

Warszawa, 11 stycznia 2021 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Miejski Zakład Oczyszczania Sp. z o.o.
ul. Saperska 23, 64-100 Leszno
nr KRS: 12980
e-mail: przetargi@mzoleszno.com.pl
faks: 65 529 96 66
tel.: 65 529 90 96

Odwołujący:

ZUO International Sp. z o.o.
ul. Słubicka 50, 69-100 Kunowice
nr KRS: 259875

reprezentowany przez pełnomocnika:

radcę prawnego Tomasza Michalczyka
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl
faks: +48 22 557 76 01
tel.: +48 22 557 76 00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01*”, numer referencyjny: ZP.PN.24.2020, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 219-538035 w dniu 10 listopada 2020 r. („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („**Nowe PZP**”) i art. 505 ust. 1 Nowego PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Nowego PZP w związku z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych² („**Przepisy Wprowadzające**”) w imieniu ZUO International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunowicach (adres: ul. Słubicka 50, 69-100 Kunowice) („**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, niniejszym **zaskarżam czynności podjęte przez Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie** (ul. Saperska 23, 64-100 Leszno) („**Zamawiający**”), polegające na (i) odrzuceniu w dniu 30 grudnia 2020 roku oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego oraz na (ii) wyborze w dniu 8 stycznia 2021 roku oferty złożonej w Postępowaniu przez Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (ul. Jerzmanowska 6A, 54-519 Wrocław) („**Chemeko**”).

2. Opisanej powyżej czynności Zamawiających **zarzucam naruszenie:**
 - 2.1. art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach³ **poprzez jego błędną wykładnię** polegającą na bezzasadnym przyjęciu, że zasada bliskości wyrażona tym przepisem sprowadza się do tego, że odpady muszą być przetwarzane w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania, **podczas gdy** zasada bliskości nakazuje uwzględnienie również hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, a nie wyłącznie odległości instalacji od miejsca powstania odpadów,

a w konsekwencji:
 - 2.2. art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych⁴ („**PZP**”) **poprzez bezzasadne przyjęcie**, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, bowiem odległość wskazanej w ofercie Odwołującego instalacji komunalnej od miejsca wytwarzania odpadów komunalnych „*jest zbyt duża*”, **podczas gdy** przy prawidłowej wykładni zasady bliskości (tj. biorąc pod uwagę także hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technik) oferta Odwołującego jest z nią zgodna, a zatem odpowiada również treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu,
 - 2.3. art. 91 ust. 1 PZP **poprzez wybór** jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Chemeko, **podczas gdy** zgodnie z kryteriami oceny ofert jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2020, ze zm.).

³ Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: (Dz.U. z 2020 r. poz. 797)

⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.).

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

- 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3.3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 8 stycznia 2021 roku,
- 3.4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 30 grudnia 2020 roku,
- 3.5. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3.6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Nowego PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w dniu 30 grudnia 2020 roku, a o wyborze oferty złożonej przez Chemeko – w dniu 8 stycznia 2020 roku. Mając więc na uwadze treść art. 509 ust. 2 Nowego PZP⁵, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami Nowego PZP dziesięciodniowym terminie, tj. do 11 stycznia 2020 roku włącznie.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 Nowego PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 3** do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Nowego PZP.

⁵ Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę, która w przypadku dokonania przez Zamawiającego jej prawidłowej, zgodnej z kryteriami oceny ofert określonymi w Postępowaniu, oceny, powinna być ofertą najkorzystniejszą. Wskutek naruszeń określonych powyżej, Zamawiający bezzasadnie odrzucił jednak ofertę Odwołującego, przez co jako najkorzystniejsza w Postępowaniu została wybrana oferta Chemeko.

Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na zawarcie umowy o zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, a w konsekwencji – na jego realizację i osiągnięcie zakładanego podczas jego realizacji zysku.

Powyższe niezbicie dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1 Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 („Zamówienie”). W obrębie części 1 Postępowania odbiór odpadów ma następować ze Stacji Przetadunkowej Odpadów Komunalnych w Rawiczu, a w obrębie części 2 Postępowania – ze Stacji Przetadunkowej Odpadów Komunalnych w Goli.
- 1.2 Zgodnie z pkt. 3.2 SIWZ obowiązującej w Postępowaniu „*niesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości*”. Jednocześnie we wskazanym postanowieniu SIWZ Zamawiający zamieścił wyciąg z Ustawy o odpadach, cytując art. 20 tej ustawy.

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (**Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania**).

- 1.3 W dniu 1 grudnia 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej „Zestaw pytań i odpowiedzi nr 2” zawierający wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ złożone w trybie art. 38 ust. 1 PZP wraz z odpowiedziami Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający ponownie wskazał na konieczność przekazywania odpadów z zachowaniem zasady bliskości:

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający określił w SIWZ wymóg poddania niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 200301 procesowi odzysku R, kierując się hierarchią postępowania odpadami określoną w ustawie o odpadach oraz w oparciu o wiedzę o procesach przetwarzania powyższych odpadów w Instalacjach Komunalnych zlokalizowanych w najbliższym otoczeniu (tj. R 12), mając na uwadze obowiązujące przepisy, w tym konieczność przekazywania odpadów o kodzie 200301 do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone tj. z zachowaniem **zasady bliskości**.

Jednocześnie, mając na uwadze, iż w niektórych Instalacjach Komunalnych, zgodnie z posiadanymi decyzjami w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi istnieje możliwość przetwarzania niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 200301 w procesie D 13, Zamawiający dokona stosownej modyfikacji SIWZ w przedmiotowym zakresie.

- 1.4 Odwołujący złożył ofertę w odniesieniu do obu części Postępowania, wskazując jako instalację komunalną, w której mają być przetwarzane odpady instalację w Kunowicach („Instalacja”).
- 1.5 W dniu 30 grudnia 2020 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w Postępowaniu z powodu tego, że odległość Instalacji od miejsca wytwarzania odpadów komunalnych „*jest zbyt duża*”, a przez to – w ocenie Zamawiającego – wybór oferty Odwołującego „*naruszałby zasadę bliskości*”.

Dowód: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego (**Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania**).

- 1.6 W dniu 8 stycznia 2021 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o wyborze oferty Chemeko jako najkorzystniejszej w odniesieniu do obu części Postępowania.

Dowód: Informacja o wyborze oferty Chemeko (**Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania**).

