

**WYROK**

**z dnia 7 lutego 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 2 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Ekosystem Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiarowy i nakazuje 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.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w 1/6 zamawiającego oraz w 5/6 odwołującego i zasądza od zamawiającego Ekosystem Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz

odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 100 zł (słownie: sto złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 Ekosystem Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa pojemników naziemnych służących do gromadzenia odpadów komunalnych z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii wraz z montażem - znak sprawy 25/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 003-004374.

W dniu 17 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, ust. 4, ust. 5, ust. 6 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób nieproporcjonalny, nadmiarowy, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego oraz w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, polegający na wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia konkretnych modeli pojemników jednego producenta (dostawcy) – system Presko, z jednoczesnym określeniem kryteriów równoważności w punkcie II.4 i II.5 SOPZ w sposób pozorny, pozwalający w rzeczywistości na zaferowanie jedynie systemu pojemników Presko, uniemożliwiający złożenie oferty przez wykonawców oferujących pojemniki konkurencyjnych producentów. Działanie takie w nieuzasadniony sposób ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, ograniczając możliwość zaferowania produktów wyłącznie do systemu Presko;

2) art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 17 pkt 1 i pkt 2 p.z.p. poprzez opisanie cech przedmiotu zamówienia w sposób nadmiarowy, nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć Zamawiający realizując zamówienie, a jednocześnie niezapewniający uzyskania najlepszej jakości dostaw i najlepszych efektów zamówienia poprzez dopuszczenie rozwiązań konkretnego producenta (dostawcy) systemu Presko, podczas gdy możliwe jest zrealizowanie wymagań postawionych przez Zamawiającego, w tym osiągnięcie najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia w stosunku do ceny oferowanych na rynku innych rozwiązań także w inny sposób, bez konieczności dostarczania rozwiązań tego konkretnego producenta (dostawcy);

3) przepisu art. 99 ust. 1 i ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 i 17 p.z.p. poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty polegające na zaniechaniu opisanie co Zamawiający rozumie przez system pozycjonowania pojemników z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii oraz określenia parametrów dotyczących pojemności podstawy i retencji dolnych drzwi;

4) przepisu art. 134 ust. 1 pkt 6, art. 436 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez wskazanie w rozdziale III pkt 7 SWZ oraz w § 2 ust. 1 projektu umowy, że dostawa pojemników wraz z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii nastąpić ma w terminie do 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, podczas gdy montaż systemów pozycjonowania pojemników wraz z umieszczeniem na nich pojemników nastąpić ma w terminie do 6 miesięcy od dnia dostawy pojemników, a zatem tak krótki termin dostawy pojemników wraz z systemem pozycjonowania jest nieproporcjonalny i nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, preferuje wykonawcę utrzymującego stosunki handlowe z dystrybutorem pojemników, jak współpracujące z Hewea sp. z o. o. Chemeko-System;

5) art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny;

6) art. 17 p.z.p. poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Podnosząc powyższe zarzuty, 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 elektroferzie lub w katodferzie, 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.

Jak argumentował swoje zarzuty oraz żądania Odwołujący w zakresie zarzutu nr 1 i 2, 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. W punkcie II.4. SOPZ Zamawiający określił parametry techniczne, jakim muszą odpowiadać pojemniki, żeby zostały uznane za równoważne. Z kolei w punkcie II.3 SOPZ Zamawiający określił pozostałe wymogi w zakresie

pojemników, jakim odpowiadają pojemniki Presko, powtarzając zapisy punktu II.3 SOPZ w punkcie II.5 SOPZ – pozostałe cechy równoważności.

Jak podnosi Odwołujący, w pierwszej kolejności wskazać należy, że pojemniki Presko 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.

System Presko w Polsce oferowany jest wyłącznie przez dystrybutora HEWEA sp. z o.o. Natomiast rozwiązanie to na rynku europejskim oferuje włoska firma NORD ENGINEERING.

Zakup i montaż we wskazanych w załączniku nr 3 lokalizacjach tego rodzaju pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych wymagać będzie dysponowania specjalistycznym pojazdem dostosowanym do odbioru odpadów z tego typu pojemników (pojazdem wyposażonym w specjalny manipulator, który jest urządzeniem opartym na opatentowanym rozwiązaniu) przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów w Gminie Wrocław. Tym samym mamy do czynienia z podwójnym ograniczeniem konkurencji – nie tylko w tym postępowaniu, ale i w przyszłych postępowaniach dotyczących odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław. Podkreślić należy, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Zastosowanie systemu Presko stworzy barierę wejścia dla wykonawców ubiegających się o zamówienie w postępowaniu na odbiór odpadów w Gminie Wrocław, którzy nie dysponują pozostałymi elementami systemu Presko. Jak już wskazywano na rynku polskim działa wyłącznie jeden dostawca tego typu sprzętu – HEWEA sp. z o.o. z siedzibą w Bykowie. Jeżeli Zamawiający nie przeprowadzi kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pojazdów wchodzących w skład systemu Presko, zarówno przeznaczonych do odbioru odpadów, jak i przeznaczonych do mycia pojemników i nie udostępni ich na równych zasadach wykonawcom wybranym w ramach postępowania na odbiór odpadów w Gminie Wrocław, które zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. przeprowadzony być musi na podstawie p.z.p., to będziemy mieć do czynienia z rażącym ograniczeniem konkurencji na rynku usług odbioru odpadów w Gminie Wrocław. Zastosowanie pojemników Presko do gromadzenia odpadów komunalnych na terenie Gminy

Wrocław zasadniczo uniemożliwi złożenie ofert wykonawcom, którzy nie będą dysponować specjalistycznym pojazdem, który dostępny jest wyłącznie u jednego dostawcy lub dodatkowymi, niestandardowymi pojemnikami. Istnieje również ryzyko, że warunkiem udziału w postępowaniu będzie posiadanie doświadczenia w opróżnianiu pojemników Presko, co uniemożliwi uzyskanie tego zamówienia wykonawcom niedysponującym systemem Presko lub doświadczeniem w pracy z systemem Presko. Wprowadzenie systemu Presko bez zapewnienia możliwości korzystania z pojazdów Presko, które stanowią konieczny i niezbędny element zintegrowanego systemu odbioru odpadów Presko, w uprzywilejowanej sytuacji postawi podmioty posiadające z jego producentem (dostawcą) lepsze kontakty gospodarcze. Ponadto uzależni wykonawców usług obioru odpadów z terenu gminy Wrocław od dostawcy systemu Presko, który mając w istocie monopol na dostarczenie tego systemu, od wykonawców chcących nabyć pozostałe elementy systemu Presko – w szczególności wyposażenie pojazdów – manipulator, prasokontener, urządzenie myjąco-dezynfekujące – może żądać wynagrodzenia znacząco przekraczającego ich wartość, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia elementów tego systemu w terminach zapewniających możliwość prawidłowej realizacji usługi odbioru odpadów z terenu gminy Wrocław. Zastosowanie pojemników Presko w znaczący sposób utrudni także inny ustawowy obowiązek wykonawców odbierających odpady komunalne, a mianowicie obowiązek weryfikacji realizacji obowiązku selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców. Przed dokonaniem odbioru z takiego pojemnika wykonawca nie ma możliwości w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów przyjęcia odpadów jako niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, co wynika z art. 6ka ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nie bez znaczenia jest również ślad węglowy w kontekście kursów dokonywanych do odbioru odpadów z pojedynczych pojemników. Wymóg zastosowania pojemników Presko, jako utrudniających konkurencję, kwestionował już w postępowaniu na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III Fabryczna” wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. w odwołaniu z dnia 11 maja 2020 r. (sygnatura postępowania przed KIO - KIO 1015/20, 1016/20, 1018/20, 1023/20, 1024/20-dowód: odwołanie FBSerwis Wrocław z dnia 11 maja 2020 r.).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, wskazuje na konkretne modele produktów – pojemniki Presko New City 2250, Presko New City 3000, Presko New City 3750, choć nie jest to działanie konieczne i niezbędne, by należycie opisać przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia są bowiem pojemniki na odpady. Nie mamy zatem do czynienia z tak specjalistycznym produktem, że brak jest obiektywnej możliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco

precyzyjny i zrozumiały bez odniesienia ich do konkretnego typu pojemników – Presko New City. Zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia powinno mieć miejsce poprzez wskazanie cech dostaw wymaganych przez Zamawiającego, tymczasem Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia wskazując konkretne typy pojemników, którego dystrybutorem w Polsce jest jeden podmiot – HEWEA sp. z o.o., co utrudnia konkurencję i wyklucza dostawców rozwiązań równoważnych. Podkreślić bowiem należy – o czym szerzej w dalszej części odwołania – że pomimo tego, że Zamawiający formalnie spełnił swój obowiązek i wskazał, że dopuszcza pojemniki równoważne, to opisał kryteria równoważności w sposób wykluczający możliwość zaoferowania pojemników innych dostawców. W istocie mamy więc do czynienia z sytuacją, w której przedmiot zamówienia został opisany w sposób wskazujący na jeden konkretny produkt. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia nie znajduje zaś uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Jak wskazał NSA w wyroku z 8.05.2014 r., II GSK 249/13 naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt.

Zamawiający określając dopuszczalne wymiary pojemników równoważnych, wskazuje, że powinny mieć one następujące parametry:

- 1) równoważne do Presko New City 2250 – pojemność: 2250-2500 l, wysokość min. 1620 mm, szerokość. min. 1100 mm, głębokość min. 1600 mm
- 2) równoważne do Presko New City 3000 – pojemność: 3000-3250 l, wysokość min. 1620 mm, szerokość. min. 1450 mm, głębokość min. 1600 mm
- 3) równoważne do Presko New City 3750 – pojemność: 3750-4000 l, wysokość min. 1800 mm, szerokość. min. 1600 mm, głębokość min. 1600 mm.

Wskazane parametry rozwiązania równoważnego eliminują innych producentów pojemników, czym Zamawiający nadmiernie ograniczył konkurencję, gdyż wykluczył możliwość zaoferowania w ramach niniejszego zamówienia pojemników tureckiego producenta – TEKSiN KONTEYNER ve GALVANIZ SAN. TIC. LTD.STI., który oferuje pojemniki o pojemności 2500, 3000 i 3750 litrów o następujących wymiarach:

- 1) pojemność 2500 l – wysokość 1600 mm, szerokość 1250 mm, głębokość 1600 mm
- 2) pojemność 3000 l – wysokość 1600 mm, szerokość 1450 mm, głębokość 1600 mm
- 3) pojemność 3750 l – wysokość 1600 mm, szerokość 1750 mm, głębokość 160 mm



Tym samym wymagana przez Zamawiającego wysokość min. 1620 mm jest o 20 mm wyższa niż wysokość pojemnika konkurencyjnego producenta, mimo że jego pojemność spełnia wymagania Zamawiającego. Podobnie jest w przypadku parametru minimalnej szerokości dla pojemnika o pojemności 3750 l. Minimalna wymagana szerokość 1800 mm, jest o 50 mm dłuższa niż szerokość pojemnika konkurencyjnego producenta, mimo że jego pojemność spełnia wymagania Zamawiającego (dowód: oferty na pojemniki wraz z rysunkami poglądowymi).

Zamawiający określając wymagania, jakie spełniać mają pojemniki równoważne w punkcie II.5 SOPZ oczekuje, że:

A. część wrzutowa pojemnika wykonana będzie z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie lub w kataforezie na kolor z palety RAL wskazany w lit. d), farba odporna na graffiti (pkt. II.5.b. SOPZ)

B. podstawa pojemnika ma być w kształcie prostokąta lub kwadratu umożliwiającą łatwe i estetyczne łączenie pojemników w gniazda (pkt II.5.e. SOPZ);

C. pojemniki łączone w gniazda muszą posiadać wspólną szynę łączącą pojemniki, aby zapobiegać przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne (pkt II.5.f SOPZ);

D. mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika (pkt II.5.g. SOPZ);

E. system pozycjonowania pojemników, z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii (pkt II.5.j. SOPZ);

F. konstrukcja pojemnika i system odbioru musi umożliwiać automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika (pkt II.5.k. SOPZ).

Wymagania te wskazują bezpośrednio na system PRESKO. W tym zakresie równoważność ma jedynie charakter pozorny.

#### A. MALOWANIE PROSZKOWE W ELEKTROFEREZIE LUB KATAFOREZIE

Określanie procesów technologicznych dotyczących sposobu malowania lub też przygotowania do malowania części wrzutowej pojemnika jest oczekiwaniem nadmiarowym. Zamawiający powinien określić funkcjonalność jaką chce uzyskać, tj. określony kolor pojemnika oraz odporność na graffiti. Opisanie tak szczegółowo wymagań dotyczących procesu technologicznego przygotowania do malowania i malowania pojemnika jest wymaganiem nadmiarowym i nie znajduje uzasadnienia w usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego.

## B. KSZTAŁT PODSTAWY

Wymagania stawiane w zakresie kształtu podstawy pojemnika, tj. dopuszczenie wyłącznie podstawy o kształcie prostokąta lub kwadratu ogranicza w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców. Wystarczy bowiem, że wykonawca zaoferuje pojemniki mające podstawę lekko zaokrągloną, bez kątów prostych, co skutkować będzie uznaniem takiego produktu za niezgodny z warunkami zamówienia. Zapis taki wyklucza możliwość zaoferowania pojemników o zaoblonych bokach, czy o podstawie w kształcie trapezu, choć również w przypadku tego typu pojemników zachowana może być oczekiwana przez Zamawiającego funkcjonalność dotycząca możliwości łatwego i estetycznego łączenia pojemników w gniazda.

## C. SZYNA ŁĄCZĄCA POJEMNIKI

Wymaganie, by pojemniki łączone w gniazda posiadały wspólną szynę łączącą pojemniki, aby zapobiegać przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne jest nadmierne. Pojemniki z blachy o grubości min. 1,5 mm są wystarczająco ciężkie i stabilne. Pojemniki te mają masę kilkuset kilogramów, stąd istotnie utrudnione jest ich przesuwanie przez osoby postronne. Wymaganie, by pojemniki wyposażone były w szynę łączącą pojemniki to wymaganie bezpośrednio wskazujące na system PRESKO. Szyna jest bowiem powiązana z systemem pozycjonowaną wykorzystywanym w systemie PRESKO, tymczasem pojemniki mogą być wyposażone w inny niż szyna mechanizm pozycjonowania.

## D. UCHWYT GRZYBKOWY

Zamawiający oczekuje, że pojemniki będą wyposażone w uchwyt grzybkowy umożliwiający mechanizm opróżniania pojemnika. Jednocześnie wskazuje, że taki system zapewnia sztywność pojemnika. Tymczasem sztywność pojemnika zależy przede wszystkim od rodzaju materiału, z jakiego zostanie wykonany – w tym przypadku jest to galwanizowana blacha. Pojemniki podnoszone za pomocą podwójnego haka nie odbiegają swą sztywnością od pojemników z uchwytem grzybkowym. Wskazać należy, że oczekiwanie, by pojemnik wyposażony był w uchwyt grzybkowy jednoznacznie wskazuje na system Presko. Oznacza to, że kryteria równoważności wskazane przez Zamawiającego mają charakter pozorny. Wymaganie uchwyty grzybkowego narzuca stosowanie całego systemu Presko składającego się z pojemników, manipulatora, prasokontenera i myjki. Ten system – zintegrowany system odbioru pojemników Presko - oferowany jest na rynku polskim wyłącznie przez jednego dostawcę. Systemem uniwersalnym, w jaki wyposażone są pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych, jest system double hook, umożliwiający opróżnianie pojemnika przez pojazd wyposażony w HDS.

Podkreślić należy, że co do sposobu opróżniania pojemników na odpady komunalne to system double hook jest systemem uniwersalnym i powszechnie stosowanym. Wykorzystywany jest także w Gminie Wrocław w przypadku pojemników podziemnych i półpodziemnych. Wykorzystanie tego modelu uchwytów umożliwiających opróżnianie odpadów nie wpłynie więc negatywnie na ograniczenie konkurencji w przetargu na odbiór odpadów. Co więcej pozwoli także na osiągnięcie efektu ekologicznego – w ramach jednego kursu będzie możliwość odbioru opadów z wielu MGO, a nie wyjazd wyłącznie do 15 miejsc gromadzenia odpadów na sektorze I lub zaledwie jednego miejsca gromadzenia odpadów na sektorze III. Dodać należy, że wyprawa do 15 MGO jednym specjalistycznym pojazdem będzie musiała być powtórzona kilkakrotnie z uwagi na selektywną zbiórkę odpadów. Tym samym jedno pojazd będzie musiał realizować kilka pustych kursów, co zostawi po sobie znaczący ślad węglowy i w sposób nadmiarowy zawyży koszty odbioru odpadów, które ostatecznie odczuje mieszkańiec. Zastosowanie uniwersalnego uchwytu umożliwiającego opróżnienie pojemnika pozwoli na zapewnienie możliwości obsługi pojemników przez flotę pojazdów, jakimi dysponuje szeroka gama wykonawców zajmujących się odbiorem odpadów. Wymagany przez Zamawiającego system grzybkowy wymaga natomiast na etapie odbioru odpadów z tych pojemników dysponowania specjalistycznym pojazdem, który oferowany jest tylko przez jednego dostawcę. Takie działanie w sposób istotny ogranicza konkurencję i prowadzi do zawyżenia ceny.

Ponadto w systemie PRESKO podczas opróżniania zachodzi konieczność podjechania równolegle do pojemników, co utrudnia ich opróżnianie – w systemie double hook nie ma takich problemów, można opróżnić pojemniki na dystans.

#### E. SYSTEM POZYCJONOWANIA POJEMNIKÓW

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający nie precyzuje co należy rozumieć przez system pozycjonowania pojemników, co jest przedmiotem kolejnego zarzutu. Wskazać jednak należy, że ustawienie pojemników w jednej linii nie wymaga stosowania jednej szyny. Możliwe są w tym względzie różne technologie. Jeżeli Zamawiający wskazuje, że zależy mu na możliwości ustawienia pojemników w jednej linii, to wymaganie to może być spełnione w różny sposób.

#### F. AUTOMATYCZNY ODBIÓR Z POZIOMU KABINY

Wymaganie, aby konstrukcja pojemnika i system odbioru umożliwiała automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika narzuca stosowanie pozostałych elementów systemu PRESKO w toku eksploatacji pojemników. Konieczne w tym celu jest nabycie pozostałych elementów systemu Presko – manipulatora, prasokontenera oraz myjki. Kompatybilność pomiędzy poszczególnymi elementami zintegrowanego systemu odbioru

odpadów Presko dają wyłącznie urządzenia jednego producenta (dostawcy). Jest to wymaganie w istotny sposób naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Wymaganie to nie odpowiada cechom równoważności. Za równoważne można uznać konstrukcję pojemnika i system odbioru umożliwiający odbiór przez jednego pracownika. Wskazać należy, że brak jakiegokolwiek ingerencji pracownika w proces opróżniania pojemnika jest wymaganiem całkowicie niemożliwym, również w odniesieniu do pojemników Presko. Kierowca śmieciarki musi bowiem we właściwy sposób, na odpowiednią odległość podjechać pojazdem do pojemnika i uruchomić manipulator, ponadto musi cały czas kontrolować proces odbioru odpadu z pojemnika – podnoszenia pojemnika, opróżniania go i odstawiania pojemnika na miejsce. Wciąż – mimo rozwoju sztucznej inteligencji i nowych technologii – nie jest możliwe wyeliminowanie pracownika zajmującego się odbiorem odpadów. Wskazać należy, że automatyczny odbiór przez jedną osobę z poziomu kabiny kierowcy może rodzić znaczne niebezpieczeństwo – zagrożenie życia, zdrowia i uszkodzenia mienia. Konieczne jest wyposażenie takiego pojazdu w system kamer, które nie gwarantują pełnego bezpieczeństwa. Siedząc w kabinie kierowcy nie widzi całego otoczenia. Tymczasem system double hook, który można opróżniać pojazdem wyposażonym w HDS umożliwia zdalną obsługę opróżniania kosza przez jednego pracownika zapewniając bezpieczeństwo. Pracownik taki ma bowiem możliwość obserwacji otoczenia i reakcji na ewentualne zagrożenia – np. nadbiegające dziecko, zwierzę, itp.

Wymaganie obsługi z kabiny przez jednego pracownika stoi w sprzeczności z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z art. 6ka W przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Tym samym pracownik odbierający odpady obowiązany jest weryfikować selektywną zbiórkę i identyfikować konkretne adresy, w których ta zbiórka nie jest realizowana – musi zatem wysiąść z pojazdu. Siedząc w kabinie nie ma możliwości dokonania sprawdzenia obowiązku realizacji selektywnej zbiórki przez mieszkańców.

Odnosnie zarzutu nr 3, Odwołujący podkreśla, że Opis przedmiotu zamówienia jest zbyt lakoniczny, jeśli chodzi o opis systemu pozycjonowania pojemników, z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii. Wskazać jednak należy, że ustawienie pojemników w jednej linii nie wymaga stosowania jednej szyny. Możliwe są w tym względzie różne technologie. Jeżeli Zamawiający wskazuje, że zależy mu na możliwości ustawienia pojemników w jednej linii, to wymaganie to może być spełnione przez wykonawców w różny sposób. Natomiast pozostałe zapisy OPZ, w szczególności zestawienie wymagania systemu pozycjonowania pojemników z konstrukcją pojemnika umożliwiającą automatyczny odbiór z

poziomu kabiny jednoznacznie wskazuje na system Presko, a tym samym na jednego producenta (dostawcę). Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania, jakie systemy pozycjonowania pojemników w jednej linii spełnią oczekiwania Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia w tej chwili jest niejednoznaczny i może być w sposób dalece odmienny od oczekiwań Zamawiającego rozumiany przez poszczególnych wykonawców. Nie doprecyzowano także, w punkcie III.3 SOPZ, w jaki sposób, w jakiej technologii, z wykorzystaniem jakich materiałów zamierza przygotować teren pod montaż pojemników. Ma to istotne znaczenie dla możliwości doboru odpowiedniej technologii, które może być zastosowana do pozycjonowania pojemników.

Opis przedmiotu zamówienia zawiera także sprzeczności, jeżeli chodzi o określenie parametrów pojemności otwieranej podstawy oraz retencji dolnych drzwi. Nie jest jasne oczekiwanie, czy retencja dolnych drzwi ma być mniejsza niż pojemność otwieranej podstawy – dla pojemników o pojemności 2250-2500 l – pojemność min. 280 l i retencja nie więcej niż 230 l, dla pojemników o pojemności 3000-3250 l – pojemność min. 300 l i retencja nie więcej niż 310 l, dla pojemników o pojemności 3750-4000 l – pojemność min 400 l i retencja nie więcej niż 390 l. W tym względzie konieczne jest także określenie widełek tych parametrów w sposób, który dopuszczać będzie zaoferowanie pojemników innych producentów.

W zakresie zarzutu nr 4, w rozdziale III pkt 7 SWZ przewidziano, że termin realizacji zamówienia: 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w tym:

1. dostawa pojemników wraz z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii – w terminie do 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
2. dostawa pojemników wraz z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii, w przypadku skorzystania z prawa opcji – w terminie do 3 miesięcy od dnia poinformowania Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji,
3. montaż systemów pozycjonowania pojemników w jednej linii wraz z umieszczeniem na nich pojemników – w terminie do 6 miesięcy od dnia dostawy pojemników.

Wymagania te powtórzono w § 2 projektu umowy, Tak krótki termin dostawy pojemników w sytuacji gdy montaż systemów pozycjonowania pojemników wraz z umieszczeniem na nich pojemników nastąpić ma w terminie do 6 miesięcy od dnia dostawy pojemników nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Brak bowiem obiektywnej przyczyny, dla której pojemniki mają być zmagazynowane na terenie PSZOK przy ul. Janowskiej 51 we Wrocławiu przez okres kilku miesięcy. Zasadne jest wydłużenie terminu

dostawy pojemników do 8 miesięcy i zapewnienie montażu tych pojemników w terminie we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach do 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, gdyż wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostały określone w ten sposób, że aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt – pojemniki Presko. Parametry określone w OPZ a dotyczące kryteriów równoważności nie dopuszczają możliwości zaferowania produktów pochodzących od innych dostawców.

Wskazać należy, że Zamawiający wraz z wykonawcą Chemeko System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów przeprowadził program pilotażowy odbioru odpadów z wykorzystaniem systemu Presko – takiej możliwości nie miał żaden inny wykonawca realizujący usługę odbioru i zagospodarowania odpadów we Wrocławiu, co jednoznacznie może wskazywać na preferencje Zamawiającego odnośnie jednego wykonawcy. Co więcej pojemniki te mają być zlokalizowane wyłącznie na tych sektorach, które obsługuje obecnie wykonawca Chemeko samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Jest to działanie, które doprowadzić może do utworzenia monopolu śmieciowego. Przeprowadzanie przetargu na dostawę pojemników Presko New City ma na celu ograniczenie konkurencji w przetargu na odbiór odpadów w Gminie Wrocław. Wskazać należy, że Zamawiający przewiduje wprowadzenie wyłącznie jednego gniazda na sektorze nr 3 – Fabryczna (Krucza-Mielecka-Połaniecka-Tarnobrzaska), a zatem wykonawca ubiegający się o wybór jego oferty w postępowaniu na odbiór odpadów będzie musiał dysponować pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów z pojemników Presko i ponieść znaczące koszty wprowadzenia tego systemu, które finalnie odczuje mieszkaniec (dowód: artykuł prasowy zamieszczony w Internecie).

Zamawiający w dniu rozprawy przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której 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 poprzez wprowadzenie zapisów o jakie wnioskował Odwołujący w punktach: lit. a, b, d, h, i, j. Jak dalej argumentował, rozstrzygnięcie odwołania co do tych wniosków stało się bezprzedmiotowe. 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.

Ponadto przedstawił argumentację w zakresie zarzutów, które pomiędzy stronami pozostały sporne, tj. według Zamawiającego, w zakresie żądań opisanych w odwołaniu literami: c, e, f, g.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:**

**odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie jednego z zarzutów, w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

W toku posiedzenia Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP oraz o przesunięcie terminu składania ofert do momentu rozpatrzenia przez prezesa UOKiK wniosku dot. wyłączenia konkurencji w zakresie niniejszego postępowania przetargowego. Izba oddaliła zgłoszone wnioski jako oczywiście bezzasadne.

Na posiedzeniu nie nastąpiło uwzględnienie odwołania ani jego cofnięcie. Odwołujący nie cofnął żadnych zarzutów, zaś Zamawiający, jak wskazywał- z uwagi na skomplikowaną konstrukcję odwołania- nie złożył oświadczenia w przedmiocie uwzględnienia odwołania.

Nastąpiła także zmiana żądania Odwołującego wyrażonego w lit. k) odwołania. Odwołujący wniósł o wydłużenie w rozdz. III, pkt 7, pkt 1 i pkt 3 SWZ oraz par. 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 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego przedkładane przez Odwołującego i Zamawiającego dowody. Ze strony Odwołującego: opisy techniczne z rysunkami poglądowymi pojemników producenta tureckiego TEKSiN wraz z tłumaczeniem, analizę potrzeb i wymagań, ofertę spółki HEWEA na zakup pojemników typu PRESKO i pojazdu do ich obsługi, ofertę na zakup standardowego pojazdu z HDS, karty ilustrujące alternatywne systemy pojemników z tylnym, bocznym i przednim załadunkiem, zdjęcia poglądowe pojemników alternatywnych z wyłączeniem ich opisów które sporządzone zostały w języku obcym bez tłumaczenia, specyfikację techniczną warunków wykonania i odbioru robót budowlanych w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zasobu Komunalnego Gminy

Wrocław, SIWZ przetargu nieograniczonego prowadzonego przez Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, zdjęcia pojazdów z manipulatorem i HDS, dowód ważenia, pismo Ekosystem z dnia 30.08.2021 r., pismo WPO ALBA z dnia 13.09.2021 r. oraz korespondencję z firmami Ekocel i Terberg z dnia 31.01.2022 r. Izba dopuściła także załączone do odwołania: wydruki oraz filmy ze strony internetowej, artykuł prasowy, odwołanie FB Serwis Sp. z o. o. z dnia 11 maja 2020 r. Ze strony Zamawiającego: kartę katalogową szwajcarskiego producenta Villiger, kadry z filmu zamieszczonego na stronie internetowej producenta ESA, filmy zamieszczone w Internecie, których adresy zamieszczone są w odwołaniu, obrazujące sposób opróżniania pojemników w systemie hakowym, grzybkowym oraz z poziomu kabiny kierowcy.

Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się natomiast tylko na niektórych z nich, co dała wyraz w treści uzasadnienia. Pozostałe dowody Izba uznała za nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia z uwagi na odmienną ocenę prawną rozpatrywanego zagadnienia.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny.**

W dniu 27.01.2022 r. Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z jego brzmieniem:

##### I. Przedmiot zamówienia.

1. Przedmiotem zamówienia jest zakup pojemników naziemnych służących do gromadzenia odpadów komunalnych z systemem pozycjonowania pojemników w jednej linii wraz z montażem.
2. Zamówienie podstawowe obejmuje dostawę 104 sztuk pojemników naziemnych, zamówienie opcjonalne 27 sztuk pojemników naziemnych, o objętościach i w liczbie podanych w załączniku nr 2 „Wykaz pojemników”.
3. Wykaz miejsc gromadzenia odpadów, w których Wykonawca zamontuje systemy pozycjonowania pojemników wskazano w załączniku nr 3 „Wykaz lokalizacji pojemników”.

##### II. Opis techniczny pojemników.

1. Przedmiotem zamówienia są pojemniki typu Presko New City lub pojemniki równoważne.
2. Parametry techniczne.

Wyszczególnienie	New City 2250	New City 3000	New City 3750
Pojemność [litry]	2250	3000	3750
Wysokość [mm]	1620	1620	1620
Szerokość	1100	1450	1800



Głębokość [mm]	1600	1600	1600
Wysokość podstawy	160	160	160
Korpus pojemnika	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe
Wyrzutnia pojemnika	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe
Otwierana podstawa	Blacha ocynkowana 2mm	Blacha ocynkowana 2mm	Blacha ocynkowana 2mm
Wewnętrzne elementy mechaniczne	2,5/3/6/10 mm	2,5/3/6/10 mm	2,5/3/6/10 mm
Pojemność otwieranej podstawy [litry]	250	330	410
Elementy gumowe	PVC ISO 868-85, ISO 1183/87	PVC ISO 868-85, ISO 1183/87	PVC ISO 868-85, ISO 1183/87
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:

- a) Obudowa wykonana z blachy galwanizowanej o grubości min. 1,5 mm malowanej proszkowo na kolor szary RAL 7037. Farba odporna na graffiti.
- b) Część wrzutowa pojemnika wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie na kolor z palety RAL wskazany w lit. d), farba odporna na graffiti.
- c) Kolory korpusu pojemników RAL7037.

d) Kolor wrzutni pojemników:

- pojemnik zmieszane odpady komunalne RAL 9005,
- pojemnik tworzywa sztuczne RAL 1018,
- pojemnik papier RAL 5017,
- pojemnik szkło RAL 6032,
- pojemnik Bioodpady RAL 8024.

e) Podstawa w kształcie umożliwiającym łatwe i estetyczne łączenie pojemników w gniazda.

f) Pojemniki łączone w gniazda muszą posiadać wspólną szynę łączącą pojemniki z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii po ich opróżnieniu, aby zapobiegać przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne. Szyna łącząca pojemniki ma zapewnić ich przyleganie do siebie, a ustawienie w jednej linii zapewnić bezproblemowy dostęp do każdego z nich, zarówno dla użytkowników, jak też dla pojazdów je opróżniających.

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:

Wyszczególnienie	Równoważny, tj. posiadający następujące cechy równoważności	Równoważny, tj. posiadający następujące cechy równoważności	Równoważny, tj. posiadający następujące cechy równoważności
Pojemność [litry]	Min. 2250 max. 2500	Min. 3000 max. 3250	Min. 3750 max 4000
Wysokość [mm]	Min. 1600	Min. 1600	Min. 1600
Szerokość [mm]	Min. 1100	Min. 1450	Min. 1750

Głębokość [mm]	Min. 1600	Min. 1600	Min. 1600
Wysokość podstawy	Min. 160	Min. 160	Min. 160
Korpus pojemnika	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,5mm, malowanie proszkowe
Wrzutnia pojemnika	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe	Blacha ocynkowana, 1,52mm, malowanie proszkowe
Otwierana podstawa	Blacha ocynkowana min. 2mm	Blacha ocynkowana min. 2mm	Blacha ocynkowana min. 2mm
Pojemność otwieranej podstawy [litry]	Min. 200	Min. 250	Min. 300
Retencja dolnych drzwi [dm <sup>3</sup> ] (odciek)	Min. 200	Min. 250	Min. 300

#### 5. Pozostałe cechy równoważności:

a) Obudowa wykonana z blachy galwanizowanej o grubości min. 1,5 mm malowanej proszkowo na kolor szary RAL 7037. Farba odporna na graffiti.

b) Część wrzutowa pojemnika wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie lub w kataforezie na kolor z palety RAL wskazany w lit. d), farba odporna na graffiti.

c) Kolory korpusu pojemników RAL7037.

d) Kolor wrzutni pojemników:

- pojemnik zmieszane odpady komunalne RAL 9005,

- pojemnik tworzywa sztuczne RAL 1018,

- pojemnik papier RAL 5017,

- pojemnik szkło RAL 6032,

- pojemnik Bioodpady RAL 8024.

e) Podstawa w kształcie umożliwiającym łatwe i estetyczne łączenie pojemników w gniazda.

f) Pojemniki łączone w gniazda muszą posiadać wspólną szynę łączącą pojemniki z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii po ich opróżnieniu, aby zapobiegać

przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne. Szyna łącząca pojemniki ma zapewnić ich przyleganie do siebie a ustawienie w jednej linii zapewnić bezproblemowy dostęp do każdego z nich, zarówno dla użytkowników, jak też dla pojazdów je opróżniających.

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.

### III. Obowiązki Wykonawcy.

1. Wykonawca dostarczy pojemniki na teren PSZOK zlokalizowany przy ul. Janowskiej 51 we Wrocławiu.

2. Wykonawca po dostarczeniu wszystkich pojemników sporządzi protokół zdawczo-odbiorczy zgodnie z załącznikiem nr 4 „Protokół zdawczo-odbiorczy dotyczący przekazania pojemników naziemnych przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych”.

3. Wykonawca zamontuje systemy pozycjonowania pojemników w jednej linii w terminie do 10 dni kalendarzowych od otrzymania Zlecenia od Zamawiającego. Zlecenie obejmować będzie dokładną lokalizację montażu systemu pozycjonowania pojemników w jednej linii. Zlecenia wystawiane będą po wcześniejszym przygotowaniu terenu pod montaż pojemników. Przez przygotowanie terenu rozumie się utwardzenie, wypoziomowanie terenu oraz wybetonowanie lub położenie płyty prefabrykowanej lub kostki brukowej pod określoną w załączniku nr 2 liczbę pojemników. Wykonawca zamontuje system pozycjonowania poprzez przytwierdzenie (przewiercenie śrubami lub przyklejenie) na stałe do podłoża. Przygotowanie terenu pod montaż pojemników nie jest przedmiotem zamówienia i nie będzie należało do obowiązków Wykonawcy.

4. Wykonawca każdorazowo po zamontowaniu systemu pozycjonowania pojemników w jednej linii, zobowiązany jest do transportu pojemników z terenu wskazanego w pkt 1 na miejsce montażu zgodnie ze Zleceniem oraz umieszczenia pojemników na zamontowanym systemie pozycjonowania pojemników w terminie do 2 dni roboczych od dnia montażu systemu pozycjonowania.

5. Wykonawca każdorazowo po zamontowaniu systemu pozycjonowania pojemników w jednej linii oraz umieszczeniu na nim pojemników, o których mowa w pkt 3 i 4, sporządzi protokół zdawczo - odbiorczy zgodnie z załącznikiem nr 5 „Protokół zdawczo-odbiorczy dotyczący zamontowania systemów pozycjonowania pojemników w jednej linii oraz umieszczenia na nich pojemników”.

6. Zamawiający będzie obecny podczas dostarczania pojemników oraz wskaże dokładne miejsce magazynowania pojemników na obiekcie wymienionym w pkt 1.

W wyniku dokonanych zmian w SWZ, wprowadzone zostały następujące korekty:

1) Zamawiający usunął, wymaganie, by minimalna wysokość pojemników równoważnych wynosiła 1620 mm i dopuścił pojemniki o wysokości 1600mm.

2) Tak samo w zakresie szerokości, Zamawiający dopuścił by minimalna szerokość pojemnika równoważnego o pojemności 3750 - 4000 l wynosiła co najmniej 1750mm.

3) Ponadto Zamawiający usunął wymaganie by podstawa pojemnika miała kształt prostokąta lub kwadratu i pozostawił jedynie wymaganie, by możliwe było łatwe i estetyczne łączenie pojemników w gniazda.

4) Nastąpiło także doprecyzowanie co Zamawiający rozumie przez pojęcie systemu pozycjonowania pojemników, z możliwością ustawienia ich w jednej linii oraz parametrów technicznych, jakim ma odpowiadać ten system. W tym zakresie Zamawiający wykreślił literę j) w punkcie II.3 oraz II.5 oraz dodał odpowiednia postanowienia w literze f) punktu II.3 oraz II.5. Sprecyzowane zostało, że pojemniki łączone w gniazda muszą posiadać wspólną szynę łączącą pojemniki z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii po ich opróżnieniu, aby zapobiegać przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne. Szyna łącząca pojemniki ma zapewnić ich przyleganie do siebie, a ustawienie w jednej linii zapewnić bezproblemowy dostęp do każdego z nich, zarówno dla użytkowników, jak też dla pojazdów je opróżniających.

5) Ponadto Zamawiający doprecyzował w punkcie III.3 w jaki sposób, w jakiej technologii, z wykorzystaniem jakich materiałów, Zamawiający zamierza przygotować teren pod montaż pojemników wskazując, że Przez przygotowanie terenu rozumie się utwardzenie, wypoziomowanie terenu oraz wybetonowanie lub położenie płyty prefabrykowanej lub kostki brukowej pod określoną w załączniku nr 2 liczbę pojemników. Wykonawca zamontuje system pozycjonowania poprzez przytwierdzenie (przewiercenie śrubami lub przyklejenie) na stałe

do podłoża. Przygotowanie terenu pod montaż pojemników nie jest przedmiotem zamówienia i nie będzie należało do obowiązków Wykonawcy.

6) Zamawiający doprecyzował także rozbieżności w zakresie proporcji dotyczących pojemności otwieranej podstawy oraz poziomu retencji dolnych drzwi.

### **Uzasadnienie prawne**

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że z uwagi na brak oświadczeń stron co do uwzględnienia odwołania bądź jego cofnięcia, zadaniem Izby było ustalenie, które z postawionych zarzutów i żądań odwołania pozostają wciąż sporne pomiędzy stronami. Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, na skutek zmian dokumentacji dokonanych 27.01.2022 r., bezprzedmiotowe stało się rozstrzygnięcie w temacie żądań przedstawionych przez Odwołującego w lit. a, b, d, h, i, j odwołania.

Izba uwzględniając dokonane zmiany dokumentacji, stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz ustnie na rozprawie ustaliła, że faktycznie skonsumowane zostały żądania Odwołującego wyrażone w literach: a, b, d, i oraz j odwołania.

Żądanie wyrażone w literze h) wskazywało na konieczność doprecyzowania, co Zamawiający rozumie przez pojęcie system pozycjonowania pojemników, z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii i doprecyzowania parametrów technicznych, jakim ma odpowiadać ten system. Faktycznie Zamawiający doprecyzował zapisy w tym zakresie, jednak zgodnie ze zmienioną dokumentacją, elementem systemu pozycjonowania pojemników jest wspólna szyna, której wymaganie Odwołujący kwestionował w innym z żądań. W tym zakresie istniał zatem spór pomiędzy stronami.

Natomiast co do żądań wyrażonych w lit. a, b, d, i oraz j odwołania, zostały one skonsumowane przez zmiany dokonane w dokumentacji zamówienia, co przemawia za bezprzedmiotowością rozstrzygnięcia w ich temacie. Brak jest bowiem tutaj substratu zaskarżenia. Nie można bowiem domagać się zmiany zapisów specyfikacji, które nie istnieją lub tak jak w tym konkretnym przypadku, zostały zmienione zgodnie z żądaniem Odwołującego. Izba nie rozstrzygała zatem na temat zasadności zarzutów i żądań Odwołującego z przywołanych punktów odwołania.

Co również istotne, konstrukcja odwołania opierała się o zarzuty naruszenia art. 99 i jego poszczególnych ustępów, tj. zasad, jakimi Zamawiający ma obowiązek kierować się przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Odwołujący skonstruował w ten sposób de facto 4 zarzuty. Izba dekodując treść poszczególnych zarzutów doszła do wniosku, że Odwołujący kwestionuje po pierwsze: naruszenie zasad opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia konkretnych modeli pojemników jednego

producenta i jednocześnie określenie pozornych kryteriów równoważności (zarzut nr 1), opisanie wymagań w sposób nadmierny i nieuzasadniony, w tym kryteriów równoważności, m.in. poprzez dopuszczenie rozwiązań oferowanych przez jednego producenta (zarzut nr 2), niejednoznaczne zapisy OPZ (zarzut nr 3) oraz określenie zbyt krótkiego terminu dostawy i montażu pojemników- jako wymagania nadmiernego naruszającego zasady uczciwej konkurencji (zarzut nr 4). Natomiast zarzut nr 5 i 6 stanowiły zarzuty wynikowe do przedstawionych wyżej. Nie zostały jednak powyższe zarzuty bezpośrednio skorelowane z konkretnymi żądaniem Odwołującego usunięcia określonych zapisów z OPZ. W związku z powyższym należało uznać, że celem Odwołującego było zweryfikowanie przez Izbę zakwestionowanych zapisów OPZ pod względem zgodności z przywołanymi przez niego w zarzutach zasadami opisu przedmiotu zamówienia.

#### **Przechodząc do części uwzględnionej.**

Zgodnie z zapisami OPZ pkt II.3.k oraz II.5.k (kryteria dla pojemników równoważnych) „*konstrukcja pojemnika i system odbioru musi umożliwiać automatyczny odbiór z poziomu kabiny, bez ingerencji pracownika*”. Izba przychyliła się w zakresie kwestionowanego zapisu do argumentacji przedstawianej przez Odwołującego, że brak jakiegokolwiek ingerencji pracownika w proces opróżniania pojemnika jest wymaganiem całkowicie niemożliwym. Z dowodów przedłożonych w trakcie postępowania odwoławczego przez obie strony niezbieżnie wynika, że niezależnie od takich okoliczności jak: wymiary pojemnika, kształt podstawy, rozwiązania w zakresie pozycjonowania pojemników czy też mechanizm opróżniania pojemnika, w jego odbiorze zawsze bierze udział pracownik. Wydaje się, że kwestionowany zapis został przez Zamawiającego źle sformułowany, a on sam nie przewiduje całkowicie automatycznego, pozbawionego czynnika ludzkiego systemu odbioru pojemników, a jedynie odbiór przy udziale pracownika nadzorującego cały proces z poziomu kabiny.

Izba w zakresie uwzględnionej części wzięła także pod uwagę zapisy dokumentacji przetargowej, tj. treść zapytań spółki HEWEA Sp. z o. o. z dnia 17.01.2022 r., gdzie wykonawca wskazywał, iż dotychczasowa forma zapisu OPZ wskazuje na autonomiczny odbiór bez nadzoru pracownika, a takie rozwiązania nie są dostępne na rynku.

W związku z powyższym Izba uznała za zasadne doprecyzowanie tego wymagania przez Zamawiającego, ewentualnie jego wykreślenie jako zdecydowanie nadmiernego, niemożliwego wręcz do spełnienia.

#### **Odnosząc się natomiast do części nieuwzględnionej.**

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów postawionych przez Odwołującego w odniesieniu do konkretnych kwestionowanych zapisów OPZ:

a) wymaganie określone przez Zamawiającego w pkt II.5.b OPZ: *„Część wrzutowa pojemnika wykonana z blachy malowanej proszkowo w elektroforezie lub w kataforezie na kolor z palety RAL wskazany w lit. d), farba odporna na graffiti.”*

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał by wymaganie dla pojemników alternatywnych określone w pkt II.5.b OPZ było wymaganiem nadmiarowym czy nieproporcjonalnym, ograniczył się jedynie do twierdzeń w tym zakresie, tj. wskazania, że zamawiający powinien określić funkcjonalność jaką chce uzyskać, tj. określony kolor pojemnika oraz odporność na graffiti.

Przy czym stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie przeczy twierdzeniom Odwołującego.

Głównym celem procesu malowania proszkowego jest uzyskanie dużej odporności na korozję i równomierne pokrycie malowanej powierzchni. Proces ten jest popularny i powszechnie używany. Natomiast odporność na graffiti zawdzięczana jest rodzajowi farby, którego Zamawiający nie narzucił - a nie procesowi malowania. Wynika to według Izby z zapisów OPZ. Zdaniem Izby zastosowanie procesu malowania proszkowego jest uzasadnione przy rozpatrywanym przedmiocie zamówienia. Pojemniki będą bowiem narażone na kontakt z różnego rodzaju substancjami oraz wystawione na działanie czynników atmosferycznych, co uzasadnia zastosowanie wspomnianego procesu malowania.

Nie zostało przede wszystkim wykazane, że postawiony wymóg jest nadmierny czy też, że wskazuje wyłącznie na rozwiązania oferowane przez jednego producenta.

b) wymaganie określone przez Zamawiającego w pkt II.5.f. by *„pojemniki łączone w gniazda posiadały wspólną szynę łączącą pojemniki z możliwością ustawienia pojemników w jednej linii po ich opróżnieniu, aby zapobiegać przesuwaniu pojemnika przez osoby postronne. Szyna łącząca pojemniki ma zapewnić ich przyleganie do siebie a ustawienie w jednej linii zapewnić bezproblemowy dostęp do każdego z nich, zarówno dla użytkowników, jak też dla pojazdów je opróżniających.”*

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zdaniem Odwołującego, wymaganie by pojemniki wyposażone były w szynę łączącą pojemniki to wymaganie bezpośrednio wskazujące na system PRESKO.

Zdaniem Izby, twierdzeniu Odwołującego przeczą zebrane w trakcie postępowania dowody. Wraz z odwołaniem, jako załączniki, złożone zostały m. in. oferty na pojemniki 2500, 3000 i 3750 producenta tureckiego EKSiN KONTEYNER ve GALVANIZ SAN. TIC. LTD.STI. Następnie na rozprawie złożone zostały tłumaczenia ww. dokumentów z języka angielskiego.



Oprócz opisu parametrów technicznych, dokumenty te zawierają także rysunki poglądowe pojemników, z których można wywnioskować, że posiadają one charakterystyczny otwór w kształcie trójkąta u ich podstawy. Świadczy to tym, że również w tych pojemnikach stosowany jest system ich pozycjonowania za pomocą szyny. Izba wywiodła wskazany fakt również na podstawie innych dowodów przedkładanych w trakcie postępowania odwoławczego, tj. zdjęć poglądowych oraz filmów, z których wywnioskować można, że charakterystyczny otwór w kształcie trójkąta służy właśnie pozycjonowaniu pojemników. Nie jest zatem tak, że opisywana właściwość zamawianych pojemników wskazuje tylko i wyłącznie na jednego ich producenta skoro z załączonych dowodów wynika, że także pojemniki innych producentów taką właściwość posiadają.

Powyższe, zdaniem Izby, świadczy o tym, że szyna powiązana jest z systemem pozycjonowania wykorzystywanym przez wielu producentów, nie tylko w systemie PRESKO.

c) wymaganie określone przez Zamawiającego w pkt II.5.g OPZ by pojemniki posiadały „mechanizm opróżniania przez uchwyt grzybkowy, który zapewnia sztywność pojemnika”.

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 TEKSiN 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.

d) wydłużenie określonego 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 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zdaniem Izby, w zakresie wskazanego zarzutu i żądania z nim związanego, Odwołujący również nie sprostął obowiązkowi wykazania nadmiarowości określonego 3 miesięcznego terminu na dostawę czy też niemożliwości jego dotrzymania przez potencjalnego wykonawcę. Odwołujący poddawał w wątpliwość określony przez Zamawiającego termin, nie powołując się jednocześnie na konkretne okoliczności, które na niemożliwość jego dotrzymania mogą wpłynąć. Bazował jedynie Odwołujący na pewnych spekulacjach, jak np. zakłócenie łańcucha dostaw wywołane sytuacją pandemiczną, utrudnienia w ruchu morskich na Kanale Sueskim. Nie wykazał również w jaki sposób rozbić terminu na dwie części, tj. najpierw dostawa, a potem montaż miałoby wskazywać na system PRESKO.

Jedyny dowód, który związany jest z terminem dostawy pojemników, tj. oferta na zakup pojemników naziemnych, potwierdza, że podmiot je oferujący wskazuje na ok. 3 miesięczny termin ich dostawy, co częściowo może potwierdzać zasadność określenia przez Zamawiającego tego terminu. W każdym razie Odwołujący nie wykazał, że termin ten jest zbyt krótki.

Odnosząc się ogólnie do części oddalonej, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z prerogatyw Zamawiającego. Może on dokonać tego w taki sposób, by zostały zaspokojone jego potrzeby w zakresie nabywanego świadczenia/ produktu. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. A contrario, nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nieproporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu (tak: KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2021 r., KIO 1125/21).

Innymi słowy, Zamawiający jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to Zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.

Co istotne, nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb Zamawiającego. To bowiem Zamawiający jest uprawniony do określenia tego, co zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją.

Podkreślenia wymaga również, że jakkolwiek opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań art. 99 ustawy PZP i jego poszczególnych ustępów stanowi obowiązek zamawiającego, to wykonawca kwestionujący wymagania zamawiającego ma obowiązek, stosownie do brzmienia art. 534 ust. 1 ustawy PZP, wykazać że wymaganie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia oraz wyłącza konkurencję w postępowaniu (Wyrok z dnia 6 listopada 2020 r., KIO 2703/20).

Z powyższych względów właśnie, uwzględnienie odwołania przez Izbę, może nastąpić jedynie w razie wykazania przez Odwołującego, że narzucone przez Zamawiającego wymagania w zakresie zamawianych świadczeń czy produktów postawione są jedynie celem zawężenia konkurencji, a nie realizacji jego uzasadnionych potrzeb.

Twierdzenia Odwołującego w zakresie opisanych wyżej postanowień OPZ, Izba uznała za niewykazane, co jest zasadniczą przyczyną oddalenia odwołania. Odwołujący przedstawił co prawda liczne dowody, jednak ich znaczna część ilustruje alternatywne rozwiązania w zakresie odbioru pojemników na odpady, które zdaniem Odwołującego, mogłyby w takim samym stopniu zaspokoić potrzeby Zamawiającego.

W ocenie Izby nie można jednak odmawiać Zamawiającemu dostępu do nowych technologii i rozwiązań, które są dostępne na rynku, wyłącznie dlatego, że jest to podmiot o charakterze publicznym, działający w reżimie i procedurze zamówień publicznych. Nie uzasadnia również takiego poglądu fakt, że określone podmioty działające na rynku danych usług czy produktów nie mają jeszcze rozwiniętej określonej technologii, czy wiedzy o tej technologii bądź dostępu do niej. Tym bardziej, że zebrane w trakcie postępowania odwoławczego dowody świadczą o tym, że istnieją podmioty, które posiadają w swojej ofercie pojemniki w żądanej przez Zamawiającego technologii.

Nie można zatem odmówić zamawiającemu prawa do zamawiania produktów, zgodnych z jego szczególnymi, nawet zaostrzonymi (wyższymi niż standardowe) wymaganiami, które ze względu na pewne funkcjonalności spełniają jego oczekiwania.

Z kolei ocena czy dane wymaganie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego powinna być dokonana z uwzględnieniem rzeczywistego wpływu na efektywność pracy urzędu oraz jego eksploatację, czy też wydajność (KIO 71/21). Zamawiający przedstawił dowody świadczące o tym, że funkcjonalności jakich oczekuje, wpływają na efektywność całego procesu związanego z odbieraniem pojemników na odpady.

Co także wymaga podkreślenia w tym zakresie, Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywać się do praktyki innych zamawiających i utożsamiać własnych potrzeb z potrzebami innych zamawiających (wyrok KIO z dnia 4 lutego 2021 r., KIO 68/21), co starał się negocjować Odwołujący, składając jako dowody dokumentację z innych postępowań, prowadzonych przez innych zamawiających.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia kryteriów równoważności, Izba zwraca uwagę, że kluczowymi przepisami w tym zakresie są art. 99 ust. 4 i ust. 5 ustawy PZP. Zgodnie z ich treścią, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Natomiast zgodnie z ust. 5 przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty

lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Z zestawienia ww. przepisów wynika, że w sytuacji gdy Zamawiający nie jest w stanie dość precyzyjnie opisać przedmiotu zamówienia, może przy jego konstruowaniu posłużyć się np. wskazaniem konkretnych znaków towarowych. W takiej sytuacji jest on jednak zobowiązany by dopuścić również rozwiązania równoważne do opisanych tymi znakami towarowymi. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych ma na celu umożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy wskazanymi przez Zamawiającego w OPZ produktami opisanymi znakami towarowymi nie dysponują, ale są w stanie zaoferować inne, wyróżniające się takimi cechami, które w zakresie funkcjonalności odpowiadają tym opisanym przez Zamawiającego, chociaż nie tożsamy. Zatem prawidłowo opisane kryteria równoważności powinny, oprócz wskazywanych w OPZ przez Zamawiającego, dopuszczać także rozwiązania alternatywne, które w takim samym stopniu mogą zaspokoić uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że niedopuszczalne jest posługiwanie się takimi kryteriami równoważności, które tylko pozornie dopuszczają do udziału w postępowaniu także innych wykonawców. Ustalenie powyższego jest możliwe, gdy opisane kryteria równoważności zestawimy z ofertą rynku. Jeśli następnie dojdziemy do wniosku, że w zakresie wyznaczonym kryteriami równoważności, możliwe jest zakupienie tylko i wyłącznie opisanego przez Zamawiającego np. znakiem towarowym, produktu, to takie kryteria równoważności są pozorne. Nie jest bowiem możliwym, uwzględniając parametry równoważności, zaoferowanie przez potencjalnego wykonawcę innego dobra niż to wskazane przez Zamawiającego.

W związku z tym, zarzut dotyczący pozornego opisanie kryteriów równoważności powinien zostać uwzględniony, gdy po analizie tychże kryteriów dojdziemy do wniosku, że tak naprawdę przez równoważny przedmiot zamówienia Zamawiający rozumie ten sam przedmiot, który opisał za pomocą znaków towarowych i właśnie dlatego są one pozorne. Nie są jednak pozornymi kryteria, które umożliwiają wykonawcom działającym na rynku zaoferowanie większej liczby rozwiązań spełniających wymagania zamawiającego.

W niniejszej sprawie kryteria równoważności określone przez Zamawiającego odnoszą się w szczególności do parametrów fizycznych zamawianych pojemników, jak pojemność, wysokość, szerokość, głębokość itd., które określone zostały za pomocą „widełek” i minimalnych poziomów.

Jako pozostałe kryteria równoważności określone w punkcie II.5, Zamawiający powtórzył wymagania opisane w punkcie II.3, dotyczące pewnych funkcjonalności, jak np. proces malowania pojemników, zastosowanie uchwytu grzybkowego, system pozycjonowania za pomocą wspólnej szyny itd.

Zdaniem Izby, nie można jednak kryteriów równoważności traktować wybiórczo, a jako spójną całość. Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, że w ramach postawionych przez Zamawiającego kryteriów równoważności, Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwym zaoferowanie pojemników innych producentów, czy też że możliwym jest zaoferowanie tylko pojemników PRESKO.

Co więcej, wobec zebranego w sprawie materiału dowodowego, należało uznać, że dopuszczając jako równoważne pojemniki o określonych właściwościach fizycznych, tj. pojemność min. 2250 max 2500, wysokość min. 1600, szerokość min. 1100, głębokość min. 1600, wysokość podstawy min. 160 (pojemniki równoważne dla pojemników Presko New City 2250), Zamawiający już sprostował wymaganiu, by postawione kryteria równoważności umożliwiały zaproponowanie mu pojemników więcej niż jednego producenta. Potwierdza to pośrednio treść odwołania, w którym Odwołujący, wskazał że pierwotnie określone przez Zamawiającego parametry fizyczne eliminują możliwość zaoferowania konkurencyjnych pojemników producenta tureckiego. Skoro jednak Zamawiający zmienił te parametry, to dopuścił tym samym możliwość ich zaoferowania.

Powyższe potwierdzają także dowody zebrane w sprawie, m. in. opisy techniczne i rysunki poglądowe pojemników tureckiego producenta oraz karta katalogowa producenta szwajcarskiego, które ukazują, że pojemniki przez nich oferowane, posiadają również określone funkcjonalności jak system grzybkowy czy ustawienie za pomocą szyny.

Podsumowując, w rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że opisane przez Zamawiającego wymagania dotyczące zamawianych pojemników, nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Nie wykazał również, że są one nadmiarowe czy nieproporcjonalne. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów czy usług, które chce nabyć, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Zatem z jednej strony określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Przy czym w niniejszym postępowaniu zachowana została równowaga pomiędzy tymi dwoma elementami. Zamawiający opisując bowiem pewne funkcjonalności,

które chce uzyskać, na wysokim poziomie, nie zrobił tego jednocześnie w taki sposób by konkurencja została całkowicie wyłączona. Krajowa Izba Odwoławcza mogłaby nakazać Zamawiającemu modyfikację postanowień OPZ tylko w sytuacji, gdyby Odwołujący wykazał naruszenie przepisów dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia, w szczególności art. 99 i jego ustępów ustawy PZP. Brak wykazania tego rodzaju naruszeń powoduje, że odwołanie w tym względzie podlega oddaleniu.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że badaniu przez Izbę na skutek wniesionego odwołania, zgodnie z art. 513 ustawy PZP, podlegają m. in. czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bądź zaniechania dokonania określonych czynności, do podjęcia których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Powyższe oznacza, że w zakresie wyznaczonym postawionymi zarzutami, Izba ocenia czy określone czynności bądź zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy ustawy PZP i w jaki sposób. W razie stwierdzenia naruszeń Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy. Poza rozpoznaniem Izby pozostają jednak naruszenia w innych toczących się postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest także kompetencją Izby rozważanie potencjalnego wpływu prowadzonego postępowania czy też naruszeń w nim stwierdzonych na inne, hipotetyczne, możliwe do wszczęcia w przyszłości postępowania. W zakresie kognicji Izby pozostają jedynie czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, w którym wniesione zostało odwołanie. W związku z powyższym Izba uznała za bezprzedmiotowe odnoszenie się do argumentacji Odwołującego zawartej w treści odwołania oraz przedstawionej na rozprawie, a dotyczącej daleko idących konsekwencji, które zdaniem Odwołującego mogą wystąpić w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, będących skutkiem czynności podjętych w rozpatrywanym postępowaniu. Wymaga też zauważenia, że kognicja Izby ogranicza się jedynie do stwierdzenia naruszeń ustawy Pzp, a nie do oceny zachowania poszczególnych podmiotów na gruncie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

W zakresie kosztów zastosowanie znalazł art. 557 w zw. z art. 574 ustawy PZP w zw. z §7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba ustaliła, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosi w 1/6 zamawiający oraz w 5/6 odwołujący. Powyższe można ustalić na podstawie treści odwołania, w którym postawione zostały 4 zarzuty podstawowe oraz 2 zarzuty wynikowe, dotyczące

naruszenia art. 16 i 17 ustawy PZP. Postawione zostały zatem łącznie 6 zarzutów, z których potwierdził się jeden. Należało więc poniesione koszty podzielić stosownie do wskazanych proporcji. W związku z powyższym, zasadnym było zasądzenie kosztów w wysokości jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....