

Sygn. akt: KIO 930/23

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Sulańska 11, 62-510 Konin oraz Eneris Proeco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Wojska Polskiego 65, 85-825 Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica, ul. Rydygiera 1, 64-920 Piła**

przy udziale wykonawcy: **Emka Spółka Akcyjna z siedzibą w Żyrardowie, ul. Jaktorowska 15a, 96-300 Żyrardów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 930/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie oraz Eneris Proeco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Odbiór, transport oraz unieszkodliwianie odpadów medycznych II”, znak sprawy: FZP.III-241/12/23 (dalej jako Postępowanie). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm), (zwanej dalej ustawą Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 037 - 107940 z dnia 21 lutego 2023 roku.

W dniu 3 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, oraz Eneris Proeco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (zwanym dalej Odwołującym) od następujących, niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, tj.:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Emka S.A. z siedzibą w Żyrardowie,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Emka S.A. z siedzibą w Żyrardowie, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. 2013 poz. 21 z późniejszymi zmianami) (dalej zwaną jako „ustawa o odpadach”) ze względu na to, że wybrany Wykonawca wskazał w ofercie instalację, która nie ma wolnych mocy przerobowych, co sprawi, że będzie kierował odpady do unieszkodliwiania do innej instalacji niż wskazana w ofercie, a jest to niezgodne z ustawą o odpadach oraz zapisami SWZ, w szczególności Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”) (tiret 1) zgodnie z którym odbiór, transport oraz unieszkodliwianie odpadów medycznych powstających w wyniku działalności szpitala Wykonawca ma wykonywać zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności obowiązującą ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. 2013 poz. 21 z późniejszymi zmianami), w sposób rzetelny, powodując jak najmniejsze zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska naturalnego oraz zgodnie z zasadą bliskości (tiret 7 OPZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy Ppz:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emka S.A., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Wykonawca ten w złożonej ofercie, wskazał instalację unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, która nie posiada wolnych mocy przerobowych. Nadto, wskazana instalacja nie będzie posiadała takich mocy przerobowych na etapie realizacji umowy w terminach przewidzianych w SWZ / OPZ, z uwagi na zarezerwowanie tych mocy przerobowych na rzecz innych podmiotów / na podstawie umów zawartych z innymi podmiotami.
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 6 ustawy o odpadach, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emka S.A., mimo tego, że wybrany Wykonawca będzie kierował odpady do unieszkodliwiania do innej instalacji niż wskazana w ofercie ze względu na brak mocy przerobowych w tej instalacji, co będzie skutkowało tym, że odpady te będą unieszkodliwiane w przypadkowych instalacjach lub bez korzystania z żadnej instalacji, co jest niezgodne z warunkami określonymi w art. 20 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 6 ustawy o odpadach oraz z SWZ, w szczególności z OPZ (tiret 1 OPZ) zgodnie z którym zamówienie miało być realizowane zgodnie z ustawą o odpadach, w sposób rzetelny, powodując jak najmniejsze zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska naturalnego oraz zgodnie z zasadą bliskości (tiret 7 OPZ).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Emka S.A.,
- 3) odrzucenie oferty Emka S.A. jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz
- 4) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie

na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

Ad zarzut nr 1

W dniu 23 marca 2023 roku Zamawiający poinformował o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport oraz unieszkodliwianie odpadów medycznych II” znak sprawy: FZP.III-241/12/23 i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Emka S.A. Jednakże oferta ta powinna była zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia. W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający wskazał, że do oferty Wykonawca ma dołączyć m.in. wykaz instalacji unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego zawierający odległość instalacji od siedziby Zamawiającego wraz z oświadczeniem o posiadaniu wolnych mocy przerobowych w instalacji (rozdział II SWZ Wymagania stawiane Wykonawcy-> pkt 8 Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów-> ppkt 1 Dokumenty składane razem z ofertą-> pkt 3 b). Wykonawca Emka S.A. wskazał, że instalacją unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego będzie Spalarnia Odpadów w Chojnicach przy ul. Leśnej 10 oraz o oświadczył, że instalacja posiada wolne moce przerobowe dla unieszkodliwienia odpadów Zamawiającego.