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

Zasada bliskości w gospodarowaniu odpadami

- 2.1 Funkcjonująca w prawie polskim zasada bliskości stanowi jeden z instrumentów służących ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi, zapobiegających i zmniejszających negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania *odpadów* (np. w ramach odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) oraz gospodarowania nimi (poprzez ich odzysk albo unieszkodliwianie). Zasada bliskości wymaga, aby *odpady* były w pierwszej kolejności poddawane przetwarzaniu w miejscu ich powstania (art. 20 ust. 1 Ustawy

- o odpadach). Odpady objęte Zamówieniem powstają na terenach nieruchomości zlokalizowanych na obszarze gmin zrzeszonych w Komunalnym Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego. Następnie, odpady te są odbierane i transportowane do stacji przeładunkowych w Goli i w Rawiczu. Przedmiotem Zamówienia jest natomiast odbiór tych odpadów z tychże stacji przeładunkowych oraz ich transport do instalacji komunalnej w celu ich przetworzenia. W związku z tym, realizacja zasady bliskości w ramach Zamówienia w kształcie przewidzianym w art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach jest niemożliwa.
- 2.2 W sytuacji, gdy oznaczone odpady nie mogą zostać prawidłowo zagospodarowane w miejscu ich wytworzenia, odpady te powinny zostać przekazane do miejsc, w których mogą być przetworzone. Inaczej mówiąc, wyłącznie wtedy, gdy przetwarzanie odpadów nie jest możliwe w miejscu ich powstania, dopuszczalnym jest ich przekazanie do zagospodarowania w innych miejscach pod warunkiem spełnienia kryteriów określonych w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach.
- 2.3 Zgodnie z art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, 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 najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.
- 2.4 Przewidziana w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasada bliskości ma charakter ogólny i dotyczy każdego przedmiotu lub substancji spełniającego przesłanki uznania go za odpad w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 Ustawy o odpadach⁶. Dotyczy to w szczególności niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01⁷, które są objęte Zamówieniem.
- 2.5 Zgodnie z § 21 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁸, w *przepisach ogólnych zamieszcza się (...) postanowienia wspólne dla wszystkich albo dla większości przepisów merytorycznych zawartych w ustawie*. Przepis art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach został zawarty w Dziale III Ustawy o odpadach („Zasady ogólne gospodarki odpadami”) i dotyczy „odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania”, a takimi odpadami są niewątpliwie odpady, których dotyczy Zamówienie. Ustawodawca w żaden sposób nie wyłączył zastosowania art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach w odniesieniu do niektórych rodzajów „odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania”. Przeciwnie, tego rodzaju odpady muszą być przekazywane do miejsc, w których mogą być przetworzone.
- 2.6 **Zasada bliskości obowiązuje w dwóch wariantach: ogólnym – określonym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, oraz szczególnym – przewidzianym w art. 20 ust. 3-6 Ustawy o odpadach.**

⁶ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 Ustawy o odpadach, pod pojęciem odpadu rozumie się *każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany*.

⁷ Stosownie do przepisów rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 roku w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. 2020 poz. 10).

⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. 2016, poz. 283).

- 2.7 W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o odpadach⁹ wskazano: „*[w] zakresie gospodarowania odpadami obowiązuje zasada bliskości [bez wskazywania jakichkolwiek odpadów nieobjętych tą zasadą – przyp. pełn.] (...). W stosunku do określonych odpadów (niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe) zasada bliskości wyraża się koniecznością (z pewnymi wyjątkami) poddania ich odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, w którym zostały wytworzone*”. Znajduje to odzwierciedlenie w starszym piśmiennictwie prawniczym, w którym stwierdzało się, że w ramach zasady bliskości można było wyróżnić następujące reguły: „*ogólną ujętą w art. 20 ust. 1-2, dotyczącą obszaru województwa – art. 20 ust. 3-6, oraz nowego pomocniczego podziału państwa – region gospodarki odpadami komunalnymi - art. 20 ust. 7-9*”¹⁰.
- 2.8 Do czasu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw¹¹, zasada bliskości w wariantcie szczególnym odnosiła się do: komunalnych osadów ściekowych, zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych (art. 20 ust. 3-6 Ustawy o odpadach) oraz zmieszanych odpadów komunalnych (art. 20 ust. 7-11 Ustawy o odpadach). Przewidziane w art. 20 ust. 3-11 Ustawy o odpadach szczegółowe rozwiązania stanowiły wyjątki „*przetamujące nakaz płynący z zasady bliskości*”¹², polegający na obowiązku przetwarzania odpadów w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa lub regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.
- 2.9 W okresie poprzedzającym rozpoczęcie obowiązywania przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, do odpadów takich jak objęte Zamówieniem znajdowałyby zastosowanie zasada bliskości w wariantcie szczególnym, opartym na pomocniczym podziale państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi.
- 2.10 Wejście w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw skutkowało m.in. zniesieniem pomocniczego podziału państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi. Przejawem powyższego było w szczególności uchylenie przepisów art. 20 ust. 7-11 Ustawy o odpadach ustanawiających zasadę bliskości w wariantcie szczególnym dla zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Jak podkreślono w nowszym piśmiennictwie prawniczym, „*[w]prowadzona zmiana umożliwia przekazywanie odpadów do instalacji położonych na obszarze całego kraju*”¹³. Również w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw¹⁴

⁹ Druk sejmowy nr 456 (Sejm VII kadencji), s. 2.

¹⁰ K. Karpus, *Komentarz do art. 20 [w:] B. Rakoczy (red.), Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX.

¹¹ Dz. U. 2019 poz. 1579 z późn. zm.

¹² K. Karpus, *Komentarz do art. 20 [w:] B. Rakoczy (red.), Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX.

¹³ D. Danecka, W. Radecki, *Komentarz do art. 20 [w:] D. Danecka, W. Radecki, Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2020 LEX.

¹⁴ Druk Sejmowy nr 3495 (Sejm VIII kadencji), s. 21-22.

podkreślono: „[w] art. 20 ustawy o odpadach uchylono ust. 7-11 na skutek zniesienia obowiązku regionalizacji w zakresie konieczności przekazywania bioodpadów, niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania i z procesów mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania. Wprowadzona zmiana wynika z problemów z zagospodarowaniem ww. odpadów w regionach oraz monopolizacją rynku. **Po wprowadzeniu zmian ww. odpady będą mogły być przekazywane do instalacji położonych na obszarze całego kraju**”.

- 2.11 Podsumowując dotychczasowe, **do odpadów objętych Zamówieniem aktualnie znajduje zastosowanie zasada bliskości w wariancie ogólnym**, przewidzianym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach.

Wiążący charakter zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami

- 2.12 Zasada bliskości została wyrażona w przepisach Ustawy o odpadach, a zatem w akcie prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Z kolei organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa (art. 6 Konstytucji RP). W związku z tym, zasada bliskości ma charakter bezwzględnie obowiązujący – także wobec organów samorządu terytorialnego. Jakakolwiek działalność podejmowana na zlecenie lub w imieniu Zamawiającego nie może abstrahować od zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami funkcjonującej na gruncie prawa polskiego. Przeciwna interpretacja, wskazująca na względność obowiązywania i stosowania zasady bliskości, powodowałaby, że przepis art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach byłby regulacją częściowo nieobowiązującą, a to podważałoby zasadę racjonalnego ustawodawcy, który nie ustanawia przepisów martwych, nieistotnych lub zbędnych¹⁵.
- 2.13 W orzecznictwie sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości, że „[z]asada bliskości wyznacza pewien wymaganą, a czasami też oczekiwany kierunek działań dotyczących postępowania z odpadami. Zasada ta ustala przede wszystkim reguły i wzory postępowania w gospodarce odpadami, których przestrzeganie jest dla adresatów prawnie obowiązujące, niezależnie od tego, jaki jest zasięg przedmiotowy i podmiotowy norm prawnych tworzących jej treść oraz zakres i forma sankcji, które służą ochronie jej przestrzegania”¹⁶. Bez wpływu na powyższe pozostaje zasada samodzielności jednostek samorządu terytorialnego w wykonywaniu zadań własnych, która w żaden sposób nie wyłącza obowiązku stosowania zasady bliskości¹⁷.
- 2.14 Żaden z przepisów prawa polskiego, w szczególności art. 20 Ustawy o odpadach, nie wyłącza stosowania zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami. Unormowania kształtujące treści i zakres zasady bliskości mają charakter bezwzględnie obowiązujący dla wszystkich podmiotów prowadzących i organizujących gospodarowanie odpadami. **Zasada bliskości w gospodarowaniu odpadami ma charakter ogólny i dotyczy wszystkich przedmiotów i substancji**

¹⁵ Por. np. wyrok NSA z dnia 4 maja 2016 roku, sygn. akt I OSK 2325/15.

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 października 2017 roku, sygn. akt IV SA/Wa 837/17.

¹⁷ Tamże.

kwalifikowanych jako odpady w świetle art. 3 ust. 1 pkt 6 Ustawy o odpadach, w szczególności niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01.

Kryteria (elementy) wchodzące w skład zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami

- 2.15 Zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach, *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 najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.*
- 2.16 W powyższym przepisie ustawodawca zawarł łącznie trzy kryteria wymagane do uwzględnienia w toku ustalania miejsca zagospodarowania odpadów, które nie mogą zostać przetworzone w miejscu ich wytworzenia: (i) kryterium odległości, (ii) kryterium hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz (iii) kryterium najlepszej dostępnej techniki.
- 2.17 Jak wynika z brzmienia art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, posiadacz odpadów¹⁸ ma obowiązek przekazać odpady „do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”. Takie przekazanie odpadów musi jednak uwzględniać (brać pod uwagę i stosować) pozostałe elementy wprost wskazane w tym przepisie, czyli „hierarchię sposobów postępowania z odpadami” i „najlepszą dostępną technikę”. W ten sposób ustawodawca uzupełnia kryterium odległości o kryteria jakościowe, które pozwalają na ustalenie „najbliższych położonych miejsc” spełniających odpowiednie wymagania środowiskowe, a nie wskazanie „najbliższego położonego miejsca” dokonywanego z pominięciem wymagań środowiskowych.
- 2.18 Na gruncie art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, w toku weryfikacji poszczególnych instalacji z zasadą bliskości należy wziąć pod uwagę „hierarchię sposobów postępowania z odpadami”. Stanowi to odesłanie do art. 17 Ustawy o odpadach wprowadzającego następującą kolejność sposobów postępowania z odpadami: (1) zapobieganie powstawaniu odpadów, (2) przygotowanie do ponownego użycia, (3) recykling, (4) inne procesy odzysku i (5) unieszkodliwianie.
- 2.19 Przykładowo, odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi (art. 18 ust. 2 Ustawy o odpadach). Taki odzysk polega w pierwszej kolejności na przygotowaniu odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych – poddaniu innym procesom odzysku (art. 18 ust. 3 Ustawy o odpadach). *Odpady*, których poddanie odzyskowi nie było możliwe, posiadacz *odpadów* jest obowiązany unieszkodliwić (art. 18 ust. 5 Ustawy o odpadach).

¹⁸ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 19 Ustawy o odpadach, jako „posiadacza odpadów” należy rozumieć wytwórcę odpadów lub osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej będące w posiadaniu odpadów.

- 2.20 Odnosząc dotychczasowe do gospodarowania niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, **zasada bliskości w wymiarze ogólnym może stanowić podstawę, przykładowo, przyznania pierwszeństwa bardziej odległej instalacji do recyklingu przed lokalną instalacją odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.**
- 2.21 W przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych jest bowiem dopuszczalne stosowanie zarówno procesów odzysku, w tym recyklingu, jak i procesów unieszkodliwiania. Możliwa jest zatem sytuacja, w której tego rodzaju odpady mogą być poddawane mniej lub bardziej pożądanym – z perspektywy hierarchii postępowania z odpadami – procesom ich przetwarzania.
- 2.22 W szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne nie są przedmiotem przewidzianych w przepisach ograniczeń w sposobach ich przetwarzania, jak np. odpady zawierające azbest. Te ostatnie, zgodnie z § 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 roku w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest¹⁹, mogą być wyłącznie unieszkodliwione poprzez ich składowanie na składowiskach odpadów. Tego rodzaju odpady nie mogą być przetworzone w ramach recyklingu lub innych procesów odzysku. Prawne ograniczenie dopuszczalności ich przetwarzania do formy ich zagospodarowania (unieszkodliwiania) położonej najniżej w hierarchii postępowania z odpadami stanowi przykład, w którym komponent zasady bliskości w postaci obowiązku uwzględnienia tejże hierarchii nie ma znaczenia w praktyce.
- 2.23 Inaczej jest w przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, których przetworzenie nie tylko przewiduje konieczność znaczącej zmiany ich właściwości (art. 3 ust. 1 pkt 7 *in fine* Ustawy o odpadach) w celu ułatwienia postępowania z nimi lub prowadzenia odzysku (por. art. 105 ust. 1 Ustawy o odpadach), ale również wymaga wydzielenia z nich frakcji w całości lub w części nadających się do odzysku (art. 35 ust. 6 pkt 1 Ustawy o odpadach). Skutkiem powyższego będzie m.in. obowiązujący od 30 czerwca 2021 roku zakaz przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcania (art. 158 ust. 3 Ustawy o odpadach).
- 2.24 Tym samym o ile funkcjonujące w odniesieniu do niektórych rodzajów odpadów ograniczenia dopuszczalnych metod ich przetwarzania wskazują na brak realnej możliwości uwzględnienia hierarchii sposobów postępowania odpadami przy wskazaniu instalacji spełniających wymogi zasady bliskości, o tyle nie mamy do czynienia z taką sytuacją w kontekście odpadów objętych Zamówieniem, czyli niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01.
- 2.25 **Stąd też, zasada bliskości w wymiarze ogólnym (art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach) wymaga w szczególności odstąpienia od przekazywania odpadów do instalacji zlokalizowanej najbliższej miejsca ich wytworzenia, jeżeli instalacja położona dalej zapewnia wyższą formę**

