABC Sp. z o.o. i Firmę Usługowo Handlową EKO-TOP Sp. z o.o., spalarni w innych lokalizacjach, poza województwem mazowieckim i w dalszej odległości od miejsca wytworzenia odpadów, pozostaje w sprzeczności z przywołanymi powyżej zapisami SIWZ. Ponadto nie było możliwe zastosowanie, w omawianym stanie faktycznym, przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a zatem oferty podlegały odrzuceniu.”

6) Konieczność odrzucenia oferty w przypadku naruszenia zasady bliskości potwierdził również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podnosząc co następuje: „W myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Ofertę, w której wykonawca zaproponował świadczenie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów z naruszeniem zasady bliskości należałoby odrzucić jako sprzeczną z ustawą o odpadach. Uniemożliwia ona jej przyjęcie przez zamawiającego i zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na unieszkodliwianie odpadów w spalarniach, które z uwagi na miejsce ich położenia, nie mogą - w świetle zasady bliskości – świadczyć tej usługi w odniesieniu do odpadów powstałych w określonym miejscu.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż jedynie wykonawca konsorcjum firm: X, który oświadczył, iż będzie unieszkodliwiał odpady medyczne w Płocku, tj. na terenie województwa mazowieckiego, a jednocześnie jest to miejsce utylizacji odpadów najbliższej położone od siedziby zamawiającego, złożył ofertę zgodną z warunkami określonymi w siwz, m.in. w zakresie „zasady bliskości”. W przypadku ofert złożonych przez wykonawców: Y i Z, które to oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze dla wszystkich 3 części zamówienia, należy uznać, iż została naruszona zasada bliskości zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, a tym samym, wskazane oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią siwz oraz jako nie ważne na podstawie odrębnych przepisów” (tak w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2019).

21. Zatem oferta Konsorcjum ECO – ABC nie przewidująca unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych zgodnie z ustawą o odpadach (tj. nie przewidująca unieszkodliwienia odpadów wytworzonych przez Zamawiającego zgodnie z wyjątkiem od zasady bliskości opisanej w art. 20 ustawy o odpadach, w najbliższej położonej od miejsca wytworzenia instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych):

1) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. ustawy o odpadach (art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 1, ust. 3 pkt 2 oraz ust. 6 ustawy o odpadach),

2) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w Części II pkt 1 ppkt 7 i 8 SWZ (str. 10 SWZ) oraz § 4 ust. 6 i 7 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp), a tym samym podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

**Odpowiedź na odwołanie z dnia 07.11.2022r.**

W oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z późn. zm., zwaną dalej również Pzp.), odpowiedź na odwołanie wniesione przez Konsorcjum EMKA S.A. (Lider Konsorcjum) / PROMAROL- PLUS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), a przekazane Zamawiającemu w dniu 26.10.2022 r oraz:

1. Wnosi o oddalenie odwołania w całości
2. Wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentów postępowania na okoliczność wykazania braku podstaw do odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, art. 20 ust. 3 pkt 2), art. 20 ust. 4, art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm., dalej "ustawa o odpadach"), oferty złożonej przez KONSORCJUM FIRM: ECO-ABC" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – (Lider Konsorcjum) / ECO CLEAN ENERGY Spółka Akcyjna – (Członek Konsorcjum).
3. Wnosi o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa, wg. norm przepisanych.

UZASADNIENIE odpowiedzi na odwołanie

Podstawą wniesionego odwołania, są dwa sformułowane przez Odwołującego zarzuty, dotyczące wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez KONSORCJUM FIRM: ECOABC" Sp. z o.o. – (Lider Konsorcjum) / ECO CLEAN ENERGY S.A. – (Członek Konsorcjum), określone przez Odwołującego jako:

1. wybór podlegającej odrzuceniu na podstawie odrębnych przepisów
2. wybór podlegającej odrzuceniu jako oferta niezgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia

Odnosząc się do postawionych zarzutów, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, na bezprzedmiotowość stawianego mu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp. W ocenie Zamawiającego przepisy art. 20 ust. 1, art. 20 ust. 3 pkt 2), art. 20 ust. 4 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w przedmiotowym postępowaniu nie mają związku z czynnością wyboru oferty przez Zamawiającego, w znaczeniu jakie wywodzi Odwołujący i co istotniejsze – nie stanowią podstawy do odrzucenia ofert przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreśla, iż zasada bliskości na którą wskazuje Odwołujący, została przez Zamawiającego przywołana w dokumentach zamówienia wyłącznie w znaczeniu

zobowiązania wykonawców do jej stosowania w trakcie realizacji zamówienia – a zatem po zawarciu umowy, za czym przemawiają (przywołane również przez Odwołującego) zapisy SWZ oraz projektu umowy - załącznika nr 6 do SWZ, tj.

- zapisy dotyczące wymagań stawianych wykonawcom – zawarte w Rozdziale II pkt 1 ppkt 7 SWZ (str. 10 SWZ), gdzie Zamawiający stwierdza, iż:

„7) Działając z poszanowaniem zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699 ze zm.), Zamawiający w trakcie realizacji umowy dopuszcza unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa ich wytworzenia (woj. dolnośląskie) lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania”

- postanowienia w § 4 ust. 6 i 7 projektu umowy, gdzie Zamawiający sformułował treść zobowiązań wykonawcy, w których zawierając umowę o przedmiotowe zamówienie „Wykonawca zobowiązuje się do poszanowania zasady bliskości, wynikającej z art. 20 ust. 3 pkt 2 w zw. z ust. 6 zd. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699) i unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa ich wytworzenia (woj. dolnośląskiego) lub w bezwzględnie najbliższej położonej instalacji do unieszkodliwiania od miejsca ich wytwarzania”, natomiast Zamawiający konsekwentnie, „na podstawie regulacji wynikającej z art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 699 ze zm.), tj. w przypadku gdy obiektywnie nie można zapewnić unieszkodliwienia zakaźnych odpadów medycznych na terenie województwa ich wytworzenia, dopuszcza w trakcie realizacji umowy unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w instalacjach innych, niż wskazane w ust. 6 powyżej”, jednocześnie wskazując wprost, iż „Ciężar każdorazowego wykazania ziszczenia się przesłanki odstępstwa od zasady wyrażonej w ust. 6, spoczywa w całości na Wykonawcy”.

Literalna wykładnia przywołanych postanowień ww. dokumentów zamówienia, wskazuje na oczywistą intencję Zamawiającego, aby obowiązek wynikający z przepisów ustawy o odpadach realizował się po zawarciu umowy z wyłonionym wykonawcą i nie jest przedmiotem weryfikacji, czy też oceny Zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania.

W zupełnej zgodzie z powyższym pozostają, zarówno treść oświadczeń zawartych w pkt. 2 formularza oferty - załącznika nr 2 do SWZ, jak również fakt nie sformułowania przez Zamawiającego kryterium, które weryfikowałoby faktyczną lokalizację kwestionowanej



obecnie przez Odwołującego instalacji, w której miałyby następować unieszkodliwianie odebranych od Zamawiającego odpadów medycznych.

Co więcej – w odpowiedzi na propozycję zawartą w pytaniu nr 4 wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, złożonego w dniu 13.09.2022 r. przez „ECO-ABC” Sp. z o.o., dotyczącą wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert, określonego jako „Odległość do spalarni” – Zamawiający jednoznacznie nie wyraził zgody na ww. propozycję, pozostawiając tą kwestię „poza” procedurą postępowania o udzielenie zamówienia, a wyłącznie jako zobowiązanie wykonawców do przestrzegania przepisów ustawy o odpadach, zawarte w postanowieniach umowy, ze wszystkimi wskazanymi w umowie konsekwencjami świadczenia usług, z naruszeniem jej postanowień (kary umowne, odstąpienie od umowy przez Zamawiającego). Zatem jedynym przyjętym i obowiązującym kryterium oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, pozostała cena oferty.

Tymczasem Odwołujący, nie kwestionując spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez KONSORCJUM „ECO-ABC” Sp. z o.o. / ECO CLEAN ENERGY S.A. próbuje obecnie wykazać, że oferta wybranego Wykonawcy jest nieważna z mocy odrębnych przepisów bądź niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem wybór tej oferty narusza w ocenie Odwołującego unormowanie art. 20 ust. 1, art. 20 ust. 3 pkt 2), art. 20 ust. 4, art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy o odpadach.

Z ostrożności procesowej, odnosząc się w tym miejscu do poruszonego zagadnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ich spełnienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, Zamawiający wskazuje, iż w Rozdziale II pkt. 7 ppkt. 2 na okoliczność wykazania przez wybranego Wykonawcę posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeśli wynika to z odrębnych przepisów – wymagał wyłącznie złożenia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, wydanego przez właściwy organ wydający zezwolenia na prowadzenie działalności zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (tj. Dz.U.2022 r. poz. 699 ze zm.) – nie stawiając w tym zakresie żadnych ograniczeń, co do lokalizacji instalacji utylizującej odpady medyczne. Jednocześnie, Zamawiający nie wymagał w treści oferty, wskazania w jakiej instalacji odbywać się będzie unieszkodliwianie odbieranych od niego odpadów, traktując obbligo stosowania obowiązujących w tej materii przepisów, w tym zasady bliskości, jako wskazany już poprzednio element zobowiązania kontraktowego wykonawców.

Odnosząc się w tym miejscu do istoty zarzutu, o wyborze przez Zamawiającego oferty, z naruszeniem zasady bliskości, nie można pominąć podstawowej zasady wynikającej z Ustawy o odpadach, iż zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z

zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. co do zasady unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych powinno następować na obszarze tego samego województwa. Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego, ponieważ art. 20 ust. 6 tejże ustawy, wprowadza w zdaniu 2 wyjątek od zakazu unieszkodliwiania odpadów na terenie tego samego województwa, na którym zostały wytworzone i dopuszcza ich unieszkodliwianie poza terenem województwa w sytuacjach określonych w przywołanym przepisie.

Obecnie, po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez Konsorcjum EMKA S.A. / PROMAROL- PLUS Sp. z o.o., Zamawiający może z całą pewnością stwierdzić, iż żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie oferował instalacji zlokalizowanej na terenie woj. dolnośląskiego – właściwego dla siedziby Zamawiającego.

Co do zasady, zakaźne odpady medyczne powinny być unieszkodliwiane zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 20 ust. 3 i 5-6 ustawy o odpadach, tj. ich unieszkodliwianie 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 jednak ust. 5-6 art. 20 ustawy o odpadach, zgodnie z którymi można nie stosować ustalonej w art. 20 ust. 3 zasady regionalizacji 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
- c) gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

Tym samym zasada bliskości nie ma charakteru absolutnego.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady bliskości przez zastosowanie zasady konkurencyjności złożonych ofert. Każda z tych zasad jest bowiem zasadą wzajemnie równorzędną i stosowanie jednej z nich nie wyklucza stosowania drugiej. Zarówno jedna, jak i druga zasada nie są zasadami wzajemnie się wykluczającymi, jak i żadna z nich nie ma charakteru bezwzględnego. Zamawiający jest

zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 Pzp), czyli przestrzegając reżimu wynikającego z art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) Pzp. Natomiast art. 16 pkt 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W związku z powyższym zamawiający ma obowiązek poszanowania w równym stopniu zasady uczciwej konkurencji jak i obowiązujących przepisów prawa.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp wymaga ustalenia, że złożona oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Wprawdzie ustalenie to jest zazwyczaj dokonywane z uwzględnieniem przepisów KC, które stosuje się do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeśli przepisy Pzp nie stanowią inaczej (art. 8 ust. 1 Pzp), ale oczywiście jest to możliwe również w odniesieniu do przepisów odrębnych, mających zastosowanie do danego przedmiotu zamówienia. Podkreślić jednak trzeba, iż w każdym ocenianym przypadku, nieważność oferty powinna być wskazana *expressis verbis* w odrębnym przepisie ustawy. Przepis ten musi zatem ustanawiać sankcję nieważności czynności dokonanej z naruszeniem określonego przepisu. Podmiot zarzucający brak odrzucenia oferty z powodu jej nieważności (tu Odwołujący) zobowiązany jest do wskazania przepisu prawa, który stanowi o nieważności danej oferty.

Wydaje się zatem całkowicie uzasadnione przywołanie przez Zamawiającego tezy jaką postawiła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 31 marca 2022 r. (KIO 690/22), iż „Nie można ustawy z 2012 r. o odpadach (art. 20), uznać jako podstawy prawnej do uwzględnienia zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p., to jest stwierdzenia, że oferta jest nieważna na podstawie tej ustawy, ponieważ nie przewiduje się w tej ustawie skutku nieważności czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty. Poza tym regulacja tej ustawy nakazująca przestrzeganie zasady bliskości przy utylizacji odpadów medycznych w niej wskazanych i sprowadzających się do zakazu wywozu odpadów poza teren województwa, w którym odpady powstają, nie ma charakteru bezwzględnego, ponieważ przewiduje od niej wyjątki”. Stanowisko powyższe zostało poparte również w innych orzeczeniach Izby, a to w wyroku z dnia 10 czerwca 2022 r. (KIO 1318/22), czy też wyroku z dnia 23 czerwca 2022 r. (KIO 1533/22).

Odpowiadając na zarzut wyboru przez Zamawiającego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a tym samym naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w kontekście stanu faktycznego, opisanego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, a znajdującego swoje

potwierdzenie w przywołanych dokumentach zamówienia, Zamawiający wskazuje również na bezpodstawność tego zarzutu.

Istotne jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa. Zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być w tej materii jasne i klarowne (tak też: wyrok z 22 września 2020 r., sygn. akt KIO 1864/20; wyrok z 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 69/20).

Na gruncie ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym. Stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które wykonawca zrealizuje na rzecz zamawiającego. W niniejszym postępowaniu wykonawca składający ofertę zobowiązał się do wykonania usługi odbioru odpadów medycznych, jednocześnie oświadczając, że zapoznał się z całością dokumentacji przetargowej i nie wnosi do niej zastrzeżeń, a także zobowiązując się do zawarcia umowy zgodnie z aktualnymi wzorami stanowiącymi integralną część SWZ. Wykonawca nie składał natomiast oświadczenia, co do sposobu, miejsca, czy też czasu świadczenia, które mogłyby pozostawać w sprzeczności z warunkami zamówienia ukształtowanymi przez Zamawiającego.

Zarówno wykładnia obowiązującego obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 jak również obecne orzecznictwo, aktualizują tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp, zgodnie z którymi, aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, musi przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r. (KIO 273/22) konstatuje, iż Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest następcą prawnym art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z 2004 r. Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy, różnią się jedynie nazewnictwem. Tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

W szczególności trzeba więc wziąć pod uwagę zakres, ilość, jakość, warunki realizacji i inne elementy istotne dla wykonania zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio:

- zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej.

Takie porównanie przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Ponadto, przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymagałoby wskazania przez zamawiającego, z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji zamówienia oferta wyłonionego Wykonawcy jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest zatem właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca. Zamawiający jest bowiem związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

Odpowiadając w tym miejscu na podnoszony przez Odwołującego argument, przywołania przez Zamawiającego w treści SWZ ustawy o odpadach, wskazać należy na tezę wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2022 r. (KIO 716/22) stanowiącą, iż postanowienia SWZ interpretować należy z uwzględnieniem ich literalnego brzmienia i nie jest zasadnym z jednego ograniczenia wywodzić kolejne, jeśli wprost nie zostało ono w treści SWZ wyartykułowane. Taka interpretacja postanowień SWZ byłaby bowiem interpretacją dowolną.

Rozstrzygające znaczenie ma zatem literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania – tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień

skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez Odwołującego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający, tak jak w omawianym przypadku, nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie byłoby wadliwe.

Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w tezie wyroku z dnia 29 kwietnia 2022 r. (KIO 965/22), odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny.

Podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być zatem stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji.

W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu (tak teza Wyroku KIO z dnia 2 marca 2022 r. KIO 366/22). Analiza przeprowadzona przez Zamawiającego wykazała, iż literalne brzmienie oferty złożonej przez KONSORCJUM: ECO-ABC” Sp. z o.o. / ECO CLEAN ENERGY S.A., potwierdza złożenie oświadczenia o wykonaniu zamawianych usług, na zasadach i warunkach, określonych przez Zamawiającego. Tym samym nie stwierdzono podstaw do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołanie zostało złożone w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i unieszkodliwienie odpadów medycznych pochodzących z działalności zamawiającego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego regulowane jest ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Podstawę zarzutu odwołującego, co do nieprawidłowości działania po stronie zamawiającego, stanowiło naruszenie następujących przepisów:

art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, art. 20 ust. 3 pkt 2), art. 20 ust. 4, art. 20 ust. 6 zd. 2 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.) zwaną dalej "ustawą o odpadach" w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, w sytuacji gdy oferta wykonawcy wybranego powinna być odrzucona:

1. jako oferta nieważna według ustawy o odpadach, w związku z naruszeniem bezwzględnie obowiązującej zasady bliskości co do unieszkodliwiania odpadów medycznych od ich miejsca wytworzenia (art.226 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp) oraz
2. jako oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia czyli Specyfikacją Warunków Zamówienia dalej zwanej jako „SWZ” (art.226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp).

Jak z powyższego zestawienia wynika, według oceny odwołującego, zamawiający naruszył dwa bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, które nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty to jest art. 226 ust. 1 pkt 4) i pkt 5) ustawy Pzp.

Odwołujący na podstawie tak sformułowanego zarzutu, wobec czynności zamawiającego, który wybrał najkorzystniejszą ofertę, która według odwołującego z mocy prawa podlega odrzuceniu, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy wybranego,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert,
- 4) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Izba rozpoznając odwołanie, potwierdza posiadanie interesu po stronie odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz związanym z nim ryzykiem poniesienia szkody, przez naruszenie z winy zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazał odwołujący jego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego jako ważna, w tym spełniająca wymagania ustawy o odpadach oraz zgodna z warunkami SWZ. Gdyby zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy wybranego to oferta odwołującego byłaby wybrana jako najkorzystniejsza, co przysporzyłoby jemu korzyści z racji wykonywania zamówienia. Dlatego też odwołujący ma prawo do ochrony jego interesu w

uzyskaniu zamówienia, skoro zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. Powyższe sprowadza się do prawa wniesienia odwołania, w ramach środka ochrony prawnej przewidzianej w ustawie Pzp i do rozpoznania zarzutów złożonego odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie z zachowaniem 10 dniowego ustawowego terminu, obowiązującego dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, na podstawie art.515 ust.1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący informację o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej uzyskał w dniu 18 października 2022 r., przez co ustawowy termin wniesienia odwołania upływa w dniu 28 października 2022 r., a odwołanie wniesiono 26 października 2022 roku.

Zamówienie nosi znak sprawy: EZ.272.025.2022, a ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 166-471813.

Izba nie stwierdziła wystąpienia w sprawie, dalszych przesłanek przewidzianych art.528 ustawy Pzp, które nakazują odrzucenie odwołania. W związku z tym odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie w myśl art.530 ustawy Pzp.

Zarzuty odwołania zostały wyprowadzone z okoliczności, że zamawiający ma siedzibę na terenie województwa dolnośląskiego, na którym będą wytwarzane odpady medyczne, na terenie którego to województwa, jak i u zamawiającego nie ma wymaganej dla tych odpadów medycznych instalacji/spalarni do ich unieszkodliwiania. Według twierdzenia odwołującego wykonawca wybrany, będzie transportował i unieszkodliwiał odpady medyczne w instalacji nie najbliższej położonej od miejsca powstania odpadów medycznych (Ciepielówek - woj. lubuskie). Jak dalej twierdzi odwołujący na to wskazuje dokumentacja przedstawiona na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wybranego, a mianowicie utylizacja odbywać się będzie w Bełchatowie (woj. łódzkie), czyli w nie najbliższej położonej spalarni od zamawiającego.

Tak więc odwołujący przyznaje, co potwierdzał w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, że podstawą zarzutu naruszenia art.226 ust.1 pkt 4) oraz pkt 5) ustawy Pzp są oświadczenia, jak i dokumenty przedstawiane przez wykonawcę wybranego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zdolność zawodowa), ponieważ z nich wynika naruszenie zasady bliskości.

W związku z argumentacją odwołującego, który z postanowień co do warunku udziału w postępowaniu, wywodzi zarzut naruszenia zasady bliskości, odnoszącej się do sposobu



realizacji umowy, czyli zasady obowiązującej w trakcie realizacji umowy, przywołuje się w tym miejscu postanowienia SWZ regulujące właściwe w tym zakresie wymagania:

Zgodnie z Częścią II pkt 7 ppkt 2 SWZ (str. 12 SWZ) na podstawie art. 112 ustawy Pzp, zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeśli wynika to z odrębnych przepisów: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie niezbędnego doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych, jeżeli wykaże, że posiada:

- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, wydane przez właściwy organ wydający zezwolenia na prowadzenie działalności zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (tj. Dz.U.2022 r. poz. 699 ze zm.).
- Potwierdzeniem spełnienia warunku będzie złożenie kopii posiadanego ważnego zezwolenia.
- W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek będzie spełniony jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

Odwołujący nie kwestionuje ważności, aktualności i przydatności decyzji wydanej przez Wojewodę Łódzkiego mającej charakter zintegrowany czyli do odbioru, transportu, gromadzenia i utylizacji odpadów medycznych. Natomiast z faktu, że miejsce instalacji zlokalizowane jest na terenie Bełchatowa, odwołujący wywodzi zasadę naruszenia zasady bliskości w trakcie realizacji umowy, co skłania go do postawienia zarzutu z art.226 ust.1 pkt 4) i pkt 5) ustawy Pzp.

W ocenie Izby jest to błędna i nieuprawniona argumentacja i wnioskowanie odwołującego, ponieważ czym innym są warunki udziału w postępowaniu, określane przez zamawiającego, a czym innym jest zapewnienie zgodności realizacji umowy z postanowieniami SWZ, czy też jak w tym przypadku z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o odpadach, która ustanawia zasadę bliskości wobec miejsca utylizacji odpadów medycznych. Z faktu posiadania instalacji do unieszkodliwiania odpadów medycznych w nie najbliższej położonej instalacji od miejsca wytwarzania odpadów nie wynika automatycznie naruszenie zasady bliskości, która podlega kontroli na etapie realizacji umowy. Zresztą jak wynika z samej ustawy o odpadach, ta zasada nie ma charakteru bezwzględnego, ponieważ ma wyjątki, które można określić jako po pierwsze brak instalacji w województwie wytworzenia odpadów, po drugie większa bliskość miejsca utylizacji od instalacji w województwie ich wytwarzania, czy po trzecie brak mocy przerobowej w najbliższej instalacji, co podlega na bieżąco kontroli

właściwych organów państwowych. Podsumowując powyższy wątek argumentacji odwołującego, żadne postanowienia SWZ co do warunków udziału w postępowaniu nie przenoszą się wprost, czy nawet pośrednio do sposobu realizacji umowy. Natomiast zamawiający gwarantuje sobie wykonanie umowy zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy o odpadach, przez zamieszczenie treści ich postanowień w SWZ jak i załączniku do SWZ wzorze umowy, odbierając od wykonawców zobowiązanie do ich przestrzegania. W tym miejscu należy przywołać SWZ o treści „pkt 5. Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Projektowane postanowienia umowy zawiera załącznik nr 6 do SWZ. Złożenie oferty jest jednoznaczne z akceptacją przez wykonawcę projektowanych postanowień umowy.” Z kolei potwierdzeniem, że wykonawca wybrany będzie przestrzegał obowiązującego prawa zasady bliskości na etapie realizacji umowy, jest jego oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym o treści 2.Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z całością dokumentacji przetargowej i nie wnosimy do niej zastrzeżeń. Zobowiązujemy się do zawarcia umowy zgodnie z aktualnymi wzorami stanowiącymi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. 4.Oświadczamy, że zaoferowane usługi spełniają wymogi Zamawiającego określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyspecyfikowane w „Formularzu cenowym” stanowiącym integralną część SIWZ.”

Reasumując, należy stwierdzić, że skoro zamawiający w całej dokumentacji przetargowej nie wymagał przedmiotowych środków dowodowych, których regulacja znajduje się w art.104 i następnych ustawy Pzp co do zapewnienia zgodności oferowanych usług z wymaganymi cechami to powyżej zacytowane oświadczenie w ofercie wykonawcy wybranego należy uznać za wystarczające. Natomiast brak jest podstaw do uznania za uprawnioną interpretację odwołującego co do tożsamości warunków udziału w postępowaniu ze zgodnością oferowanych usług z wymaganymi cechami w opisie przedmiotu zamówienia. Słusznie też podnosił pełnomocnik zamawiającego argumentację co do odmowy zamawiającego zgłoszonego wniosku wykonawcy opisu kryteriów oceny ofert związanego z bliskością instalacji do utylizacji odpadów medycznych (vide art.104 ust.1 ustawy Pzp), a co też wskazuje na brak wymogu w SWZ przedmiotowych środków dowodowych.

Dalej odnosząc się do argumentacji odwołującego, wskazanej na poparcie zarzutów odwołania, a wywiedzionej z końcowego opisu przedmiotu zamówienia w SWZ, że „Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww. wymagań minimalnych będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.”, jakoby można byłoby z warunków udziału w

postępowaniu (instalacja w Bełchatowie) wywodzić warunki co do zgodności oferty z treścią SWZ. Nic bardziej mylnego, ponieważ art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp jest przywołany nie jak sugeruje odwołujący do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia tylko do pkt 15) tego opisu o brzmieniu:

- „15) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określają:
- niniejsza SWZ
  - formularz cenowy – załącznik nr 1 do SWZ,
  - projekt umowy – załącznik nr 6 do SWZ.

Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww. wymagań minimalnych będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.”

Decydujące znaczenie ma tutaj słowo „Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych powyżej” czyli „-niniejsza SWZ, -formularz cenowy – załącznik nr 1 do SWZ, - projekt umowy – załącznik nr 6 do SWZ.”, a nie w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pkt od 1 do 14 (str. 10-11SWZ). Tak więc tymi dokumentami dla oceny zgodności oferowanej usługi z opisem przedmiotu zamówienia, po stronie każdego z wykonawców jest formularz cenowy i projekt umowy, a co wykonawca wybrany wypełnił bez zastrzeżeń.

Również nieuprawnione są sugestie odwołania o odpowiedzialności zamawiającego, na wypadek nie dotrzymania zasady bliskości przez wykonawcę na etapie wykonania umowy, chociażby z racji powierzenia zamówienia profesjonalście, a nie jednostce podporządkowanej zależnej od dyspozycji zamawiającego, gdy ich współpracę reguluje umowa cywilno - prawna, a nie wydawane polecenia przez zamawiającego. Należy chociażby przywołać następujące przykłady postanowień SWZ: II. Wymagania stawiane wykonawcy 1. Przedmiot zamówienia 5) Wykonawca zobowiązany jest do: g. świadczenia usługi odbioru, transportu i utylizacji odpadów medycznych zgodnie z obowiązującymi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przepisami prawa oraz zasadami współczesnej wiedzy technicznej zapewniając bezpieczne i higieniczne warunki pracy; 9) Instalacja, o której mowa w pkt. 7) i 8) powyżej, musi posiadać wolne moce przerobowe umożliwiające unieszkodliwienie odpadów odbieranych od Zamawiającego, w całym okresie obowiązywania umowy. 10) Wykonawca, w trakcie realizacji umowy ponosi odpowiedzialność za przejęte odpady, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Podsumowując, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela argumentację zamawiającego co do bezzasadności zarzutów odwołania, ponieważ po pierwsze ustawa o odpadach nie zawiera przepisu o nieważności oferty, co jest konstatacją notoryjną (art.226 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp), a dokumentacja przetargowa nie posiada regulacji mieszczących się w ramach przedmiotowych środków dowodowych (art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp).

Na koniec należy nadmienić, że tak uregulowane postanowienia SWZ co do tylko warunków udziału w postępowaniu (zdolność zawodowa), bez udziału przedmiotowych środków dowodowych, wydają się gospodarczo racjonalne, z uwagi na ograniczoną i zmienną w czasie dyspozycyjność instalacji do utylizacji odpadów, w sytuacji przewidzianego czasu trwania umowy - 24 miesiące, a co szanuje zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przewidzianą w art.16 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i kwotę 3.600,00 zł i 400,00 zł. na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztu dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:** .....