Odwołujący na podstawie ogólnodostępnych informacji stwierdza, że wskazana przez Emka S.A. Spalarnia Odpadów w Chojnicach nie posiada wolnych mocy przerobowych. Obecnie, w wyniku różnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, we wskazanej instalacji przerabiana jest ilość odpadów wyczerpująca moce przerobowe tej instalacji ustalone w decyzji co wskazuje poniższe:

1) Szpitala Specjalistycznego w Kościerzynie:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 397,3730
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/ rok/ realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 318,9820,
- data obowiązywania umowy - Od dnia 01.07.2022 do 01.07.2023 r.

2) Szpital Miejski w Miastku Sp. z o.o.:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 67,2132
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 67,2012 (*),
- data obowiązywania umowy – 12 miesięcy od dnia 19.04.2022 r .

3) Szpital Powiatu Bytowskiego w Bytowie:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok -
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 65,9649(*)
- data obowiązywania umowy – od dnia 27.12.2022 r. do 26.12.2023 r.

4) Kociewskie Centrum Zdrowia w Starogardzie Gdańskim:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 110,9160
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 102,8400
- data obowiązywania umowy – od dnia 02.06.2022 do 02.06.2023

5) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Słupsku:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 440,000
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 434,1000
- data obowiązywania umowy – umowa na 36 miesięcy od dnia 19.02.2022 r.

6) Powiatowe Centrum Zdrowia w Kartuzach:

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 84,1350
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami - 83,8000
- data obowiązywania umowy – 22.06.2022 - 21.06.2023

7) Szpital Specjalistyczny w Chojnicach

- Ilość odpadów objętych umową Mg/rok - 195,1449
- Ilość odpadów zakaźnych (głównie 180102* i 180103*) objętych kontraktem Mg/rok realizowane zgodnie z otrzymanymi informacjami – 186,2200(*)
- data obowiązywania umowy – 02.03.2021 do 01.03.2024 lub do uruchomienia przez Wydzierżawiającego nowej instalacji, zależności co nastąpi wcześniej

Należy podkreślić, że dodatkowo wskazana przez Emka S.A. Spalarnia Odpadów w Chojnicach przyjmuje odpady od klientów prywatnych nie objętych reżimem ustawy Pzp. Wobec tego do przedstawionych wyżej ilości odpadów kierowanych do ww. spalarni należy dodać około 30 % .

Zgodnie, z również załączoną do odwołania, decyzją- pozwoleniem na wytworzenie odpadów nr DROŚ-SO.7243.83.2014/2015.EB z 12 listopada 2015 r. wydajność instalacji w Chojnicach wynosi 1127 Mg/rok przy kaloryczności 14,7 MJ /kg (pkt 2.4 str. 11 decyzji). Oznacza to, że nie posiada ona już wolnych mocy przerobowych, a jej moce przerobowe zostały już wyczerpane. Nie jest możliwe, żeby Wykonawca Emka S.A. nie był tego

świadomy ponieważ sam jest Wykonawcą wszystkich wskazanych wyżej umów ze szpitalami. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Niewątpliwie podanie w ofercie instalacji przy pomocy której ma być realizowane zamówienie, a która nie posiada wolnych mocy przerobowych jest przesłanką do stwierdzenia, że treść oferty jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Wykonawca Emka S.A. nie wykazał, że jego oferta jest zgodna z SWZ.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Trudno uznać, że Zamawiający zapewnił w postępowaniu zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców skoro nie sprawdził prawdziwości oświadczenia Wykonawcy Emka S.A. o istnieniu wolnych mocy przerobowych w instalacji w Chojnicach. Zgodnie z art. 204 ust. 1 ustawy Pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia”. Niewątpliwie wybór przez Zamawiającego oferty Emka S.A. jako oferty najkorzystniejszej był czynnością wadliwą i niepoprzedzoną wnikliwą oceną.

Bezwzględnie obowiązująca zasada podlega, zgodnie z ustawą o odpadach złagodzeniu przez dopuszczenie unieszkodliwienia 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 (art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach)".

Ad zarzut nr 2

Wykonawca Emka S.A. składając oświadczenie, którego wzór stanowi Załącznik nr 7 do SWZ oświadczył, że:

1. Wykonawca oświadcza, iż zamierza unieszkodliwiać odpady medyczne w instalacji, która na dzień składania ofert posiada wolne moce przerobowe pozwalające w całości unieszkodliwić odpady odebrane od Zamawiającego.
2. Wykonawca oświadcza, że dotychczas zakontraktowane przez niego ilości odpadów medycznych w połączeniu z ilościami odpadów będących przedmiotem niniejszego postępowania nie przekraczają mocy przerobowych spalarni.

