

Sygn. akt: KIO 30/22

## WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: **SIGMA S.A., ul. Barak 6, 21-002 Jastków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01- 161 Warszawa,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SIGMA S.A., ul. Barak 6, 21-002 Jastków**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SIGMA S.A., ul. Barak 6, 21-002 Jastków** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż wraz z projektowaniem wykonawczym urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej do segregacji odpadów surowcowych zbieranych selektywnie wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 250-660135.

Wykonawca SIGMA S.A. z siedzibą w Jastkowie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na określeniu w treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia kryterium oceny ofert „liczba separatorów optycznych” z wagą 30% (pkt 11.2.5 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 20 SWZ), czym naruszył przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą m.in. w zakresie dostawy linii technologicznych do sortowania odpadów. W związku z tym, że Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu posiada interes we wniesieniu odwołania na postanowienia ogłoszenia i SWZ, które w ocenie Odwołującego naruszają uczciwą konkurencję i przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 240 ust. 2 Pzp, poprzez uniemożliwienie weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, z uwagi na fakt, że wprowadzone kryterium „liczba separatorów optycznych” prowadzić może do złożenia ofert o zupełnie innym zakresie dostaw, co znajduje odzworowanie także w kryterium ceny;
- 2) art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że kryterium „liczba separatorów optycznych” jest związane z przedmiotem zamówienia, a nadto stanowi kryterium jakościowe, podczas gdy w rzeczywistości kryterium to dotyczy przedmiotu zamówienia, nie w aspekcie badania uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, ale w aspekcie opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ to m.in. separatory optyczne są przedmiotem dostaw;
- 3) art. 246 ust. 1 Pzp, poprzez zastosowanie kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% albowiem zastosowanie kryterium „liczba separatorów optycznych” o wadze 30% oznacza „wyłączenie” z całego przedmiotu zamówienia jednego elementu, którego liczbę ma określić wykonawca, a wraz ze wzrostem liczby zastosowanych separatorów w sposób naturalny

rośnie też cena całego zamówienia, co czyni łatwiejszym uzyskanie zamówienia dla tych wykonawców, którzy mają dostęp do pozyskania w niższej cenie wyłącznie jednego elementu zamówienia, jakim są separatory;

4) art. 247 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez przyznanie kryterium „liczba separatorów optycznych” wagi 30%, a nadto określenie wzrostu punktacji za każdy dodatkowy separator w postępie geometrycznym;

5) art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez wprowadzenie kryterium „liczba separatorów optycznych” w taki sposób, że narusza ono uczciwą konkurencję i wprowadza nierówne traktowanie wykonawców;

6) art. 92 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wyłączenie możliwości składania ofert wariantowych, podczas gdy w rzeczywistości oferty z różną liczbą separatorów optycznych stanowią oferty wariantowe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu usunięcia kryterium „liczba separatorów optycznych” z kryteriów oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 28 SWZ) Zamawiający wskazał, że wydajność linii zapewni przetwarzanie 10 000 Mg/rok odpadów przy pracy jednozmiarowej i odpowiednio 20 000 Mg/rok przy pracy dwuzmiarowej oraz 30 000 Mg/rok przy pracy trzyzmiarowej, z możliwością docelowego zwiększenia wydajności do 60 000 Mg/rok w wyniku doposażenia instalacji o kolejne przewidziane urządzenia sortujące.

W pkt 20 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: Cena oferty Waga — 60 %, Liczba separatorów optycznych Waga — 30 %, Okres gwarancji Waga - 10 %. W ocenie Odwołującego, o ile kryterium ceny oraz okresu gwarancji nie budzą wątpliwości, to kryterium „liczba separatorów optycznych” zdaje się wzbudzać wątpliwości co do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Sposób punktacji w tym kryterium Zamawiający przedstawił w pkt 20.1.3 SWZ. Zamawiający przyjął słuszne założenie, że do uzyskania planowanej wydajności linii sortowania, podanej w opisie przedmiotu zamówienia, wystarczających będzie 7 separatorów. Potwierdza to dodatkowo stwierdzenie zawarte w opisie kryterium, że oferta zawierająca mniejszą liczbę separatorów optycznych niż 7 zostanie odrzucona (co czyni z tego kryterium oceny element opisu przedmiotu zamówienia).

Zważywszy, że postępowanie dotyczy dostawy urządzeń wchodzących w skład linii do segregacji odpadów surowcowych, to ilość dostarczanych urządzeń powinna stanowić element opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli zaś Zamawiający zdecydował się opisać przedmiot zamówienia za pomocą elementu funkcjonalnego (określona wydajność na zmianę) i dodatkowo postawił warunek minimalnej ilości separatorów optycznych (7), to wprowadzenie dodatkowego kryterium „liczba separatorów optycznych” w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający, narusza przepisy Pzp.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w żaden sposób nie powiązał zwiększenia ilości separatorów optycznych z wydajnością, co eliminuje pierwsiastek kryterium jakościowego z tego kryterium. Gdyby np. wymagał osiągnięcia wydajności 11 000 Mg/rok odpadów przy pracy jednozmianowej przy 8 separatorach, to można by uznać, że kryterium to pozostawałoby w związku z przedmiotem zamówienia.

W brzmieniu określonym w SWZ kryterium to pozostaje wyłącznie zwiększeniem zakresu dostaw, co właściwie powinno odbyć się w ramach prawa opcji, po cenie ustalonej w postępowaniu. W istocie wprowadzone kryterium „liczba separatorów optycznych” służy kupowaniu dodatkowych punktów w postępowaniu przez wykonawców, którzy są w stanie zaoferować w niższej cenie jeden z elementów linii (choć ważny) jakim jest separator. Przy tak ustalonych kryteriach oceny ofert każdy dodany separator, którego koszt pozyskania może różnić się dla poszczególnych wykonawców o ok. 200 tys. zł, będzie przekładał się na możliwość zwiększenia ceny nawet o ok. 5 milionów złotych — w przypadku porównania ofert z 7-ma i 10-ma separatorami.

Ponieważ Zamawiający oczekuje wydajności linii na poziomie 10 000 Mg/rok odpadów przy pracy jednozmianowej, co możliwe jest do osiągnięcia przy zastosowaniu 7 separatorów, nie ma potrzeby sztucznego zawyżania liczby tych separatorów tylko dla umożliwienia uzyskania przewagi przez jednego wykonawcę względem innych. Dodatkowo wątpliwości wzbudza sposób przyznawania punktów za dodatkowe separatory. Nie jest jasne z jakich powodów każdy kolejny separator pomiędzy 7 a 10 jest punktowany w przyroście geometrycznym a powyżej 10 - dodatkowych punktów nie ma. Uznając, że liczba 10 separatorów stanowi optimum Zamawiający mógł wskazać, że wykonawca powinien zastosować w linii 10 separatorów. Sposób ustalenia kryterium i przyznawania punktów wprowadzony przez Zamawiającego promuje jednak wykonawców, którzy zdecydują się na większy wydatek w postaci dodatkowych separatorów optycznych tylko po to, aby finalnie uzyskać przewagę nad konkurencją pomimo wyższej ceny. Ponieważ zaś separatory optyczne z pewnością nie są dostępne dla wszystkich wykonawców w jednakowej cenie, to decydującym o wyniku całego postępowania może stać się różnica na cenie poszczególnych separatorów. Choć nie interesuje ona Zamawiającego to zdaniem Odwołującego prowadzi do obejścia przepisów Pzp o maksymalnej wadze kryterium ceny 60%. W istocie będą to bowiem dwa kryteria ceny przedmiotu zamówienia: jedno ogólne — cena całości o wadze 60%, a drugie szczególne — cena części przedmiotu zamówienia, tj. separatorów optycznych o wadze 30% stanowiąca niejako odwróconą cenę. I nie stanowi tu kontrargumentu, że przecież wszystkie poza cenowe kryteria oceny ofert wiążą się z kosztami dla wykonawcy, jako chociażby dłuższy okres gwarancji to także większy koszt, który znajduje odzwierciedlenie w ogólnej cenie. Należy jednak zauważyć, że w przypadku kryterium „liczba separatorów optycznych” odnosi się ono wprost do określenia zakresu

zamówienia (jego przedmiotu), pozwalając wykonawcy określić samodzielnie wariant, w którym wykona zamówienie. Co więcej, wariant ten pozbawiony jest znaczenia dla spełnienia głównego elementu opisu przedmiotu zamówienia, tj. wydajności całej linii sortowania odpadów.

Pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie Kontraktu nr 6 pn.: „Dostawa i montaż wraz z projektowaniem wykonawczym urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej do segregacji odpadów surowcowych suchych na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie”, spełniającej wymagania Najlepszej Dostępnej Techniki (BAT) oraz przepisów prawa w tym zakresie. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności zaprojektowanie, dostawę i montaż kompletnej linii technologicznej do odzysku odpadów w procesie segregacji odpadów selektywnie zebranych z wykorzystaniem separatorów oraz prasowaniem i belowaniem odzyskiwanych surowców wtórnych. Wydajność linii zrealizowanej w Etapie 1 inwestycji zapewni przetwarzanie 30 000 Mg/rok odpadów zbieranych selektywnie przy pracy trzymianowej z możliwością docelowego zwiększenia wydajności do 60 000 Mg/rok w wyniku doposażenia instalacji o kolejne przewidziane urządzenia sortujące w przyszłości – będzie to przedmiotem Etapu 2 inwestycji.

Zamawiający przytoczył treść postanowień OPZ, w tym pkt 3.1., pkt 4.3.2., pkt 4.3.2.1., pkt 4.4.1.5., pkt 4.4.1.1.2 i wskazał, że zadaniem wykonawcy, który pozyska zamówienie, będzie przygotowanie oryginalnego projektu technologicznego, w którym to wykonawca ten zaplanuje szczegółową budowę linii technologicznej, decydując o umiejscowieniu i ilości poszczególnych wskazanych w OPZ urządzeń, z tym zastrzeżeniem, że w odniesieniu do separatorów optycznych, ich planowana w projekcie technologicznym liczba nie może być mniejsza niż 7. Co istotne, Zamawiający przeprowadził przed wszczęciem Postępowania wstępne konsultacje rynkowe, w czasie których okazało się, że biorące w nich udział podmioty, przedstawiały odmienne wstępne rozwiązania projektowe w zakresie linii technologicznej, zakładając różne umiejscowienie i ilość poszczególnych urządzeń wchodzących w jej skład. Powyższe utwierdziło Zamawiającego w decyzji o pozostawieniu w zakresie projektowania, rozplanowania położenia i ilości sprzętu i urządzeń dużej dozy swobody wykonawcom, przy uwzględnieniu jednak zakładanej i określonej decyzją środowiskową wydajności instalacji na poziomie 30.000 Mg/rok przy pracy

trzymianowej, oczekiwanych poziomów odzysku surowców i jakości uzyskanego materiału wyjściowego.

Wymagania wobec separatorów optycznych Zamawiający sformułował w pkt 4.3.2.1. ppkt 5, doszczegóławiając je w opisowy sposób w pkt 4.5.6. OPZ, w którym wskazano m.in., że: „- Separator musi być urządzeniem kompletnym, wkomponowanym w linię sortowania. - Cel: Zadaniem separatora jest automatyczne wydzielenie ze strumienia odpadów, danej frakcji, określonego rodzaju materiału”.

W celu wyjaśnienia tego, jak planowana do zaprojektowania instalacja ma działać, należy odnieść się do pkt 4.3.3. OPZ, w którym została opisana: „Charakterystyka pracy poszczególnych segmentów technologicznych instalacji sortowania dla trybu podstawowego”.

Bardzo istotny jest również fakt, że w OPZ Zamawiający określił tzw. parametry gwarantowane, których spełnienie zobowiązany jest wykazać wykonawca w toku procedury odbiorowej. Parametry Gwarantowane dla realizacji Etapu 1 inwestycji Zamawiający ukształtował następująco:

„5.10.2.1 Parametry Gwarantowane dla realizacji Etapu 1 inwestycji

*Przepustowość całkowita roczna: nie mniejsza niż 30 000 Mg/rok selektywnie zebranych odpadów zbieranych w systemie „żółty pojemnik/worek” i zbieranych w systemie „niebieski pojemnik/worek”, przy pracy trzymianowej (liczona proporcjonalnie do okresu prowadzenia prób i ciężaru nasypowego).*

*1. Dla sortowania odpadów zbieranych w systemie „żółty pojemnik/worek” dla wariantu podstawowego instalacji (...)*

*d) Odzysk frakcji materiałowych na poziomie:*

- $\geq 80\%$  metali żelaznych z frakcji 0-50/60 i 50/60-340 mm,*
  - $\geq 80\%$  metali nieżelaznych z frakcji 0-50/60 i 50/60-340 mm,*
  - $\geq 80\%$  frakcji tworzyw sztucznych (m.in. PE, PET, PP, PS), kartoników po produktach płynnych np. Tetra Pak przeznaczonych do produkcji paliwa alternatywnego z frakcji 50/60- 340 mm,*
  - $\geq 80\%$  papieru z frakcji 50/60-340 mm, -  $\geq 80\%$  PET z frakcji 50/60-340 mm, przy przepustowości instalacji  $\geq 6,2$  Mg/h oraz udziale poszczególnych frakcji i składzie podanym w niniejszym OPZ,*
- (...)*

*f) Zapewnienie wydzielenia w procesie automatycznej segregacji:*

- min. 9 jednorodnych frakcji materiałowych tworzyw sztucznych,*

- min. 2 jednorodnych frakcji materiałowych metali, to jest metali żelaznych i nieżelaznych, - min. 2 jednorodnych frakcji papieru, tj. karton, papier mix, - kartoników wielomateriałowych.

2. Dla sortowania odpadów papieru zbieranych w systemie „niebieski pojemnik/worek” dla wariantu podstawowego instalacji

e) Odzysk frakcji materiałowych na poziomie: -  $\geq 85\%$  papieru z frakcji 50/60-340 mm, przy przepustowości instalacji  $\geq 8,5$  Mg/h oraz udziale poszczególnych frakcji i składzie podanym w niniejszym OPZ, (...)

g) Zapewnienie wydzielenia w procesie automatycznej segregacji:

- min. 2 jednorodnych frakcji papieru, tj. karton i papier mix.
- odpadów balastowych o stopniu czystości zależnym od charakterystyki strumienia wejściowego, z możliwością wydzielenia frakcji surowcowych.

Zamawiający wskazał w SWZ, że: „20.1.3. Punkty w kryterium „Liczba separatorów optycznych” będą przyznawane wg następujących zasad określonych w poniższej tabeli (1 pkt = 1%):

Liczba separatorów optycznych (sztuki)	Ilość przyznawanych punktów
7	0 pkt
8	5 pkt
9	15 pkt
$\geq 10$	30 pkt

Uwaga: wykazane wartości powinny być podane w sztukach separatorów optycznych, które zostaną zainstalowane na linii technologicznej zaprojektowanej dla instalacji o wydajności wynoszącej 30 000 Mg/rok. Zamawiający nie dopuszcza zakwalifikowania separatorów optycznych pracujących w trybie dwutorowym lub trzytorowym, jako oddzielnych urządzeń funkcjonujących niezależnie i liczonych jako 2 lub 3 separatory.

Opis:

Wykonawca wskazuje deklarowaną liczbę sztuk separatorów optycznych w Formularzu Cenowym. Minimalna, dopuszczalna liczba separatorów optycznych wynosi 7 sztuk, jeżeli Wykonawca zaoferuje taką liczbę (minimalną dopuszczalną liczbę separatorów optycznych), to otrzyma 0 pkt. Jeżeli Wykonawca zaoferuje 8 sztuk separatorów optycznych, to otrzyma 5 pkt, a za 9 sztuk separatorów optycznych otrzyma 15 pkt. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże do zainstalowania 10 sztuk lub więcej separatorów optycznych, to otrzyma 30 pkt. Separator optyczny dwu lub trzytorowy kwalifikuje się jako jedna sztuka separatora optycznego.

*Oferta zawierająca liczbę sztuk separatorów optycznych mniejszą niż 7 zostanie odrzucona. W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę w ofercie liczby sztuk separatorów optycznych, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca oferuje minimalną liczbę, tj. 7.”*

Zamawiający wyjaśnił, że za realizację zamówienia przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jednak składać się na nie będą wyceny poszczególnych elementów linii technologicznej, które podlegać będą szczegółowej wycenie w ramach Formularza cenowego.

*Zamawiający przedstawił charakterystykę separatorów optycznych jako urządzeń zapewniających automatyzację procesu sortowania odpadów zbieranych selektywnie. Wyjaśnił, że sortowanie odpadów zbieranych selektywnie może odbywać się na zróżnicowanym poziomie automatyzacji procesu. W miejsce stosowanej dawniej techniki sortowania ręcznego opartego na manualnej segregacji w nowoczesnych, nowo budowanych sortowaniach poziom automatyzacji sukcesywnie wzrasta. Dotyczy to każdego rodzaju odpadów komunalnych zbieranych selektywnie. Przyczyny tego trendu są następujące:*

- wzrastające wymagane poziomy recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia wymagane od gmin, przenoszone przez nie na instalacje sortowania odpadów;
- rosnące wymagania jakościowe stawiane przez odbiorców wysegregowanych surowców wtórnych przekładające się na wysokość przychodów z ich sprzedaży, a w wielu wypadkach na możliwość uzyskania jakichkolwiek przychodów w miejsce ponoszenia kosztów zagospodarowania niehandlowych frakcji;
- rosnąca ilość rodzajów materiałów wprowadzanych na rynek oraz ich zmienność niemożliwa do rozpoznania i wysortowania ręcznego bez analizy składu materiałowego przy wykorzystaniu rozwiązań opartych o specjalistyczne oprogramowanie i sztuczną inteligencję;
- rosnące koszty pracy związane z rosnącymi obciążeniami oraz rosnącymi wymaganiami pracowników. Jest to trend utrzymujący się w ostatnich latach na rynku pracy zwłaszcza w dużych ośrodkach miejskich oraz ich okolicach;
- trudności z pozyskaniem pracowników o określonych, wymaganych kwalifikacjach zwłaszcza w dużych ośrodkach miejskich oraz ich okolicach.

Automatyzacja procesu sortowania poza wzrostem efektywności w zakresie czystości i ilości wydzielanych surowców wtórnych, zapewnia także większe możliwości regulacji przebiegu procesu sortowania i dostosowania się do aktualnego zapotrzebowania rynku na konkretne rodzaje surowców wtórnych.

Obecnie jedynym rozwiązaniem technicznym automatyzującym proces sortowania stosowanym na skalę przemysłową są separatory optyczne.



Separatory optyczne są istotnymi urządzeniami w procesie sortowania odpadów, w szczególności tworzyw sztucznych. Zajmują się one bowiem oddzielaniem odpadów wykonanych z konkretnego materiału, koloru lub należących do konkretnej frakcji od pozostałych. Dzięki temu można wydzielić ze strumienia odpadów tylko te elementy, które są wykonane z surowców wtórnych pożądaných w procesie sortowania i przekazać je do dalszego przetwarzania w procesach recyklingu.

Stworzenie wydajnej linii sortowniczej wymaga zastosowania kilku lub nawet kilkunastu separatorów optycznych. Pracują one w pełni automatycznie, jednak każdy może wykonywać nieco inne działania. Urządzenia te pozwalają oddzielać odpady/surowce na podstawie:

- rodzaju materiału, z którego są wykonane,
- cech materiałowych,
- koloru,
- kształtu,
- rozmiaru,
- właściwości (także np. metalu lub szkła).

Najważniejszą częścią separatorów optycznych są specjalne czujniki - detektory, które skanują odpady wędrujące przenośnikiem taśmowym. Rejestrują ich kształt, kolor, strukturę, gęstość i kilka innych parametrów pozwalających rozpoznać, z jakim materiałem mamy do czynienia. Rozpoznane automatycznie elementy są oddzielane od pozostałych za pomocą pneumatycznych dysz. Cały proces odbywa się automatycznie. Co istotne, separatory ustawione w systemie kaskadowym (postawione jeden za drugim) zapewniają wydzielenie wielu jednorodnych strumieni kierowanych następnie do segregacji i/lub doczyszczania manualnego.

Ponieważ praca separatorów optycznych cechuje się określoną skutecznością (określaną poziomem odzysku frakcji materiałowej), w celu uzyskania wyższej czystości produktu wejściowego (względnie większej ilości frakcji) i ograniczenia lub wręcz rezygnacji z pracy ludzkiej, w praktyce często stosowane są rozwiązania z separacją dwustopniową/sortowaniem dwustopniowym. W takiej konfiguracji drugi/każdy kolejny separator pełni funkcję inspekcyjno – doczyszczającą, zapewniając wyższą jakość produktu bez spadku wydajności (separatory optyczne pełniące w całym układzie linii technologicznej funkcję doczyszczającą z reguły zaprogramowane są na separację/doczyszczanie jednej frakcji materiałowej np. folii LDPE, PE, PET danego koloru).

Zastosowanie minimalnej wskazanej w OPZ liczby 7-iu separatorów optycznych spowoduje osiągnięcie wymaganego minimalnego poziomu odzysku pożądaných do uzyskania frakcji materiałowych (tj. m. in.  $\geq 80\%$  frakcji tworzyw sztucznych (m.in. PE, PET, PP, PS), kartoników po produktach płynnych np. Tetra Pak oraz minimalizacji frakcji

przeznaczonych do produkcji paliwa alternatywnego z frakcji 50/60- 340 mm). Zamontowanie w ciągu technologicznym instalacji do sortowania dodatkowych separatorów optycznych szeregowo pozwala z kolei osiągnąć wyższą jakość produktu wyjściowego (względnie pozwala na wydzielenie większej ilości frakcji) przy jednoczesnym zmniejszeniu konieczności doczyszczania wyrobu przez czynnik ludzki ze względu na automatyzację procesu.

Tym samym, jakkolwiek większa ilość zainstalowanych separatorów optycznych pomimo, że skutkuje wzrostem kosztów inwestycyjnych, przynosi wzrost jakości wysortowanego materiału i korzyści w postaci:

- zwiększenia czystości, a co za tym idzie jakości uzyskiwanych surowców wtórnych, które Zamawiający może sprzedać osiągając zysk, co może przekładać się na brak konieczności podnoszenia opłat dla mieszkańców,
- możliwości zwiększenia ilości wyseparowanych frakcji materiałowych,
- zwiększenia elastyczności instalacji,
- umożliwienia dopasowania instalacji do zmieniającego się strumienia przetwarzanego odpadu, - większego zautomatyzowania procesu sortowania i zmniejszenia zaangażowania lub nawet eliminację czynnika ludzkiego,
- ograniczenia ciągle rosnących kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Uwzględniając obecne trendy demograficzne, gospodarcze i rynkowe zwiększanie poziomu automatyzacji procesu sortowania poprzez zastosowanie większej ilości separatorów optycznych ma racjonalne uzasadnienie, przekładając się na efektywność ekonomiczną przedsięwzięcia, jakim jest instalacja sortowania odpadów. Wysoka automatyzacja procesu sortowania zwiększa znacznie elastyczność pracy sortowni, zapewniając wyższą efektywność przy optymalizacji kosztów eksploatacyjnych.

Zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 i art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp.  
Zarzut naruszenia art. 246 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał, że jest jednoosobową spółką prawa handlowego należącą do Miasta Stołecznego Warszawy, której głównym przedmiotem działalności jest odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców stolicy oraz zagospodarowanie ich w ramach realizacji powierzonego zadania własnego gminy. Tym samym Zamawiający podlega kwalifikacji jako podmiot prawa publicznego na podstawie art. 4 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp: „*Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%*”. Stosowanie kryterium ceny lub kosztu ze znaczeniem przekraczającym 60% (w tym ze znaczeniem 100%) jest dozwolone bez żadnych ograniczeń dla zamawiających spoza sektora finansów publicznych oraz nieobjętych art. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

Z powyższych względów postawiony zarzut powinien podlegać oddaleniu, ponieważ nakaz wynikający z art. 246 ust. 1 Pzp nie jest skierowany do zamawiających posiadających status podmiotów prawa publicznego. Skoro więc Zamawiający ma swobodę w określeniu znaczenia kryterium cenowego, a przepis art. 246 ust. 1 Pzp w ogóle nie znajduje zastosowania do Zamawiającego, stawianie zarzutu Zamawiającemu naruszenia tego przepisu jest bezprzedmiotowe.

Niezależnie od przedstawionej wyżej argumentacji, postawiony zarzut jest również nieuzasadniony merytorycznie, bowiem w ramach jakościowego kryterium oceny ofert premiowane jest rozwiązanie techniczne, którego efektem będzie m.in. uzyskanie większego stopnia doczyszczania odpadów. Oczywistym jest, że takie rozwiązania mogą wymagać od wykonawcy większego zaangażowania cenowego, co jest rekompensowane możliwością uzyskania punktów w ramach jakościowego kryterium oceny ofert. Nie jest również w żadnej mierze prawdą, że Zamawiający „wyłączył z przedmiotu zamówienia” jeden element/urządzenie, którego liczbę ma określić wykonawca. Zamawiający podkreślił, że cały oferowany układ technologiczny ma składać się z co najmniej kilkunastu/kilkudziesięciu różnych specjalistycznych urządzeń, o ilości i układzie których będzie decydował wykonawca, gdyż zgodnie z pkt 4.3.2.1. OPZ: *„Ilość urządzeń jest dowolna i zależna od zastosowanych rozwiązań technologicznych.”*. Jedynie w zakresie separatorów optycznych, zamawiający określił sztywną liczbę minimalną – 7 sztuk, zwiększenie której premiuje w jakościowym kryterium oceny ofert.

Zarzut naruszenia art. 247 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 247 ust. 1 i 2 Pzp, Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny określił w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia wagę, jaką przypisał każdemu ze stosowanych w postępowaniu kryteriów. Zastosowane kryteria mają charakter różnicujący i pozwalają dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym brak jest podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 247 ust. 1 i 2 opisanego w odwołaniu.

W każdym przypadku sposób oceny w ramach kryterium należy dostosować do okoliczności i powinien on być pochodną tego, na czym polega w danym przypadku jakość i jak można ją zmierzyć. Ustawa Pzp nie zakazuje przy tym przyznawania punktów w ramach kryterium w postępie geometrycznym. W okolicznościach sprawy miarą jakości jest czystość uzyskiwanego materiału, stąd wzrost ilości punktów możliwych do uzyskania w ramach kryteriów geometrycznie do ilości oferowanych dodatkowo separatorów optycznych jest uzasadniony i racjonalny. Pozwala on również na różnicowanie ofert i promowanie wykonawców, którzy oferują rozwiązanie lepiej spełniające cele udzielenia zamówienia określone przez Zamawiającego w OPZ. Postęp geometryczny w punktacji za każdy

dodatkowy separator optyczny (5 pkt, 15 pkt, 30 pkt) jest uzasadniony i wiąże się z wykładniczym wzrostem możliwego zysku ze sprzedaży większej ilości surowca wyjściowego osiąganego z uwagi na wyższy stopień jego doczyszczania i elastyczności instalacji (każdy dodatkowy separator optyczny przekłada się na taki wzrost jakości).

Zamawiający wyjaśnił, że kryterium dodatkowych separatorów optycznych zostało przeanalizowane przez zespół techniczny po stronie Zamawiającego, a wagi zostały dobrane optymalnie, przy uwzględnieniu uwarunkowań rynkowych, zaś Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, choćby uprawdopodobniającej niezgodność z prawem zastosowanego sposobu przyznawania punktów w ramach jakościowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do dodatkowych separatorów. Optymalny wzrost jakości przy planowanej w Etapie 1 wydajności, zdaniem Zamawiającego, pozwoli osiągnąć wykorzystanie w instalacji 10-iu separatorów, stąd maksymalna premiovana liczba dodatkowych separatorów została określona na 3. Powyższe nie wyłącza możliwości zastosowania większej ilości separatorów optycznych, jednak takie rozwiązanie nie spowoduje przyznania większej ilości punktów w ramach omawianego kryterium oceny ofert.

Zamawiający zauważa, że każdy wykonawca będzie musiał zaprojektować, a następnie dostarczyć i zamontować co najmniej 7 separatorów optycznych. Tym samym, co najmniej taka ilość ww. urządzeń musi zostać nabyta przez każdego wykonawcę. Biorąc pod uwagę wysokie wymagania techniczne postawione przez Zamawiającego w OPZ w odniesieniu do parametrów separatorów optycznych, koszt tych urządzeń będzie na pewno stanowił istotną część składową ceny, jednak wcale niekoniecznie najwyższą. Zamawiający wskazał, że maszyn i urządzeń, które mają być zamontowane na linii technologicznej jest co najmniej kilkanaście rodzajów, przy czym niektóre z nich będą dostarczane w większych niż pojedyncza sztuka ilościach. Z uwagi na fakt, że to wykonawca będzie dobierał nie tylko określony typ danych urządzeń spełniających wymagania minimalne SWZ, ale i liczbę tych urządzeń, nie sposób uznać za choćby uprawdopodobnioną tezę, że różnica w cenie 3-ech dodatkowych separatorów, będzie czynnikiem przesądzającym o zwycięstwie danego wykonawcy nad innymi.

Z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że w przypadku zamawiania większej ilości sztuk towaru, można pozyskać niższą cenę. Jednocześnie za całkowicie nieuzasadnione Zamawiający uważa twierdzenia Odwołującego jakoby z faktu, że być może niektóre mniejsze podmioty – w domyśle Odwołujący – mogą liczyć na wyższe ogólne ceny zakupu sprzętu specjalistycznego objętego przedmiotem zamówienia niż podmioty większe, wynika dyskryminujący charakter zastosowanego kryterium. Zamawiający nie ma żadnego wpływu na wielkość, potencjał i kontakty handlowe wykonawców, którzy złożą oferty w postępowaniu. Zamawiający nie może tworzyć warunków, kryteriów, czy opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie promował małych wykonawców, a piętnował

większych, którzy być może mogą liczyć na lepsze warunki handlowe od dostawców lub na odwrót. Zamawiający wskazał, że traktuje równo wszystkich wykonawców i każdy ma jednakowe szanse ubiegania się o zamówienia, niezależnie od tego jaką pozycję i możliwości negocjacyjne ma na rynku.

Zamawiający zauważył także, że argumentacja Odwołującego, wedle której podmioty, które zakupią spełniające wymagania Zamawiającego separatory optyczne taniej, mają większe szanse na pozyskanie zamówienia jest ogólnie prawdziwa niezależnie od tego, czy Zamawiający zastosowałby jakościowe kryterium oceny ofert odnoszące się do możliwości zaoferowania dodatkowych separatorów, czy też nie. Gdyby bowiem, wymaganiem minimalnym był obowiązek dostawy 10 separatorów, także niższą cenę mógłby zaoferować wykonawca, który kupi je wszystkie na lepszych warunkach. Co istotne, nie jest prawdą zawarte w odwołaniu twierdzenie, że Zamawiającego „*nie interesuje cena zakupu separatorów optycznych, gdyż wykonawcy podać mają tylko liczbę separatorów, a nie za jaką cenę je nabyli*”. Zamawiający zwraca uwagę na konstrukcję Formularza cenowego, w którym każdy wykonawca ma w poz. 3-15 podać ilość/liczbę wymaganych urządzeń do zabudowy linii technologicznej wraz z podaniem ich cen jednostkowych netto, łącznych cen netto, stawki podatku VAT i łącznej ceny brutto. W Preambule Formularza Cenowego wskazano z kolei, że podstawą określenia ceny ofert – całkowitej ceny ryczałtowej za Przedmiot Zamówienia jest Formularz cenowy, gdzie całkowita cena ryczałtowa rozbita jest na ceny ryczałtowe za poszczególne pozycje formularza. W ten sposób cena oferowana za przedmiot zamówienia jest sumą częściowych cen ryczałtowych za pozycje określone w Formularzu Cenowym. Powyższe pokazuje, że argumentacja Odwołującego w przedmiotowym zakresie jest nietrafiona i błędna.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wyłączenie możliwości składania ofert wariantowych podczas gdy w rzeczywistości oferty z różną liczbą separatorów optycznych stanowią oferty wariantowe.

Zamawiający wskazał, że przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w doktrynie: „*w przypadku, gdy zamawiający dopuścił lub postawił wymóg składania ofert wariantowych, wykonawca może przykładowo zaproponować stosowanie innych materiałów, niż przewidywał zamawiający, albo rozwiązań technicznych, których zamawiający nie przewidział, opisując sposób wykonania zamówienia*”. Możliwość złożenia oferty wariantowej zależy od decyzji zamawiającego, której nie musi on uzasadniać.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewiduje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przy zaoferowaniu różnej liczby poszczególnych wymaganych OPZ rodzajów urządzeń (za ilość i dobór urządzeń/sprzętu do budowy linii technologicznej sortowni odpowiada wykonawca, byleby pozwoliły one na spełnienie co najmniej parametrów gwarantowanych, w tym osiągnięcie wymaganej wydajności instalacji), z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający wymaga zastosowania co najmniej 7 separatorów optycznych, premiując w ramach kryterium jakościowego dodatkowe separatory optyczne, jednak w ściśle określonym zakresie (od 1-ego do 3-ech dodatkowych separatorów). O wariantowości nie może być więc mowy, gdyż po pierwsze *de facto* Zamawiający nie określił jednego wiążącego wszystkich wykonawców schematu realizacji instalacji technologicznej, dla którego alternatywę miałyby stanowić oferta wariantowa w rozumieniu ustawy Pzp. Co bowiem istotne, każdy wykonawca może samodzielnie dobrać sprzęt i jego ilości, z uwzględnieniem zastrzeżenia odnoszącego się do minimalnej liczby koniecznych do zastosowania separatorów optycznych i możliwości rozszerzenia minimalnej wymaganej obligatoryjnie ilości separatorów o dodatkowe maksymalnie 3 – sztuki. Po drugie, wbrew twierdzeniom Odwołującego – wykonawcy nie mają w żadnym razie pola do oferowania wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą rozwiązań, których Zamawiający w ogóle nie przewidział. Wykonawcy są bowiem zobowiązani co najmniej do zastosowania sprzętu wskazanego w OPZ (w Formularzu cenowym wskazano, że: *„Zamawiający nie dopuszcza braku wyceny przez Wykonawcę którejkolwiek z pozycji tabeli Formularza Cenowego (z pozycji 1-24). W przypadku braku wskazania przez Wykonawcę ceny dla którejkolwiek z pozycji tabeli Formularza Cenowego (z pozycji 124) lub wskazania wartości „0” dla którejkolwiek z pozycji tabeli Formularza Cenowego (z pozycji 1-24) lub wskazania, że dana pozycja jest ujęta w którejś z pozostałych pozycji Formularza Cenowego, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, jako niezgodną z SWZ”*). Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp jest bezzasadny.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia, zamówienie obejmuje zaprojektowanie, dostawę i montaż linii technologicznej do segregacji odpadów surowcowych zbieranych selektywnie, która będzie pozwalała na wyodrębnienie handlowych surowców wtórnych, w tym m.in. makulatury, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych, opakowań z metali żelaznych i nieżelaznych przeznaczonych do recyklingu oraz wyodrębnienie frakcji balastowej, przeznaczonej do termicznego przekształcania w ITPOK jako frakcji nienadającej się do recyklingu, przygotowanie wyodrębnionych frakcji do ostatecznego ich zagospodarowania tj.: prasowanie frakcji surowców wtórnych przeznaczonych do recyklingu (układ prasowania wewnątrz hali sortowni), skierowanie frakcji drobnej i pozostałej balastowej w obszar odbioru balastu i dalej systemem przenośników bezpośrednio do obszaru przyjęcia w bunkrze ITPOK, z zapewnieniem możliwości awaryjnego załadunku balastu w hali sortowni i wyodrębnienie frakcji powyżej 340 mm do kabiny manualnego sortowania/odzysku.

Zamawiający wymaga, aby instalacja zapewniała możliwość przyjmowania i sortowania różnych strumieni odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, odpadów opakowaniowych, przy zapewnieniu prowadzenia dalece efektywnego procesu, umożliwiającego osiągnięcie maksymalnych, możliwych do uzyskania poziomów odzysku frakcji materiałowych.

Zamawiający w OPZ opisał szczegółowe wymagania wobec procesu technologicznego sortowania odpadów określając minimalne wymagania dla poszczególnych segmentów linii technologicznej. Zamawiający określił także w OPZ wykaz urządzeń kluczowych dla instalacji wraz z wykazem minimalnych parametrów technicznych, z tym zastrzeżeniem, że o ilości urządzeń zdecyduje wykonawca w zależności od zastosowanych rozwiązań technologicznych z wyjątkiem separatorów optycznych, których minimalną liczbę określił Zamawiający jako – 7 sztuk. Dobór wszystkich urządzeń Linii Technologicznej Sortowni odpadów dla wariantu podstawowego i po rozbudowie powinien być dokonany przez wykonawcę w Projekcie Technologicznym. Zamawiający przytoczył stosowne postanowienia SWZ w odpowiedzi na odwołanie, których treści Odwołujący nie kwestionował.

Zamawiający wyjaśnił, że opis przedmiotu zamówienia uwzględnia wyniki konsultacji rynkowych, które potwierdziły zasadność pozostawienia wykonawcom swobody w zakresie projektowania, rozplanowania położenia i ilości sprzętu i urządzeń, przy uwzględnieniu

zakładanej wydajności instalacji na poziomie 30.000 Mg/rok przy pracy trzymianowej, oczekiwanych poziomów odzysku surowców i jakości uzyskanego materiału wyjściowego. Zamawiający określił w OPZ tzw. parametry gwarantowane, wymagane przy odbiorze Etapu 1 inwestycji, w tym przepustowość całkowitą roczną, poziom odzysku poszczególnych frakcji materiałowych, minimalną ilość frakcji, której wydzielenie w procesie automatycznej segregacji zostanie zapewniona przez wykonawcę.

Określając minimalną ilość separatorów optycznych Zamawiający postawił wymagania, aby separator był urządzeniem kompletnym, wkomponowanym w linię sortowania oraz aby służył on automatycznemu wydzieleniu ze strumienia odpadów, danej frakcji, określonego rodzaju materiału.

W pkt 20 SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

Cena oferty z wagą — 60 %

Liczba separatorów optycznych z wagą — 30 %

Okres gwarancji z wagą - 10 %

W ramach kryterium „liczba separatorów optycznych” Zamawiający postanowił, że wykonawca wskaże deklarowaną liczbę sztuk separatorów optycznych w Formularzu Cenowym. Jeżeli wykonawca zaoferuje liczbę 7 szt. (minimalną dopuszczalną liczbę separatorów optycznych), to otrzyma 0 pkt, jeżeli zaoferuje 8 szt. separatorów optycznych, to otrzyma 5 pkt, a za 9 szt. separatorów optycznych otrzyma 15 pkt. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże do zainstalowania 10 sztuk lub więcej separatorów optycznych, to otrzyma 30 pkt.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, nie potwierdziły się w niniejszej sprawie zarzuty:

- naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp, poprzez uniemożliwienie weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, z uwagi na fakt, że wprowadzone kryterium „liczba separatorów optycznych” prowadzić może do złożenia ofert o zupełnie innym zakresie dostaw, co znajdzie odzworowanie także w kryterium ceny;
- naruszenia art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że kryterium „liczba separatorów optycznych” jest związane z przedmiotem zamówienia a nadto stanowi kryterium jakościowe, podczas gdy w rzeczywistości kryterium to dotyczy przedmiotu zamówienia, ale nie w aspekcie badania uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, ale w aspekcie opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ to m.in. separatory optyczne są przedmiotem dostaw w niniejszym postępowaniu



Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Stosownie do art. 241 ust. 1 Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. W ustępie 2 wskazuje się, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp, najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu.

Kryterium określone przez Zamawiającego jako „liczba separatorów optycznych” z wagą 30% jest kryterium poza cenowym odnoszącym się do jakości przedmiotu zamówienia.

Jak wyjaśnił Zamawiający, uzasadnieniem do sposobu określenia powyższego kryterium jest wymóg:

- automatyzacji linii technologicznej,
- co raz wyższych wymagań jakościowych stawianych dla surowców wtórnych,
- rosnącej ilości rodzajów materiałów wprowadzanych na rynek oraz ich zmienności niemożliwej do rozpoznania i wysortowania ręcznego,
- rosnących kosztów pracy związanych z rosnącymi obciążeniami oraz rosnącymi wymaganiami pracowników.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że automatyzacja procesu sortowania odpadów, poza wzrostem efektywności w zakresie czystości i ilości wydzielanych surowców wtórnych, zapewnia większe możliwości dostosowania procesu sortowania do aktualnego zapotrzebowania rynku na konkretne rodzaje surowców wtórnych. Separatory optyczne pozwalają oddzielać odpady na podstawie: rodzaju materiału, cech materiałowych, koloru, kształtu, rozmiaru, właściwości (także np. metalu lub szkła). Automatyzacja prowadzi m.in. do zastąpienia dawnej techniki sortowania ręcznego opartego na manualnej segregacji w zakresie wszystkich rodzajów odpadów komunalnych zbieranych selektywnie i tym samym zwiększenia ochrony zdrowia pracowników narażonych na niekorzystne warunki pracy, w tym minimalizacji zagrożenia mikrobiologicznego dla pracowników. Jak wyjaśnił Zamawiający, sortowanie manualne nie jest tak dokładne jak sortowanie za pomocą

separatorów optycznych, które są wyposażone w bardzo czułe urządzenia, które posiadają znacznie wyższe od człowieka zdolności do rozróżniania np. konkretnych materiałów i frakcji.

Z punktu widzenia uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, za bardzo istotne należy także uznać rosnące wymagania odnośnie poziomów recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia odpadów, rosnące wymagania jakościowe odbiorców wysegregowanych surowców wtórnych, przekładające się na możliwe przychody z ich sprzedaży, wzrost ilości i zmienność rodzajów odpadów niemożliwa do rozpoznania i wysortowania ręcznego bez analizy składu materiałowego przez specjalistyczne oprogramowanie i sztuczną inteligencję oraz wzrost kosztów pracy. Wzrost efektywności w zakresie czystości i ilości wydzielanych surowców wtórnych zapewnia większe możliwości dostosowania się do aktualnego zapotrzebowania rynku na konkretne rodzaje surowców wtórnych.

Wzrost czystości, a tym samym jakości wydzielonych frakcji surowcowych, przekłada się także na ograniczenie ilości odpadów kierowanych np. jako paliwo alternatywne do spalania - odpady wiążą się z koniecznością poniesienia wysokiego kosztu ich utylizacji w spalarni.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że uwzględniając obecne trendy demograficzne, gospodarcze i rynkowe, zwiększanie poziomu automatyzacji procesu sortowania, poprzez zastosowanie większej ilości separatorów optycznych, ma racjonalne uzasadnienie, przekładając się na efektywność ekonomiczną przedsięwzięcia – instalacji sortowania odpadów.

Izba zważyła także, że Odwołujący sam przyznał na rozprawie, zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, że aktualnie jedynym rozwiązaniem technicznym automatyzującym proces sortowania odpadów, stosowanym na skalę przemysłową są separatory optyczne. Odwołujący wskazywał jedynie dodatkowo, że alternatywnym rozwiązaniem pozwalającym na osiągnięcie wyższego stopnia doczyszczania odpadów jest zatrudnienie większej ilości pracowników przy sortowaniu odpadów. Takie rozwiązanie nie wychodzi jednak naprzeciw aktualnym potrzebom Zamawiającego, który decydując się na automatyzację procesu reaguje na stale rosnące wymagania tego rynku. Chociaż większa ilość zainstalowanych separatorów optycznych może skutkować wzrostem kosztów inwestycyjnych, to przyniesie także wzrost jakości wysortowanego materiału i korzyści z tym związane. Przedmiotowe kryterium umożliwia dostarczenie instalacji, która odpowiadać będzie, w najwyższym możliwym na tym etapie stopniu, na złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz na potrzeby Zamawiającego.

Jednocześnie należy wskazać, że ustalone kryterium odnoszące się do liczby separatorów optycznych w żadnym razie nie pozostawia Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty. Zastosowane kryterium ma charakter wymierny,

obiektywny, policzalny i poddaje się prostej weryfikacji. Sposób oceny kryterium odnoszącego się do dodatkowych separatorów optycznych opiera się na deklaracji wykonawcy składanej w Formularzu cenowym, która będzie podlegała weryfikacji na etapie projektowania, a następnie odbioru instalacji. Opis kryterium dotyczącego dodatkowych separatorów optycznych został sformułowany w sposób czytelny, a ocena oferty w tym zakresie jest pozbawiona jakichkolwiek subiektywnych elementów. Tym samym twierdzenie Odwołującego o naruszeniu art. 240 ust. 2 Pzp, należy uznać za bezpodstawne.

Niezależnie od zastosowania powyższego kryterium, Zamawiający dokona weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonywania przedmiotu zamówienia w oparciu o informacje zawarte w Formularzu cenowym, który każdy wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą (w tym poz. nr 10 Formularza cenowego Wykonawca ma wpisać oferowaną liczbę separatorów optycznych, jednostkową cenę netto jednego separatora optycznego i łączną cenę netto oferowanych separatorów optycznych, stawkę podatku VAT i łączną cenę brutto w omawianym zakresie).

Odwołujący podnosił, że wymagana ilość separatorów optycznych powinna być określona przez Zamawiającego w OPZ. Treść OPZ nie pozostawia jednak wątpliwości, że Zamawiający opisał szczegółowe wymagania minimalne dotyczące przedmiotu zamówienia, których spełnienie jest konieczne do porównania ofert w zakresie spełnienia wymagań gwarantowanych. Odwołujący potwierdził w odwołaniu, że do uzyskania planowanej wydajności linii sortowania, podanej w opisie przedmiotu zamówienia, wystarczających będzie 7 separatorów. Odwołujący nie wykazał jednocześnie, że użycie dodatkowych separatorów optycznych w liczbie 1-3 szt. nie wpłynie na uzyskanie lepszych efektów sortowania odpadów. Nie można się zgodzić z Odwołującym, że zwiększenie liczby separatorów powinno być powiązane wyłącznie z wydajnością linii, gdyż, jak zauważył sam Odwołujący, wymaganie co do wydajności musi być spełnione już przy minimalnej liczbie separatorów. Jednocześnie niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że „W brzmieniu określonym w SWZ kryterium to pozostaje zaś wyłącznie zwiększeniem zakresu dostaw [...]”. Separatory optyczne, tak jak wszystkie urządzenia dostarczane w ramach linii technologicznej muszą wynikać z projektu technologicznego oraz muszą spełniać wymagania, aby separator był urządzeniem kompletnym, wkomponowanym w linię sortowania oraz aby służył automatycznemu wydzieleniu ze strumienia odpadów, danej frakcji, określonego rodzaju materiału. Nie można zatem twierdzić, że dodatkowy separator optyczny jest urządzeniem zbędnym (jedynie zapasowym) z punktu widzenia wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Zastosowane kryterium odnoszące się do dodatkowych separatorów optycznych ma jednoznaczny związek z przedmiotem zamówienia i prowadzi do pozyskania przez Zamawiającego linii technologicznej charakteryzującej się możliwie najwyższą

automatyzacją i efektywnością instalacji w danych warunkach. W ocenie Izby, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego w tej sprawie nie ma wątpliwości, że decyzja Zamawiającego o zastosowaniu kryterium jakościowego, wynika z obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, rachunku ekonomicznego oraz przeznaczenia i funkcji jakie ma pełnić linia technologiczna będąca przedmiotem zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 i art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 246 ust. 1 Pzp, poprzez zastosowanie kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% albowiem zastosowanie kryterium „liczby separatorów optycznych” o wadze 30% oznacza „wyłączenie” z całego przedmiotu zamówienia jednego elementu, którego liczbę ma określić wykonawca, a wraz ze wzrostem liczby zastosowanych separatorów w sposób naturalny rośnie też cena całego zamówienia, co czyni łatwiejszym uzyskania zamówienia dla tych wykonawców, którzy mają dostęp do pozyskania w niższej cenie wyłącznie jednego elementu zamówienia, jakim są separatory.

Zarzut Odwołującego jest bezpodstawny.

Zamawiający jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu art. 4 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 246 ust. 1 Pzp, zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Nakaz wynikający z art. 246 ust. 1 Pzp nie dotyczy zatem zamawiających posiadających status podmiotów prawa publicznego. Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że stawiając ten zarzut popełnił błąd, odnosząc przepis art. 246 ust. 1 Pzp do Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga fakt, że w ramach jakościowego kryterium oceny ofert Zamawiający premiuje rozwiązanie techniczne, którego efektem będzie m.in. uzyskanie większego stopnia doczyszczania odpadów niż przy zastosowaniu minimalnej liczby separatorów. Zaoferowanie takiego rozwiązania może wymagać od wykonawcy zwiększenia kosztów realizacji zamówienia, co jest jednak rekompensowane możliwością uzyskania punktów w ramach jakościowego kryterium oceny ofert. Jak wynika z OPZ, oferowana linia technologiczna ma składać się z wielu specjalistycznych urządzeń. O ich układzie i ilości zdecyduje wykonawca, zgodnie z pkt 4.3.2.1. OPZ. W świetle postanowień OPZ, Zamawiający nie „wyłączył z przedmiotu zamówienia” separatorów optycznych jako wymaganego elementu przedmiotu zamówienia. Bezpodstawne i nieuzasadnione jest twierdzenie, że kryterium to jest faktycznie „odwróconym” kryterium ceny separatorów. Możliwe do zaoferowania przez wykonawcę dodatkowe 1- 3 sztuki separatorów optycznych, jako czynnik wpływający na jakość przedmiotu zamówienia,

umożliwia uzyskanie dodatkowych punktów w przypadku zaoferowania przez wykonawcę linii pozwalającej na osiągnięcie celów zamówienia (wysokiej jakości sortowania odpadów) w możliwie najwyższym stopniu.

Za gołosłowne należało uznać twierdzenia Odwołującego, że „decydującym o wyniku całego postępowania może stać się różnica na cenie poszczególnych separatorów”. Odwołujący nie wykazał bowiem w toku postępowania okoliczności, że cena separatorów optycznych jest decydującym i najbardziej istotnym kosztowo elementem ceny oferty.

Zarzut naruszenia art. 247 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przyznanie kryterium „liczba separatorów optycznych” wagi 30%, a nadto określenie wzrostu punktacji za każdy dodatkowy separator w postępie geometrycznym.

W ocenie Izby, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 247 ust. 1 i 2 Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Zamawiający opisał sposób oceny ofert w kryterium „liczba separatorów optycznych” w sposób, który pozwala na przyznanie większej ilości punktów ofercie odpowiednio do stopnia wzrostu ocenianego parametru. Sposób oceny w ramach tego kryterium jest dostosowany do okoliczności, które mają istotne znaczenie dla Zamawiającego z punktu widzenia jakości przedmiotu zamówienia - miarą jakości jest czystość uzyskiwanego materiału w wyniku tzw. doczyszczania. Waga przypisana kryterium została wyrażona za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jak słusznie wskazał Zamawiający, ustawa Pzp nie zakazuje przyznawania punktów w ramach kryterium w postępie geometrycznym. Zauważyć jednak należy, że w tym przypadku punkty nie są przypisane w postępie geometrycznym z uwagi na fakt, że punktacja odpowiednio – 5, 15 i 30 pkt nie stanowi ciągu (postępu) geometrycznego, ze względu na brak zastosowania stałego ilorazu ciągu liczb (określających liczbę punktów).

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w sposób jednoznaczny i precyzyjny określił w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ wagę, jaką przypisał każdemu z przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria mają charakter jednoznaczny, jasny, w pełni mierzalny i obiektywny. Określone w ten sposób kryteria pozwalają, aby na ich podstawie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie doszło zatem do naruszenia art. 247 ust. 1 i 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wyłączenie możliwości składania ofert wariantowych, podczas gdy w rzeczywistości oferty z różną liczbą separatorów optycznych stanowią oferty wariantowe.

Zarzut niniejszy jest niezasadny.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, Zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z ust. 2, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:

- 1) minimalne wymagania dla oferty wariantowej, oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej;
- 2) kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił ani nie wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia oferty wariantowej. Zamawiający nie skorzystał zatem z uprawnienia, które mu przysługuje. Brak sformułowania stosownych postanowień w ogłoszeniu o zamówieniu oznacza, że wymaganie odnośnie możliwości lub obowiązku złożenia oferty wariantowej w danym postępowaniu nie występuje, gdyż wymaga ono jednoznacznego zakomunikowania wykonawcom w dokumentach zamówienia. Nie można wywodzić możliwości złożenia oferty wariantowej w sposób dorozumiany z jakichkolwiek innych postanowień SWZ, w szczególności wówczas gdy odpowiednie jednoznaczne postanowienia w tym zakresie nie zostały przez Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dodatkowo wskazać należy, że jak wynika z Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie określił jednego wiążącego wszystkich wykonawców schematu realizacji instalacji technologicznej, dla którego alternatywę miałyby stanowić oferta wariantowa. Przedmiot zamówienia musi być zrealizowany przez wykonawcę z uwzględnieniem wymagań, określonych przez Zamawiającego w SWZ. Każdy wykonawca może samodzielnie dobrać sprzęt i jego ilości, które pozwolą na wykonanie linii technologicznej spełniającej wszystkie funkcjonalności określone w SWZ, z uwzględnieniem zastrzeżenia odnoszącego się do minimalnej liczby koniecznych do zastosowania separatorów optycznych. Nawet jednak w tym przypadku wykonawca ma możliwość rozszerzenia minimalnej wymaganej obligatoryjnie ilości separatorów o dodatkowe maksymalnie 3 – sztuki. Za ilość i dobór urządzeń/sprzętu do budowy linii technologicznej sortowni odpadów, które pozwolą na spełnienie co najmniej parametrów gwarantowanych odpowiada

wykonawca, co nie oznacza że oferty będą nieporównywalne czy wariantowe, gdyż Zamawiający jednoznacznie opisał w SWZ rozwiązania, za pomocą których wykonawca ma zaproponować wykonanie przedmiotu zamówienia. Brak spełnienia tych wymagań będzie skutkowało, zgodnie z SWZ, odrzuceniem oferty, co Zamawiający wprost zastrzegł w OPZ (w opisie zawartym w Formularzu cenowym).

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt I Pzp, poprzez wprowadzenie kryterium „liczba separatorów optycznych” w taki sposób, że narusza ono uczciwą konkurencję i wprowadza nierówne traktowanie wykonawców.

Zarzut powyższy nie potwierdził się.

W świetle wyjaśnień Zamawiającego oraz wobec braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów przez Odwołującego nie można zgodzić się z twierdzeniem, że Zamawiający sztucznie zawyżył liczbę separatorów optycznych (w ramach kryterium) „tylko dla umożliwienia uzyskania przewagi jednego wykonawcy względem innych”. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet okoliczności, że sposób ustalenia omawianego kryterium i przyznawania punktów wprowadzony przez Zamawiającego promuje wykonawców, którzy zdecydują się na większy wydatek w postaci dodatkowych separatorów optycznych tylko po to, aby finalnie uzyskać przewagę nad konkurencją pomimo wyższej ceny. Zamawiający jasno bowiem przedstawił uzasadnienie dla oczekiwań odnośnie zaoferowania technologii, która będzie wychodziła naprzeciw racjonalnym, obiektywnym i ekonomicznym potrzebom Zamawiającego. Odwołujący jednocześnie w żaden sposób nie wykazał, że różnica w cenie 3 szt. dodatkowych separatorów optycznych, będzie czynnikiem przesądzającym o zwycięstwie danego wykonawcy nad innymi. Odwołujący nie przedstawił także dowodów potwierdzających prawdziwość tezy, że mniejsze podmioty uzyskują wyższe ceny zakupu sprzętu specjalistycznego objętego przedmiotem zamówienia niż podmioty większe.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek w taki sposób sformułować warunki zamówienia, aby dotyczyły one w sposób równy wszystkich wykonawców. W świetle warunków zamówienia wszyscy potencjalni wykonawcy muszą mieć równe szanse ubiegania się o zamówienie. Argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

**Przewodniczący:** .....