

**WYROK**

**z dnia 18 grudnia 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 grudnia 2015 roku** przez wykonawcę **EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku** na rzecz **Gminy Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 7 grudnia 2015 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 179 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca EKOLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o nazwie „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin VII części (niniejsze postępowanie obejmuje IV części)” prowadzi Zamawiający: Gmina Lublin.

Odwołanie wniesiono wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), w szczególności wobec:

- 1) ppkt 5.4.3.1.2.1 SIWZ, załącznika Nr 2 do wzoru umowy, załącznika Nr 2 do SIWZ, załącznika Nr 1a i Nr 1b do SIWZ w zakresie § 7 pkt 3 ppkt 3 pppkt „b” i pppkt „c” w zakresie niedopuszczenia do odbioru selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych z pojemników 2,0 - 2,5 m<sup>3</sup> przy wykorzystaniu innych pojazdów bezpylnych wyposażonych w HDS przystosowanych do odbioru frakcji suchej z wyżej wymienionych pojemników oraz niedopuszczenie do odbioru selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych z zabudowy jednorodzinnej w workach przy wykorzystaniu innych pojazdów, typu dostawczy lub skrzyniowy z zabudową wyposażonych w system GPS, bezpylnych przystosowanych do odbioru powyższej frakcji,
- 2) niezamieszczenia w SIWZ informacji o:
  - a) ilości punktów gromadzenia odpadów (tzw. gniazd z pojemnikami lub altan śmietnikowych) na terenie zabudowy wielorodzinnej w poszczególnych sektorach,
  - b) ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej,
  - c) ilości i rodzajów pojemników w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, zostały naruszone przez Zamawiającego przepisy art. 7 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1-2 ustawy Pzp, gdyż:

- 1) postanowienia SIWZ ograniczające odbiór odpadów wyłącznie do określonego typu pojazdu przeznaczonych do odbioru odpadów, bez możliwości zastosowania przez wykonawcę pojazdów równoważnych, stanowią naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, poprzez jednostronne narzucenie wykonawcy sposobu odbioru odpadów,

2) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, wobec braku podania w SIWZ wszystkich informacji umożliwiających rzetelne i poprawne przygotowanie oferty, w tym zwłaszcza skalkulowanie ceny.

Przedstawiając powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian w SIWZ:
  - a) w zakresie ppkt 5.4.3.1.2.1 SIWZ, załącznika Nr 2 do wzoru umowy, załącznika Nr 2 do SIWZ, załącznika Nr 1a i Nr 1b do SIWZ w zakresie § 7 pkt 3 ppkt 3 pppkt „b” i pppkt „c”, umożliwiających odbiór odpadów pojazdami równoważnymi w stosunku do pojazdów określonych w SIWZ przez Zamawiającego,
  - b) przez podanie ilości punktów gromadzenia odpadów (tzw. gniazd z pojemnikami lub altan śmietnikowych) na terenie zabudowy wielorodzinnej w poszczególnych sektorach, ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej, ilości i rodzajów pojemników w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej.
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ wadliwe i niekonkurencyjne sformułowania SIWZ pozbawiają go możliwości złożenia prawidłowej i zgodnej z wymogami zamawiającego oferty, w tym zwłaszcza uniemożliwiają skalkulowania prawidłowej ceny oferty. Powyższe powoduje, iż Odwołujący został narażony na szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu spodziewanych dochodów. W sytuacji wyeliminowania przez Zamawiającego podniesionych naruszeń, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na zgodnych z wymaganiami Zamawiającego warunkach i uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zgodnie z przepisami art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego nastąpiło w dniu 26 listopada 2015 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że:

W punkcie 5 SIWZ: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków”, w ppkt.5.4.3.1.2.1 oraz w załączniku nr 2 do umowy i nr 4 do SIWZ Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wymaga od Wykonawcy do odbioru selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych dysponowania dwoma pojazdami bezpylnymi wyposażonymi w urządzenie HDS oraz wyposażonymi w GPS i system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów.

Dodatkowo w załącznikach nr 1a i nr 1b do SIWZ (SOPZ) w § 7 w pkt 3 ppkt.3 ppkt b jest zapis, że pojazdy bezpylne dodatkowo winny być wyposażone w czujnik uruchomienia urządzenia wrzutowego oraz w § 7 w pkt.3 ppkt.3 ppkt c jest zapis, że pojazdy bezpylne dodatkowo winny być wyposażone w czujnik otwarcia odwłoka (czujnik wyladunku odpadów). Taki zapis narzuca wykonawcy do odbioru selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych dysponowania wyłącznie dwoma pojazdami bezpylnymi typu śmieciarka wyposażona w HDS.

Odwołujący zwrócił uwagę, że odbiór selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych na terenie miasta Lublina odbywa się na trzy sposoby:

- 1) z pojemników 700l, 1100l w zabudowie wielorodzinnej z zastosowaniem pojazdu bezpylnego typu śmieciarka, gdzie w tym przypadku trudno jest wskazać pojazd równoważny do obsługi frakcji suchej z tego typu pojemników,
- 2) z pojemników 2,0 - 2,5 m<sup>3</sup> (typu dzwon), do obsługi których jest potrzeba zastosowania HDS-u (dźwigu),
- 3) z zabudowy jednorodzinnej odbiór selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych odbywa się w workach, gdzie następuje załadunek ręczny worków na pojazd.

Opierając się na wieloletnim doświadczeniu praktycznym wykonawcy jak i powołując się do przykładów większości miast w Polsce, gdzie odbierane są opady frakcji suchej z tego typu pojemników, należy zwrócić uwagę, że w zakresie takiej obsługi istnieje wiele rozwiązań technicznych równoważnych i spełniających oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie. Najczęściej stosowanym i zupełnie wystarczającym rozwiązaniem technicznym w tym przypadku jest zastosowanie pojazdu typu hakowiec ze szczelnym kontenerem przykrywanym plandeką (jako pojazd bezpylny) bądź skrzyniowiec z zabudowaną skrzynią samowyladowczą wyposażonych w HDS. Ponadto należy szczególnie podkreślić, że zastosowanie pojazdu typu hakowiec lub skrzyniowiec z HDS-em w tego typu obsłudze pojemników, jako rozwiązanie alternatywne, jest rozwiązaniem lepszym w stosunku do pojazdu typu śmieciarka z funkcją zgniotu wyposażoną w HDS z uwagi na to, że z frakcji suchej nie ma wydzielonego szkła (nie ma oddzielnie segregacji szkła w pojemnikach) na terenie Lublina. Załadunek śmieciarką z HDS-m i kompensacja odpadów podczas załadunku powoduje rozbicie i zgniatanie szkła, co obniża jakość frakcji suchej w zakresie odzysku surowców takich jak makulatura, tworzywa sztuczne, szkło, wielomateriałówka do 80%. Powyższe należy podkreślić, bo przecież w interesie Zamawiającego jest to, aby ten poziom odzysku surowców był jak najwyższy, gdzie potwierdzeniem tego faktu jest zastosowanie w postępowaniu przetargowym, jako drugiego kryterium przy ocenie oferty przez Zamawiającego dodatkowej punktacji przy zwiększonym poziomie odzysku surowców. W wyniku takiego sposobu odbioru, potłuczone i zmielone szkło nie daje się odzyskać, przelatuje na sicie podczas przetwarzania w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów

komunalnych, przechodząc do frakcji podsitowej i zwiększając w ten sposób ilość balastu deponowanego na składowisku. Ponadto kawałki potłuczonego i zmielonego szkła wtłaczają się w pozostałe surowce, takie jak makulatura, tworzywa sztuczne czy metale miękkie, obniżając jakość odzysku tych surowców, bądź odzysk ich jest w znacznym stopniu niemożliwy. Dodatkowym czynnikiem jest aspekt ekonomiczny, bo w takim przypadku następuje zwiększenie ceny do 70% w instalacjach odbierających frakcję suchą, z uwagi na jej złą jakość. To ma znaczący wpływ na wyższą cenę oferty przez Wykonawcę, a tym samym podraża system obsługi miasta Lublin za, który płacą jego mieszkańcy w postaci wyższych stawek za odbiór odpadów, gdyż głównym składnikiem kosztów wykonawcy są koszty zagospodarowania odpadów.

Biorąc pod uwagę dalsze aspekty ekonomiczne Odwołujący wskazał, że ograniczenie obsługi wyłącznie (wg zapisu z SIWZ) do śmieciarki z HDS -em w praktyce zwiększa koszty obsługi systemu, gdyż jest to wysoce specjalistyczny sprzęt - bardzo drogi (wartość śmieciarki z HDS-em przewyższa prawie trzykrotnie wartość hakowca/bramowca z HDS-em), stąd duże odpisy amortyzacyjne, duże koszty napraw, wysokie koszty zużycia paliwa, gdzie w warunkach miejskiej obsługi spalanie ON dochodzi do 100L/100 km, a spalanie ON w przypadku hakowca/skrzyniowca występuje na poziomie 35L/100 km.

Wpływa to dodatkowo również w efekcie końcowym na pogorszenie efektu ekologicznego, w stosunku do tego, jaki miasto Lublin chciałoby uzyskać, z uwagi na opisany wcześniej obniżony poziom odzysku i recyklingu poszczególnych surowców pochodzących ze zbiórki frakcji suchej, jak również ze zwiększonej emisji spalin wynikający z wysokich norm spalania ON tego rodzaju sprzętu.

W praktyce zastosowanie śmieciarki z HDS-em ma małe zastosowanie w obsłudze miast, gdzie utrudniona jest obsługa pojemników 2,0 - 2,5 m<sup>3</sup> z uwagi na ich usytuowanie w wąskich i ciasnych uliczkach, z utrudnionym dojazdem, gdzie często pracownicy fizyczni dodatkowo wyciągają ręcznie pojemniki, aby je podczepić pod HDS, bo brak jest możliwości dojazdu z uwagi na bardzo duże gabaryty tego typu śmieciarki. W takim przypadku zastosowanie pojazdu typu hakowiec lub skrzyniowiec z HDS-em, które są pojazdami mniejszymi gabarytowo i zwrotniejszymi, o mniejszym nacisku osi, jest w praktyce lepszym rozwiązaniem, skracającym czas obsługi i powodującym mniejszą uciążliwość dla mieszkańców. To wpływa w efekcie końcowym na zwiększoną optymalizację procesu odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, tym bardziej, że w praktyce przy zastosowaniu tego typu pojazdów unika się wysokiego zgniotu (kompensacji) odpadów segregowanych, unika się zjawiska niepożądanego z uwagi na wcześniej opisane pogorszenie jakości frakcji i wyższej ceny w instalacjach przyjmujących te odpady, bądź przekwalifikowania odpadu na inny kod z uwagi na brak możliwości odzysku surowców.

Reasumując, ograniczenie przez Zamawiającego zastosowania do odbioru frakcji suchej z pojemników 2,0 - 2,5 m<sup>3</sup>, wyłącznie do śmieciarek z HDS-em na podstawie przedłożonej argumentacji nie ma uzasadnienia praktycznego, gdzie powszechnym jest stosowanie w takim przypadku również pojazdów typu hakowiec lub skrzyniowiec z HDS-em. Zapis w SIWZ ograniczający obsługę wyłącznie do śmieciarki z HDS-em w SIWZ stanowi zdaniem Odwołującego wyłącznie nieuzasadnione ograniczenie konkurencji, gdzie dotychczasowy wykonawca dysponuje takim sprzętem.

Odnoszą się do odbioru odpadów z zabudowy jednorodzinnej należy zauważyć, że odbiór selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych odbywa się w workach, gdzie następuje załadunek ręczny worków na pojazd. Zamawiający w SIWZ i załącznikach nr 1a i 1b do SIWZ (SOPZ) oraz w załącznikach nr 2 do umowy nr 4 do SIWZ narzuca wykonawcy do odbioru selektywnej frakcji suchej odpadów komunalnych w workach dysponowania również wyłącznie pojazdem bezpylnym typu śmieciarka. W tym przypadku również z doświadczenia, jak i przykładów większości miast w Polsce do odbioru frakcji suchej workowej, w której znajduje się szkło, pojazdem stosowanym w większości gmin w Polsce jest pojazd dostawczy ze szczelną zabudową spełniający kryterium pojazdu bezpylnego np. skrzyniowiec lub dostawczy. Natomiast brak zgniotu, jak to jest w przypadku śmieciarki nie powoduje, jak to opisano powyżej pogorszenia jakości suchej frakcji selektywnej i dalszych z tym związanych konsekwencji. Ponadto użycie w § 7 w pkt.3 ppkt.3 pppkt b zapisu, że pojazdy bezpylne dodatkowo winny być wyposażone w czujnik uruchomienia urządzenia wrzutowego, w tym przypadku nie ma uzasadnienia praktycznego, ponieważ uruchomienie odwłoka następuje po zapełnieniu go dużą ilością worków, które są wrzucane ręcznie do odwłoka i nie rejestrowany jest pojedynczy załadunek jak w przypadku opróżniania pojemników, natomiast ilość worków z odpadami segregowanymi odbieranych z poszczególnych posesji jest wprowadzana do systemu RFID ręcznie. Wobec powyższego ograniczenie przez Zamawiającego zastosowania do odbioru frakcji suchej w workach wyłącznie śmieciarek, gdzie powszechnym jest stosowanie w takim przypadku pojazdów typu dostawczy lub skrzyniowy z zabudową, nie ma uzasadnienia merytorycznego aby zastosować wyłączność. Na podstawie przedstawionej powyżej argumentacji, zastosowanie rozwiązań technicznych zaproponowanych przez Odwołującego jest lepszym rozwiązaniem, a na pewno co najmniej równoważnym. Takie ograniczenie zapisu w SIWZ do wyłącznego odbioru frakcji suchej workowej z zabudowy jednorodzinnej stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji poprzez narzucenie wykonawcy jednostronnego sposobu obsługi w tym zakresie, gdzie można zastosować rozwiązania równoważne, bardziej optymalne.

W zakresie ilości punktów gromadzenia odpadów (tzw. gniazd z pojemnikami czy altan śmietnikowych) na terenie zabudowy wielorodzinnej w poszczególnych sektorach, należy zauważyć, iż Zamawiający, na podstawie przekazywanych raportów z systemu RFID

przez dotychczasowych wykonawców ma wiedzę odnośnie ilości i rodzajach pojemników dla poszczególnych frakcji odpadów jakie są rozstawione na terenie sektorów w Lublinie oraz punktach gromadzenia odpadów (tzw. gniazdach z pojemnikami czy altanach śmietnikowych) na terenie zabudowy wielorodzinnej. Tę informację posiada Zamawiający również na podstawie składanych deklaracji przez zarządców poszczególnych nieruchomości wielorodzinnych. Powyższe informacje dotyczące ilości punktów gromadzenia odpadów, umożliwią rzetelne obliczenie kosztów logistycznych, które będzie musiał ponieść wykonawca przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji umożliwi poprawne przygotowanie oferty, w szczególności obliczenie ceny.

Brak informacji, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje to, iż Wykonawca nie będzie znał wysokości kosztów, które będzie musiał ponieść.

W SIWZ Zamawiający nie podał ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów, w szczególności w zabudowie jednorodzinnej, wobec powyższego wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić usługi oraz sprawdzić, czy będzie w stanie osiągnąć poziom odzysku, jak również, czy będzie można osiągnąć wyższy poziom recyklingu (drugie kryterium oceny ofert), niż założony w ustawie. Odniesienie do ilości gospodarstw segregujących odpady będzie miało także znaczenie w kosztach worków, które ma uwzględnić Wykonawca w wycenie oferty. Brak informacji o ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów uniemożliwia rzetelną i poprawną wycenę usługi oraz sprawdzenie możliwości osiągnięcia poziomu odzysku, zwłaszcza poziomu odzysku na wyższym poziomie niż założony w przepisach ustawowych (patrz drugie kryterium wyboru oferty). Informacja o ilości gospodarstw segregujących odpady będzie miało także znaczenie dla określenia kosztów worków, które ma zapewnić wykonawca w czasie realizacji usługi, co również wpływa na cenę oferty.

W powyższym zakresie Zamawiający ma szczegółową wiedzę, na podstawie przyjętych deklaracji w oparciu, o które naliczana jest opłata za odpady, zarówno dla właścicieli nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej jak i zarządców nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej.

Należy zwrócić uwagę, iż przepisy art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązują Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tych przepisów sprowadza się więc do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców,



co do przedmiotu zamówienia, poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia.

Niniejsze dane, które nie zostały podane w SIWZ są podstawą do właściwego przygotowania kalkulacji kosztowej. Brak opisanych wyżej informacji uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, a jednocześnie narusza jedną z podstawowych zasad obowiązujących przy organizowaniu przetargów, a mianowicie zasadę konkurencyjności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo tak opisany przedmiot zamówienia (w SIWZ) narusza przepisy: art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co wynika z zaniechania określenia w sposób wyczerpujący ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów, co może przekładać się na treść oferty wykonawcy i pozostawia wykonawcę w stanie niepewności co do kalkulacji ceny i sposobu realizacji zamówienia.

Ponadto powyższe narusza przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ustawy Pzp, gdyż opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, wobec braku jednoznacznego i wyczerpującego określenia ilości prognozowanych odpadów komunalnych poszczególnych frakcji objętych zamówieniem i danych w tym zakresie za okresy poprzednie, powoduje, iż potencjalną wiedzę na temat ilości odpadów za okres poprzedzający okres objęty zamówieniem, może posiadać wyłącznie dotychczasowy podmiot świadczący na rzecz Gminy Lublin usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów stałych z terenu Gminy Lublin, co daje mu znaczną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi ofertami.

Powyższe determinuje jeszcze jeden problem, wobec braku tych danych, istnieje realne ryzyko złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w dalszej kolejności skutkować może odrzuceniem ewentualnej oferty wykonawcy.

W zakresie ilości i rodzajów pojemników w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej, należy zauważyć, iż zgodnie z regulacjami obowiązującymi w gminie Lublin (uchwała Rady Miasta Lublin Nr 657/XXVI/2012 z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin - Dz. Urz. Woj. Lub. z 2013 r., poz. 475) ilość i pojemność pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych z terenu

nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi, zabudową zagrodową oraz budynkami mieszkalnymi wielorodzinnymi określa właściciel nieruchomości, w uzgodnieniu z gminą Lublin (§ 6 pkt 4 Regulaminu). W treści SIWZ Zamawiający nie podał ilości i wielkości pojemników, jakie ma zapewnić wykonawca w celu realizacji usługi, wynikających z uzgodnień pomiędzy właścicielem nieruchomości a gminą Lublin, podając jedynie informację, że to wykonawca uzgadnia bezpośrednio z właścicielem nieruchomości ilość i rodzaj pojemników lub worków. Należy tu zaznaczyć, że Zamawiający posiada wiedzę, jakie i ile pojemników jest rozstawionych na terenie sektorów, ponieważ ma bieżące informacje z systemu RFID. Ponadto Zamawiający dokonując staranności w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia mógł zwrócić się do obecnych wykonawców obsługujących poszczególne sektory w Lublinie o podanie ilości i rodzajów rozstawionych pojemników w poszczególnych sektorach miasta. Zamawiający może także wskazać prognozowaną ilość nowych deklaracji biorąc pod uwagę doświadczenie nabyte w ciągu dwóch lat funkcjonowania nowego systemu.

Brak informacji o ilości i rodzajach pojemników w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej uniemożliwia rzetelne obliczenie kosztów, które będzie musiał ponieść Wykonawca przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji umożliwi poprawne przygotowanie oferty, w tym zwłaszcza obliczenie ceny. Brak informacji o ilości i wielkości pojemników, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje to, iż wykonawca nie będzie znał wysokości kosztów, które będzie musiał ponieść. To, że Wykonawca uzgodni bezpośrednio z właścicielem nieruchomości ilość i rodzaj pojemników lub worków, będzie możliwe dopiero po wyborze oferty, a więc cena oferty może w całości nie odzwierciedlać wszystkich kosztów, które należy ponieść przy realizacji usługi. Brak informacji o ilości i rodzajach pojemników stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w sytuacji, gdzie dotychczasowy Wykonawca tę wiedzę posiada. Powyższe, w sposób jednoznaczny, również narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosił jak na wstępie odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił szeroką argumentację przemawiającą w jego ocenie za oddaleniem odwołania w całości.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentów złożonych na rozprawie i załączonych do pism procesowych, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie, po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **KOM-EKO S.A. z siedzibą w Lublinie** Przystąpienie uznano za skuteczne. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu*

*zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne*" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba ustaliła w zakresie warunków udziału w postępowaniu, że w Rozdziale 5 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający w punkcie 5.4.3.1.2.1 (dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi), określił, że wykonawca musi posiadać dwa zarejestrowane, posiadające aktualne badania techniczne dopuszczone do ruchu pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zbieranej frakcji suchej odpadów komunalnych, posiadające konstrukcję zabezpieczającą przed rozwiewaniem i rozpylaniem przewożonych odpadów i minimalizującą oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady (pojazdy bezpylne) wyposażone w:

- a) system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarne umożliwiający trwale zapisywanie oraz weryfikację danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów;
- b) urządzenie techniczne HDS, dopuszczone do eksploatacji przez organ właściwej jednostki dozoru technicznego, umożliwiające załadunek odpadów na pojazd (...).

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty, dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opisując warunki przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego, prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu oraz wyznaczył warunki kontraktowe, w sposób, który nie utrudnia wykonawcom dostępu do przedmiotowego zamówienia i daje możliwość skonstruowania konkurencyjnej oferty. Ustalonych warunków odnoszących się do wymaganego potencjału technicznego nie uznać można za nadmierne i nieadekwatne co do celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, posiadającego odpowiednie doświadczenie, a jednocześnie proponującego Zamawiającemu ofertę korzystną ekonomicznie.

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie potencjału technicznego oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby owa nieproporcjonalność nie ma miejsca w przypadku kwestionowanego warunku udziału. Jak wynika z ustaleń opisu przedmiotu zamówienia będzie ono wykonywane przy użyciu pojazdów typu śmieciarka z HDS, przy czym sam Odwołujący nie kwestionował, że zaproponowanie pojazdów równoważnych do wykonywania części zamówienia związanej z odbiorem odpadów z pojemników 700l, 1100l w zabudowie wielorodzinnej jest trudne. Skoro więc odbieranie selektywnie zebranej frakcji suchej odpadów komunalnych z tego rodzaju pojemników odbywać może się tylko przy użyciu tego typu pojazdów, to wymóg posiadania dwóch pojazdów bezpylnych wyposażonych w urządzenie HDS nie jest nadmierny. Na terenie miasta Lublina odpady gromadzone są w różny sposób i do tej różnorodności Zamawiający dopasował optymalny sposób odbierania tych odpadów. Pojazdy równoważne wskazane przez Odwołującego (hakowiec lub skrzyniowiec) nie mają przystosowanej konstrukcji i urządzeń do opróżniania pojemników 700l i 1000l. nie są to zatem pojazdy, które umożliwią efektywne opróżnianie pojemników w Lublinie. Wykonawca zainteresowany zamówieniem musi dysponować odpowiednim potencjałem technicznym, który umożliwi mu sprostanie wymaganiom Zamawiającego i mieszkańców. Za niecelowe natomiast należałoby uznać wymaganie, gdzie wykonawca musiałby dysponować co najmniej dwoma rodzajami pojazdów, do każdego rodzaju pojemników, do opróżniania których będzie zobowiązany. W ocenie składu orzekającego Izby wymaganie dysponowania pojazdem, którego konstrukcja umożliwia opróżnianie każdego rodzaju pojemników jest właściwsze.

W kwestii sformułowania przedmiotowego zarzutu, dostrzeżenia wymaga jeszcze jedna okoliczność. Odwołujący zakwestionował treść ppkt 5.4.3.1.2.1 SIWZ (dotycząca warunku) ale formalnie nie wskazał naruszenia art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Cała oś

argumentacji Odwołującego skoncentrowała się na opisie przedmiotu zamówienia, nie odnosił się on do ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny. Z tych powodów także zarzut podlegał oddaleniu.

W przypadku zarzutów skierowanych do opisu przedmiotu zamówienia i możliwości wykorzystywania do realizacji kontraktu pojazdów równoważnych, Izba podzieliła argumentację Zamawiającego wynikającą z odpowiedzi na odwołanie. Przy określaniu typu pojazdów, którymi można wykonywać zamówienie Zamawiający zobowiązany jest stosować się do przepisów prawa powszechnie obowiązującego i do istotnych z punktu widzenia rozstrzyganego sporu – przepisów prawa miejscowego. Z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym między innymi z Rozporządzenia z dnia 11 listopada 2013 roku Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie wymogów sanitarnych oraz technicznych pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych wynika, że stan techniczny i sanitarny pojazdów ma zabezpieczać odpady przed rozwiewaniem i rozpylaniem, minimalizować oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady, przy czym zabezpieczenie to ma gwarantować konstrukcja pojazdu.

Konstrukcja proponowanych przez Odwołującego pojazdów nie pozwoliłaby na spełnienie tych wymogów. Już z samej dokumentacji fotograficznej przedstawionej przez Odwołującego wynika, że konstrukcja tych pojazdów sprzyja niekontrolowanemu wydostawaniu się na zewnątrz odpadów, tak przy ich załadunku, jak też transporcie (przykrycie skrzyni z odpadami tylko za pomocą plandeki). Może także nastąpić rozwiewanie odpadów i ich rozpylanie, ponieważ opróżnianie pojemników odbywa się na skrzynię pojazd, a nie do szczelnego, zamkniętego kontenera. Odpady narażone są na znaczne oddziaływanie czynników atmosferycznych. W przypadku pojazdu typu hakowiec przy każdym załadunku odpadów następuje otwarcie całego kontenera, co również może sprzyjać wszystkim opisanym powyżej zjawiskom niekontrolowanego oddziaływania na odpady. Z uwagi na to, że konstrukcja wymienionych typów pojazdów nie jest szczelnie zamknięta, w trakcie transportu odpadów może następować wydostawanie się na zewnątrz części odpadów. Nie można również zapominać, że przy użyciu tego typu pojazdów zdecydowanie mniejsza jest funkcja zgniotu, co oznacza, że jednorazowo taki pojazd może zebrać i przewieźć mniejszą ilość odpadów niż śmieciarka. To zaś wpływa na konieczność przewidzenia większej liczby kursów, większej liczby pracowników, co przekłada się na wyższe koszty systemu gospodarki odpadami. To także oznacza w ogólnym rozrachunku wyższe zużycie paliwa (więcej kursów), a więc także większe zanieczyszczenie środowiska. Jak już też wcześniej wspomniano, użycie jednego typu pojazdów (śmieciarka z HDS)

powoduje możliwość obsługi podczas jednej trasy różnego rodzaju pojemników, bez konieczności posiadania odrębnych pojazdów do opróżniania mniejszych pojemników. W ten sposób wykonawca może efektywnie wykorzystać czas pracy pojazdów i obsługi pojazdu, a także zmniejszyć koszty obsługi systemu. Za nieuprawnione również Izba uznała żądania wykreślenie wymogów odnośnie czujnika otwarcia odwłoka, który to czujnik pozwala na kontrolowanie rozładowywania odpadów w miejscach do tego przeznaczonych. W przypadku § 7 ust. 3 pkt 3b OPZ do SIWZ Zamawiający wymaga posiadania przez pojazdy czujnika uruchomienia urządzenia wrzutowego. Zamawiający wyjaśnił, że czujnik ten uruchamia się przy załadunku na pojazd pojemników 700l i 1000l, a więc nie jest w ogóle wykorzystywany przy obsłudze pojemników, dla których dopuszczenia pojazdów równoważnych wnioskował Odwołujący, który tej tezie nie zaprzeczył.

W kwestii zastosowania funkcji zgniotu do zbierania frakcji suchej odpadów i wpływu sposobu selektywnej zbiórki na jakość tej frakcję odpadów, Odwołujący przedstawił trzy opinie regionalnych instalacji odbioru odpadów, z których wynika, że frakcja bez wydzielonej frakcji w postaci szkła charakteryzuje się niskim poziomem odzysku surowców posiadających wartość handlową. Zamawiający przedstawił opracowania wykonane przez Uniwersytet Marii Curie- Skłodowskiej w Lublinie w zakresie badań morfologicznych odpadów komunalnych prowadzone od 2013 roku, z których wynika, że zbieranie odpadów szkła łącznie z innymi materiałami zapobiega rozbiciu szkła, tak w pojemnikach, podczas transportu i rozładunku, a ogólna zawartość szkła we frakcji wynosi 19-21% wagi. Konfrontując ze sobą przedstawione dokumenty dostrzeżenia wymaga, że wyniki badań prowadzonych przez Zamawiającego z pewnością dotyczą odpadów pochodzących z miasta Lublina. Nie wiadomo natomiast, czy regionalne instalacje, do których zwrócił się Odwołujący wypowiadały się o odpadach pochodzących z tego terenu. Poza tym, co słusznie podkreślił Zamawiający, celowo nie wskazał on regionalnej instalacji, której należy wywozić odpady zbierane selektywnie. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Odwołujący wybrał taką instalację, która w sposób efektywny umie dokonywać odzysku surowców.

Niewątpliwie zgodzić należy się z Odwołującym, że w interesie Zamawiającego jest, aby poziom odzysku surowców był jak największy, o czym świadczy także ustalone w postępowaniu kryterium pozacenowe. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na to, że nie jest możliwe osiągnięcie wymaganych przepisami lub większych poziomów odzysku. Sprawozdania złożone przez Zamawiającego pokazują, że inni wykonawcy nie mieli problemu z osiągnięciem zakładanego poziomu odzysku. Również złożone opracowanie i przeprowadzone badania pokazują, że frakcja sucha zawiera 84% wagowego udziału odpadów nadających się do recyklingu.

Tak więc, Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów, przemawiających za możliwością dopuszczenia pojazdów równoważnych.

W przypadku żądania podania przez Zamawiającego dodatkowych informacji w zakresie ilości punktów gromadzenia odpadów w zabudowie wielorodzinnej; ilości gospodarstw, które zadeklarowały segregację odpadów oraz ilości i rodzajów pojemników w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej, Izba uznała te żądania za nadmierne. W ocenie składu orzekającego Izby nie przedstawiono takiej argumentacji, która za prawidłową nakazywałaby uznać tezę, że informacje te są niezbędne do prawidłowej wyceny oferty. Przede wszystkim zauważyć należy, że w treści samej SIWZ oraz załącznikach do SIWZ Zamawiający zawarł szereg informacji, pozwalających na przyjęcie określonych założeń kalkulacyjnych do oferty. Zamawiający szczegółowo podał w załączniku nr 12 i nr 14 ilość gospodarstw domowych w poszczególnych sektorach, w rozbiciu na gospodarstwa jednoosobowe, dwuosobowe i więcej (w rozróżnieniu za zabudowę jednorodziną i wielorodziną), podano także ilość osób zameldowanych w danych sektorach, w załączniku nr 11 określono rodzaje nieruchomości, z których mają być odbierane odpady. Znając ilość budynków i ilość osób oraz wymagania co do pojemności pojemników Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublina, wykonawca może ustalić ilość niezbędnych pojemników i worków, dostosować do tej ilości i pojemności pojemników harmonogram wywozu nieczystości. Zamawiający zauważył także, że nie posiada informacji na temat ilości altan śmietnikowych i ich lokalizacji, ale podał wykaz gospodarstw domowych, w tym w zabudowie wielorodzinnej, a zgodnie z przepisami każdy budynek wielorodzinny przynajmniej jedno takie miejsce powinien posiadać i takie założenie należy przyjąć do wyceny oferty.

Izba podkreśla, że choć Zamawiający nie jest zobowiązany do gromadzenia danych, o które wnioskował Odwołujący, to jeżeli dane te są znane Zamawiającemu z uwagi na kilkuletnie prowadzenie systemu gospodarki odpadami i zbieranie różnego rodzaju danych analitycznych, Izba nie widzi przeciwwskazań, aby informacje te udostępnić Wykonawcom zainteresowanym postępowaniem, jeżeli pozwoli to rzetelniejsze (choćby nawet w minimalnym stopniu) wycenienie oferty.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**