Jak wskazano wyżej, Oświadczenie wybranego wykonawcy, które dołączył do oferty nie koresponduje z prawdą. Skutkuje to tym, że ze względu na brak mocy przerobowych w instalacji wskazanej w ofercie wybrany Wykonawca realizując Umowę o wykonanie Zamówienia będzie kierował odpady do unieszkodliwiania do innej instalacji niż wskazana w ofercie. W konsekwencji odpady te będą unieszkodliwiane w przypadkowych instalacjach lub bez korzystania z żadnej instalacji co jest niezgodne z warunkami określonymi w art. 20 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 6 ustawy o odpadach i OPZ.

Na obecnym etapie Postępowania Emka S.A. nie może ww. oświadczenia uzupełnić i/lub zmienić.

Powyższe skutkuje tym, że wykonawca Emka S.A. nie będzie w stanie spełnić wymagań SWZ, w szczególności OPZ (tiret 1 i 7) zgodnie z którym odbiór, transport oraz unieszkodliwianie odpadów medycznych powstających w wyniku działalności szpitala Wykonawca będzie wykonywał zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności obowiązującą ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U.2013 poz. 21 z późniejszymi zmianami), w sposób rzetelny, powodując jak najmniejsze zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska naturalnego.

Zgodnie z warunkami zamówienia (vide: OPZ - tiret 7), Zamawiający nakazał, że „Zakaźne odpady medyczne muszą być unieszkodliwiane zgodnie z art. 20 tj. „zasadą bliskości” obowiązującej ustawy o odpadach, a także usługa musi być wykonana przez termiczne przekształcenie w spalarniach odpadów niebezpiecznych, przestrzegając zakazu unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych we współspalarni odpadów, zgodnie z art. 95 przywołanej powyżej ustawy”

Powyższy wymóg jaki ustanowił Zamawiający odpowiada istniejącym i powszechnie obowiązującym regulacjom prawnym.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien przestrzegać zarówno przepisów ustawy Pzp, jak też ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tak uchwała KIO z dnia 24 kwietnia 2018 roku KIO/KD 13/18, LEX nr 2507600). Należy podkreślić, że zasada bliskości jest zasadą, którą Zamawiający organizując Postępowanie był zobowiązany stosować.

Wobec wskazania przez Wykonawcę Emka S.A. instalacji która nie ma mocy przerobowych doszło do naruszenia szeregu przepisów ustawy o odpadach tj. art. 20 ust. 1.2.3.4.5.6 i 7 oraz zasady bliskości.

W świetle art. 20 ustawy o odpadach zakazane jest stosowanie komunalnych osadów ściekowych, unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

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.

Z powyższego wynika, że zakazane jest przewożenie odpadów do innego województwa do instalacji, które nie mają wolnych mocy przerobowych. A tak właśnie postąpił wykonawca Emka S.A.

Decyzja Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Emka S.A. narusza zasady przetwarzania odpadów określone w art. 20 ustawy o odpadach.

W ocenie Odwołującego naruszono również art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych niż ustawy Pzp złożona oferta jest nieważna. Ustawa Pzp nie określa, na podstawie jakich innych przepisów oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Wobec tego, że oferta Emka S.A. jest niezgodna z ustawą o odpadach to powinna zostać odrzucona.

Nadmienić należy, że Wykonawca EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie dzierżawi instalację termicznego przekształcania odpadów w Chojnicach od Szpitala Specjalistycznego im. J.K Łukowicza, ul. Leśna 10, 89-600 Chojnice.

Umowa dzierżawy została zawarta, zgodnie z informacją otrzymaną od szpitala, N/znak; DJK-0123-5/23 z dn. 20 marca 2023 r., na czas określony od dnia 2 marca 2021 r. do dnia uruchomienia projektowanej przez Wydierżawiającego nowej instalacji albo na okres trzech lat od dnia zawarcia przedmiotowej umowy, w zależności od tego, które z ww. zdarzeń nastąpi pierwsze.

W zawiązku z powyższym wybrany Wykonawca nie dysponuje przedmiotową instalacją na cały okres realizacji zamówienia z Zamawiającym - Szpitalem w Pile, ponieważ umowa dzierżawy instalacji wygaśnie najpóźniej dn. 1 marca 2024 r.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zasady przejrzystości postępowania

W obu zarzutach Odwołujący powołuje się na art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przykładał inną miarę do oferty Odwołującego, a inną do Emka S.A. To sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. W konsekwencji błędnych decyzji Zamawiającego przepisy ustawy o odpadach obowiązują tylko Odwołującego, a nie wybranego wykonawcę. Narusza to również zasadę przejrzystości postępowania.