¹⁹ Dz.U. 2004 Nr 71, poz. 649 z późn. zm.

zagospodarowania takich odpadów (np. recykling zamiast innych form odzysku albo zamiast unieszkodliwienia).

- 2.26 Przepisy dopuszczają bowiem więcej niż jedną formę przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, a każda z nich powinna zostać odpowiednio oceniona w ramach stosowania zasady bliskości w konkretnym przypadku. Przykładowo, w sytuacji konkurencji pomiędzy kilkoma zakładami zagospodarowania odpadów, z których część oferuje odzysk odpadów, a część ich unieszkodliwienie, uwzględnienie hierarchii sposobów postępowania z odpadami musi prowadzić do wyjścia poza kryterium odległości.
- 2.27 Na gruncie art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, w toku weryfikacji poszczególnych instalacji z zasadą bliskości należy **również** wziąć pod uwagę „*najlepszą dostępną technikę (...) lub technologię*”. Stanowi to odesłanie do art. 207 ust. 1 i art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku – Prawo ochrony środowiska²⁰. W ten sposób ustawodawca kładzie nacisk nie tylko na miejsce, w którym ma być dokonywane przetwarzanie oznaczonych odpadów, ale również na prawidłowość zagospodarowania odpadów we wskazanej instalacji.
- 2.28 Zatem podobnie jak powyżej – zasadne byłoby przyznanie pierwszeństwa bardziej odległej instalacji spełniającej wymogi najlepszych dostępnych technik przed położoną bliżej instalacją, do której wymogi te nie mają zastosowania.
- 2.29 **Stąd też, zasada bliskości w wymiarze ogólnym (art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach) wymaga w szczególności odstąpienia od przekazywania odpadów do instalacji zlokalizowanej najbliżej miejsca ich wytworzenia, jeżeli instalacja położona dalej zapewnia ich przetworzenie zgodnie z wymaganiami wynikającymi z najlepszych dostępnych technik lub technologii, a instalacja bliższa tego nie zapewnia.**

Nieprawidłowe rozumienie zasady bliskości przez Zamawiającego – perspektywa Postępowania

- 2.30 Jak wynika z datowanego na 30 grudnia 2020 roku zawiadomienia o odrzuceniu oferty, „*Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że odległość Instalacji Komunalnej, wskazanej przez Państwa w ofercie od miejsca wytwarzania odpadów jest zbyt duża. Zatem wybór Państwa oferty naruszałby zasadę bliskości, a tym samym przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach*”.
- 2.31 W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że **o tym, w jaki sposób Zamawiający rozumie zasadę bliskości (a konkretniej: o tym, że zasada bliskości miałyby być interpretowana wyłącznie w oparciu o kryterium odległości), Wykonawca dowiaduje się dopiero z zawiadomienia o odrzuceniu oferty**. To w uzasadnieniu tego dokumentu Zamawiający odwołał się do zasady bliskości bez jakiegokolwiek nawiązania do kryteriów innych niż odległość.

²⁰ Dz.U. 2020 poz. 1219 z późn. zm.

- 2.32 W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty najpierw jest mowa o tym, że „Zamawiający (...) zastrzegł, że *niesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości*”. W związku z tym, niezbędne jest odniesienie się do treści punktu 3.2 SIWZ odnoszące się do sposobu zagospodarowania odpadów objętych Zamówieniem.
- 2.33 W punkcie 3.2 SIWZ Zamawiający podkreślił, że „[s]posób zagospodarowania przedmiotowych odpadów musi być zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa”. Następnie, Zamawiający przytoczył obowiązek wynikający z art. 35 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 29a ust. 1 Ustawy o odpadach, czyli obowiązek przekazania odpadów objętych Zamówieniem do instalacji komunalnej stanowiącej instalację do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, określonej na liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 Ustawy o odpadach, spełniającej wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii. Powyższe uzupełniono zastrzeżeniem, zgodnie z którym „[n]iesegregowane odpady komunalne powinny być przekazywane do Instalacji Komunalnej z uwzględnieniem zasady bliskości”.
- 2.34 Punkt 3.2 SIWZ nie zawiera jakiegokolwiek informacji na temat sposobu rozumienia zasady bliskości przez Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający ograniczył się do przedstawienia „wyciągu z ustawy o odpadach”, w ramach którego zacytowano brzmienie art. 20 Ustawy o odpadach, w tym jego ust. 2 dotyczącego przetwarzania odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania (wytworzenia). **Na tym etapie Postępowania Wykonawca nie mógł podejrzewać, że Zamawiający uważa zasadę bliskości za ograniczającą się do kryterium odległości. Zamawiający przedstawił bowiem treść przepisu art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach obejmującą wszystkie kryteria i nie opatrzył tego żadnymi uwagami lub komentarzem.** Oprócz tego, w punkcie 3.2 SIWZ wskazano, że odpady mają trafiać do instalacji komunalnej wpisanej na listę prowadzoną przez „Marszałka Województwa”, przy czym Zamawiający nie przesądził przez którego marszałka, a tym samym na terenie którego województwa miałyby być zlokalizowana instalacja komunalna. Nadto, Zamawiający podkreślił znaczenie wymagań najlepszych dostępnych technik i wskazał na istotność hierarchii postępowania z odpadami, czyli innych niż odległość elementów zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami.
- 2.35 Również na późniejszym etapie Postępowania Zamawiający nie ujawnił swojego stanowiska w sprawie rozumienia zasady bliskości, z powodu którego Wykonawca jeszcze przed otrzymaniem zawiadomienia o odrzuceniu oferty mógł sądzić, że Zamawiający zawężył zasadę bliskości do kryterium odległości. **Przeciwnie, w związku z pytaniami i odpowiedziami do SIWZ Zamawiający dostarczył argumentów na rzecz uznania, że zasadę bliskości w Postępowaniu należałoby rozumieć w taki sposób, w jaki została ona sformułowana w art. 20 Ustawy o odpadach.**
- 2.36 W pytaniu nr 1 w zestawie pytań nr 2 jeden z wykonawców zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w procesie odzysku, chociaż wiele instalacji zgodnie z prawem oferuje jedynie ich przetwarzanie

w procesie unieszkodliwiania. Analiza dokumentacji Postępowania pozwala przypuszczać, iż wątpliwości jednego z wykonawców w tym zakresie zostały podzielone przez Zamawiającego, który w dalszej kolejności zmodyfikował szereg punktów SIWZ dotyczących procesów przetwarzania odpadów objętych Zamówieniem (punkty 3.1, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6., 3.9 i 3.13) i tym samym dopuścił możliwość przekazywania odpadów do ich unieszkodliwiania, a nie tylko do ich odzysku. Powyższe stworzyło bezpośrednią możliwość do oceny i różnicowania poszczególnych ofert z punktu widzenia jednego z elementów zasady bliskości, tzn. kryterium hierarchii postępowania z odpadami. Jednocześnie, Zamawiający nie dokonał zmiany punktu 3.2 SIWZ, w którym nadal zasada bliskości była przywołana jako konieczna do uwzględnienia w toku przekazywania odpadów do przetworzenia, a czemu towarzyszyło przytoczenie brzmienia art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach – odwołującego się także do kryteriów innych niż odległość.

- 2.37 Co więcej, w ramach odpowiedzi nr 1 w zestawie pytań nr 2 Zamawiający ponownie powołał się na obowiązek zachowania zasady bliskości, który to wymóg Zamawiający określił „*mając na uwadze obowiązujące przepisy*”, „*kierując się hierarchią postępowania odpadami określoną w ustawie o odpadach*”, „*w oparciu o wiedzę o procesach przetwarzania powyższych odpadów w Instalacjach Komunalnych*” i ze względu na „*konieczność przekazywania odpadów o kodzie 200301 do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone*”. tj. z zachowaniem zasady bliskości”. Zestawienie powyższego z powołanym w punkcie 3.2 SIWZ przepisem art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach uzasadniało przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym na zasadę bliskości miałyby się składać wszystkie trzy elementy (hierarchia postępowania z odpadami, najlepsze dostępne techniki i odległość). Najpierw była mowa o hierarchii postępowania z odpadami, następnie o wiedzy nt. procesów przetwarzania odpadów (najlepsze dostępne techniki), a potem o kryterium odległości. Na tym etapie Zamawiający również nie dał wyrazu temu, że zasada bliskości miałyby polegać na tym, że odpady powinny być przekazywane tylko do najbliższej położonej instalacji.
- 2.38 Powracając do zawiadomienia o odrzuceniu oferty, w zdaniu następującym po zdaniu odsyłającym do zasady bliskości w SIWZ, Zamawiający informuje Wykonawcę o „*głównym założeniu*”, jakim miałyby być przetwarzanie odpadów w miejscu ich powstania. Powyższe stanowi nawiązanie do art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach zakładającego przetwarzanie odpadów w miejscu ich wytworzenia. Ze względu na specyfikę Zamówienia, w tym odpadów nim objętym, regulacja art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach nie może w nim znaleźć zastosowania, skoro Zamówienie obejmuje odbiór, transport i przetwarzanie odpadów zmagazynowanych w miejscu innym niż miejsce ich wytworzenia. Niezrozumiałym jest zatem powoływanie się przez Zamawiającego na „*główne założenie*” oparte o art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach, jeżeli to „*założenie*” nie jest w ogóle możliwe do zrealizowania za pośrednictwem Postępowania.
- 2.39 Taki stan rzeczy budzi również **poważne wątpliwości z punktu widzenia możliwości jednoznacznego zastosowania kryterium odległości w ramach podporządkowania sposobu realizacji Zamówienia zasadzie bliskości**. Wykonawca miałby zabierać odpady z dwóch stacji przeładunkowych, do których Zamawiający zwozi odpady odbierane od właścicieli nieruchomości. Postępowanie dotyczy bowiem odbioru i zagospodarowania odpadów

komunalnych z miejsc, w których są **zbierane** przez zamawiającego, czyli gromadzone przed ich transportem do miejsc przetwarzania (art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach). Zasada bliskości w kontekście odległości odnosi się do „*najbliższej położonych miejsc*” względem miejsca **wytworzenia** (powstawania) odpadów, a nie ich zbierania. Ustalenie najbliższego geograficznie miejsce dla ogółu odpadów objętych Zamówieniem wymagałoby dokonania weryfikacji z perspektywy lokalizacji nieruchomości, na których powstają te odpady, a nie z perspektywy lokalizacji stacji przetwarzających, w których te odpady – po przewiezieniu z terenu wielu gmin obsługiwanych w zakresie odbioru odpadów komunalnych przez Zamawiającego – są zbierane przez Zamawiającego.

- 2.40 W trzecim zdaniu uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający informuje, że *„[j]edynie w przypadku, gdy przetwarzanie odpadów nie jest możliwe w miejscu [ich] powstania”* (choć w przypadku Postępowania taka sytuacja nigdy nie może mieć miejsca, więc nie sposób tu mówić o jakimkolwiek „*głównym założeniu*”), odpady mają być przekazywane *„do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”*. W ten sposób Zamawiający przytacza końcowy fragment przepisu art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, czemu nie towarzyszy nawiązanie do wcześniejszych jego fragmentów, przesądzających dla rekonstrukcji pełnej treści zasady, która nie ogranicza się do kryterium odległości.
- 2.41 Uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty zawiera również nawiązanie do dokonanego w 2019 roku zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi. Zamawiający przypomina, że *„[c]o do zasady, przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne i zagospodarowujący je, mogą te odpady przekazywać do dowolnej instalacji na terenie kraju”*. Następnie Zamawiający stwierdza jednak, iż *„o ile zniesiono regionalizację, to nie uchylono zasady bliskości”*. Mając na uwadze całokształt przepisów regulujących gospodarowanie niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi i stanowisko Zamawiającego w kontekście zasady bliskości na etapach postępowania poprzedzających odrzucenie oferty Wykonawcy, nie sposób uznać za uzasadnione wątpliwości co do obowiązywania zasady bliskości w prawie polskim. Niemniej jednak Zamawiający kategorycznie stwierdza, że zasada ta *„nakazuje przetwarzanie odpadów w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania”*. Powyższe odpowiada – prezentowanej przez Zamawiającego dwa zdania wcześniej – części końcowej art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, gdzie jest mowa o *„najbliższej położonych miejscach”* (liczba mnoga), a nie *„instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania”* (liczba pojedyncza). Co więcej, ponowne powoływanie się przez Zamawiającego jedynie na ten element przepisu art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach może uzasadniać przypuszczenie, że Zamawiający w istocie pomija – w jego ocenie – *„zbędne”* części składowe zasady bliskości w postaci hierarchii postępowania z odpadami i wymagań najlepszych dostępnych technik.

Nieprawidłowe rozumienie zasady bliskości przez Zamawiającego – perspektywa rynkowa postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych

- 2.42 O tym, że przyjęta przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu wykładnia zasady bliskości jest nieprawidłowa świadczy również praktyka funkcjonująca w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mających za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.
- 2.43 W tym kontekście warto wskazać, że zamawiający – wbrew temu co uczynił Zamawiający w niniejszym Postępowaniu - nie zwykli sprowadzać zasady bliskości do odległości instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów, a zamiast tego, przykładowo:
- 2.43.1 oceniają odległość instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów w ramach kryterium oceny ofert, premiuując wykonawców, którzy wskażą instalację położoną bliżej (**nie odrzucając jednak ofert tych wykonawców, którzy wskażą instalację położoną dalej**),
- 2.43.2 wskazują uprzednio maksymalną dopuszczalną odległość instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów, wyrażając ją konkretną liczbą kilometrów (**nie odrzucając jednak ofert tych wykonawców, którzy wskażą instalacje mieszące się w sprecyzowanym limicie**).

Dowód: SIWZ postępowania prowadzonego przez PGK w Koszalinie (*Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania*).
SIWZ i informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez PUM w Gubinie (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*).

- 2.44 Co więcej, Odwołujący posiada bogate doświadczenie w uzyskiwaniu zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych mimo tego, że wskazana przez niego instalacja nie jest położona najbliżej od miejsca wytworzenia odpadów. **Ostatnie takie postępowanie miało miejsce zaledwie na kilka dni przed wniesieniem niniejszego odwołania, co przeczy temu jakoby prezentowana przez Zamawiającego wykładnia zasady bliskości miała być powszechnie przyjęta na rynku.**

Dowód: SIWZ i informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Szamotuły (*Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania*).

Nieprawidłowe rozumienie zasady bliskości przez Zamawiającego – perspektywa orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

- 2.45 Zdecydowana większość orzecznictwa KIO poświęconego funkcjonowaniu zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami odnosi się do przypadków regulowanych objętych tą zasadą

w wariantcie szczególnym – przewidzianym obecnie art. 20 ust. 3-6 Ustawy o odpadach (komunalne osady ściekowe, zakaźne odpady medyczne i zakaźne odpady weterynaryjne) oraz w przeszłości w art. 20 ust. 7-11 Ustawy o odpadach).

- 2.46 Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 9 lutego 2015 roku, sygn. akt KIO 173/15, wskazano na odrębności w rozumieniu zasady bliskości w kontekście zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa (art. 20 ust. 3 i 6 Ustawy o odpadach), wskutek czego „*zaoferowanie miejsca unieszkodliwiania odpadów poza województwem (...), w sytuacji, gdy w województwie tym znajduje się przynajmniej jedna odpowiednia instalacja (wskazana przez przystępującego) i posiadająca odpowiednie moce przerobowe, musi spotkać się z odrzuceniem oferty ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji*”. W rezultacie, samo istnienie poza województwem, w którym wytworzono zakaźne odpady medyczne, instalacji położonej bliżej miejsca ich powstania nie wystarcza, aby odstąpić od zasady właściwej tym odpadom, czyli przewidzianego w wariantcie szczególnym zakazu wywożenia takich odpadów do innego województwa (wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2014 roku, sygn. akt KIO 2633/14). Niemniej jednak krytycznie podchodzono do założenia, aby na moment składania oferty mogło być już w ogóle wiadomym, w szczególności dla wykonawcy, iż konkretna oferta narusza *zasadę bliskości* – „*samo więc złożenie oferty z instalacją spoza terenu danego województwa, która to oferta dopiero w toku dalszego postępowania mogła być uznana za niespełniającą zasady bliskości, nie mogło być uznane za działanie sprzeczne z ustawą o odpadach*” (uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO/KD 31/14).
- 2.47 Z kolei w kontekście zagospodarowywania komunalnych osadów ściekowych zwrócono uwagę, iż „*[z]godnie z zasadą bliskości, odzysk lub unieszkodliwienie odpadów należy przeprowadzić w miejscu możliwie najbliższym do miejsca powstania tych odpadów. Przy ustalaniu takiego miejsca należy jednak brać pod uwagę w pierwszej kolejności – 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*” (wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1066/17).
- 2.48 W odniesieniu do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (przed zniesieniem regionalizacji) wskazano: „*[z]achowanie »zasady bliskości« wymagało jedynie, by instalacja ta znajdowała się w tym samym regionie gospodarki odpadami. Instalacja wskazana w ofercie Przystępującego, podobnie jak instalacja podana w ofercie Odwołującego, położone są w tym samym regionie. Konieczność zachowania konkurencyjności postępowania determinuje więc postrzeganie »zasady bliskości«, jako zasady odnoszonej do poziomu regionu, a nie fizycznej odległości (liczby kilometrów), dzielącej instalację od miejsca wytwarzania odpadów*” (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 roku, sygn. akt KIO 93/16).

W odniesieniu do postępowania w sprawie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (jeszcze przed zniesieniem regionalizacji), KIO stanęła na stanowisku, zgodnie z którym „*sporna zasada (bliskości) nie może być rozumiana, jako fizyczna odległość (ilość kilometrów) instalacji od miejsca wytwarzania odpadów. Takie postrzeganie tej zasady prowadziłoby do naruszenia konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dawałoby*

bowiem, z jednej strony monopol administratorowi danej instalacji na »dyktowanie wysokich cen potencjalnym oferentom«, w związku z kosztem zagospodarowania odpadów, a z drugiej strony, taki administrator miałby możliwość uczestniczenia w postępowaniu jako oferent, co niewątpliwie mogłoby mu kreować uprzywilejowaną pozycję. (...) Izba zwraca uwagę, że tylko w nielicznych wyjątkach odległość mierzona w kilometrach będzie miała rozstrzygające znaczenie” (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1534/13). Nie ulega wątpliwości, że argumenty przedstawione w powyższym orzeczeniu mogły przyczynić się do dokonanego w 2019 roku z inicjatywy Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Środowiska zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, które – przypomnijmy – wynikało „z problemów z zagospodarowaniem ww. odpadów w regionach oraz monopolizacją rynku. Po wprowadzeniu zmian ww. odpady będą mogły być przekazywane do instalacji położonych na obszarze całego kraju”²¹.

- 2.49 W wyroku KIO z dnia 3 marca 2020 roku, sygn. akt KIO 313/20, stwierdzono: „[o]gólna zasada bliskości określona przez art. 20 ust. 2 u.o. ma (...) charakter bezwzględnie wiążący i nie może być traktowana jako luźny postulat lub zalecenie. Z samego brzmienia art. 20 ust. 2 u.o. [wynika], że znajduje on zastosowanie do wszelkich odpadów niemogących być przetworzonych [pisownia oryginalna – przyp. pełn.] w miejscu ich powstania. (...) Wobec tego, ustawa nakazuje przekazanie ich do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. (...) **Ustawodawca przewiduje jednak dwa dodatkowe kryteria, wymagające uwzględnienia przy wyborze miejsca przetwarzania, tj. (i) hierarchię postępowania z odpadami oraz (ii) najlepszą dostępną technikę**”. Powyższe orzeczenie wydano w sprawie postępowania dotyczącego zagospodarowania odpadów zawierających azbest, czyli jednego z rodzajów odpadów objętych zasadą bliskości w wymiarze ogólnym (art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach). Ze względu na zniesienie przepisów art. 20 ust. 7-11 Ustawy o odpadach statuujących zasadę bliskości w wymiarze szczególnym dla niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, przytoczone stanowisko KIO w pełni znajduje zastosowanie do także do tego typu odpadów.
- 2.50 Wreszcie w uchwale KIO z dnia 1 czerwca 2020 roku, sygn. akt KIO/KD 23/20, dokonano wykładni przepisu art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach m.in. w oparciu o – przywołane przez KIO – stanowisko Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu (dawnego Ministerstwa Środowiska, obecnie Ministerstwa Klimatu i Środowiska). Zgodnie z tym stanowiskiem, „po deregionalizacji nie ma (...) obowiązku przekazywania tych odpadów [niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – przyp. pełn.] do instalacji położonych na określonym obszarze, natomiast powinny być spełnione ogólne wymagania związane z zachowaniem zasady bliskości. **W przypadku kierowania odpadów do innych miejsc w pierwszej kolejności należy uwzględnić hierarchię sposobów postępowania z odpadami a także zachowanie względów najlepszej dostępnej techniki lub technologii (...).** Natomiast użycie liczby mnogiej w wyrażeniu »do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone« wskazuje na możliwość dokonania wyboru takiego miejsca”. Stanowisko Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu zostało w całości zaaprobowane przez KIO, która uznała za niezasadną

²¹ Druk Sejmowy nr 3495 (Sejm VIII kadencji), s. 21-22.

wąską interpretację zasady bliskości, „z której w praktyce wynikałaby możliwość udzielenia zamówienia na zagospodarowanie odpadów wyłącznie temu podmiotowi, przez którego obsługiwana regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych znajduje się w odległości najbliższego miejsca powstawania odpadów. Należy zauważyć bowiem, iż tak restrykcyjna wykładnia wyłączałaby jakąkolwiek konkurencję pomiędzy wykonawcami w ramach postępowań na dany przedmiot zamówienia”. Powyższe KIO uzupełniła o stwierdzenie, iż „z treści przepisów art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach nie wynika obowiązek udzielenia zamówienia wyłącznie podmiotowi, który obsługuje regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych znajdującą się najbliżej miejsca powstawania odpadów”. Wąska interpretacja zasady bliskości jedynie jako najmniejszej odległości mierzonej w kilometrach między miejscem powstania odpadów a konkretną instalacją z góry wyłączałaby potencjalną konkurencję między wykonawcami w zakresie zagospodarowania odpadami, co w świetle przepisów byłoby nieuprawnione.

- 2.51 **Podsumowując dotychczasowe, prawidłowe rozumienie wyrażonej w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasady bliskości w wydaniu ogólnym obejmuje tylko i wyłącznie wzięcie pod uwagę przez konkretnego zamawiającego wszystkich trzech kryteriów przewidzianych w tym przepisie tylko i wyłącznie biorąc pod uwagę wszystkie te kryteria, tzn. (1) hierarchię postępowania z odpadami, (2) najlepszą dostępną technikę i (3) odległość.**

Skutki nieprawidłowego rozumienia zasady bliskości przez Zamawiającego

- 2.52 W sytuacji, gdyby Zamawiający rozumiał wyrażoną w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasadę bliskości w wydaniu ogólnym w taki sposób, jaki wynika z brzmienia tego przepisu, orzecznictwa KIO i praktyki innych zamawiających, wówczas oferta Wykonawcy nie mogłaby zostać odrzucona.
- 2.53 Argumentacja mająca wskazywać na zasadność odrzucenia oferty Wykonawcy została przedstawiona dopiero w przedostatnim akapicie zawiadomienia o odrzuceniu oferty i ogranicza się do jednego (!) zdania zawierającego niczym niepoparte twierdzenie o dużym stopniu ogólności. Zamawiający stwierdził bowiem, że odległość instalacji prowadzonej przez Wykonawcę od miejsca wytwarzania odpadów jest „zbyt duża”. Nie towarzyszyło temu przytoczenie jakichkolwiek analiz pozwalających na sformułowanie takiego wniosku, w szczególności poprzez określenie, co Zamawiający miał na myśli pod pojęciem „duża” i w jakim stopniu przekroczone – również nieznane Wykonawcy – oczekiwania Zamawiającego prowadzące do uznania odległości za „zbyt” dużą.
- 2.54 Z uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika, aby Zamawiający dokonywał oceny oferty Wykonawcy z punktu widzenia innych niż odległość komponentów tworzących zasadę bliskości w wymiarze ogólnym. Równoległe, zawiadomienie to nie pozwala na zidentyfikowanie przyczyn odrzucenia oferty innych niż „zbyt duża” odległość.
- 2.55 W związku z tym, niezbędnym wydaje się przypomnienie, że odpady przekazywane do instalacji Wykonawcy, po zważeniu na wadze samochodowej, trafiają na plac rozładunkowy, gdzie

podlegają wstępnej ocenie pod kątem zawartości elementów zagrażających prawidłowemu działaniu instalacji – elementów gabarytowych (całe lodówki, gruz betonowy, itp.). Następnie, odpady podawane są ładowarką do fosy, skąd chwytakiem suwnicowym przenosi się je do rozrywarki worków. W dalszej kolejności, we wstępnej kabinie sortowniczej wybierane są materiały niepożądane i stwarzające ryzyko awarii instalacji – duże fragmenty tekstyliów (dywany), kartonów, drobnych i ciężkich elementów (gruz, ceramika) oraz szkło. Po przejściu przez kabinę wstępną odpady trafiają na sito pokładowe, gdzie oddzielna jest frakcja podsitowa (<80mm), która po oczyszczeniu z metali żelaznych za pomocą separatora magnetycznego, kierowana jest do bioreaktora, w którym dzięki dodatkowi wapna palonego, redukowana jest ich wilgotność oraz zachodzi wstępna sanitacja.

- 2.56 Po opuszczeniu bioreaktora, materiał jest kierowany do stabilizacji tlenowej w tunelu kompostowym, następnie przesiany na sicie obrotowym o średnicy otworów 20mm. Frakcja podsitowa (<20mm) wykorzystywana jest w procesie rekultywacji składowiska, a frakcja nadsitowa (>80mm) wykorzystywana jest jako dodatek do paliwa alternatywnego. Tę ostatnią kieruje się szeregami przenośników do separatora optycznego, w którym zachodzi rozdział strumienia na frakcję tworzyw sztucznych (z wyłączeniem PVC) oraz frakcję pozostałych materiałów. Każdy z powstałych strumieni trafia do kabiny sortowniczej, gdzie odzyskuje się następujące frakcje: ze strumienia odpadów tworzyw sztucznych – (1) butelki z poli(tereftalanu) etylenu (PET) w kolorach białym, niebieskim i zielonym, (2) opakowania z polietylenu (HDPE) oraz (3) pakowania z polipropylenu (PP), natomiast ze strumienia pozostałych odpadów – (1) frakcję aluminium – puszki, opakowania, (2) pakowania wielomateriałowe TETRAPAK, (3) karton, (4) papier, (5) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, (6) szkło oraz (7) tekstylia. Wysegregowane materiały trafiają do boksów znajdujących się pod kabiną sortowniczą, skąd – po osiągnięciu odpowiedniego poziomu zapełnienia – kierowane są (poza szkłem, wysyłanym luzem) przenośnikiem łańcuchowym do automatycznej prasy, gdzie formowane są w bele ułatwiające transport do uprawnionych odbiorców. Materiał niewysortowany z frakcji tworzyw sztucznych kierowany jest do rozdrabniacza jednowałowego, w którym następuje jego rozdrobnienie do wielkości 30mm, po czym przekazywany jest jako frakcja paliwa alternatywnego do uprawnionych odbiorców. Dopiero materiał pozostały po wysortowaniu ze strumienia pozostałych odpadów kierowany jest na składowisko odpadów.
- 2.57 **Skutkiem tego, odrzucenie oferty Wykonawcy stanowi wyłącznie rezultat błędnego rozumienia zasady bliskości przez Zamawiającego poprzez jej zawężenie do kryterium odległości, a z pominięciem innych elementów określonych w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach. Wzięcie pod uwagę przez Zamawiającego pozostałych kryteriów składających się na zasadę bliskości stanęłoby na przeszkodzie wykluczeniu oferty Wykonawcy.**
- 2.58 W tym miejscu należałoby również rozważyć możliwe rezultaty zakwalifikowania stanowiska Zamawiającego jako prawidłowego. Zdaniem Zamawiającego, zasada bliskości w gospodarowaniu odpadami „nakazuje przetwarzanie w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania”. Przyjęcie takiej wykładni art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach skutkowałoby koniecznością odrzucania w każdym postępowaniu dotyczącym zagospodarowania odpadów,

w tym odpadów komunalnych, ofert nie pochodzących od podmiotu prowadzącego instalację położoną najbliżej miejsca wytwarzania odpadów. Innymi słowy, wszystkie oferty poza wybraną przez zamawiającego jako najkorzystniejsza musiałyby zostać odrzucone, ponieważ ich ewentualny wybór „naruszałby zasadę bliskości, a tym samym przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach”. Jeżeli stosowanie zasady bliskości w takich postępowaniach miałyby się sprowadzać do weryfikacji kryterium odległości, to wyłącznie oferta przewidująca przetwarzanie odpadów w najbliższej położonej instalacji mogłaby zostać uznana za zgodną z SIWZ, a tym samym niekwalifikującą się do odrzucenia. W przypadku innych instalacji mielibyśmy bowiem do czynienia z „dużą” (znaczną pod względem rozmiarów) odległością, która z powodu bliższej lokalizacji innej, podlegającej odrzuceniu instalacji, byłaby również odległością „zbyt dużą” (aby oferty nie odrzucić), skoro istnieje instalacja położona bliżej.

- 2.59 Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego w niniejszym Postępowaniu ma źródło jedynie w nieprawidłowej wykładni zasady bliskości dokonanej przez Zamawiającego, sprowadzającej ją bezzasadnie wyłącznie do odległości instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów i jako takie nie może się ostać.

3. WNIOSEK KOŃCOWY

- 3.1 W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.
- 3.2 Wnoszę zatem jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego

Tomasz Michalczyk
Radca prawny

Wykaz załączników:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo udzielone przez Odwołującego na rzecz r. pr. Tomasza Michalczyka.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) SIWZ.
- 5) Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.
- 6) Informacja o wyborze oferty Chemeko.
- 7) SIWZ postępowania prowadzonego przez PGK w Koszalinie.
- 8) SIWZ i informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez PUM w Gubinie.
- 9) SIWZ i informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Szamotuły.
- 10) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej.