

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 lutego 2022 r. przez **wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Ekosystem spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Michalczyka 23**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 135 ust. 2 w związku z art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 23 w wyjaśnieniach z dnia 14 lutego 2022 r. na podstawie art. 568 pkt 2, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5 na rzecz zamawiającego – Ekosystem spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Michalczyka 23 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę pojemników naziemnych służących do gromadzenia odpadów komunalnych z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii wraz z montażem” (znak sprawy 25/21) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 003-004374.

Zamawiający umieścił odpowiedzi na pytania do treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 14 lutego 2022 r.,

W dniu 24 lutego 2022 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu wniosło odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 stycznia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 24 lutego 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy i art. 16 ustawy przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 23 Prosimy o wyjaśnienie co to jest pojemność otwieranej podstawy oraz co oznacza retencja i jaka jest między nimi zależność, pomimo że zostało ono zadane w ustawowo wymaganym terminie oraz w zakresie przewidzianym dyspozycją art. 135 ust. 1 ustawy;
- 2) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez udzielenie odpowiedzi: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ na pytanie nr 27 Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zdaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie zawiera informacji dotyczących otworów wrzutowych pojemników oprócz wymagań odnoszących się do kolorów wrzutni oraz wymagania by część wrzutowa była wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie na kolor z palety RAL z zastosowaniem farby odpornej na graffiti;

3) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy i art. 17 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 o

udostępnienia dokumentacji technicznej pojemników Presko New City - rysunków i opisów technicznych, w sytuacji gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia pominął opis tak istotnych parametrów technicznych, jakim mają odpowiadać pojemniki, jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych – zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości, gdyż w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją – producenta/dystrybutora pojemników Presko New City, a co jednocześnie stanowi o braku wskazania jednej z podstawowych cech definiujących przedmiot zamówienia, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty;

4) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, gdyż przez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie części II pkt 4 SOPZ polegającej na dodaniu wiersza „wykonanie zgodnie z normą” o następującym brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy” opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, zachodzą istotne wątpliwości co do zakresu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, gdyż normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania – pojedynczy, podwójny lub potrójny hak oraz system grzybkowy

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. udzielenia wyjaśnień treści SWZ przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 23, tj. wskazanie, co zamawiający rozumie przez pojęcie „pojemność otwieranej podstawy” oraz „retencja dolnych drzwi” oraz wyjaśnienie jaka jest między tymi parametrami nimi zależność;

2. udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 przez udostępnienie wykonawcom dokumentacji technicznej, dotyczącej pojemników, w tym rysunków, w szczególności w zakresie parametrów, jakim mają odpowiadać otwory wrzutowe;

3. doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dopuszczalnych mechanizmów opróżniania pojemnika, przez potwierdzenie, że zamawiający dopuszcza wszystkie mechanizmy opróżniania pojemników zgodne z normą PN-EN 13071-1 i PN-EN 13071-3.

Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Ponadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest zdolny do realizacji niniejszego zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym uznać należy, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

W dniu 1 lutego 2022 r. zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia nadając nowe brzmienie niektórym postanowieniom załącznika nr 1 do SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”. Zamawiający umieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania plik o nazwie 4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 (zamienny). Wprowadzone do treści SWZ zmiany formalnie nie stanowiły uwzględnienia zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 17 stycznia 2022 r., które rozpoznawane było przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 150/22. W dniu 14 lutego 2022 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania nr 1-29 do treści SWZ złożone przez wykonawców w trybie art. 135 ust. 1 ustawy oraz dokonał zmiany treści SWZ - § 14 ust. 1 projektu umowy oraz załączników do SWZ, tj. załącznika nr 2 – wykaz pojemników, załącznika nr 3 - wykaz lokalizacji pojemników, załącznika nr I - formularz oferty oraz załącznika nr III – zestawienie kosztów zadania.

Pojemniki Presko New City stanowią element systemu odbioru odpadów, który zgodnie z informacją wskazaną na stronie internetowej <https://presko.com.pl/o-systemie/>, składa się z pojemników do selektywnej zbiórki odpadów oraz z pojazdów do ich opróżniania, wyposażonych w automatyczny manipulator i śmieciarkę (kompaktor). Ponadto system ten wymaga w toku eksploatacji tych pojemników wykorzystania dedykowanej myjki, którą montuje się na pojeździe, który również wyposażony być musi w automatyczny manipulator podnoszący pojemniki.

dowód: wydruk strony internetowej <https://presko.com.pl/o-systemie/>

film ze strony internetowej <https://presko.com.pl/o-programie-pilotazowym/>

1) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy i art. 16 ustawy przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 23 Prosimy o wyjaśnienie co to jest pojemność otwieranej podstawy oraz co oznacza retencja i jaka jest między nimi zależność, pomimo że zostało ono zadane w ustawowo wymaganym terminie oraz w zakresie przewidzianym dyspozycją art. 135 ust. 1 ustawy

Opis techniczny pojemników, zawarty w punkcie II. SOPZ wskazuje, że przedmiotem zamówienia są pojemniki typu Presko New City lub pojemniki równoważne. W punkcie II.2. SOPZ określono parametry techniczne trzech modeli pojemników – Presko New City 2250, Presko New City 3000, Presko New City 3750, natomiast w punkcie II.4. SOPZ Zamawiający określił parametry techniczne, jakim muszą odpowiadać pojemniki, żeby zostały uznane za równoważne.

Udzielając odpowiedzi na pytania do treści SWZ zamawiający zaniechał wyjaśnienia zgłoszonych przez wykonawców wątpliwości dotyczących sposobu rozumienia użytych przez zamawiającego sformułowań – „pojemność otwieranej podstawy” oraz „retencja dolnych drzwi” i udzielenia wyjaśnień jaka jest między nimi zależność. Zamawiający nie udostępnił szczegółowej dokumentacji technicznej ani rysunków technicznych pojemników, które ułatwiłyby zrozumienie, w jakim kontekście zamawiający używa przedmiotowych sformułowań (zob. odpowiedź na pytanie nr 22). Zamawiający ma w zwyczaju stosować własne definicje używanych przez siebie pojęć, odmiennych od słownikowego rozumienia określonych słów, dlatego wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji w tym względzie jest celowy i uzasadniony. Odwołujący podkreślił, że pierwotnie zamawiający określił w punkcie II.2 SOPZ, że pojemność otwieranej podstawy dla pojemników typu Presko New City 2250, Presko New City 3000 i Presko New City 3750 wynosi odpowiednio 280 litrów, 300 litrów i 400 litrów. W przypadku parametru retencja dolnych drzwi zamawiający wskazał, że dla pojemników typu Presko New City 2250, Presko New City 3000 i Presko New City 3750 wynosi on odpowiednio 230 dm<sup>3</sup>, 310 dm<sup>3</sup> i 390 dm<sup>3</sup>. Z kolei w punkcie II.4 SOPZ odnoszącym się do parametrów, jakie muszą spełniać pojemniki, żeby zostać uznane za równoważne zamawiający wskazał, że pojemność otwieranej podstawy powinna wynosić odpowiednio min. 280 litrów, min. 300 litrów i min. 400 litrów, zaś retencja dolnych drzwi nie więcej niż 230 dm<sup>3</sup>, nie więcej niż 310 dm<sup>3</sup> i nie więcej niż 390 dm<sup>3</sup>.

Dokonując zmiany treści SOPZ w dniu 1 lutego 2022 r. zamawiający zrównał wartości parametrów – pojemność otwieranej podstawy oraz retencja dolnych drzwi. W pkt II.2 SOPZ przyjęto, że oba parametry w przypadku pojemników typu Presko New City wynoszą 250 litrów, 330 litrów i 410 litrów, zaś w pkt II.4 SOPZ, że oba parametry w przypadku pojemni-

ków równoważnych wynosić mają odpowiednio min. 200 litrów, min. 250 litrów i min. 300 litrów.

Skoro zamawiający rozróżnia te dwa parametry jako odrębne, niezależne od siebie atrybuty pojemników, to nie można uznać, że odnoszą się one do tej samej właściwości pojemnika. Stosując dyrektywy wykładni językowej, zgodnie z którymi różnokształtnym zwrotom nie należy przypisywać tego samego znaczenia, zachodzi konieczność doprecyzowania tej kwestii przez zamawiającego, co umożliwi wykonawcom złożenie oferty zgodnie z warunkami zamówienia. Biorąc pod uwagę, że pierwotnie retencja dolnych drzwi i pojemność otwieranej podstawy nie były tożsame, to zachodzi istotna wątpliwość co do sposobu rozumienia tych pojęć przez zamawiającego i wzajemnej relacji tych parametrów technicznych, a zatem istotna wątpliwość co do oczekiwań zamawiającego wobec właściwości przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że retencja dolnych drzwi w przypadku pojemników o pojemności 3000 l miała wynosić 310 litrów przy pojemności podstawy 300 litrów, była zatem większa o 10 litrów; zaś w przypadku pojemników o pojemności 2250 litrów była mniejsza o 50 litrów, zaś w przypadku pojemników o pojemności 3750 litrów mniejsza o 10 litrów. Obecnie, tj. po zrównaniu wartości obu parametrów zachodzą wątpliwości, jak należy rozumieć poszczególne parametry i jaka jest pomiędzy nimi zależność. Nie jest jasne, co zamawiający rozumie przez pojęcie retencji dolnych drzwi, a co przez pojęcie pojemności otwieranej podstawy. Nie ma pewności, czy otwierana podstawa i dolne drzwi to tożsame pojęcia. Nie wiadomo, jakich zależności pomiędzy tymi parametrami oczekuje zamawiający. Zamawiający nie udostępnił rysunków technicznych, które ułatwiłyby zrozumienie, w jakim kontekście zamawiający używa przedmiotowych sformułowań.

Odwołujący powołał wyrok z dnia 17 lipca 2013 r., KIO 1606/13.

Odwołujący uważa, że udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 23 Prosimy o wyjaśnienie co to jest pojemność otwieranej podstawy oraz co oznacza retencja i jaka jest między nimi zależność o treści: Zamawiający zmienił Specyfikację warunków zamówienia w tym zakresie piśmie nr BSXZP/MC/181/02/2022/W z dnia 01.02.2022 r. nie stanowi wyjaśnień treści SWZ, a zatem zamawiający zaniechał realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 135 ust. 2 ustawy tj. zaniechał obowiązku udzielenia wyjaśnień treści SWZ. Są to istotne parametry techniczne pojemników stanowiących przedmiot zamówienia i wymagania zamawiającego w tym względzie mają istotny wpływ na sporządzenie oferty.

Nie udzielając odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie znaczenia parametrów, jakim mają odpowiadać pojemniki, zamawiający naruszył obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinform-

mowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób. Obowiązek ten przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 23 nie został spełniony.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu udzielenia wyjaśnień treści SWZ przez wskazanie, co zamawiający rozumie przez pojęcie „pojemność otwieranej podstawy” oraz „retencja dolnych drzwi” oraz wyjaśnienie jaka jest między nimi zależność.

2) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez udzielenie odpowiedzi: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ na pytanie nr 27 Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zdaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie zawiera informacji dotyczących otworów wrzutowych pojemników oprócz wymagań odnoszących się do kolorów wrzutni oraz wymagania by część wrzutowa była wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroferezie na kolor z palety RAL z zastosowaniem farby odpornej na graffiti;

3) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy i art. 17 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 o udostępnienia dokumentacji technicznej pojemników Presko New City - rysunków i opisów technicznych, w sytuacji gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia pominął opis tak istotnych parametrów technicznych, jakim mają odpowiadać pojemniki, jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych – zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości, gdyż w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją – producenta/dystrybutora pojemników Presko New City, a co jednocześnie stanowi o braku wskazania jednej z podstawowych cech definiujących przedmiot zamówienia, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty;

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z podaniem nazwy handlowej pojemników oferowanych przez jednego producenta/dystrybutora, a mianowicie chodzi o pojemniki Presko New City oferowane na rynku polskim przez spółkę Hewea sp. z o.o. z siedzibą w Bykowie. Pomimo wniosku o wyjaśnienie treści SWZ i przedłożenie dokumentacji technicznej pojemników Presko New City, w tym opisów i rysunków technicznych, który został złożony w ustawowo wymaganym terminie, obligującym zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że nie dysponuje przedmiotową dokumentacją



techniczną. Skoro zamawiający zdecydował się na opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie produktów oferowanych wyłącznie przez jednego producenta/dystrybutora – tj. spółkę HEWEA sp. z o.o., a jednocześnie nie wskazuje jednej z podstawowych cechy definiujących przedmiot zamówienia jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, to jego działanie należy uznać za pozostające w sprzeczności z przepisami ustawy. Zamawiający nie tylko zaniechał sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający poznanie rzeczywistych wymagań zamawiającego względem tak istotnej cechy przedmiotu zamówienia jakim są otwory wrzutowe pojemników, co przekłada się na ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny, ale także w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją – producenta/dystrybutora pojemników Presko New City.

Odwołujący podkreślił, że dopiero udzielając odpowiedzi na pytanie nr 27 Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zdaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik o treści: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ, zamawiający określił przedmiot zamówienia w zakresie niedopuszczenia wrzutów podwójnych. Jednakże opis przedmiotu zamówienia nadal zostaje niesprecyzowany jeżeli chodzi o określenie parametrów, jakim mają odpowiadać pojemniki w zakresie liczby, wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia. Tym samym uznać należy, że zamawiający zaniechał sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny.

Brak opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazania jednej z podstawowych cechy definiujących przedmiot zamówienia, jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, uniemożliwia złożenie oferty przez wykonawców oferujących pojemniki konkurencyjnych producentów. Zaniechanie zamieszczenia opisu technicznego i rysunków technicznych preferowanych przez zamawiającego pojemników w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją – producenta/dystrybutora pojemników Presko New City. Takie działanie narusza nie tylko zasadę przejrzystości, gdyż wykonawcy nie oferujący pojemników Presko New City, lecz pojemniki równoważne, mają ograniczoną wiedzę o przedmiocie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 przez udostępnienie wykonawcom dokumentacji technicznej dotyczącej pojemników, w szczególności w zakresie parametrów, jakim mają odpowiadać otwory wrzutowe.

4) Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, gdyż przez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie części II pkt 4 SOPZ polegającej na dodaniu wiersza „wykonanie zgodnie z normą” o następującym

brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy” opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, zachodzą istotne wątpliwości co do zakresu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, gdyż normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania – pojedynczy, podwójny lub potrójny hak oraz system grzybkowy

Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 2 zamawiający zmienił treść specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób – w załączniku nr 1 – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

a) Część II pkt 2 wiersz „wykonanie zgodnie z normą” otrzymuje następujące brzmienie „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy”

b) Część II pkt 4 dodaje się wiersz „wykonanie zgodnie z normą” o następującym brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy”.

Zmiana ta powoduje, że zachodzą istotne wątpliwości interpretacyjne w zakresie treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że skoro skutek odpowiedzi na pytania pismem z dnia 14 lutego 2022 r. wprowadzone zostało wymaganie, by pojemniki równoważne wykonane były zgodnie z normą EN13071-1 EN13071-3, to obecnie mamy do czynienia z wewnątrznie sprzecznym i niejasnym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie mechanizmu opróżniania pojemników. Wskazać bowiem należy, że normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania – pojedynczy, podwójny lub potrójny hak, a także systemu grzybkowego. Wprawdzie w odpowiedzi na pytanie nr 10 – zamawiający negatywnie ustosunkowuje się do możliwości dopuszczania systemu trzpnia z głowicą double hook jako rozwiązania równoważnego do mechanizmu grzybkowego, jednakże wymagane przez zamawiającego normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach także innych mechanizmów opróżniania, tym samym zachodzi konieczność doprecyzowania

Odwołujący wskazał, że zastosowanie mechanizmu grzybkowego wymaga zastosowania do opróżniania pojemników specjalistycznego, oferowanego wyłącznie przez jednego producenta pojazdu wyposażonego w specjalny manipulator. Pojemniki wyposażone w mechanizm grzybkowy stanowią bowiem element systemu odbioru odpadów, składający się z pojemników do selektywnej zbiórki odpadów oraz z pojazdów do ich opróżniania, wyposażonych w automatyczny manipulator i śmieciarkę (kompaktor). Ponadto system ten wymaga w toku eksploatacji tych pojemników wykorzystania dedykowanej myjki, którą montuje się na pojeździe, który również wyposażony być musi w automatyczny manipulator podnoszący pojemniki. Automatyczny manipulator pozwalający na opróżnienie pojemnika z poziomu kabiny po-

jazdu jest opatentowanym rozwiązaniem, które pozwala na bezpieczny chwyt pojemnika, podniesienie go i odstawienie dokładnie w to samo miejsce. Jest to rozwiązanie, które nie jest powszechnie stosowane na rynku i w znaczący sposób ogranicza konkurencję na rynku, uzależniając przyszłych wykonawców świadczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie gminy Wrocław od monopolisty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dopuszczalnych mechanizmów opróżniania pojemnika, przez potwierdzenie, że zamawiający dopuszcza wszystkie mechanizmy opróżniania pojemników zgodne z normą PN-EN 13071-1 i PN-EN 13071-3.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w zakresie zarzutów oraz wniosków odwołania, z zastrzeżeniem, że przed terminem rozpoznania sprawy uznał zarzut nr 1 i udzielił wyjaśnień pismem nr BSXZP/MC/435/03/2022/W z dnia 10.03.2022 r. zgodnie z żądaniem odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 2 to jest:

„Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez udzielenie odpowiedzi Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ na pytanie nr 27 Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zdaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie zawiera informacji dotyczących otworów wrzutowych pojemników oprócz wymagań odnoszących się do kolorów wrzutni oraz wymagania by część wrzutowa była wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie na kolor z palety RAL z zastosowaniem farby odpornej na graffiti.”

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 nie spełnia wymogów stawianych odwołaniu, a to (1) nie zawiera żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp) oraz (2) nie wskazuje okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp). Podkreślił również, że uzasadnienie zarzutu nr 2 ogranicza się do powielenia treści zarzutu sformułowanego w części wstępnej pisma. Okoliczności te uniemożliwiają merytoryczne odniesienie się do zarzutu odwołania jak również rozważenie możliwości uznania odwołania.

Z ostrożności procesowej i niezależnie od powyższego zamawiający podnosi, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 135 ust. 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 16 Pzp, nie wyjaśniając jednocześnie normy prawnej jaką należałoby zrekonstruować w oparciu o wskazane przepisy prawa, a właściwej dla ustalenia rzeczywistej treści zarzutu. Jest to

istotne, tym bardziej że powołane przepisy dotyczą z jednej strony czynności związanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz ogólnej zasady udzielania zamówień, a z drugiej czynności po legających na wyjaśnianiu specyfikacji warunków zamówienia. Już tylko ta okoliczność uniemożliwia jednoznaczne ustalenie treści zarzutu, do którego miałyby odnieść się zamawiający.

Zamawiający przyjął, że przedmiotowy zarzut dotyczy wyłącznie czynności udzielenia wyjaśnień treści SWZ, albowiem zarzut odwołania w jakikolwiek sposób nie wskazuje na zmienioną treść dokumentów zamówienia. Zamawiający nadmienił przy tym, że przyjąwszy, iż odwołanie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, należałoby bezsprzecznie uznać, że zarzut odwołania jest spóźniony, ponieważ nie dotyczy zmienionej części SWZ.

Pozostając więc przy założeniu, że przedmiotowy zarzut dotyczy wyłącznie czynności udzielenia wyjaśnień treści SWZ, zamawiający podkreślił, że treść pytania nr 27 do SWZ brzmiała: „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zadaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste.”. Na tak postawione pytanie zamawiający odpowiedział zaś: „Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ.”.

Treść postawionego pytania jednoznacznie wskazuje, że intencją odwołującego nie było po myśli art. 135 ust. 1 Pzp zwrócenie się „o wyjaśnienie treści SWZ”, ale sformułowanie postulatów zmiany SWZ. Treść pytania nie zdradza też jakichkolwiek wątpliwości wykonawcy co do brzmienia SWZ, ale wyraża dezaprobatę dla określonego sposobu ukształtowania SWZ, które w ocenie odwołującego powinno być zmodyfikowane.

Nie sposób więc zasadnie postawić zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 135 ust. 2, skoro wykonawca nie zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, ale o zmianę SWZ. Podkreślił, że w świetle Prawa zamówień publicznych nie jest w trybie art. 135 obowiązkiem zamawiającego odpowiadanie na wszelkie pytania, ale udzielanie wyjaśnień w związku ze zgłoszonymi wątpliwościami.

Odwołujący zdaje się utożsamiać dyspozycję art. 135 ust. 2 Pzp z rozpowszechnioną w praktyce udzielania zamówień formułą „pytań” i „odpowiedzi na pytania”, co jednak nie odwzorowuje normatywnej konstrukcji art. 135, ograniczonej jedynie do pytań referujących wątpliwości wykonawcy.

Nadto o ile jest obowiązkiem zamawiającego udzielenie odpowiedzi na wątpliwości, to zamawiający nie ma obowiązku ustosunkowywać się do postulatów modyfikacji SWZ i wyjaśniać powodów pozostawienia SWZ w niezmienionym kształcie. Wprawdzie Prawo zamówień publicznych nie zabrania wykonawcom zgłaszania tego rodzaju oczekiwań, niemniej jednak postulaty tego rodzaju nie aktualizują po stronie zamawiającego skonkretyzowanych

obowiązków reagowania, w szczególności nie obligują go do wyjaśnienia powodów odmowy zmiany SWZ.

W tym kontekście treść odwołania jawi się jako próba podniesienia spóźnionych zarzutów względem SWZ, nie zaś kwestionowania aktualnie podejmowanych przez zamawiającego czynności.

Podsumowując, zarzut odwołania, już tylko z tego powodu, że nie został w jakikolwiek sposób uzasadniony i nie towarzyszy mu sformułowanie żądania, nie zasługuje na uwzględnienie. Nadto czynność zamawiającego w zakresie udzielenia odpowiedzi była w pełni zgodna z Prawem zamówień publicznych, w szczególności z tego powodu, że treść sformułowanego pytania nie zdradzała jakichkolwiek wątpliwości wykonawcy, które wymagałyby wyjaśnienia

W zakresie zarzutu nr 3, to jest:

„Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 o udostępnienia dokumentacji technicznej pojemników Presko New City - rysunków i opisów technicznych, w sytuacji gdy Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia pominął opis tak istotnych parametrów technicznych, jakim mają odpowiadać pojemniki, jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych — zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości, gdyż w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją — producenta/dystrybutora pojemników Presko New City, a co jednocześnie stanowi o braku wskazania jednej z podstawowych cech definiujących przedmiot zamówienia, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty;”.

W pierwszej kolejności zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe pytanie nr 22 było w istocie wnioskiem (prośbą) o następującej wyłącznie treści „Prosimy o dołączenie dokumentacji technicznej preferowanych przez zamawiającego pojemników Presko New City (rysunki i opisy techniczne).” . Zamawiający natomiast zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym odpowiedział, że rzeczoną dokumentacją nie dysponuje. Wykonawca nie wskazał przy tym przyczyn żądania tej dokumentacji, ani zakresu lub treści wątpliwości, które łączą się z prośbą o jej udostępnienie, ani nawet tego, że brak dokumentacji rodzi po stronie wykonawcy jakiegokolwiek wątpliwości. Trudno zresztą przypuszczać, aby wykonawca, u którego rodzą się rzeczywiste wątpliwości związane z brakiem określonych informacji, nie wskazał tych wątpliwości. Świadczyć to może, podobnie jak treść odwołania, że odwołującemu na etapie składania pytań jak i wnoszenia odwołania towarzyszyły zgoła odmienne intencje niż te jawnie deklarowane.

W kontekście przedmiotowego zarzutu zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone przy okazji odpowiedzi na zarzut nr 2 co do treści, zakresu oraz funkcji uprawnień i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy na tle instytucji wniosków o wyjaśnienie SWZ na gruncie art. 135 Pzp. W tym miejscu podkreśla jedynie, że treść prośby wykonawcy ujętej jako pytanie nr 22 nie spełnia hipotezy art. 135 ust. 1, a to nie jest wnioskiem o wyjaśnienie SWZ, a co za tym idzie nie aktualizuje obowiązków, o których mowa w art. 135 ust. 2 Pzp. zamawiający nie mógł więc naruszyć art. 135 ust. 2, a co za tym idzie postawiony zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Zamawiający z całą pewnością nie jest obowiązany do pozyskiwania od podmiotów trzecich i udostępniania dokumentacji, którą nie dysponuje, tym bardziej jeśli prośba o jej udostępnienia nie została uzasadniona istnieniem wątpliwości wykonawcy co do treści SWZ ani jakimikolwiek innymi względami. W tym miejscu zamawiający pomija milczeniem supozycję zawartą w pytaniu nr 22 jakoby preferował określonego producenta pojemników. Marginalnie zaś wskazuje, że zarzuty takie ten sam odwołujący postawił już zamawiającemu w sprawie KIO 150/22, gdzie jednak wyrokiem KIO z dnia 7 lutego br. zostały one w całości zdyskredytowane i uznane za bezpodstawne.

Nadto zamawiający podkreślił, że odwołujący w ogóle nie uzasadnił naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby rzekomo sprowadzać się do nieudostępnienia dokumentacji, którą zamawiający nie dysponuje. W miejsce tego odwołujący skupił się na krytyce opisu przedmiotu zamówienia, co tylko jednoznacznie wskazuje na intencję odwołania, którą bez wątpliwości nie jest kwestionowanie czynności zamawiającego dotyczącej udzielenia wyjaśnień, ale opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia jest w tym zakresie spóźnione.

Podsumowując, zarzut nr 3 w warstwie wprost wyartykułowanej jest bezzasadny, albowiem po stronie zamawiającego nie powstał w ogóle obowiązek udzielenia wyjaśnień (choćby z tego powodu, że wykonawca nie wskazał wątpliwości, które łączą się z brakiem wskazywanej przez niego dokumentacji), a w rzeczywistej warstwie wyrażonej w uzasadnieniu odwołania jest spóźniony, ponieważ dotyczy niezmienionej części SWZ. Inaczej rzecz ujmując, odwołujący pod pretekstem niewykonania przez zamawiającego nieumotywowanej prawnie i faktycznie prośby wniósł spóźnione odwołanie od opisu przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym niezbitie treść odwołania, w której odwołujący nie próbował wykazać nawet, że sformułowany wprost zarzut jest trafny.

Zamawiający nadmienia przy tym z ostrożności, że zobowiązanie go do udostępnienia wskazanej w odwołaniu dokumentacji jest niewykonalne. Po pierwsze, treść i zakres tej dokumentacji nie została skonkretyzowana. Po drugie, zamawiający nie ma pewności, czy jest możliwe prawnie lub faktycznie pozyskanie takiej dokumentacji od podmiotu trzeciego, choćby ze względu na tajemnice przedsiębiorstwa, handlową lub podobne względy albo choćby z tego

powodu, że dysponent ewentualnej dokumentacji nie ma prawnego obowiązku jej udostępnienia, zwłaszcza w ściśle określonym terminie i formie.

W zakresie zarzutu nr 4, to jest:

„Naruszenie przepisu art. 135 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., gdyż poprzez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie części II pkt 4 SOPZ polegającej na dodaniu wiersza „wykonanie zgodnie z normą” o następującym brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy” opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, zachodzą istotne wątpliwości co do zakresu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, gdyż normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania — pojedynczy, podwójny lub potrójny hak oraz system grzybkowy.”

W zakresie tego zarzutu odwołujący wnosi o: „doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dopuszczalnych mechanizmów opróżniania pojemnika, przez potwierdzenie, że zamawiający dopuszcza wszystkie mechanizmy opróżniania pojemników zgodne z normą PN EN 13071-1 i PN-EN 13071-3.”

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż przywołany jako podstawa prawna tego zarzutu art. 135 ust 2 Pzp jest w całości chybiona, gdyż przepis ten dotyczy obowiązku zamawiającego udzielenia wyjaśnień w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, natomiast w zakresie sformułowanego zarzutu numer 4 mamy de facto do czynienia z zarzutem na treść Specyfikacji warunków zamówienia ogłoszoną przez Zamawiającego 14 lutego br. w ramach udzielanych odpowiedzi na pytania.

Odwołujący, jako podstawę zarzutu wskazuje również art. 16 Pzp, wskazując w uzasadnieniu zarzutu, iż ma na myśli ograniczenie konkurencji na rynku. Zamawiający podnosi jednak, iż cała argumentacja opisana w trzecim akapicie tego zarzutu, stanowi de facto powielenie argumentacji zawartej we wcześniej złożonym odwołaniu na postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uznał wówczas tego zarzutu, a Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej wymienionym wyroku uznała zarzut za bezpodstawny.

Wreszcie ostatnia z przywołanych podstaw prawnych, to jest art. 99 ust. 2 Pzp, został zdaniem odwołującego naruszony przez niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia wątpliwości co do zakresu modyfikacji, z uwagi na fakt, że wskazane w zmianie SWZ normy EN13071-1 EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania, a to zdaniem odwołującego prowadzi do sprzecznego i niejasnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie mechanizmu opróżniania pojemników.

W ocenie zamawiającego zarzut ten jest całkowicie bezprzedmiotowy i jest przejawem nadinterpretowania dokonanej modyfikacji SWZ oraz dążenia do osiągnięcia oczekiwanego przez odwołującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie mechanizmu opróżniania, a to

z uwagi na fakt, że po pierwsze jak wskazał sam odwołujący w kolejnym pytaniu nr 10 zamawiający wyraźnie wyjaśnił, iż nie dopuszcza systemu opróżniania z głowicą dubbel huk, jako rozwiązania równoważnego do mechanizmu grzybkowego, a po drugie, jak wskazywano wyżej, kwestia mechanizmu opróżniania była już przedmiotem odwołania i zarzut odwołującego nie spotkał się z uznaniem Krajowej Izby Odwoławczej, która pozostawiła zapisy specyfikacji dotyczące mechanizmu grzybkowego opróżnienia pojemników.

Zamawiający wyjaśnia, iż norma EN13071 jest normą techniczną dotyczącą unoszonych pojemników na odpady o pojemności do 5 000 l, opróżnianych od dołu. W tym dokumencie określono wymagania dotyczące unoszonych pojemników na odpady, opróżnianych od dołu, stosowanych do magazynowania stałych niebezpiecznych odpadów o pojemności do 5 000 l. W części pierwszej (oznaczonej numerem EN13071-1) określono ogólne charakterystyki tych pojemników i ich wyposażenia dodatkowego, metody badań oraz wymagania bezpieczeństwa, jak również zalecenia dotyczące operacji instalacji, konserwacji i czyszczenia. Natomiast w części trzeciej (oznaczonej numerem EN13071-3) podano wymagania dla połączeń pojemników unoszonych, które należy stosować podczas ładowania i rozładowania pojemników opróżnianych od dołu. Fakt, że wyżej wymieniona norma dotyczy różnego typu pojemników opróżnianych od dołu, z różnego rodzaju mechanizmem opróżniania — pojedynczy, podwójny lub potrójny huk, a także system grzybkowy, nie oznacza, że zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu wszystkie pojemniki jakie będą spełniały wyżej wymienioną normę. Zamawiający, jak to już kilkakrotnie podkreślał, oczekuje pojemników z grzybkowym mechanizmem opróżniania, które spełniać będą wyżej wymienioną normę. Nie mamy zatem do czynienia sytuacją wewnątrznie sprzecznych i niejasnych zapisów opisów przedmiotu zamówienia, ale z postulatem odwołującego o modyfikacje tych zapisów w zakresie przez niego pożądanym, a tak sformułowane żądanie uznać należy za nieuprawnione, gdyż było ono już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. zmiany SWZ z dnia 1 lutego 2022 r. oraz odpowiedzi na pytania nr 1 – 29 udzielonej w dniu 14 lutego 2022 r. wraz ze zmianą SWZ w zakresie par. 14 ust. 1 wzoru umowy, wyjaśnień treści SWZ z dnia 10 marca 2022 r., korespondencji z Hewea i korespondencji z Willinger, normy PN-EN 13071-3.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zmiana SWZ z dnia 1 lutego 2022 r. w zakresie załącznika nr 1 Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia

II. Opis techniczny pojemników

Pkt. 2 Wyszczegółowienie NewCity 2250, NewCity 3000, NewCity 3750



Wyrzutnia pojemnika Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe, Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe, Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe

Pojemność otwieranej podstawy (litry) 250, 330, 410

Wykonanie zgodnie z normą EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT, EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT, EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT

Retencja dolnych drzwi dm<sup>3</sup> (odciek) 250, 330, 410

### 3. Pozostałe wymogi w zakresie pojemników:

b) część wrzutowa pojemnika wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroferezie na kolor z palety RAL wskazany w lit. d), farba odporna na graffiti

d) kolor wrzutni pojemników

g) Mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika.

h) Możliwość otwierania pojemników za pomocą dźwigni nożnej, która umożliwia otwarcie wrzutni bez użycia rąk.

i) Pokrywa wrzutni każdorazowo po otwarciu zamykana automatycznie, np. po zwolnieniu pedału nożnego.

j) (wykreślony).

k) Konstrukcja pojemnika i system odbioru musi umożliwiać automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika.

### 4. Poprzez pojemniki równoważne Zamawiający rozumie pojemniki, które spełnią następujące parametry:

Wrzutnia pojemnika Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe, Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe, Blacha ocynkowana, 1,52 mm, malowanie proszkowe

Pojemność otwieranej podstawy [litry] min. 200 min. 250 min. 300

Retencja dolnych drzwi [dm<sup>3</sup>] (odciek) min. 200 min. 250 min. 300

### 4. Pozostałe cechy równoważności:

b) część wrzutowa pojemnika wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroferezie na kolor z palety RAL wskazany w literze d), farba odporna na graffiti,

d) kolor wrzutni pojemników

g) Mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika.

h) Możliwość otwierania pojemników za pomocą dźwigni nożnej, lub inne rozwiązanie techniczne które umożliwia otwarcie wrzutni bez użycia rąk.

i) Pokrywa wrzutni każdorazowo po otwarciu zamykana automatycznie, np. po zwolnieniu pedału nożnego.

j) (wykreślony).

k) Konstrukcja pojemnika i system odbioru musi umożliwiać automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika.

Pytanie nr 2:

Wnosimy do Zamawiającego o uzupełnienie Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie opisu pojemnika równoważnego w części II Opis techniczny pojemników punkt 4 o wymóg spełniania normy EN13071 -1 oraz EN13071-3, a także potwierdzenia tego faktu przez europejskie laboratorium badawcze. Pominięcie tego wymogu rodzi ryzyko, że dostarczone pojemniki mogą nie być sprawdzone w zakresie bezpieczeństwa ich stosowania, zwłaszcza, że Zamawiający wymaga, aby pojemniki były opróżniane automatycznie, bez wysiadania z kabiny.

Odpowiedź nr 2:

Zmienia się treść Specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób – w załączniku nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”:

a) Część II pkt 2 wiersz „Wykonanie zgodnie z normą” otrzymuje następujące brzmienie „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy”,

b) Część II pkt 4 dodaje się wiersz „Wykonanie zgodnie z normą” o następującym brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy”.

Pytanie nr 7:

Prosimy o doprecyzowanie ilości poszczególnych pojemników w ramach zadania podstawowego.

W załączniku nr 2 Wykaz Pojemników podane są ilości:

Co w sumie daje:

Objętość 2250 – 48 szt.

Objętość 3000 – 18 szt.

Objętość 3750 – 38 szt.

Natomiast w załączniku nr 3 Wykaz Lokalizacji pojemników Zamawiający podaje:

Objętość 2250 – 46 szt.

Objętość 3000 – 18 szt.

Objętość 3750 – 40 szt.

Jaka jest właściwa ilość pojemników z podziałem na objętości?

Dodatkowo bazując na naszym wieloletnim doświadczeniu proponujemy zmianę objętości pojemników na papier z 2,25 m<sup>3</sup> na min 3,0 m<sup>3</sup>. Podyktowane jest to wielkością otworów wrzutowych pojemnika i wygodą dla mieszkańców wyrzucających odpady frakcji „Papier i Tektura” które często mają duże wymiary.

Odpowiedź nr 7:

Zmienia się treść Specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób:

- a) załącznik nr 2 „Wykaz pojemników” otrzymuje nowe brzmienie (w załączeniu zamienny załącznik),
- b) załącznik nr I „Formularz oferty” otrzymuje nowe brzmienie (w załączeniu zamienny załącznik),
- c) załącznik nr III „Zestawienie kosztów zadania” otrzymuje nowe brzmienie (w załączeniu zamienny załącznik).

Pytanie nr 8:

Czy Zamawiający dopuści pojemniki o retencji dolnych drzwi równej pojemności otwieranej podstawy wynoszącej dla:

- a. pojemnika o pojemności 2250 [litrów] – retencja dolnych drzwi oraz pojemność otwieranej podstawy 250 [litrów]
- b. pojemnika o pojemności 3000 [litrów] – retencja dolnych drzwi oraz pojemność otwieranej podstawy 330 [litrów]
- c. pojemnika o pojemności 3750 [litrów] – retencja dolnych drzwi oraz pojemność otwieranej podstawy 410 [litrów]?

Odpowiedź nr 8:

Zamawiający zmienił Specyfikację warunków zamówienia w tym zakresie pismem nr BSXZP/MC/181/02/2022/W z dnia 01.02.2022 r.

Pytanie nr 10:

Narzucony przez Zamawiającego system grzybkowy stosowany w pojemnikach firmy Presko uniemożliwia wskazania możliwego do zaoferowania rozwiązania równoważnego. System Presko – składają się z pojemników i pojazdu specjalistycznego, ze specjalistycznym dźwigiem, myjki oraz kompaktora który będzie obsługiwał wyłącznie pojemniki z systemem grzybka. System oferowany jest tylko przez jednego dostawcę – firmę Hewea, który ma monopol na dostawę tego typu pojazdu. Taką samą funkcjonalność można osiągnąć poprzez obsługę systemem double hook. W systemie Presko jest ponadto konieczność podjechania równoległe do pojemników, co utrudnia opróżnianie – w systemie double hook nie ma takich problemów, można opróżnić pojemniki na dystans. Śmieciarka z zamontowanym HDS (double hook) jest pojazdem uniwersalnym, który ma możliwość obsługi wszystkich typów pojemników (igło, 1100, 120 etc.). Aktualnie na terenie Wrocławia są stosowane pojemniki z systemem double hook, zakupione przez Gminę Wrocław (ZZK) – oznacza to, iż zastosowanie systemu double hook umożliwi stosowanie jednolitego systemu odbioru odpadów we Wrocławiu. Prosimy o dopuszczenie systemu trzpnia z głowicą, double hook jako rozwiązania równoważnego.

Odpowiedź nr 10:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ (zgodnie z wyrokiem KIO 150/22 z dnia 07.02.2022 r.).

Pytanie nr 22:

Prosimy o dołączenie dokumentacji technicznej preferowanych przez Zamawiającego pojemników Presko New City (rysunki i opisy techniczne).

Odpowiedź nr 22:

Zamawiający nie dysponuje przedmiotową dokumentacją techniczną.

Pytanie nr 23:

Prosimy o wyjaśnienie co to jest pojemność otwieranej postawy, oraz co oznacza retencja i jaka jest między nimi zależność.

Odpowiedź nr 23:

Zamawiający zmienił Specyfikację warunków zamówienia w tym zakresie pismem nr BSXZP/MC/181/02/2022/W z dnia 01.02.2022 r.

Pytanie nr 25:

Czy Zamawiający wymaga zgodności z normą EN 13071? Czy Zamawiający dopuszcza formę potwierdzenia spełniania wymogów tejże normy w formie deklaracji producenta?

Odpowiedź nr 25:

Odpowiedź jak na pytanie nr 2.

Pytanie nr 26:

W oferowanych przez nas pojemnikach pojemność otwieranej podstawy jest zgodna z normą EN 13071, która to określa wymagania w tym zakresie. Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie pojemników o płytszej podstawie, spełniającej wymogi normy?

Odpowiedź nr 26:

Zamawiający zmienił Specyfikację warunków zamówienia w tym zakresie pismem nr BSXZP/MC/181/02/2022/W z dnia 01.02.2022 r.

Pytanie nr 27:

Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zadaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste.

Odpowiedź nr 27:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ.

Zamawiający, zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmienia treść Specyfikacji warunków zamówienia w następujący sposób – ust. 1 w § 14 projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„1. Wykonawca udziela 36 miesięcy gwarancji na pojemniki oraz zamontowane systemy pozycjonowania pojemników w jednej linii.”.

W dniu 10 marca 2022 r. zamawiający sprostował wyjaśnienia udzielone na pytanie 23 w ten sposób, że zmienił treść odpowiedzi udzielonej pismem BSXZP/MC/261/02/2022/W z dnia 14 lutego 2022 r. i wyjaśnia, że pod pojęciem pojemności dolnej pojemników oraz retencji dolnych drzwi rozumie objętość miejsca, w którym gromadzone są odcieki. W związku z powyższym obie te definicje dla zamawiającego są tożsame.

Norma PN-EN 13071-3 dotyczy unoszonych pojemników na odpady o pojemności do 5000 l, opróżnianych od dołu z pkt. 3.2 wynika, że mogą być różne systemy obsługi kontenerów L pętla, pętla stała, pętla blokująca i grzybek oraz mogą być różnie konfigurowane : pojedyncza pętla, dwie pętla w szeregu, dwie pętla równoległe, trzy pętla w rzędzie i grzybek. Do wszystkich tych rozwiązań odnoszą się wymagania powołanej normy.

Z korespondencji pomiędzy Wioletą Piechotą ze strony odwołującego, z Igiem Mikołajczykiem z firmy Hewea nie wynika, że prowadzona była korespondencja z producentem z Włoch, natomiast z maila Wiolety Piechoty do Igora Mikołajczyka z 1 marca 2022 r. wynika, że przesłano link do postępowania Spółki Ekosystem [https://ekosystem.logintrade.net/zapytania\\_email,71291,bbcd3908154b270b2a064870880d9090.html](https://ekosystem.logintrade.net/zapytania_email,71291,bbcd3908154b270b2a064870880d9090.html), na które w dniu 4 marca Igor Mikołajczyk odpowiedział: w przypadku oferty na pojemniki, nie znamy jeszcze końcowej specyfikacji pojemników dla tego postępowania przetargowego. Czekamy na rozstrzygnięcie KIO, przez ostatnio wniesione odwołanie. Jak tylko sprawa się wyjaśni, niezwłocznie przystąpię do stworzenia oferty.

Z korespondencji z pomiędzy Michele Villiger, a S. J. wynika, że firma Viliger przesłała dokumenty pojemnika Smart Line, systemu automatycznego opróżniania, szybkobieżny podnośnik odpadów,

- urządzenie podbierające do grzybów dla dźwigów standardowych, chwytak szybkobieżny VP 28. Poinformował, gdzie można obejrzeć już funkcjonujące pojazdy, a gdzie uzyskać szczegóły techniczne – na targach IFAT w Monachium. Natomiast z tej korespondencji nie wynika, że pojemności tych urządzeń nie odpowiadają SWZ, natomiast taka konstatacja znajduje się w mailu S. J. z Alby do pełnomocnika odwołującego – w załączeniu oferta od Szwajcarów – wielkość pojemników nie spełnia warunków pojemności.

W ocenie Izby dowody złożone przez odwołującego nie są przydatne dla rozstrzygnięcia. Co do korespondencji z Hewea, to okoliczność wynikająca z tej korespondencji, to jest brak rozstrzygnięcia Izby w przedmiocie odwołania mogącego mieć wpływ na treść opisu przedmiotu zamówienia, jest Izbie znana z urzędu – jest to bowiem odwołanie rozstrzygane w tym wyroku. W ocenie Izby z korespondencji z Hewea można wywieść tylko tyle, że nie są w stanie

przedstawić oferty, dopóki nie będzie znana ostateczna treść SWZ, co jest oczywiste, skoro sam odwołujący domaga się zmian tej SWZ, w tym doprecyzowania jej postanowień, choćby w zakresie definicji retencji dolnych drzwi czy pojemności dolnej podstawy pojemnika, czy też potencjalnej możliwości dopuszczenia wrzutni z innym systemem niż grzybkowy.

Nie jest to jednak w ocenie Izby dowód na niejednoznaczność SWZ, ale na to, że treść jej, nie jest jeszcze ostatecznie ustalona do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Co do korespondencji z Villiger, to ona sama bez załączników wskazujących na parametry urządzeń nie stanowi dowodu na to, że pojemniki tej firmy nie spełniają wymagań SWZ w zakresie pojemności. Tym samym oświadczenie S. J. jako przedstawiciela odwołującego nie poparte jakimkolwiek dowodem pozostaje gołosłowne.

Izba ustaliła, że odwołujący w odwołaniu w sprawie KIO 150/22 stawiając zarzuty niejednoznaczność SWZ oraz preferowania określonego producenta i pozorności parametrów równoważności wnosił o :

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści dokumentów zamówienia poprzez:

a) usunięcie z treści SOPZ – pkt. II.4. – wymagania, by minimalna wysokość pojemników równoważnych wynosiła 1620 mm i dopuszczenie pojemników o wysokości 1600 mm;

b) usunięcie z treści SOPZ – pkt II.4. – wymagania, by minimalna szerokość pojemnika równoważnego o pojemności 3750-4000 l wynosiła co najmniej 1800 mm i dopuszczenie pojemników o szerokości 1750 mm;

c) usunięcie z treści SOPZ – pkt II.5.b. – wymagania, by część wrzutowa pojemnika wykonana była z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie lub w katodoforezie, zaniechanie określania w OPZ technologii i pozostawienie w OPZ jedynie wymagania, by farba była odporna na graffiti;

d) usunięcie z treści SOPZ – pkt II.5.e. – wymagania, by podstawa pojemnika miała kształt prostokąta lub kwadratu i pozostawienie w OPZ jedynie wymagania, by możliwe było łatwe i estetyczne łączenie pojemników w gniazda;

e) usunięcie z treści SOPZ – pkt II.5.f. – wymagania, by pojemniki łączone w gniazda posiadały wspólną szynę łączącą pojemniki;

f) zmianę w treści SOPZ – pkt II.5.g. – wymagania, by pojemniki posiadały mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy poprzez dopuszczenie możliwości zastosowania mechanizmu grzybkowego albo mechanizmu z podwójnym hakiem;

g) usunięcie z treści SOPZ – pkt II.5.k. – wymagania, by konstrukcja pojemnika i system odbioru umożliwiał automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika;

h) doprecyzowanie, co Zamawiający rozumie przez pojęcie system pozycjonowania pojemników, z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii i doprecyzowania parametrów technicznych, jakim ma odpowiadać ten system;

i) doprecyzowanie w punkcie III.3 SOPZ, w jaki sposób, w jakiej technologii, z wykorzystaniem jakich materiałów, Zamawiający zamierza przygotować teren pod montaż pojemników;

j) doprecyzowanie rozbieżności w zakresie proporcji dotyczących pojemności otwieranej podstawy oraz poziomu retencji dolnych drzwi, zmniejszenie poziomu retencji dolnych drzwi w sposób proporcjonalny do pojemności otwieranej podstawy;

k) wydłużenie w rozdziale III pkt 7 ppkt 1 i ppkt 3 SWZ oraz w § 2 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 projektu umowy terminu, w jakim zrealizowana ma zostać dostawa pojemników do 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy i montażu pojemników w terminie do 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie uznaje odwołania i wnosi o jego oddalenie w zakresie zarzutów oraz wniosków odwołania z zastrzeżeniem, że przed terminem rozpoznania sprawy dokonał zmiany specyfikacji, to jest treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie zapisów o jakie wnioskował odwołujący w punktach: lit. a, b, d, h, i, j. Zamawiający pismem nr BSXZP/MC/181/02/2022 z dnia 01.02.2022 r. zmienił zapisy specyfikacji warunków zamówienia zgodnie z żądaniami Odwołującego i w związku z tym powyższe zarzuty stały się bezprzedmiotowe.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiarowy i nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień Opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

- doprecyzowanie wymagania określonego w punkcie II.3 lit. k) oraz w punkcie II.5 lit. k) poprzez wskazanie, że konstrukcja pojemnika i system odbioru musi umożliwiać odbiór odpadów nie bez jakiegokolwiek ingerencji pracownika, a z poziomu kabiny kierowcy, ewentualnie wykreślenie tego wymagania.

W pozostałym zakresie oddaliła odwołanie, w tym w zakresie c) wymaganie określone przez zamawiającego w pkt II.5.g OPZ by pojemniki posiadały „mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika”.

Izba podniosła:

„Zgodnie z żądaniem przedstawionym przez Odwołującego postuluje on usunięcie wymagania z punktu II.5.g OPZ, by pojemniki posiadały mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy poprzez dopuszczenie możliwości zastosowania mechanizmu grzybkowego albo mechanizmu z podwójnym hakiem. Główna argumentacja Odwołującego

koncentruje się po pierwsze na twierdzeniu, że: sztywność pojemnika zależy przede wszystkim od rodzaju materiału, z jakiego zostanie on wykonany – w tym przypadku jest to galwanizowana blacha, a zatem różne systemy odbioru mogą zapewnić jego sztywność, po drugie: wymaganie uchwytu grzybkowego narzuca stosowanie całego systemu Presko. Następnie Odwołujący podejmuje próbę wykazania, że system hakowy w takim samym stopniu może spełnić wymagania Zamawiającego z uwagi na jego uniwersalność, efekt ekologiczny oraz efektywność.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący nawiązując w treści odwołania do kwestii sztywności pojemnika błędnie interpretuje w tym zakresie treść OPZ. Zdaniem Izby w zapisie tym nie chodzi o to, by sztywny był pojemnik w rozumieniu sztywności konstrukcji, z której się składa - czyli blachy. Chodzi tutaj o sztywność ułożenia pojemnika w czasie jego podnoszenia i opróżniania. Innymi słowy - zachowanie w tym czasie stabilnej pozycji. Nie można zatem zgodzić się z argumentacją, że pojemniki podnoszone za pomocą haka nie odbiegają swą sztywnością od pojemników z uchwytem grzybkowym.

Zdaniem Izby, dowody przedstawione przez Zamawiającego w postaci filmów obrazujących odbiór pojemników z zastosowaniem mechanizmu grzybkowego oraz mechanizmu hakowego, ukazują różnice zachodzące w sztywności pojemnika przy zastosowaniu obu tych mechanizmów. Zastosowanie mechanizmu grzybkowego wyraźnie lepiej utrzymuje sztywność opróżnianego pojemnika w porównaniu do mechanizmu hakowego. W takim wypadku dopuszczenie mechanizmu hakowego jako równoważnego doprowadziłoby de facto do możliwości zaoferowania pojemników, których proces odbioru i opróżniania różni się znacząco. Mechanizm hakowy jest wolniejszy, utrudnia odstawienie pojemnika w to samo miejsce i wymaga bezpośredniej ingerencji pracownika w proces jego odbioru – zamocowanie haka na uchwycie pojemnika.

Dowody zebrane w toku postępowania potwierdzają także, że system odbioru grzybkowego stosowany jest przez innych producentów pojemników. Jak ukazuje dowód nr 1 dołączony do odpowiedzi na odwołanie – karta katalogowa szwajcarskiej firmy Villiger – pojemniki dostarczane przez tę firmę również są wyposażone w taki mechanizm. Również rysunki poglądowe tureckiego producenta TEKSİN KONTEYNER ve GALVANIZ SAN. TIC. LTD. STI. wskazują na stosowanie tożsamego rozwiązania. Nie są zatem prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że wymaganie uchwytu grzybkowego narzuca stosowanie całego systemu Presko, skoro tożsame rozwiązania oferowane są także przez innych producentów.

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania postawionej przez siebie tezy.”



**Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkującym odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy i art. 16 ustawy przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 23 Prosimy o wyjaśnienie co to jest pojemność otwieranej podstawy oraz co oznacza retencja i jaka jest między nimi zależność, pomimo że zostało ono zadane w ustawowo wymaganym terminie oraz w zakresie przewidzianym dyspozycją art. 135 ust. 1 ustawy

Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego i zamawiający wykonał już żądanie odwołującego dokonując zmiany postanowień SWZ w dniu 10 marca 2022 r., na dowód czego przedstawił dokonaną przez siebie zmianę. Izba zatem uznała, że pomiędzy stronami wygaś tym samym przedmiot sporu, o czym świadczy także wniosek odwołującego o umorzenie postępowania w przedmiocie tego zarzutu. Izba oceniła, że orzekanie w tej sytuacji o zarzucie stało się bezprzedmiotowe i z mocy art. 568 pkt 2 ustawy umorzyła postępowanie. Izba nie zastosowała w tym przypadku art. 522 ust. 4 ustawy, gdyż zamawiający już wykonał czynność zgodnie z żądaniem odwołującego, a umorzenie z art. 522 ust. 4 ustawy, ponownie nakładałoby na niego taki obowiązek.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez udzielenie odpowiedzi: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ na pytanie nr 27 Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie wrzutów podwójnych w każdym pojemniku, wykonanych ze stali nierdzewnej? W pojemnikach naziemnych zastosowanie wrzutów podwójnych naszym zdaniem jest niezbędne, gdyż tylko podczas wrzucania odpadów z dwóch stron można dokładnie wypełnić śmieciami pojemnik. W przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia w ogóle nie zawiera informacji dotyczących otworów wrzutowych pojemników oprócz wymagań odnoszących się do kolorów wrzutni oraz wymagania by część wrzutowa była wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroferezie na kolor z palety RAL z zastosowaniem farby odpornej na graffiti oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy i art. 17 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 o udostępnienie dokumentacji technicznej pojemników Presko New City - rysunków i opisów technicznych, w sytuacji gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia pominął opis tak istotnych parametrów tech-

nicznych, jakim mają odpowiadać pojemniki, jak określenie liczby oraz wymiarów otworów wrzutowych, ich kształtu oraz rozmieszczenia, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych – zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości, gdyż w nieuprawniony sposób uprzywilejowuje wykonawców dysponujących taką dokumentacją – producenta/dystrybutora pojemników Presko New City, a co jednocześnie stanowi o braku wskazania jednej z podstawowych cech definiujących przedmiot zamówienia, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający ustalenie kosztów oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty

Izba rozpoznała zarzuty łącznie. Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się. Izba ustaliła, że dla zarzutu odwołującego się do pytania nr 27, to odwołujący nie sformułował w tym zakresie skorelowanego z zarzutem żądania, dopiero na rozprawie odwołujący wskazał, że oczekuje doprecyzowania przez zamawiającego ilości, kształtu, rozmiarów i umiejscowienia na pojemniku otworów wrzutowych. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego o niejednoznaczności SWZ w tym zakresie. Izba ustaliła, że w pkt II.2 i II.4 zamawiający posłużył się pojęciem „Wrzutnia pojemnika”, w pkt. II.3 d wskazywał na „kolor wrzutni”, a nie na „kolory wrzutni”, w pkt. i mówił „pokrywa wrzutni”, a nie „pokrywy wrzutni”, również w pytaniu 10 wykonawca, który zadawał pytanie wprost podnosił, że „w przypadku jednego wrzutu boki pojemnika są puste”. Wszystkie te elementy wskazują, że zamawiający używał tego pojęcia w liczbie pojedynczej, co jeśli chodzi o ilość wrzutni w ocenie Izby precyzuje wymaganie jednoznacznie. Fakt, że zamawiający nie określił kształtu, rozmiaru i wysokości umiejscowienia wrzutni w ocenie Izby nie oznacza braku opisu przedmiotu zamówienia, ale wskazanie, że te parametry nie mają kluczowego znaczenia dla zamawiającego. Izba zauważyła, że tych parametrów zamawiający nie wymaga ani od rozwiązania podstawowego, ani od rozwiązania równoważnego. W ocenie Izby brak określonych wymagań zamawiającego co do kształtu, rozmiarów i rozmieszczenia wrzutni powoduje, że wykonawcy mają w tym zakresie swobodę doboru pojemników, a zamawiający nie będzie mógł oceniać zgodności treści oferty z warunkami zamówienia przez pryzmat parametrów których nie ujął w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Nadto Izba wzięła także pod uwagę, że brak wskazania tych parametrów był znany odwołującemu od momentu publikacji SWZ, tym samym termin na kwestionowanie braku tych postanowień przez odwołującego upłynął. Nie przywraca tego terminu udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień z dnia 14 lutego 2022 r. na pytanie 27, gdyż zamawiający nie dokonał zmiany pierwotnej treści SWZ. Jeśli chodzi o odpowiedź na pytanie 22, to w ocenie Izby jest ona jednoznaczna i wyczerpująca. Pytanie dotyczyło prośby o dołączenie dokumentacji technicznej preferowanych przez zamawiającego pojemników Presko New City (rysunki i opisy techniczne). Nie było to zatem pytanie o własne rysunki i opisy techniczne zamawiającego, jak próbował argumentować odwołujący na rozprawie. Zamawia-

jący na to pytanie odpowiedział w sposób zgodny z prawdą, że tych rysunków i opisów technicznych Presko New City nie posiada, tym samym nie mógł ich przekazać. Odwołujący poza wrzutnią, nie podał żadnych innych parametrów, których zamawiający nie opisał w załączniku nr 1 do SWZ, a które są niezbędne dla prawidłowego sporządzenia oferty. Odwołujący nie wykazał także, że w ogóle są takie parametry. Zamawiający podniósł, że podane przez niego parametry są dla niego kluczowe i w jego ocenie umożliwiają złożenie oferty. Zgodnie z normalnym rozkładem dowodu, dowód w tym zakresie obciążał odwołującego, który mu nie podołał, dlatego zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 135 ust. 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, gdyż przez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie części II pkt 4 SOPZ polegającej na dodaniu wiersza „wykonanie zgodnie z normą” o następującym brzmieniu „EN13071-1 EN13071-3 Potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub przez złożenie deklaracji producenta o spełnieniu normy” opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, zachodzą istotne wątpliwości co do zakresu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, gdyż normy EN13071-1 oraz EN13071-3 dopuszczają zastosowanie w pojemnikach różnych mechanizmów opróżniania – pojedynczy, podwójny lub potrójny hak oraz system grzybkowy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę, że wymóg wykonania zgodnego z normami PN-EN 13071-1 i 13071-3 był pierwotnie w części II.2 załącznika nr 1 do SWZ, gdzie opisał parametry techniczne i jednocześnie w pkt II.3 zamawiający opisał pozostałe wymogi w zakresie pojemników, gdzie w lit. g zamawiający zawarł wymaganie mechanizmu opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika. Natomiast w pkt. II.4 takiego parametru technicznego nie było w wymaganiu dla pojemników równoważnych, ale był w pkt II.5 lit. g wymóg pozostały - mechanizmu opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika.

W ocenie Izby w obu przypadkach zamawiający ustanawiając wymóg „pozostały” miał na myśli wymóg, inny, dalszy, czyli uszczegóławiający wymagania odnoszące się do parametrów technicznych. To, że norma uznaje za zgodne z nią różne mechanizmy opróżniania, to nie oznacza, że zamawiający dalszym wymaganiem nie wskazał, że wybiera na potrzeby swojego zamówienia tylko jeden z tych mechanizmów – mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy. Dopuszczalność takiego ograniczenia mechanizmów opróżniania uznała Izba w wyroku z dnia 7 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 150/22 i Izba w całości przyłącza się do wyrażonego w tym rozstrzygnięciu stanowiska. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że dodanie w pkt. II.4 wymogu wykonania zgodnie z normami w odpowiedzi na pytanie 2 i 25 nie spowodowało uchylecia wymogu z pkt. II.5 lit. g nadal zamawiający oczekiwał

mechanizmu opróżniania przez uchwyt grzybkowy, ale w zakresie wymagania równoważnego dodał także wymóg, aby pojemnik wyposażony w taki mechanizm spełnia także wymogi norm PN-EN 13071-1 i 13071-3 potwierdzone przez niezależne europejskie laboratorium badawcze CSI CERT lub deklarację producenta o spełnieniu normy. Dobitnie o tym, że zamawiający dopuszczał tylko mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy świadczy odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pytanie 10. Tym samym treść SWZ jest w tym zakresie jednoznaczna i niebudząca wątpliwości.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania obejmujących wydatki pełnomocnika w maksymalnej dopuszczalnej wysokości tj. 3 600zł., zgodnie ze złożonym rachunkiem.

**Przewodniczący: .....**