Przejrzystość decyzji Zamawiającego oznacza zaś, że motywy, którymi kieruje się Zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez Zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmiennie w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę

Mając powyższe na uwadze uzasadnione są wnioski Odwołującego o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Emka S.A., odrzucenie oferty Emka S.A. jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie (zwany dalej Przystępującym), wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 14 kwietnia 2023 r. Przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym odniósł się do treści zarzutów podniesionych w odwołaniu

Pismem z dnia 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące replikę wobec stanowiska Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Emka S.A. z siedzibą w Żyrardowie, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emka S.A., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Wykonawca ten w złożonej ofercie, wskazał instalację unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych, która nie posiada wolnych mocy przerobowych, należy uznać za niezasadny.

Stosownie do treści art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Natomiast przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykazała, że Przystępujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w treści SWZ (Rozdział II ust. 8 pkt 1.3) złożył wraz z ofertą m. in.: wykaz instalacji unieszkodliwiania zakaźnych

odpadów medycznych odebranych od Zamawiającego, zawierający odległość od siedziby Zamawiającego wraz z oświadczeniem o posiadaniu wolnych mocy przerobowych w instalacji.

Przystępujący złożył również zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (Rozdział II ust, 6 pkt 2 SWZ) aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych będących przedmiotem zamówienia oraz przedstawił Decyzję z dnia 12 listopada 2015 roku Marszałka Województwa Pomorskiego nr DROŚ-SO.7243.83.2014/2015.EB – Pozwolenie na wytwarzanie odpadów, określając wydajność instalacji dla kodów:

18 01 02	–	850 Mg/rok,
18 01 03	–	1127 Mg/rok,
18 01 06	–	850 Mg/rok,
18 01 07	–	850 Mg/rok,
18 01 08	–	850 Mg/rok,
18 01 09	–	850 Mg/rok.

Wobec powyższego, jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie miał on podstaw by kwestionować oświadczenie złożone przez Przystępującego, w zakresie posiadania wolnych mocy przerobowych dla unieszkodliwiania odpadów medycznych objętych przedmiotem zamówienia, których szacunkowa wielkość określona przez Zamawiającego wynosiła 200 Mg/rok.

Odwołujący buduje powyższy zarzut w oparciu o realizowane przez instalację w Chojnicach umowy utylizacji odpadów z podmiotami publicznymi twierdząc, że wyczerpują one moce przerobowe instalacji ustalone w Decyzji Pozwolenie na wytwarzanie odpadów. Ponadto, instalacja ta świadczy usługi utylizacji odpadów dla podmiotów prywatnych, które stanowią ok. 30% wartości realizowanych kontraktów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący winien zatem wykazać, że instalacja w Chojnicach, w której Przystępujący zadeklarował świadczenie usługi utylizacji odpadów, nie ma wolnych mocy przerobowych umożliwiających realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Izba za nieudowodniony uznała zarzut dotyczący utylizacji odpadów od podmiotów prywatnych w wielkości ok. 30% wartości realizowanych kontraktów. Na tą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu. Oferta współpracy złożona przez Odwołującego jako dowód, na potwierdzenie realizacji usługi utylizacji odpadów dla

podmiotu prywatnego nie stanowi potwierdzenia dla tej wartości. Oferta stanowi jedynie odpowiedź na chęć współpracy z Odwołującym. Nie jest sporne między stronami, że instalacja w Chojnicach świadczy usługi dla podmiotów prywatnych, a ww. złożony dowód potwierdza jedynie to, co jest informacją ogólnie dostępną, np. na stronie internetowej instalacji. Dowód nie potwierdza jednak wartości kontraktów dla podmiotów prywatnych, na którą powołuje się Odwołujący (ok. 30% wartości kontaktów), dlatego Izba uznała go za nieprzydatny dla sprawy.

Odnosząc się do umów przywołanych przez Odwołującego, wskazać należy, że nie stanowią one wystarczającego dowodu, potwierdzającego, że instalacja wskazana przez Przystępującego nie ma wolnych mocy przerobowych.

