

Sygn. akt KIO 1112/23

**WYROK**

**z dnia 8 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz REMONDIS Medison Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Janowie Lubelskim**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **UTYLIMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz Raf – Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie.**
- Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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**

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Janowie Lubelskim, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zagospodarowanie odpadów medycznych 2023*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00148302/01.

W dniu 19 kwietnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia REMONDIS Medison Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz REMONDIS Medison Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum firm UTYLIMED Sp. z o.o. oraz Raf – Ekologia Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm „ECO– ABC” Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. jest zgodna z warunkami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego przedstawione i dokonanie wyboru oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert Konsorcjum firm UTYLIMED Sp. z o.o. oraz Raf – Ekologia Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm „ECO – ABC” Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S.A. oraz dokonania powtórnej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia UTYLIMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz Raf – Ekologia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jedliczu, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 maja 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych w szacunkowej ilości – 34 514 kg / na 12 miesięcy.

Zamawiający nie wymagał od wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z pkt 6.1.4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale 7 oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. *Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje spalarnią odpadów: - z zachowaniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach - w zakresie unieszkodliwiania (przetwarzania) odpadów o kodach podanych w niniejszej SWZ. Ważne !!! W przypadku gdy na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady brak jest instalacji, Zamawiający będzie wymagał, aby usługa unieszkodliwiania odpadów medycznych była wykonywana w spalarni możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert.*

Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca winien przedłożyć *Stosowne oświadczenie, że dysponuje spalarnią odpadów: - z zachowaniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach - w zakresie unieszkodliwiania (przetwarzania) odpadów o kodach podanych w niniejszej SWZ. Wykaz Załącznik nr 7 do SWZ. Ważne !!! W przypadku gdy na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady brak jest instalacji, Zamawiający będzie wymagał, aby usługa unieszkodliwiania odpadów medycznych była wykonywana w spalarni możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert.*

Stosownie do Załącznika nr 7 należało podać m.in. odległość spalarni od szpitala w km (należało podać według przeglądarki GoogleMaps <https://www.google.pl/maps/>). Tożsamą informację należało wskazać w formularzu ofertowym

Jak stanowi SWZ jednym z kryteriów pozacenowych była odległość do spalarni o wadze 5%.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert wpłynęły trzy oferty:

- Odwołującego, który wskazał odległość do spalarni 94,1 km,
- Przystępującego, który wskazał odległość do spalarni 169 km,
- Konsorcjum ECO – ABC Sp. z o.o. oraz ECO CLEAN ENERGY S. A., które wskazało odległość do spalarni 241 km.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że treść ofert złożonych zarówno przez Przystępującego, jak również Konsorcjum ECO ABC Sp. z o.o. oraz ECO CLEANENERGY S.A., jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ (Rozdział 6 ust. 1 ppkt 6.1.4. oraz 8.2 ust. 2 SWZ). Wybór którejkolwiek z tych ofert prowadziłby do akceptacji przez Zamawiającego naruszenia obowiązujących przepisów prawa i unieszkodliwiania odpadów niezgodnie z zasadą bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach. Niedozwolone jest bowiem unieszkodliwianie odpadów poza województwem wytwarzania odpadów, w instalacji zlokalizowanej dalej od miejsca wytwarzania odpadów, jeśli takie unieszkodliwianie jest możliwe w instalacji posiadającej wolne moce przerobowe zlokalizowanej bliżej miejsca wytwarzania odpadów (w instalacji Odwołującego położonej w Rzeszowie, w odległości 94 km).

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść 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.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Izba uznała, że ze względu na konstrukcję zarzutu odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący nie zakwestionował spełnienia przez ofertę Przystępującego oraz drugiego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Brak jest w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt b ustawy Pzp. Zasada bliskości, na którą powołuje się Odwołujący, została uwzględniona w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w ramach warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. W ramach tego właśnie warunku, Zamawiający żądał dysponowania spalarnią odpadów: z zachowaniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach oraz w zakresie unieszkodliwiania (przetwarzania) odpadów o kodach podanych w niniejszej SWZ. Co istotne, Zamawiający wprost zastrzegł, że w przypadku gdy na terenie województwa, na którym wytwarzane są odpady brak jest instalacji, Zamawiający będzie wymagał, aby usługa

unieszkodliwiania odpadów medycznych była wykonywana w spalarni możliwie najbliższej położonej miejsca wytwarzania odpadów, z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert. Natomiast w ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający oceniał m.in. odległość do spalarni. Odwołujący zaś nie kwestionując spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego oraz drugiego wykonawcę próbuje wykazać, że oferta Przystępującego i drugiego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem wybór oferty narusza art. 20 ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy o odpadach zakazuje się stosowania komunalnych osadów ściekowych, unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Jak stanowi art. 20 ust. 4 ustawy o odpadach 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. Stosownie do art. 20 ust. 5 ustawy o odpadach 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. 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.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie przede wszystkim do warunków zamówienia dotyczących oferowanego przez wykonawcę świadczenia, niezależnie od tego, czy w odniesieniu do danego warunku zamówienia przewidziano obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Ponadto, w ramach kryteriów oceny ofert, cena nie była jedynym ustalonym w postępowaniu kryterium oceny. Zamawiający oceniał także odległość do spalarni. Na powyższe postanowienia SWZ nie wniesiono odwołania. Wykonawcy byli więc świadomi, że prócz ceny będą konkurowali także w ramach kryteriów dysponowaniem spalarnią położoną jak najbliższej siedziby Zamawiającego, bowiem w odniesieniu do odpadów wytworzonych przez Zamawiającego, a więc na terenie województwa lubelskiego, gdzie nie ma instalacji do unieszkodliwiania odpadów, każdy z wykonawców musi skorzystać z wyjątku od zasady

bliskości i poddać unieszkodliwieniu odpady odebrane od Zamawiającego na terenie innego województwa w najbliższej położonej instalacji.

Zarówno Odwołujący, jak i pozostali wykonawcy, wskazali spalarnie spoza województwa – miejsca wytwarzania odpadów. Zamawiający oceniając oferty dokonał działań matematycznych, biorąc pod uwagę wagę ustalonego kryterium – odległość spalarni. Odwołujący, który wskazał spalarnię położoną bliżej siedziby Zamawiającego uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktów. Niemniej nie było to jedyne ustalone w postępowaniu kryterium oceny, a jego wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej zredukowano do 5%.

Izba podziela pogląd wyrażony chociażby w wyroku KIO z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1533/22, gdzie wskazano, że zasada bliskości wynikająca z ustawy o odpadach nie wyklucza działania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które wyrażone zostały w ustawie Pzp. Dlatego też skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty zgodnie z ustalonymi i niekwestionowanymi przez wykonawców kryteriami oceny ofert, którymi jest związany, podobnie jak wykonawcy.

Izba ponownie podkreśla, iż Odwołujący w odwołaniu wskazał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przywołując postanowienia SWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Natomiast o niezgodności treści oferty z treścią SWZ mówimy gdy treść złożonej oferty w warstwie merytorycznej nie odpowiada postanowieniom SWZ. Tu takich zarzutów wobec oferty Przystępującego nie sformułowano. Z pewnością nie można powiedzieć, że oferta nie czyni zadość zasadzie bliskości, ponieważ Przystępujący wskazał spalarnię dalej położoną. Wykonawca wiedząc jakie ustalono w postępowaniu kryteria, zdawał sobie sprawę jaki wpływ może mieć to na ocenę jego oferty. Podanie spalarni dalej położonej nie jest jednak złamaniem zasady bliskości. Samo podanie spalarni dalej położonej, jeżeli w danym województwie nie funkcjonuje spalarnia odpadów medycznych lub funkcjonująca nie ma mocy przerobowych, nie jest złamaniem zasady bliskości, lecz działaniem w granicach dopuszczonych przez przepisy wyjątków od ustalonej zasady.

Podsumowując, wybór oferty najkorzystniejszej w niniejszym stanie faktycznym został dokonany zgodnie z regulacją przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....