

Sygn. akt: KIO 649/22

WYROK

z dnia 21 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawcę: **RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu Gminie Celestynów dokonanie zmiany postanowień:
 - rozdz. V SWZ ust. 1 pkt 2 lit. d) ppkt b SWZ (i odpowiednio pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) dla Części I zamówienia - w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności do realizacji zamówienia,
 - Opisu Przedmiotu Zamówienia - Minimalny potencjał techniczny, konieczny do spełnienia przez wykonawcę – w zakresie wymogu zapewnienia co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.) - w sposób zapewniający rozszerzenie konkurencji,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gmina Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów, i:**

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** tytułem wpisu od odwołania,
- b. zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Celestynów, ul. Regucka 3, 05-430 Celestynów** na rzecz wykonawcy: **RDF Sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Celestynów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Celestynów*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 25 lutego 2022r. pod nr 2022/S 040-102770. SWZ została opublikowana w dniu 25 lutego 2022r. na stronie internetowej Zamawiającego.

Wykonawca RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia, polegających na sformułowaniu:

- warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania potencjałem technicznym – pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych dla Części I zamówienia;
- opisu przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania pojazdu, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych, który to warunek jest nieprecyzyjny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nie określa minimalnego poziomu zdolności do realizacji zamówienia, a w konsekwencji ogranicza konkurencję w postępowaniu w sposób niezgodny z podstawowymi zasadami prowadzenia Postępowania,
- art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych, który to wymóg został wprowadzony do opisu przedmiotu zamówienia (dla wszystkich Części zamówienia) bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, sam zaś wymóg narusza zasadę proporcjonalności i w sposób całkowicie nieuzasadniony ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ (oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) poprzez:

- wykreślenie z rozdz. V SWZ ust. 1 pkt 2 lit. d) ppkt b SWZ (odpowiednio pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) – dla Części I zamówienia – zapisu wprowadzającego wymóg, by wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazali, że dysponują co

najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.),

– wykreślenie z Opisu przedmiotu zamówienia wymogu zapewnienia co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.).

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem sformułowanie postanowień SWZ w sposób niezgodny z przepisami utrudnia mu dostęp do uzyskania zamówienia i jako taki jest dla niego niekorzystny.

Zgodnie z postanowieniem rozdz. V SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków - ust. 1 pkt 2 lit. d) ppkt b SWZ (odpowiednio pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający wymaga – dla Części I zamówienia – by wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazali, że dysponują *co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.)*.

Jednocześnie Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wprowadził wymóg, odnoszący się do wszystkich części zamówienia, zapewnienia *co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.)*.

Tak określone wymogi, zarówno odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu, jak i opisu przedmiotu zamówienia, są nieprecyzyjne i jednocześnie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz, w konsekwencji, niezasadnie ograniczają wykonawcom możliwość ubiegania się o niniejsze zamówienie, istotnie ograniczając konkurencję.

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy z dnia 11 stycznia 2018r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych operują pojęciem: „*pojazdu elektrycznego*”, „*pojazdu hybrydowego*”, „*pojazdu napędzanego gazem ziemnym*” oraz „*pojazdu napędzanego wodorem*”. Z zapisów SWZ nie wynika, którym z tych pojazdów ma dysponować wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (czy chodzi tu wyłącznie o pojazdy elektryczne, czy może warunek zostanie spełniony również w sytuacji, gdy wykonawca dysponuje np. pojazdem zasilanym CNG). Pojazd wymagany dla spełnienia warunku ma spełniać wymogi Ustawy, jednak nie wskazano w jego opisie, o jakie wymogi tu chodzi.

Jeśliby założyć, że warunek udziału w postępowaniu jest skorelowany z wymogiem wynikającym z OPZ, a odnoszącym się do realizacji zamówienia pojazdami elektrycznymi, to warunkiem udziału w postępowaniu winno być dysponowaniem pojazdem elektrycznym przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych. Jeśli taka była intencja Zamawiającego winna ona zostać wyrażona w opisie warunku udziału w postępowaniu wprost. Warunek udziału w postępowaniu winien być jednoznaczny, a wykonawcy nie mogą być zmuszeni do tego, by domyślać się intencji Zamawiającego.

Zakładając, że i warunek udziału w postępowaniu i opis przedmiotu zamówienia nawiązują do pojazdów elektrycznych, Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 68 ww. ustawy, jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 1, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, od dnia 1 stycznia 2022r., wynosił co najmniej 10%.

Wymóg ten odnosi się wyłącznie do jednostek samorządu terytorialnego, o których mowa w art. 35 ust. 1 ww. Ustawy, tj. do jednostek samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000. Gmina Celestynów, jak wynika z OPZ, liczy sobie 11 530 mieszkańców, a więc korzysta z wyłączenia. W praktyce oznacza to, że Zamawiający nie musi w świetle obowiązujących przepisów prawa zapewnić minimalnego udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów realizujących zamówienie.

W ocenie Odwołującego, zwolnienie mniejszych gmin i powiatów z obowiązku zapewnienia określonego udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów realizujących zamówienia publiczne było podyktowane kilkoma względami, w tym przede wszystkim kosztami, jakie wiążą się z realizacją zamówienia przy wykorzystaniu takich pojazdów oraz dostępnością sieci ładowania takich pojazdów.

Zamawiający co do zasady może wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia wymagania dalej idące względem wymagań ustawowych, jednak takie działanie winno być uzasadnione okolicznościami sprawy i celami, jakie chce osiągnąć Zamawiającym (a więc winno być zgodne z zasadą proporcjonalności), a równocześnie w nie może ono prowadzić do naruszenia zasad uczciwej i równej konkurencji.

W niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek racji przemawiających za zobowiązaniem wykonawców do posiadania i realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych.

Wymóg realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych (czy szerzej zasilanych paliwami alternatywnymi) ma niewątpliwie realizować cele środowiskowe, w tym przede wszystkim ma prowadzić do zmniejszenia ilości emisji do środowiska. Korzystanie z pojazdów zasilanych paliwami alternatywnymi nie jest jedynym środkiem do realizacji tego celu. Cel ten można osiągnąć również, czy też w pierwszej kolejności, poprzez

wymóg by do realizacji zamówienia wykonawcy wykorzystywali pojazdy o określonej (niskiej) normie emisji spalin – normie euro 5 lub euro 6. Na rynku odbioru odpadów komunalnych jest to wręcz standardowe rozwiązanie, tj. Zamawiający oczekują realizacji zamówień przy użyciu pojazdów spełniających normę emisji spalin euro 4 lub wyższą, a posiadanie pojazdów z normą emisji spalin np. euro 6 jest bardzo częstym kryterium oceny ofert.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie postawił jednak w opisie przedmiotu zamówienia, czy opisie warunków udziału w postępowaniu żadnych wymagań odnośnie normy emisji spalin, jaką mają spełniać pojazdy odbierające odpady komunalne z terenu gminy. Wykonawcy mogli by więc skierować do realizacji zamówienia nawet pojazdy z normą emisji spalin euro 3 lub mniejszą, z których korzystanie wiązać będzie się z dużą uciążliwością dla mieszkańców gminy - dużą ilością emisji do powietrza. W tej sytuacji wykorzystanie do realizacji zamówienia 1 pojazdu elektrycznego (biorąc pod uwagę ilość wymaganych do realizacji pojazdów, zwłaszcza w Części II i III, jeden pojazd spełni wymóg 10%) w istotny sposób nie zmieni sytuacji mieszkańców gminy. Całkowicie niezrozumiałe byłoby traktowanie wymogu wykorzystania pojazdu elektrycznego do realizacji zamówienia jako wymogu „pro środowiskowego”, jeżeli jednocześnie opis przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie odnoszącym się do pojazdów nie preferuje rozwiązań ekologicznych. Innymi więc słowy, cele ekologiczne, które potencjalnie chciałby zrealizować Zamawiający, wprowadzając wymóg korzystania z pojazdu elektrycznego, mogą być zrealizowane choćby poprzez wprowadzenie wymogów związanych z normami emisji spalin dla wszystkich pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia. Skoro więc wprowadzenie tego wymogu nie jest niezbędne do realizacji celów zamówienia, względnie cele te można zrealizować w sposób mniej uciążliwy dla wykonawców, tak określony wymóg opisu przedmiotu zamówienia nie może zostać uznany za proporcjonalny względem przedmiotu zamówienia.

Powyższe uwagi w pełni można odnieść do wszystkich pojazdów zasilanych paliwami alternatywnymi, gdyby tak rozumieć warunek udziału w postępowaniu.

Wykonawcy, którzy realizują zamówienia wyłącznie w mniejszych gminach, a takim podmiotem jest Odwołujący, w ogóle nie dysponują pojazdami elektrycznymi czy pojazdami zasilanymi innymi paliwami alternatywnymi. Wobec braku wymogów wynikających z ww. ustawy, mniejsze gminy nie wymagają bowiem od wykonawców realizacji zamówienia przy wykorzystaniu takich pojazdów. Zazwyczaj, jak wskazano powyżej, wymogi wiążą się z zapewnieniem pojazdów o określonej normie emisji spalin. Warunek udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia ogranicza więc udział w niniejszym postępowaniu wykonawcom, którzy nie świadczą usług odbioru odpadów komunalnych w większych gminach.

Odwołujący, chcąc ubiegać się o niniejsze zamówienie, a później je realizować, musiałby zakupić pojazd wymagany zapisami SWZ, przy czym pojazdy elektryczne do

odbioru odpadów i zasilane innymi paliwami alternatywnymi są zdecydowanie droższe niż pojazdy tradycyjne, nawet te spełniające normę emisji spalin euro 6. Nie jest przy tym pewne, że pojazd taki zostałby dostarczony wykonawcy przed terminem realizacji zamówienia – pojazdy elektryczne i zasilane innymi paliwami alternatywnymi są nadal rzadko stosowane do odbioru odpadów i w związku z tym nie są dostępne „od ręki” u sprzedawców. Termin dostawy zamówionych pojazdów jest relatywnie długi (zwłaszcza uwzględniając problemy związane z zapewnieniem podzespołów do samochodów spowodowane pandemią), a dostępność takich pojazdów na rynku wtórnym jest w zasadzie zerowa. Sytuacja takich wykonawców, jak Odwoływający jest więc zdecydowanie gorsza niż wykonawców, którzy realizują usługi odbioru odpadów w większych gminach.

Odwoływający, poza kosztami zakupu takiego pojazdu, musiałby uwzględnić w cenie oferty również koszty jego ładowania/tankowania, które z uwagi na brak dostępnych sieci ładowania byłby zdecydowanie większe niż w przypadku pojazdów zasilanych w sposób tradycyjny.

Konieczność zakupu i utrzymania pojazdu elektrycznego (zasilanego innym paliwem alternatywnym) w sposób istotny podwyższy więc koszty oferty – zamówienie ma być realizowane przez 12 miesięcy, a wykonawca najprawdopodobniej nie będzie mógł wykorzystać tego pojazdu do realizacji zamówienia w innych gminach, więc w zasadzie wszystkie koszty związane z zapewnieniem pojazdu winien ująć w cenie ofertowej. Problem ten jest szczególnie istotny dla realizacji zamówienia w Części II i III, w których zakres zamówienia jest zdecydowanie mniejszy niż w Części I (a więc i ceny oferowane w tych częściach będą niższe niż w Części I). W takiej sytuacji, wykonawca nie ma jednak obiektywnie szans na to, by jego oferta była w niniejszym postępowaniu najkorzystniejsza. Trudno również uznać, że takie rozwiązanie będzie efektywne dla samego Zamawiającego – przy dużo wyższych cenach ofertowych, uzyska on wprawdzie „zysk” w postaci wykonywania przedmiotu zamówienia przy użyciu pojazdu elektrycznego, jednak efekty ekologiczne takiego rozwiązania będą niewspółmierne do kosztów, jakie poniesie Zamawiający, zwłaszcza jeśli uwzględni się, że podobny efekt ekologiczny Zamawiający uzyskałby, niższym kosztem, wymagając realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów do odbioru odpadów spełniających normę emisji spalin euro 5 lub wyższą.

Jak wynika z powyższego, wymóg realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych/zasilanych paliwem alternatywnym (oraz związany z tym warunek udziału w postępowaniu) nie jest wymogiem ustawowym, a uwzględniając specyfikę niniejszego zamówienia jest w istocie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jego wprowadzenie zawyży istotnie koszty realizacji zamówienia i ograniczy konkurencję w postępowaniu w sytuacji, gdy możliwy do osiągnięcia efekt ekologiczny jest ograniczony. Nawet więc gdyby wymóg ten uzasadniać względami środowiskowymi, w realiach niniejszej

sprawy cele środowiskowe można w sposób porównywalny zrealizować innymi metodami (np. wprowadzając wymóg korzystania z pojazdów o określonej normie emisji spalin), a więc także w ujęciu celu wymogi Zamawiającego nie przechodzą tzw. testu proporcjonalności.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 Pzp, warunki udziału w postępowaniu należy wyrażać jako minimalne poziomy zdolności do realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie, kwestionowany warunek nie ma takiego charakteru. Wykonawcy dysponujący pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zasilanymi paliwami tradycyjnymi są zdolni do realizacji zamówienia w sposób zgodny z prawem i oczekiwaniami Zamawiającego. W tej sytuacji warunek udziału w postępowaniu, zwłaszcza jeśli uwzględniony zostałby zarzut dotyczący nieprawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, staje się nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie służy bowiem w istocie weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a jest wyłącznie wymogiem ograniczającym liczbę wykonawców mogących ubiegać się o niniejsze zamówienie.

Zamawiający nie składał pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że nie kwestionuje faktu, że pojazdy elektryczne są droższe od napędzanych dieslem albo gazem. Wskazał, że zgodnie z ustawą o elektromobilności jest zobowiązany do postawienia wymogu dysponowania przez wykonawcę takim pojazdem - przepis art. 68b pkt 3 i art. 68a pkt 2 ww. ustawy.

Zamawiający wyjaśnił, że telefonicznie uzyskał informacje, że większość firm z regionu posiada pojazdy ekologiczne oraz celowo odwołał się w specyfikacji w ramach warunku do ogólnie obowiązujących przepisów, żeby nie ograniczać wykonawców co do rodzaju pojazdu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, jako potencjalny wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Celestynów. Zamówienie zostało podzielone na trzy części:

Część I – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Celestynów.

Część II – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych oraz elektroodpadów z przed posesji od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Celestynów jako dodatkowe odbiory „u źródła”.

Część III – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zlokalizowanego przy ul Osieckiej 1 w miejscowości Celestynów.

Dla części I zamówienia Zamawiający określił w rozdz. V pkt 1 ppkt 2 lit.d ppkt b warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy polegający m.in. na dysponowaniu:

- *„co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.).”*

W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający określił „MINIMALNY POTENCJAŁ TECHNICZNY, KONIECZNY DO SPEŁNIENIA PRZEZ WYKONAWCĘ”, który obejmuje dla wszystkich części zamówienia wymóg, aby: *„w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości znajdowały się: [...]*

e) co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.)”

Zgodnie z powoływanymi przez Strony na rozprawie przepisami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.):

„Art. 68. 1. Naczelny lub centralny organ administracji państwowej, o którym mowa w art. 34, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów

samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym wynosił co najmniej:

1) 10% – od dnia 1 stycznia 2022 r.;

2) 20% – od dnia 1 stycznia 2023 r.

2. Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 1, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, od dnia 1 stycznia 2022 r., wynosił co najmniej 10%.

3. Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Przepisu nie stosuje się do zlecenia lub powierzania wykonania zadania publicznego, do którego nie stosuje się ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, oraz do wykonywania, zlecenia lub powierzania zadań publicznych dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zmiataaniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu.”

„Art. 68a. 1. Zamawiający zapewnia, aby:

1) udział pojazdów kategorii M1, M2 i N1, o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającego dyrektywę 2007/46/WE (Dz. Urz. UE L 151 z 14.06.2018, str. 1, z późn. zm.6)), zwanego dalej „rozporządzeniem 2018/858”, elektrycznych lub napędzanych wodorem, w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, do dnia 31 grudnia 2030 r., wynosił co najmniej 22%, z tym że do dnia 31 grudnia 2025 r. do tego udziału, wlicza się pojazdy hybrydowe lub napędzane gazem ziemnym o maksymalnej emisji 50 g CO₂/km i emisji zanieczyszczeń w rzeczywistych warunkach jazdy poniżej 80% dopuszczalnych wartości emisji;

2) udział pojazdów kategorii N2 i N3, o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2018/858, napędzanych paliwami alternatywnymi w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, wynosił co najmniej:

a) 7% – do dnia 31 grudnia 2025 r.,

b) 9% – od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2030 r.;

2) udział pojazdów kategorii N2 i N3, o których mowa w art. 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia 2018/858, napędzanych paliwami alternatywnymi w całkowitej liczbie pojazdów tych kategorii objętych zamówieniami, o których mowa w art. 68b, wynosił co najmniej:

a) 7% – do dnia 31 grudnia 2025 r.,

b) 9% – od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2030 r.;

[...]

2. Udziały pojazdów w całkowitej liczbie pojazdów objętych zamówieniami, o których mowa w ust. 1, zwane dalej „minimalnymi udziałami”, dotyczą łącznie wszystkich zamówień wymienionych w ust. 1, udzielonych przez zamawiającego w okresach do dnia 31 grudnia 2025 r. oraz od dnia 1 stycznia 2026 r. do dnia 31 grudnia 2030 r.

3. Do minimalnych udziałów można zaliczyć pojazdy, które w wyniku modernizacji spełniają wymagania dla pojazdów, o których mowa w ust. 1, potwierdzone badaniem technicznym przed dopuszczeniem do ruchu.

4. W przypadku zamówień, o których mowa w art. 68b pkt 1, na potrzeby oceny zgodności z minimalnymi udziałami uwzględnia się liczbę pojazdów samochodowych nabytych, wziętych w leasing, wynajętych lub dzierżawionych z opcją zakupu na podstawie każdej umowy.

5. W przypadku zamówień, o których mowa w art. 68b pkt 2 i 3, na potrzeby oceny zgodności z minimalnymi udziałami uwzględnia się liczbę pojazdów samochodowych, które mają być wykorzystywane do świadczenia usług objętych każdą umową.

6. Dopuszcza się realizację zamówień wspólnych, o których mowa w art. 38 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, pod warunkiem że uczestnicy tego zamówienia zachowają łącznie minimalne udziały, o których mowa w ust. 1, określone dla poszczególnych okresów, o których mowa w ust. 2.”

„Art. 68b. Przepisy art. 68a stosuje się do zamówień:

[...]

3) o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jeżeli do udzielenia tych zamówień mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, i których przedmiotem są usługi oznaczone następującymi kodami Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), o których mowa w załączniku I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. UE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.9)):

a) CPV 60112000-6, w zakresie publicznego transportu drogowego,

b) CPV 60130000-8, w zakresie specjalistycznego transportu drogowego osób,

c) CPV 60140000-1, nieregularny transport osób,

d) CPV 90511000-2, wywóz odpadów,

- e) CPV 60160000-7, *drogowy transport przesyłek pocztowych,*
- f) CPV 60161000-4, *w zakresie transportu paczek,*
- g) CPV 64121100-1, *dostarczanie poczty,*
- h) CPV 64121200-2, *dostarczanie paczek.”*

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Za zasadny Izba uznała zrzut naruszenia art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania pojazdu, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych, który to warunek jest nieprecyzyjny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nie określa minimalnego poziomu zdolności do realizacji zamówienia, a w konsekwencji ogranicza konkurencję w postępowaniu w sposób niezgodny z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania, w świetle opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych, który to wymóg został wprowadzony do opisu przedmiotu zamówienia (dla wszystkich Części zamówienia) bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, sam zaś wymóg narusza zasadę proporcjonalności i w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Zgodnie z postanowieniem rozdz. V SWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków - ust. 1 pkt 2 lit. d) ppkt b SWZ (odpowiednio pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający wymaga – dla Części I zamówienia – by wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazali, że dysponują:

„co najmniej 1 samochodem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.)”.

W świetle przepisów ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych pojazdami, które spełniają wymogi ww. ustawy są: „*pojazdy elektryczne*”, „*pojazdy hybrydowe*”, „*pojazdy napędzane gazem ziemnym*” oraz „*pojazdy napędzane wodorem*”.

W Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający postanowił (w odniesieniu do wszystkich części zamówienia) aby wykonawca zapewnił:

„co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018

roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.)”.

Powyższe wymogi SWZ i ogłoszenia o zamówieniu powodują, że wykonawca, który spełniając warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania co najmniej jednego pojazdu do odbioru odpadów, który spełnia wymogi ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.), ale nie jest pojazdem elektrycznym, nie będzie w stanie realizować przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, co prawda, warunek udziału w postępowaniu odnosi się do wszystkich rodzajów pojazdów, o których mowa w ww. ustawie o elektromobilności i paliwach alternatywnych, co mogłoby wskazywać na dopuszczenie innych rodzajów pojazdów oprócz elektrycznych, natomiast w ramach OPZ Zamawiający jednoznacznie ograniczył możliwość realizacji zamówienia jedynie do wykonawców, którzy posiadają co najmniej jeden pojazd elektryczny (10% floty) na potrzeby realizacji tego zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu jest tym samym nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ jego spełnienie (np. gdy wykonawca dysponuje pojazdem zasilanym CNG) nie jest wystarczające, aby zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ dotyczącymi sposobu realizacji zamówienia, tj. przy użyciu wyłącznie pojazdu elektrycznego.

Celem oczywistym wykorzystywania przy odbiorze odpadów pojazdów spełniających wymogi ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych jest ochrona środowiska przed zanieczyszczeniem spalinami. Podkreślić należy przy tym, że Zamawiający, wymagając posiadania przez wykonawcę jednego pojazdu spełniającego wymogi ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, nie postawił w przedmiotowym postępowaniu żadnych wymagań w zakresie norm dotyczących emisji spalin dla pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia. Słuszne jest bowiem twierdzenie Odwoływającego, że zmniejszenia ilość emisji spalin do środowiska można osiągnąć za pomocą wykorzystywania pojazdów spełniających określone (niskie) normy emisji spalin – euro 5 lub euro 6. Odwoływający wykazał, że na rynku odbioru odpadów komunalnych jest to standardowo wykorzystywane rozwiązanie. Zamawiający nie przedstawił w powyższym zakresie żadnej argumentacji ani uzasadnienia, dlaczego takich powyższych aspektów nie wziął pod uwagę formułując opis przedmiotu zamówienia.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwoływający, zgodnie z art. 68 ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 1, zapewnia, aby udział pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, od dnia 1 stycznia 2022r., wynosił co najmniej 10%, a zatem

wymóg ten odnosi się wyłącznie do jednostek samorządu terytorialnego, o których mowa w art. 35 ust. 1 ww. Ustawy, tj. do jednostek samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000. Gmina Celestynów, jak wynika z OPZ, liczy 11 530 mieszkańców, a więc korzysta z wyłączenia. W praktyce oznacza to, że Zamawiający nie musi w świetle obowiązujących przepisów prawa zapewnić minimalnego udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów realizujących zamówienie. Zwolnienie mniejszych gmin i powiatów z ww. obowiązku zapewnienia określonego udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów realizujących zamówienia publiczne było podyktowane m.in. kosztami, jakie wiążą się z realizacją zamówienia przy wykorzystaniu takich pojazdów oraz dostępnością sieci ładowania takich pojazdów. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy, Odwołujący wykazał, że pojazdy elektryczne można zakupić za kwotę 2 124 000 zł, podczas gdy pojazd spełniający normy EURO 6 (Diesel) kosztuje około 700 000 zł. Odwołujący przedstawił ofertę firmy Eko Cell – 2 124 000 zł (łącznie podwozie i zabudowa), ofertę ze strony internetowej na pojazd Mercedes Benz spełniający normę EURO 6 (łącznie podwozie i zabudowa), kopię umowy leasingu zawartą przez Odwołującego dot. pojazdu o wartości 500 000 zł, informację z otwarcia ofert z przetargu w Suwałkach z 22 grudnia 2021 r. na dostawę fabrycznie samochodu CNG za cenę 1 084 860 zł. Wskazywane przez Zamawiającego przepisy art. 68a i 68b ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych nie nakładają natomiast bezwzględnego obowiązku zapewnienia realizacji zamówienia przy użyciu co najmniej 10% pojazdów elektrycznych w przypadku zamówienia realizowanego w roku 2022. Zamawiający nie przedstawił na rozprawie uzasadnienia prawnego, w szczególności wynikającego z przepisów ww. ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Izba wzięła także pod uwagę, że Zamawiający, co do zasady, może wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia wymagania dalej idące niż wymagania ustawowe lub minimalne, jednak takie działanie winno być uzasadnione okolicznościami sprawy i celami, jakie chce osiągnąć przy realizacji zamówienia, ale równocześnie nie może to prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności. W niniejszym postępowaniu żadnych okoliczności w tym zakresie Zamawiający nie wykazał. Treść SWZ wskazuje natomiast na ewidentny brak skorelowania w prowadzonym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia, w szczególności co do celów „pro ekologicznych”, które miałyby być osiągnięte przy realizacji tego zamówienia. Ponadto, w przypadku powoływania się przez Zamawiającego przy określaniu warunku udziału w postępowaniu na podstawę ustawową Zamawiający jednoznacznie powinien w SWZ wskazać określoną podstawę prawną, aby wykonawcy poznali motywację Zamawiającego przy sformułowaniu określonych warunków, a tym samym cele do osiągnięcia w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, część I zamówienia będzie realizowana przy użyciu sześciu pojazdów, część II – jednego pojazdu i część III – jednego pojazdu. Wykorzystanie do realizacji zamówienia 1 pojazdu elektrycznego (biorąc pod uwagę ilość wymaganych do realizacji pojazdów, zwłaszcza w Części II i III, jeden pojazd spełni wymóg 10%) w istotny sposób nie wpłynie na ograniczenie emisji spalin do środowiska jeśli pozostałe pojazdy będą emitowały znaczne ilości spalin, gdyż nie będą spełniały określonych norm w tym zakresie. Zamawiający, zamiast wprowadzać wymóg korzystania z pojazdu elektrycznego, może ten sam „pro ekologiczny” cel osiągnąć poprzez wprowadzenie wymogów związanych z normami emisji spalin dla wszystkich pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia. Tym samym, wprowadzenie wymogu co do pojazdu elektrycznego nie jest niezbędne do realizacji celów zamówienia i nie może zostać on uznany za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, z okoliczności tej sprawy wynika, że Zamawiający nie wykazał obiektywnego uzasadnienia do zobowiązania wykonawców do posiadania i realizacji zamówienia przy wykorzystaniu co najmniej jednego pojazdu elektrycznego. Postawienie takiego wymogu OPZ bez korelacji z warunkiem udziału w postępowaniu ogranicza w istotny sposób konkurencję w postępowaniu i dostęp do zamówienia dla wykonawców, którzy są w stanie zrealizować to zamówienie przy użyciu innych pojazdów o niskiej emisji spalin, co zrównoważy użycie pojazdu elektrycznego. Wykonawcy, którzy nie świadczą usług odbioru odpadów komunalnych w większych gminach nie mają *de facto* możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zakup pojazdu elektrycznego do odbioru odpadów lub pojazdu zasilanego innymi paliwami alternatywnymi na potrzeby tego zamówienia jest często w obecnej sytuacji rynkowej nieosiągalny dla małych przedsiębiorców. Pojazdy takie, jak wykazał Odwołujący, są znacznie droższe od pojazdów tradycyjnych spełniających nawet najwyższą normę emisji spalin (euro 6). Ponadto, pojazdy elektryczne i zasilane innymi paliwami alternatywnymi nie są łatwo dostępne na rynku, ze względu na długie terminy dostaw. Koszt zakupu i utrzymania pojazdu elektrycznego (zasilanego innym paliwem alternatywnym) może być niewspółmierny do wartości przedmiotowego zamówienia, które ma być realizowane przez 12 miesięcy.

Zgodnie z brzmieniem art. 112 ust. 1 Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Wymóg realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów elektrycznych/zasilanych paliwem alternatywnym, uwzględniając specyfikę niniejszego zamówienia, został określony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jego wprowadzenie ogranicza konkurencję w postępowaniu, zważywszy, że podobny efekt ekologiczny możliwy jest do

osiągnięcia poprzez wprowadzenie wymogu korzystania z pojazdów o określonej normie emisji spalin. W niniejszej sprawie, wykonawcy dysponujący pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zasilanymi paliwami tradycyjnymi są zdolni do realizacji zamówienia w sposób zgodny z prawem i uzasadnionymi celami zamówienia w zakresie ochrony środowiska. W tej sytuacji warunek udziału w postępowaniu nie ma na celu weryfikacji rzeczywistej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a tym samym ogranicza dostęp do tego zamówienia wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień rozdz. V SWZ ust. 1 pkt 2 lit. d) ppkt b SWZ (i odpowiednio pkt III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu) dla Części I zamówienia - w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności do realizacji zamówienia oraz zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia - Minimalny potencjał techniczny, konieczny do spełnienia przez wykonawcę – w zakresie wymogu zapewnienia co najmniej 10% udziału pojazdów elektrycznych we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozumieniu ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 110 z późn. zm.) - w sposób zapewniający rozszerzenie konkurencji na małych i średnich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....