Jak wynika z Decyzji z dnia 12 listopada 2015 roku Marszałka Województwa Pomorskiego nr DROŚ-SO.7243.83.2014/2015.EB Pozwolenie na wytwarzanie odpadów, moce przerobowe instalacji liczy się w skali roku kalendarzowego tj. od 1 stycznia do 31 grudnia. W treści odwołania, Odwołujący przywołał umowy dotyczące różnych okresów i obowiązujące w datach innych niż od początku do końca roku kalendarzowego, obejmujące ilości odpadów medycznych właściwych dla ich całej wartości, z wyjątkiem umów dla Szpitala Specjalistycznego w Chojnicach oraz wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusz Korczaka w Słupsku. Tak przedstawione dane, nie pozwalają na ustalenie jaka ilość utylizowanych odpadów właściwa jest dla roku kalendarzowego 2023 r. Nie można zatem na ich podstawie stwierdzić, jaka wartość mocy przerobowych została już wykorzystana w roku 2023 oraz, że moc niewykorzystana, nie jest wystarczająca dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Wartości tych nie można również wywieść, na podstawie złożonego podczas rozprawy przez Odwołującego zestawienia wyżej przywołanych kontraktów i ich realizacji w skali miesięcznej.

Sposób wyliczenia wartości miesięcznych dla kontraktów został oparty o własne przypuszczenia i założenia Odwołującego, poprzez podzielenie wartości odpadów w skali kontraktu i ilości miesięcy. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że przyjęte miesięczne wartości dla ww. kontraktów odpowiadają stanowi faktycznego.

Izba nie mogła zatem uznać powyższego zestawienia jako dowodu, potwierdzającego brak wolnych mocy przerobowych w instalacji w Chojnicach.

Dodać również należy, że termin zakończenia realizacji trzech z siedmiu umów przywołanych przez Odwołującego upływa:

- Szpital Miejski w Miastku - 19 kwietnia 2023 roku,
- Kociewskie Centrum Zdrowia w Starogardzie Gdańskim – 2 czerwca 2023 roku,
- Powiatowe Centrum Zdrowia w Kartuzach – 21 czerwca 2023 roku

co będzie miało wpływ na zwolnienie mocy przerobowych.

Nie można również pominąć okoliczności, że Przystępujący wykazał poprzez złożenie Sprawozdań o Wytwarzanych Odpadach i o Gospodarowaniu Odpadami za rok 2021 i 2022, że określone w Decyzji Marszałka Województwa Pomorskiego moce przerobowe nie zostały przekroczone. Natomiast pismo z dnia 14 kwietnia 2023 r z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego wraz z załącznikiem (dowód Odwołującego) nie potwierdziło, aby ilość przetworzonych przez Przystępującego odpadów w roku 2021 i 2022 r. przekroczyła wielkości określone w pozwoleniu na wytwarzanie odpadów.

Ponadto Przystępujący wykazał, że Kocięskie Centrum Zdrowia nie będzie kontynuowało usługi utylizacji odpadów medycznych w instalacji w Chojnicach, bowiem w wyniku rozstrzygnięcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, usługa ta będzie realizowana przez wykonawcę ECO-ABC Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że instalacja w Chojnicach nie ma wolnych mocy przerobowych (liczonych w skali roku kalendarzowego), na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut należało oddalić.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp w związku z art. 20 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 6 ustawy o odpadach, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Emka S.A., mimo tego, że wybrany Wykonawca będzie kierował odpady do unieszkodliwiania do innej instalacji niż wskazana w ofercie ze względu na brak mocy przerobowych w tej instalacji, co będzie skutkowało tym, że odpady te będą unieszkodliwiane w przypadkowych instalacjach lub bez korzystania z żadnej instalacji, co jest niezgodne z warunkami określonymi w art. 20 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 6 ustawy o odpadach oraz z SWZ, w szczególności z OPZ (tiret 1 OPZ) zgodnie z którym zamówienie miało być realizowane zgodnie z ustawą o odpadach, w sposób rzetelny, powodując jak najmniejsze zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska naturalnego oraz zgodnie z zasadą bliskości (tiret 7 OPZ).

Izba wskazuje, że wobec nieudowodnienia braku wolnych mocy przerobowych w instalacji w Chojnicach powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, zasadności stawianej tezy, zgodnie z którą Przystępujący będzie kierował odpady do unieszkodliwienia do innej instalacji niż wskazana w ofercie. Nie zostało zatem wykazane, że odpady objęte przedmiotem zamówienia będą utylizowane z naruszeniem ustawy o odpadach.

Powyższe nie potwierdziło również naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, których naruszenie zarzucił Odwołujący.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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).

Przewodniczący: