

Sygn. akt: KIO 2680/22  
KIO 2681/22  
KIO 2682/22  
KIO 2684/22

**WYROK**  
z dnia 25 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
Marek Bienias  
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniach prowadzonych przez **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o. z siedzibą w Jaroszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22,
- 2) **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22,
- 3) **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2681/22,

**orzeka:**

1. Oddala wszystkie odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołań (15 000 zł 00 gr w każdej ze spraw);
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr w każdej ze spraw).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówień pn.

- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 6 września 2022 r. pod numerem 2022/S 171-484738) – sygn. akt KIO 2680/22;
- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 6 września 2022 r. pod numerem 2022/S 171-484740) – sygn. akt KIO 2681/22;
- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 6 września 2022 r. pod numerem 2022/S 171-484737) – sygn. akt KIO 2682/22;
- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE 6 września 2022 r. pod numerem 2022/S 171-484741) – sygn. akt KIO 2284/22.

W dniu 10 października 2022 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołania wobec treści ogłoszeń o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w brzmieniu nadanym 28 września 2022 r.

Odwołujący we wszystkich odwołaniach zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 112 w zw. z art. 16 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, z jednoczesnym ustaleniem nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu i warunków zamówienia odnoszących się do zmienionego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień pkt 1.2.3.2. ppkt 4 i 5 SWZ i opisu sposobu realizacji zawartego w pkt 5 rozdziału IV SWU, w taki sposób, aby odpowiadał zmniejszonemu zakresowi przedmiotu zamówienia i był wobec niego

proporcjonalny, a także o zobowiązanie Zamawiającego do podania metodologii wg której Zamawiający dokonał zmiany w zakresie wielkości przedmiotu zamówienia w tym ilości podstawień kontenerów wynikających ze zobowiązań Zamawiającego wobec mieszkańców Wrocławia.

Ponadto w odwołaniach dotyczących sektorów II i IV (sygn. akt KIO 2681/22 i KIO 2684/22) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania bioodpadów, w taki sposób, że Zamawiający zwiększył o ok. 50% udział tej frakcji odpadów w całym strumieniu odpadów, mimo że nie pojawiły się żadne okoliczności uzasadniające zwiększenie ilości odpadów w tej frakcji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ilości wskazanej w pozycji 5 załącznika nr III do SWZ „Zestawienia kosztów zadania” w taki sposób, aby wartości tam podane odpowiadały rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, tj. aby ilość odpadów przyjęta do kalkulacji bazowała na faktycznych ilościach odbieranych w ostatnim okresie (2021, część 2022) z ewentualną korektą (buforem) uwzględniającym ewentualne zmiany nie większym niż 5 %.

W odniesieniu do wszystkich postępowań Odwołujący wskazał, że 28 września 2022 r. Zamawiający dokonał zmiany dokumentacji postępowania poprzez zmniejszenie wielkości przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych w sposób następujący:

<b>Opcja</b>		
	<b>Pierwotne ogłoszenie</b>	<b>Zmiana ogłoszenia</b>
Sektor I	3 578,57 Mg	2 683,93 Mg
Sektor II	3 964,68 Mg	2 973,51 Mg
Sektor III	6 408,74 Mg	4 806,56 Mg
Sektor IV	2 032,84	1 524,63
<b>Zamówienie podstawowe</b>		
Sektor IV	991,17 Mg	508,21 Mg

Odwołujący podniósł, że pomimo tak istotnego zmniejszenia wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie odpadów wielkogabarytowych Zamawiający pozostawił bez zmian pozostałe, korespondujące z tym zakresem przedmiotu zamówienia postanowienia dokumentacji postępowania, w szczególności warunki udziału określonych w pkt 1.2.3.2.

ppkt 4 i ppkt 5 SWZ i opisu sposobu realizacji usługi zawartego w pkt 5 rozdziału IV SWU. Do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym odpadów wielkogabarytowych konieczne jest posiadanie przez wykonawcę pojazdu ciężarowego hakowego i samochodu ciężarowego bramowego. W konsekwencji powyższego Zamawiający w 1.2.3.2. ppkt 5 i ppkt 6 SWZ postawił warunek udziału korespondujący do zakresu zamówienia jakim jest odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych. Zgodnie z pkt 1.2.3.2. ppkt 5 i ppkt 6 SWZ wykonawcy zobowiązani są wykazać dysponowanie pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym:

- samochodem ciężarowym hakowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m<sup>3</sup>, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki,
- samochodem ciężarowym bramowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m<sup>3</sup>, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki.

Z kolei w rozdziale IV SWU Zamawiający opisał przedmiot zamówienia – czyli warunki na jakich wykonawca ma świadczyć przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt 5 rozdziału IV SWU „Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację zleceń podstawienia pojemników w danym dniu, nie mniej niż 30 sztuk”.

Odwołujący powołał się na treść art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że przepis ten określa dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zaznaczył, że opis warunków udziału w postępowaniu powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że ma być on adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez Zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W konsekwencji, skoro Zamawiający tak istotnie zmniejszył zakres zamówienia przy jednoczesnym pozostawieniu warunków udziału bez zmian, to ewidentnie wskazuje to na brak dostosowania warunków udziału do zmienionego OPZ.

Odwołujący podkreślił, że tak znaczne ograniczenie zakresu usług ma przełożenie na zupełnie inny rodzaj zaangażowania parku maszynowego – samochód ciężarowy „bramowiec” i „hakowiec”. Skoro Zamawiający potrzebował do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do realizacji przedmiotu zamówienia w pierwotnie określonej wersji 4 pojazdów, po 2 z każdego rodzaju, to w obliczu zmniejszenia wielkości przedmiotu zamówienia, aby zachować proporcjonalność w rozumieniu ar. 112 ust. 1 ustawy Pzp powinien zmienić także warunki udziału w postępowaniu i wymagać po jednym samochodzie każdego rodzaju.

Odwołujący podniósł, że z istoty prawa opcji wynika dopuszczalność nałożenia na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością, co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia. Prawo opcji jest to bowiem instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym – podstawowym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu, koszty zatrudnienia, itp. Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w okresie trwania umowy co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty jednostkowe ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak Zamawiający wymaga realizacji usługi wg wymagań dla niezmnieszonego zakresu usługi i warunek udziału dotyczący obowiązku posiadania co najmniej 4 pojazdów specjalistycznych, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, zamawiający nie zmniejszył przedmiotu zamówienia. Dlatego dopasowanie warunków wykonania umowy oraz warunków udziału w postępowaniu do wielkości przedmiotu zamówienia ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty.

Zdaniem Odwołującego, konsekwencją postawienia nieproporcjonalnych warunków zamówienia jest konieczność „zablokowania” przez wykonawców pojazdów na poczet

realizacji umowy, które do tej realizacji nie są niezbędne. Wynika to wprost z Rozdziału IX SWU pkt 7 wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w ofercie – w załączniku nr VIII „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” muszą być wskazane jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę wyłącznie do obsługi Sektora. W odniesieniu do sektora I Odwołujący wskazał, że zamówienie podstawowe przewidujące odbiór odpadów w skali rocznej w ilości 894,64 Mg oznacza, że wymagane 4 pojazdy mają odebrać 18,63 Mg/szt./pojazd/m-c w ramach zamówienia podstawowego: 12 m-cy : 4 pojazdy = 18,63 Mg : 20 dni roboczych = 0,93 Mg/dzień na pojazd), co w sposób skrajny potwierdza brak efektywności wykorzystania zarówno pojazdów jak i ludzi. Analogiczne obliczenia Odwołujący przedstawił w odniesieniu do pozostałych sektorów, podnosząc, że przy takim ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu niemożliwe jest optymalizowanie kosztów transportu przez wykonawcę, czego konsekwencją jest niewspółmierna do faktycznych potrzeb Zamawiającego cena ofertowa. Mając na uwadze powyższe, skoro zamówienie podstawowe nie zapewnia zagospodarowania wymaganych w warunku udziału pojazdów oraz dodatkowo Zamawiający zmniejszył zakres zamówienia w ramach opcji, to potwierdza się zarzut nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił także w pkt 5 rozdziału IV SWZ następujące wymaganie: „Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację zleceń podstawienia pojemników w danym dniu, nie mniej niż 30 sztuk”. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na znaczne zmniejszenie wielkości przedmiotu zamówienia dla frakcji odpadów wielkogabarytowych, Zamawiający powinien zmienić, proporcjonalnie do na nowo określonej wielkości zamówienia, liczbę pojemników, jaką wykonawca będzie zobowiązany dysponować w danym dniu. Liczba ta powinna korespondować z wielkością i zakresem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zmiana wielkości przedmiotu zamówienia ma bezpośrednie przełożenie na ustalenie sposobu realizacji usługi, ale także i na minimalne „zdolności” jakimi legitymować musi się potencjalny wykonawca, czyli warunki udziału. Dlatego zaniechanie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia zawierającego dostosowanie wszystkich elementów dokumentacji, które korespondują ze sobą w zakresie przedmiotu zamówienia, jakim jest realizacja usługi dotycząca odpadów wielkogabarytowych powoduje, że Zamawiający ustanowił nadmierne obowiązki po stronie ubiegającego się o zamówienie wykonawcy (w zakresie warunków zamówienia, jak i warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący zaznaczył, że skoro Zamawiający ustalił, że dysponowanie pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację zleceń podstawienia pojemników w danym dniu, nie mniej niż 30 sztuk jest proporcjonalne do wielkości zamówienia niemal dwukrotnie większego

(przed zmianą), to ustalenie tego sposobu realizacji usługi na tym samym poziomie jest oczywiście nieproporcjonalne. Tym samym potwierdza się zarzut określenia warunków zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, opisane powyżej postępowanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ustalenie nadmiernych i nieproporcjonalnie wysokich, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, warunków udziału oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia, uniemożliwia ubieganie się o zamówienie podmiotom, które przy prawidłowym, proporcjonalnym ustaleniu tych warunków, spełniłyby te warunki.

Ponadto w odwołaniach dotyczących sektorów II i IV (sygn. akt KIO 2681/22 i KIO 2684/22) Odwołujący zakwestionował zmianę dotyczącą zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia dotyczącego bioodpadów. Wskazał, że Zamawiający dokonał zmiany wielkości przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zwiększył udział tej frakcji odpadów w całym strumieniu odpadów wg danych z poniższej tabeli:

	<b>Ilość przed zmianą SWZ</b>	<b>Ilość po zmianie SWZ</b>	<b>Różnica</b>
Sektor II	6 105,91 Mg	9 633,34 Mg	3 527,43 Mg
Sektor IV	6 105,91 Mg	9 715,84 Mg	3 609,93 Mg

Odwołujący podniósł, że jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku odpadów od wielu lat, posiada w tej branży ogromne doświadczenie. Śledzi wszystkie możliwe zmiany dotyczące sposobu realizacji usług. Pomimo to Odwołującemu nie są znane żadne obiektywne powody, dla których w 2023 r. miałyby dojść do tak istotnego zwiększenia udziału odpadów bio w całej frakcji odpadów, jak przewiduje to Zamawiający w dokonanej zmianie SWZ. Zamawiający równolegle prowadzi 4 postępowania. Zamawiający jednak tylko dla sektora IV i dla sektora II dokonał zmian w zakresie zwiększenia wielkości zamówienia w zakresie odpadów bio. Powyższe dowodzi, że Zamawiający przyjął takie stanowisko mając inny cel niż dostosowanie wielkości przedmiotu zamówienia do realnych potrzeb.

Zdaniem Odwołującego zmiana SWZ w tym zakresie doprowadziła do istotnej zmiany kręgu wykonawców w odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny oferty. Zmiana ta faworyzuje tych wykonawców, którzy posiadają własne instalacje do zagospodarowania „odpadów bio” – mogą oni zaoferować dużo niższe ceny niż Odwołujący, który takiej instalacji nie posiada. Mając na uwadze, że odpady bio stanowią ok. 20% całego strumienia, to koszt zagospodarowania tych odpadów ma przełożenie na globalną cenę oferty. W konsekwencji



zmiana wprowadzona w zakresie OPZ narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w istocie doprowadzając do sytuacji faworyzowania podmiotów posiadających instalacje do zagospodarowania tej frakcji w oderwaniu od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, wynikających z danych historycznych, według których kształtować powinna się ustalana przez Zamawiającego wielkość przedmiotu zamówienia dla tej frakcji.

Odwołujący powołał się na treść przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i podniósł, że ustawodawca ustanowił jako jedną z głównych zasad związanych z procesem tworzenia opisu przedmiotu zamówienia, zasadę zakazującą opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustawodawca w tym przepisie podał przykładowy katalogu naruszeń, jakie mogłyby wpływać na uprzywilejowanie bądź wyeliminowanie niektórych wykonawców, m.in. poprzez opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą tak jak w przedmiotowej sprawie – szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Ponieważ przedmiotem zamówienia jest m.in. zagospodarowanie, to proces zagospodarowania determinowany jest bezpośrednio przez ilości, wielkość przedmiotu zamówienia. Ponieważ manipulacja ilością odpadów dokonana przez Zamawiającego w oderwaniu od rzeczywistych, historycznie ustalanych wielkości zamówienia ma bezpośrednie przełożenie na cenę, zwiększenie o ponad 50% wielkości zamówienia dla odpadów bio, które stanowią ok. 20% strumienia, stanowi działanie wymierzone przeciw Odwołującemu i naruszające normę prawną wskazaną w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący w cenę oferty wliczyć będzie musiał zwiększone koszty zagospodarowania tej frakcji i przez to sztucznie zawyżyć cenę swojej oferty, chociaż w rzeczywistości ustalenie tak dużego zakresu, wielkości przedmiotu zamówienia dla tej frakcji odpadów nie ma uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp specyfikacje powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że na rynku wrocławskim od lat o przedmiot zamówienia, który jest cyklicznie powtarzany od 2013 r. ubiegają się ci sami wykonawcy. Podmioty te znają nawzajem swoją specyfikę, także Zamawiający doskonale zna każdego z tych podmiotów, gdyż z każdym współpracował i współpracuje w ramach obecnie realizowanych zamówień tożsamych z przedmiotem zamówienia w tej sprawie. W konsekwencji Zamawiający znając sytuację związaną z brakiem instalacji u Odwołującego do zagospodarowania odpadów bio, celowo dokonał zmiany wielkości frakcji odpadów bio w całym strumieniu odpadów, aby pogorszyć jego pozycję konkurencyjną w stosunku do pozostałych wykonawców. Tym samym Zamawiający faworyzuje w ten sposób innych wykonawców kosztem Odwołującego

Sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22

– co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania wniósł o oddalenie odwołań w całości.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy:

- ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o. o. (sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22),
- Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów (sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22),
- FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2681/22).

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 28 września 2022 r. Zamawiający opublikował zmiany SWZ w poszczególnych postępowaniach, w tym załącznika nr III do SWZ pn. Zestawienie kosztów zadania, zmieniając ilość odpadów wielkogabarytowych objętych prawem opcji:

<b>Opcja</b>		
	<b>Ilość przed zmianą</b>	<b>Ilość po zmianie</b>
Sektor I	3 578,57 Mg	2 683,93 Mg
Sektor II	3 964,68 Mg	2 973,51 Mg
Sektor III	6 408,74 Mg	4 806,56 Mg

Sektor IV	2 032,84	1 524,63
<b>Zamówienie podstawowe</b>		
Sektor IV	991,17 Mg	508,21 Mg

Ponadto w postępowaniach dotyczących sektorów II i IV Zamawiający zmienił zakresu przedmiotu zamówienia podstawowego dotyczącego bioodpadów:

	Ilość przed zmianą	Ilość po zmianie	Różnica
Sektor II	6 105,91 Mg	9 633,34 Mg	3 527,43 Mg
Sektor IV	6 105,91 Mg	9 715,84 Mg	3 609,93 Mg

Zamawiający nie zmienił warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone m.in. w następujący sposób (pkt IV.1.2.3.2 SWZ):

*Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że dysponuje co najmniej: (...)*

*1.2.3.2. pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości: (...)*

*5) samochodem ciężarowym hakowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m<sup>3</sup>, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki,*

*6) samochodem ciężarowym bramowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m<sup>3</sup>, spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki.*

Zamawiający pozostawił również bez zmian postanowienie punktu IV (Odbiór odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach) ust. 5 Szczegółowych warunków umowy, zgodnie z którym: *Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację Zleceń podstawień pojemników w danym dniu, nie mniej niż 30 sztuk.*

Odwolania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność tych postanowień z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy 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.

Art. 99 ustawy Pzp stanowi m.in.:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
4. 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.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył wskazanych wyżej przepisów ustawy.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania pojazdami Izba wskazuje, że zarzuty odwołania oparte są na całkowicie błędnej tezie,

zgodnie z którą zmniejszenie zakresu zamówienia dotyczącego odpadów wielkogabarytowych powoduje automatycznie, że określone przed zmianą SWZ warunki udziału w postępowaniu stają się nieproporcjonalne. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw do takiej tezy. Warunki udziału w postępowaniu mogły być bowiem proporcjonalne zarówno do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia, jak i do zakresu zmniejszonego. Warunki te nie musiały od początku być ustalone na maksymalnym dopuszczalnym poziomie, a tylko w takiej sytuacji można byłoby twierdzić, że zmniejszenie zakresu zamówienia powinno automatycznie skutkować obniżeniem wymagań określonych w tych warunkach. Należy mieć na uwadze, że zamawiający w ogóle nie ma obowiązku określać warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Ustawa pozostawia więc zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one – zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp – proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co należy rozumieć jako zakaz określania warunków nadmiernych. Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to jest on również uprawniony do określenia warunków na znacznie niższym poziomie, niż mógłby to zrobić. Mogło być więc tak, że warunki udziału w postępowaniu przy pierwotnie określonej ilości odpadów były na tyle niewygórowane, że zmniejszenie tego zakresu nie powoduje konieczności obniżenia wymagań. Odwołujący natomiast nie tylko nie podjął próby wykazania, ale nawet nie twierdził, że przed zmianą SWZ warunki były najwyższe z możliwych. W tej sytuacji teza, że zmiana zakresu ilości odpadów wielkogabarytowych musiała skutkować zmianą warunków, jest nieprawdziwa.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał obiektywnej nieproporcjonalności warunków dla obecnie określonego przedmiotu zamówienia, koncentrując swoją argumentację na rzekomej konieczności zmiany warunków ze względu na zmniejszenie ilości odpadów wielkogabarytowych. Ponadto Odwołujący, powołując się na zasady ekonomii argumentował, że pozostawienie obecnego brzmienia warunku spowoduje wzrost kosztów wykonawcy. Odnosząc się do tej argumentacji zauważyć należy, że fakt, iż określone postanowienia SWZ wiążą się dla wykonawcy z określonymi obowiązkami lub kosztami, których korzystniej byłoby nie ponosić, nie może być utożsamiany z nieproporcjonalnością warunku. Tak długo, jak warunek odpowiada specyfice i skali przedmiotu zamówienia oraz jest przydatny do oceny potencjału wykonawcy, jest on zgodny z przepisami ustawy, nawet jeśli uniemożliwia on wykonawcy taką optymalizację kosztów, jaka byłaby z jego strony pożądana.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający przedstawił przekonujące uzasadnienie dotyczące zaskarżonego warunku udziału w postępowaniu. Zasadnie wskazał, że samochód ciężarowy hakowy oraz samochód ciężarowy bramowy są względem siebie komplementarne, nie zaś wymienne i są używane na inne sytuacje, w zależności od lokalizacji, na której zostanie posadowiony dany pojemnik oraz jego wielkości, dlatego istotne jest, aby wykonawca dysponował oboma rodzajami samochodów ciężarowych w liczbie zapewniającej możliwość obsłużenia danego sektora. Ponadto, słusznie zauważył Zamawiający, że zaskarżone warunki dysponowania odpowiednimi pojazdami odnoszą się nie tylko do odbioru odpadów wielkogabarytowych, ale do całego przedmiotu zamówienia, gdyż wymagane pojazdy służą do transportu pojemników o pojemności wyższej niż 7 m<sup>3</sup>.

Podobnie ocenić należy zarzuty dotyczące wymagania sformułowanego w Szczegółowych warunkach umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację zleceń podstawień pojemników w danym dniu, nie mniej niż 30 sztuk. Również w tym zakresie argumentacja Odwołującego opierała się na powiązaniu konieczności zmniejszenia tego wymagania ze zmianą zakładanej ilości odpadów wielkogabarytowych i w zasadzie została tylko do tego ograniczona. Odwołujący nie wykazał, aby zakwestionowane wymaganie było nieproporcjonalne, nie ma natomiast podstaw do założenia, że skoro było ono proporcjonalne przed zmianą SWZ, to nie jest proporcjonalne po jej zmianie. Potwierdzeniem tego jest chociażby fakt, że Zamawiający przewidział od początku taką samą liczbę pojemników dla każdego sektora, mimo że w każdym z nich ilość odpadów była inna, czego Odwołujący nie kwestionował.

Co więcej, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał jakiegokolwiek wpływu takiego wymagania na konkurencję. W ocenie Izby trudno zakładać, aby wymaganie od wykonawcy realizującego usługi odbioru odpadów dysponowania 30 pojemnikami na odpady wielkogabarytowe było nadmierne. Przeciwnie, wydaje się, że każdy z wykonawców może spełnienie tego wymagania bez większych problemów zapewnić. Odwołujący nie twierdził nawet, że stanowi to jakąkolwiek barierę w dostępie do zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że tak ukształtowane wymaganie znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Izba podziela stanowisko, że nie ma bezpośredniego związku pomiędzy ilością odpadów, jakie ma zagospodarować wykonawca a liczbą pojemników, jakimi powinien dysponować. Logiczne jest, że taki związek istnieje dopiero pomiędzy liczbą obsługiwanych lokalizacji a liczbą pojemników, a brak jest podstaw do przyjęcia, że zmiana ilości odpadów spowodowana jest zmianą liczby lokalizacji. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, przyczyną zmiany było błędne podanie ilości odpadów wielkogabarytowych w zakresie prawa opcji, która przekraczała przewidywaną ilość

odpadów wielkogabarytowych, które będą przeznaczone do odbioru i zagospodarowania (Zamawiający założył, że na zakres podstawowy będzie składała się ilość 25% przewidywanej ilości odpadów wielkogabarytowych, natomiast 75% tej ilości będzie objęte prawem opcji, tymczasem ilości w Załączniku nr III zostały podane odpowiednio jako 25% i 100% - łącznie 125% potrzeb określonych w oparciu o dane historyczne). Wyjaśnienie to jest – zdaniem Izby – przekonujące.

Niezasadne są również zarzuty odwołania dotyczące zmiany ilości bioodpadów w sektorach II i IV.

Odnosząc się do tych zarzutów przede wszystkim Izba podkreśla, że to do zamawiającego należy określenie, ile i jakich usług chce nabyć, a wykonawca nie ma możliwości domagać się, aby ilość tych usług została ograniczona. Nie jest też tak, że zamawiający ma obowiązek tak dobierać zakres usług, żeby dla wszystkich wykonawców w danej branży było to dogodne. Zamówienie ma zaspokoić uzasadnione potrzeby zamawiającego – w tym przypadku dotyczące wywiązania się z obowiązków na rzecz wspólnoty samorządowej. Zamawiający ma więc wszelkie prawa do określenia swoich potrzeb, z tym zastrzeżeniem, że musi opisać je w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji. W rozpoznawanej sprawie takiego utrudnienia trudno się dopatrzeć, Zamawiający bowiem wykazał, że zmiana, której dokonał ma uzasadnienie w jego uzasadnionych potrzebach. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że w pierwotnym brzmieniu SWZ wystąpił błąd w określeniu ilości bioodpadów, wyraźnie widać, że polegał on na przeniesieniu ilości z sektora I do sektorów II i IV. Ponadto ilość bioodpadów przed zmianą nie koresponduje z danymi historycznymi – dla obu sektorów podano ilość 6.105,91 Mg, podczas gdy ilość bioodpadów zebranych w 2021 r., to odpowiednio 9.239,82 Mg i 8.599,96 Mg, co potwierdza przedstawione przez Zamawiającego zestawienie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego i Przystępujących, nie ma powodów, aby zestawieniu temu odmówić mocy dowodowej, zostały one bowiem sporządzone na podstawie znanych wykonawcom danych pochodzących z miesięcznych kart bilansów odpadów.

Przyjmując nawet, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, że przedstawione przez Zamawiającego zestawienie nie potwierdza dużej tendencji wzrostowej ilości bioodpadów na przestrzeni kilku lat, gdyż wykazany tam wzrost wynika z wprowadzenia w 2020 r. obowiązku wliczania odpadów kuchennych do bioodpadów, wskazać należy, że Zamawiający był uprawniony określić tę ilość na poziomie nieco wyższym niż chociażby w roku poprzedzającym, w celu zabezpieczenia potrzeb, które mogą wystąpić, zwłaszcza że nie jest to różnica takiego rzędu, aby można ją było uznać za pozbawioną rozsądnych podstaw. Co istotne, sam Odwołujący wnioskował do Zamawiającego o określenie ilości bioodpadów na

poziomie istotnie bliższym ilościom po zmianie SWZ niż przed jej zmianą (8.775,87 Mg i 8.169,51 Mg).

Za całkowicie bezzasadną należy uznać prezentowaną przez Odwołującego tezę, jakoby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje usługi konkretnego wykonawcy. W opisie przedmiotu zamówienia nie ma wskazania na żaden szczególny proces, a nie da się obronić stanowiska, że proces zagospodarowania bioodpadów jest charakterystyczny dla konkretnego wykonawcy. Nie wiadomo, co Odwołujący miał na myśli wskazując na faworyzowanie konkretnego wykonawcy przez odzwierciedlenie kluczowych cech dostaw, oferowanych zwykle przez tego wykonawcę.

Bezprawnego ograniczenia konkurencji nie można upatrywać w tym, że Odwołujący będzie musiał uwzględnić w ofercie zwiększone koszty zagospodarowania bioodpadów w sytuacji, gdy sam nie dysponuje instalacją do ich zagospodarowania. Nie jest niczym niezwykłym, że wykonawcy, w zależności od swojej indywidualnej sytuacji i potencjału, mają zróżnicowane możliwości optymalizacji kosztów i niektórym wykonawcom, z powodów ich dotyczących, trudniej jest korzystnie wycenić ofertę. Nie można tego jednak utożsamiać z ograniczeniem konkurencji. Gdyby przyjąć rozumowanie przeciwne, należałoby dojść do nieracjonalnego wniosku, że każde wymaganie określone przez Zamawiającego (w tym wymaganie dotyczące zakresu zamawianych usług) jest niedopuszczalne, gdyż faworyzuje wykonawców, którzy mają większy potencjał własny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.



Sygn. akt: KIO 2680/22, KIO 2681/22, KIO 2682/22, KIO 2684/22

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....