

Sygn. akt: KIO 3237/20

WYROK
z dnia 30 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę „4M” M. Z., P. G., R. R. Spółka jawna z siedzibą w Krośnie Odrzańskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego „4M” M. Z., P. G., R. R. Spółka jawna z siedzibą w Krośnie Odrzańskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego „4M” M. Z., P. G., R. R. Spółka jawna z siedzibą w Krośnie Odrzańskim rzecz zamawiającego Miejskiego Zakładu Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3237/20

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz z dostawą pojemników na odpady” (nr ref. ZP.PN.29.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 grudnia 2020 r. pod numerem 760275-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 7 grudnia 2020 r. wykonawca „4M” M. Z., P. G., R. R. Spółka jawna z siedzibą w Krośnie Odrzańskim (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z ustawą Pzp czynności opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz 29 ust. 1-3 ustawy Pzp:

1. wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3.6 SIWZ) w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i naruszający równe traktowanie podmiotów poprzez:

–wymaganie od dostawców posiadania dobrowolnych certyfikatów, jak również certyfikatów obowiązujących wyłącznie na terenie Niemiec - pkt 3.6.1 i 3.6.2 SIWZ;

–nieuzasadnione wymagania poza powszechnie obowiązującą normę - pkt 3.6.5 SIWZ;

–nieuzasadnione rozróżnienie budowy pokrywy pojemników- pkt 3.6.7 SIWZ;

2. wobec niedopuszczenia składania ofert równoważnych - pkt 3.9 SIWZ;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ pkt 3.6.1, 3.6.2, 3.6.5, 3.6.7, 3.9 w następujący sposób:

–pkt 3.6.1. – „Pojemniki winny być wykonane metodą wtryskową z polietylenu niskociśnieniowego wysokiej gęstości (PE-HD), zgodnie z normą EN-840”;

–pkt 3.6.2 – „Znak zgodności z normą EN-840 winien być wtłoczony na pojemniku”;

–pkt 3.6.5 – wykreślenie;

–pkt 3.6.7 – wykreślenie;

–pkt 3.9 – „Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych”.

Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący zauważył, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony według informacji produktów tylko jednego producenta ze szczególnym uwzględnieniem i dookreśleniem elementów charakterystycznych dla produktów tego producenta (posiadanie atestu PZH, spełnianie niemieckiej normy jakości RAL GZ 951/1 poświadczone przez akredytowaną jednostkę certyfikującą TÜV oraz stosowanie przetłoczeń na ścianach bocznych pojemników). Wskazane wymagania zdaniem Odwołującego nie znajdują uzasadnienia faktycznego, a mają na celu jedynie określenie produktów jednego konkretnego producenta. W ocenie Odwołującego wymagania SIWZ są co najmniej wątpliwe do uzasadnienia technicznego jak i również ekonomicznego oraz wyraźnie „blokują” dostęp innych podmiotów do złożenia konkurencyjnej oferty. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez opis zawarty w SIWZ uniemożliwia złożenie oferty nie tylko przez Odwołującemu, ale również innym podmiotom, gdyż nieliczne jak i również mało istotne wymagane elementy przedmiotu zamówienia stanowią o jednoznacznym wskazaniu na przyszłego wykonawcę przedmiotu zamówienia, Obecny opis przedmiotu zamówienia w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie

przepisów ustawy Pzp, gdyż ogranicza konkurencję i preferuje wyłącznie jednego beneficjenta zamówienia. Odwołujący przedstawił także szczegółowy wywód prawny z przywołaniem poglądów doktryny i orzecznictwa w zakresie art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wymagań z pkt 3.6.1 i 3.6.2 SIWZ Odwołujący podniósł, iż PZH wykonuje atestację produktów wydając atest na produkt, a nie certyfikaty. Wszyscy wykonawcy posiadają atesty PZH na pojemniki. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że wymóg ten (żądanie certyfikatu/atestu PZH) na pojemniki na odpady jest bezzasadny, gdyż zgodnie z informacją ze strony Internetowej PZH: „Od 2002 roku na mocy Ustawy o systemie oceny zgodności (Dz. U. 2002 nr 166 poz. 1360) ubieganie się o atesty jest dobrowolne. Obowiązkowo (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi z dnia 7 grudnia 2017 r. poz. 2294) stosowne certyfikaty muszą otrzymać jedynie materiały i produkty mające kontakt z wodą przeznaczoną do spożycia przez ludzi.” Dodatkowo, żądanie Zamawiającego dołączenia certyfikatu zgodności z normą jakości RAL GZ 951/1 jest żądaniem nieuprawnionym. Wspomniana norma nie jest uznawana w obrocie wspólnotowym państw członkowskich UE, jest to jedynie norma potwierdzająca cechy jakościowe i kryteria oraz zakres badań pojemników wytwarzanych przez prywatne zrzeszenie kilku producentów pojemników i funkcjonuje on wyłącznie na terenie Niemiec. Zdaniem Odwołującego powoływane się na tę normę jest bezzasadne i nieracjonalne, a dowodem na to jest brak normy RAL GZ 951/1 w zasobach Polskiego Komitetu Normalizacyjnego. Również w wykazie prowadzonym przez Polskie Centrum Akredytacji nie ma możliwości przeprowadzenia oceny zgodności z normą RAL GZ 951/1 przez niezależny podmiot certyfikujący. Wskazanie tej normy ma jedynie na celu zakup pojemników firmy ESE, gdyż inni producenci na polskim rynku nie posiadają certyfikatu zgodności z tą normą.

W zakresie pkt 3.6.5 SIWZ Odwołujący wskazał, iż według Zamawiającego przetoczenia wszystkich ścian bocznych mają zabezpieczyć pojemniki przed obciążeniami, podczas gdy żadne przetoczenie nie zabezpieczy pojemnika przed obciążeniem, gdyż zgodnie z definicją „obciążenie jest to układ sił zewnętrznych, działających na ciało lub element konstrukcyjny”. Zatem bez względu czy zabezpieczony odpadami zostanie pojemnik z przetoczeniem bocznych ścian czy pojemnik bez przetoczeń obciążenie pojemnika będzie identyczne. Ponadto Odwołujący wskazał, iż treść normy EN 840 nie wskazuje, aby pojemniki miały być wykonane z przetoczeniem bocznych ścian. Brak jest dowodów w postaci laboratoryjnych badań wytrzymałości ścian pojemników potwierdzających znaczący wpływ przetoczeń na zwiększoną wytrzymałość oraz na „obciążenie” ścian, gdyby tak było to zdaniem Odwołującego norma EN 840 determinowałaby konieczność wykonania takich przetoczeń w produkcji. Odwołujący zaznaczył, iż istnieją inne czynniki wpływające na wytrzymałość ścian pojemników takie jak np. grubość ściany, stosowanie granulatu o zwiększonej gęstości i wytrzymałości, czy wreszcie wykonanie produktu z polietylenu dziewiczego zwiększającego wytrzymałość w stosunku do produktów z udziałem regranulatu w materiale.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający żąda aby pojemniki, pomimo zgodności z normą EN-840, miały być przystosowane do przeniesienia większej wagi odpadu niż wynika to z minimalnych założeń wspomnianej normy, co zaprzecza konieczności certyfikowania produktu zgodnie z cytowaną normą, gdyż Zamawiający żąda dostawy pojemników ponadnormatywnych. Na marginesie Odwołujący dodał, że w przedmiotowym postanowieniu Zamawiający miał prawdopodobnie na myśli przeniesienie większej masy pojemników. W związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia zdaniem Odwołującego należałoby się zastanowić w jaki sposób oferent winien udowodnić, iż oferowane pojemniki są zdolne przenosić większą o 20% masę, skoro testuje się je w zakresie wskazanym przez normę. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż wymagając dostawy produktu o ponadstandardowych (wyższych niż normatywne) parametrach Zamawiający winien usprawiedliwić swoje wymagania obiektywnymi okolicznościami. W konsekwencji Zamawiający powinien uzasadnić opis przedmiotu zamówienia dlaczego wymaga dostarczenia ponadnormatywnych pojemników na odpady, np. poprzez wykazanie, że odpady zbierane w Lesznie są o wyższym ciężarze właściwym niż w innych regionach kraju.

W odniesieniu do pkt 3.6.7 SIWZ Odwołujący podniósł, iż dokonując analizy treści opisu przedmiotu postępowania, nie sposób stwierdzić dlaczego z jednej strony pojemniki mają odpowiadać atestom PZH, a jednocześnie Zamawiający stawia dodatkowy wymóg higieniczny co do pojemników na popiół. W ocenie Odwołującego niezrozumiały jest zapis, iż listwa wewnętrzna zwiększa higienę korzystania w stosunku do pojemników z rączkami do otwierania. W ocenie Odwołującego argument o zwiększeniu higieny nie posiada żadnego uzasadnienia w faktach potwierdzonych badaniami naukowymi. Jego zdaniem brak jest racjonalnego wytłumaczenia, dlaczego pojemniki na popiół mają mieć jedną listwę wewnętrzną do otwierania pokrywy, a wymóg ten ma na celu wskazanie konkretnego produktu, konkretnego producenta.

W zakresie pkt 3.9 SIWZ Odwołujący podniósł, iż niedopuszczenie składania ofert równoważnych narusza art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien poprzestać na wskazaniu normy EN 840 pomijając żądanie posiadania atestu PZH i certyfikatu spełnienia niemieckiej normy RAL-GZ 951/1.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie oraz zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, iż co do zasady każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza jednak, że Zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby. Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma prawo do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów zamawianych dostaw aby ten służył jego potrzebom. Zamawiający nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży, gdyż prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Zdaniem Zamawiającego tak też jest w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób prawidłowy, zgodnie z art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp, w sposób jednoznaczny i jednakowych dla wszystkich wykonawców zostały określone minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz podane zostały jasne kryteria oceny tych wymagań. Zamawiający przygotował opis zamówienia poprzez wskazanie obiektywnych cech technicznych, i jakościowych oraz obowiązujących standardów.

Zamawiający podniósł, iż zmiany wprowadzone w zakresie gospodarki odpadami spowodowały zwiększone zapotrzebowanie na pojemniki do ich zbiórki. Spółki, na których spoczywa obowiązek zapewnienia odpowiednich warunków gromadzenia odpadów w pojemnikach i ich opróżniania, mogą przy ich wyborze posługiwać się wymaganiami określonymi w normach. Zastosowane standardy oraz wymogi znajdują oparcie w uzasadnionych i realnych potrzebach

Zamawiającego. W OPZ Zamawiający wskazał, że dostawa pojemników powinna odpowiadać szczegółowym wymagom dotyczącym m.in. wykonania i nośności. Zamawiający określił, iż wszystkie pojemniki muszą być przystosowane do opróżnienia przez śmieciarki z listwą grzebieniową (listwa typu A) oraz tylnymi wysięgnikami hydraulicznymi (tylko dla pojemników czterokołowych) i być wykonane zgodnie z normą EN 840 oraz posiadać certyfikat jakości RAL-GZ 95.1 11i certyfikat Państwowego Zakładu Higieny oraz CE. Jednocześnie Zamawiający dopuścił pojemniki badane zgodnie z normą jakości RAL GZ 95 1/1 poświadczoną przez akredytowaną jednostkę certyfikującą TÜV. Ponadto Zamawiający wskazał, że pojemniki winny posiadać przetłoczenia wszystkich ścian bocznych na całej wysokości korpusu, co zabezpieczy pojemniki przed obciążeniami, a także winny być przystosowane do przeniesienia większej wagi odpadu niż wynika to z minimalnych założeń normy, tj. w przypadku gdy pojemnik o pojemności 120 litrów powinien mieć ładowność 0,4kg/litr, w tym przypadku ładowność winna wynosić 0,5kg/litr, a także że pokrywy pojemników przeznaczonych do odbioru popiołu winny posiadać jedną listwę wewnętrzną do otwierania pokrywy, co zwiększy higienę korzystania z pojemników, pozostałe pojemniki mogą posiadać ręczki do otwierania pokrywy.

Odnosząc się do kwestii posiadania przez pojemniki wymaganych certyfikatów Zamawiający podniósł, iż wymagania te są istotne, gdyż Zamawiający od wielu lat modernizuje zakład i podnosi standard zamawianych pojemników w zakresie spełniania minimalnych wymogów wynikających z normy PNEN 840 oraz RAL GZ 951/1. Znak ten wskazuje na to, że istnieje potwierdzone certyfikatem przyznawanym przez stronę trzecią zaufanie, iż dany wyrób wykazuje zgodność z określoną normą lub normami przyjętymi dla tego wyrobu. Aktualna norma stanowiąca podstawę certyfikacji wyznacza pewien poziom, który wyrób certyfikowany osiąga, spełniając wymagania - poziom „firmowany” certyfikatem niezależnej jednostki certyfikującej kompetentnej do przeprowadzenia oceny. Oznaczenie przez producenta wyrobu znakiem zgodności jest bardziej wiarygodne dla odbiorcy od deklaracji zgodności wystawionej wyłącznie przez jego producenta. Certyfikacja natomiast to nic innego jak atestacja przez stronę trzecią w odniesieniu do wyrobów, procesów, systemów zarządzania lub osób. Inaczej rzecz ujmując, jest to potwierdzenie za pomocą oceny dokonanej przez niezależną i bezstronną jednostkę (stronę trzecią), że przedmiot oceny, którym może być m.in. wyrób, spełnia wyspecyfikowane wymagania dokumentu odniesienia (normy, specyfikacji technicznej, aprobaty itd.). Certyfikacja dobrowolna oznacza, że producent poddał się procedurze atestacji dobrowolnie, a nie został do tego zobligowany przez przepisy prawa.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z Uchwałą Nr XXXVII/2020 Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego” z dnia 30 czerwca 2020 r. w sprawie przyjęcia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Związku Międzygminnego „Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego” w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi jako pojemnik na odpady komunalne rozumie się pojemnik służący do gromadzenia odpadów komunalnych, spełniający normy PN-EN 840, a właściciele nieruchomości muszą zapewniać wyposażenie nieruchomości w pojemniki spełniające warunki, dopuszczone przez normy PN-EN 840, przystosowane do mechanicznego załadunku, w ilości zapewniającej zgromadzenie wszystkich odpadów oraz ich nieprzepełnienie przy uwzględnieniu częstotliwości odbierania odpadów. Ponadto Zamawiający wskazał, iż oczekuje, że dostarczone pojemniki będą spełniały określone właściwości techniczne produktów, przede wszystkim dotyczące obciążenia podczas pracy. Jakość oraz właściwości wytrzymałościowe pojemników winna zostać potwierdzona znakiem RAL GZ 951/1. Znak jakości RAL jest przyznawany jedynie produktom spełniającym wysokie standardy jakości i jest dowodem ich wyjątkowych właściwości, na czym szczególnie zależy Zamawiającemu. Wskazane normy są ustanowione i opublikowane poprzez standaryzowane metody pomiaru. Jako dowód Zamawiający wskazał na dokument: „Znak Jakości RAL GZ 951/1 - Plastikowe Pojemniki na Odpady i Materiały Recyklingowe.” Zamawiający wyjaśnił, iż norma EN 840 określa warunki minimalne w tym ładowność na poziomie 0,4 kg na litr czyli dla pojemnika 120 litrów - 48 kg. Natomiast norma RAL GZ 95 1/1 potwierdza większą ładowność na poziomie 60 kg. W przypadku przedmiotowego zamówienia jest to element konieczny gdyż pojemniki będą wykorzystywane do ciężkiego odpadu, jakim jest popiół. Na internetowej stronie bazy danych o odpadach (BDO) można znaleźć informację o średnich wagach odpadów i surowców wtórnych, z której wynika, że np. 1m³ makulatury na płasko - luzem waży 60kg, 1m³ odpadów komunalnych niezagęszczonych od 130kg do 250kg, 1m³ odpadów spożywczych luzem 130kg, natomiast 1m³ żużla piecowego suchego waży ok. 1 000 - 1100 kg. Stąd konieczność postawienia przez Zamawiającego na pojemniki spełniające wyższe standardy obciążeniowe. Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa lub o podwyższonych parametrach, na potwierdzenie czego przywołał orzecznictwo.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż norma PN-EN 840 określa minimalne parametry dotyczące pojemników, a konkretnie pojemników ruchomych opróżnianych metodą „klasyczną”. Nie jest w jego ocenie prawdą, że norma jakości RAL GZ 951/1 występuje tylko na rynku niemieckim i tam jest wymagana. Tylko firma SSI SCHAFFER jest firmą niemiecką, pozostałe to firmy austriacka, francuska czy holenderska. Zamawiający zwrócił uwagę, że certyfikat zgodności z normą jakości RAL GZ 951/1 jest wydawany przez niezależną jednostkę certyfikującą, która znajduje się, na terenie Niemiec, jednakże norma RAL GZ 951/1 została stworzona na zasadzie dobrowolności (a nie dowolności) i można ją stosować również przez firmy spoza tego kraju. Na stronie internetowej www.ggawb.org jest zamieszczona pełna procedura RAL GZ 951/1 i wykaz parametrów jakie trzeba spełnić aby otrzymać taki certyfikat. Wszyscy zainteresowani mają do niej dostęp i wszyscy mogą się jej poddać. Podobnie rzecz wygląda z atestami PZH dla pojemników. Atest PZH jest certyfikatem świadczącym o ocenie danego wyrobu/produktu w dziedzinie bezpieczeństwa dla zdrowia ludzi i przyjazności dla środowiska. Certyfikat PZH określa czy produkt jest łatwy w utrzymaniu w czystości oraz, przede wszystkim, jest bezpieczny. Wszystkie posiadane przez Zamawiającego pojemniki na odpady taki certyfikat posiadają, a zatem logicznym jest, że kolejne kupowane produkty również powinny spełniać powyższy wymóg i nie być gorsze od już eksploatowanych. Jest to gwarancja, że użytkowane przez klientów Zamawiającego, mieszkańców miasta oraz pracowników Zamawiającego pojemniki są bezpieczne dla nich i środowiska naturalnego.

Odnosząc się do wymogu SIWZ dotyczącego przetłoczenia bocznych ścian pojemników Zamawiający podniósł, iż przetłoczenia wszystkich ścian bocznych na całej wysokości korpusu zabezpiecza pojemniki przed obciążeniami. Zamawiający podkreślił, iż opisując przedmiot zamówienia postawił na solidność i dużą wytrzymałość. Przetłoczeniem ścian bocznych pojemnika gwarantuje jego lepszą stabilność, a także łatwiejsze opróżnianie. Ponadto przetłoczenia ścian bocznych znacznie zwiększają odporność na uszkodzenia mechaniczne. Odnosząc się zaś do wymogu SIWZ dotyczącego posiadania przez pokrywy pojemników przeznaczonych do odbioru popiołu jednej listwy wewnętrznej do otwierania pokrywy, Zamawiający wskazał, iż zwiększy to higienę korzystania z pojemników, pozostałe pojemniki mogą posiadać ręczki do otwierania pokrywy. Zamawiający wskazał, iż pojemnik do odbioru popiołu powinien spełniać więcej parametrów technicznych niż taki standardowy na zwykłe odpady - popiół jest ciężki i agresywny jeśli chodzi o ślad

chemiczny (skład chemiczny popiołów jest pochodną składu mineralnego węgla - zawiera większość pierwiastków, które się w nim znajdowały).

Zamawiający podniósł ponadto, iż z jego rozeznania wynika, że można dostarczyć zgodne z OPZ pojemniki co najmniej czterech producentów: SSI SCHÄFER GMBH, Craemer GmbH, SULO Deutschland GmbH oraz Europa Kunststoffsbehälterindustrie GmbH. Wszyscy wymienieni producenci operują również na rynku polskim. Mają przetłoczenia wszystkich bocznych ścian, mają listwę wewnętrzną do otwierania pokrywy, spełniają normę jakości PN-EN 840 oraz RAL GZ951/1. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, iż Odwołujący jest przedstawicielem firmy Weber, która na swojej stronie internetowej informuje, że spełnia standardy jakości EN 840 oraz RAL GZ951/1. Zamawiający zaznaczył także, iż w dniu 22 grudnia 2020 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ, w wyniku której dopuszczono składanie ofert równoważnych i dopuszczono normy równoważne w stosunku do tych wskazanych w SIWZ. Dodał, iż zgodnie z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz art. 30 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie będzie mógł odrzucić oferty tylko dlatego, że dane dostawy będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Katalog środków dowodowych jakimi dysponuje tu wykonawca nie jest ograniczony.

Uzasadniając obiektywne potrzeby Zamawiający wskazał ponadto, iż od 1 stycznia 2021 roku Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego w Lesznie (organizator postępowań o zamówienia publiczne) planuje wprowadzić dodatkową frakcję odpadów - popiół. Jest to podyktowane ograniczeniem ilości składowanych odpadów, efektywniejszym przetwarzaniem zmieszanych odpadów komunalnych oraz ograniczeniem kosztów opłat ponoszonych przez mieszkańców. Do tej pory mieszkańcy segregowali papier, szkło, odpady biodegradowalne, tworzywa sztuczne. Obiektywne badania potwierdzają, że mieszkańcy regionu leszczyńskiego wytwarzają coraz więcej śmieci, stąd pomysł na wprowadzenie dodatkowej frakcji do odbioru. Wyodrębnienie popiołu jako osobnej frakcji odpadów, ma docelowo zmniejszyć ilość odpadów zmieszanych, popiół jest odpadem, który można zagospodarować w sposób ekologiczny. W związku z powyższym KZGR przełożył na Zamawiającego (MZO) obowiązek zaopatrzenia mieszkańców w pojemniki na dodatkową frakcję jaką będzie stanowił popiół, który jest znacznie cięższy od pozostałych frakcji. Koszty wymiany pojemników będzie ponosił wykonawca (MZO). Dlatego Zamawiający wymaga, aby pojemniki były bardzo dobrej jakości, wytrzymałe na ciężar oraz dodatkowo na czynniki atmosferyczne (mróz, wysoka temperatura). Obiektywne okoliczności, które dotyczą jakości pojemników, co w sposób oczywisty przekłada się na czasookres ich użytkowania i globalnie ponoszone przez Zamawiającego koszty związane z tymi pojemnikami, w pełni usprawiedliwiają żądanie przez Zamawiającego dostarczenia pojemników o określonej jakości potwierdzonej stosownymi certyfikatami. Nie bez znaczenia zdaniem Zamawiającego jest okoliczność, że Zamawiający posiada określoną renomę w zakresie świadczonych przez siebie usług. Powyższe pozwalają mu właśnie uzyskać m.in. pojemniki przy pomocy, których świadczy swoje usługi. Dlatego też wykorzystywanie w swojej działalności pojemników spełniających wskazane normy jakości jest niezbędne do utrzymania wypracowanej pozycji na rynku. Wskazane przez Zamawiającego normy EN 840, certyfikat jakości RAL-GZ 951/1 i certyfikat Państwowego Zakładu Higieny oraz CE są powszechnie znane i akceptowane w branży zajmującej się produkcją pojemników. Jednocześnie gwarantują, iż produkt spełniający ów normy posiada określoną jakość.

Odwołujący w dniu 28 grudnia 2020 r. złożył pisemną replikę na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie podtrzymując stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zostało wniesione wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia, która to czynność mieści się w zakresie przedmiotowym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, określającego katalog czynności w stosunku do których przysługuje odwołanie w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Izba stwierdziła ponadto, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem jako podmiot trudniący się dostawą pojemników na odpady, Izba uznała, iż sposób ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 grudnia 2020 roku oraz w pismach procesowych (odwołanie, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, replika Odwołującego na odpowiedź na odwołanie). Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie – „Plastikowe Pojemniki na Odpady i Materiały Recyklingowe – Znak jakości RAL-GZ 951/1” oraz przez Odwołującego do repliki na odwołanie – pismo firmy Contenur z dnia 25 grudnia 2020 r. Izba nie dopuściła dowodu z dokumentu załączonego przez Odwołującego do repliki na odwołanie - Vergleich der Profungsinhalte EN 840-RAL GZ 951/2, który został złożony wyłącznie w języku niemieckim. Zgodnie z § 19 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1256) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który

się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Dokument złożony w innym języku bez tłumaczenia uchybia ww. przepisowi i jako taki nie może być włączony w poczet materiału dowodowego.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 grudnia 2020 r. pod numerem 760275-N-2020. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dokumenty zamówienia, w tym SIWZ.

W pkt 3 SIWZ zawarto opis przedmiotu zamówienia wskazujący, iż przedmiotem zamówienia jest zakup wraz z dostawą fabrycznie nowych pojemników na odpady. Łączna szacunkowa ilość wszystkich pojemników to: a) pojemniki 120l na popiół (...) – 2000 szt., b) pojemniki 60l na odpady komunalne (...) – 100 szt., c) pojemniki 120l na odpady komunalne (...) – 500 szt., d) pojemniki 240l na odpady komunalne (...) – 200 szt., e) pojemniki 1100l na odpady komunalne (...) – 50 szt., f) pojemniki 60l na odpady biodegradowalne (...) – 100 szt. W punkcie 3.6 SIWZ zawarto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano m.in.:

- 3.6.1. Pojemniki winny być wykonane metodą wtryskową, z polietylenu niskociśnieniowego wysokiej gęstości (PE-HD), zgodnie z normą EN-840 oraz posiadać certyfikat zgodności RAL GZ 951/1 i certyfikat Państwowego Zakładu Higieny oraz CE; Zamawiający dopuszcza pojemniki badane zgodnie z normą jakości RAL GZ 951/1 poświadczony przez akredytowaną jednostkę certyfikującą TUV;
- 3.6.2. Znak zgodności z normą EN-840 oraz znak certyfikatu RAL GZ 951/1 winny być włożone na pojemniku; Zamawiający dopuszcza pojemniki ze znakiem TUV i znakiem jakości GS (Geprüfte Sicherheit – Sprawdzone Bezpieczeństwo) wybitymi na pojemniku;
- 3.6.5. Pojemniki winny posiadać przetłoczenia wszystkich ścian bocznych na całej wysokości korpusu, co zabezpieczy pojemniki przed obciążeniami, a także winny być przystosowane do przeniesienia większej wagi odpadu niż wynika to z minimalnych założeń normy, tj. w przypadku gdy pojemnik o pojemności 120 litrów powinien mieć ładowność 0,4kg/litr, w tym przypadku ładowność winna wynosić 0,5kg/litr;
- 3.6.7. Pokrywy pojemników przeznaczonych do odbioru popiołu winny posiadać jedną listwę wewnętrzną do otwierania pokrywy, co zwiększy higienę korzystania z pojemników, pozostałe pojemniki mogą posiadać rączki do otwierania pokrywy.

Zgodnie z pkt 3.9 SIWZ Zamawiający nie dopuszcza składania ofert równoważnych.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2020 r. zmodyfikował treść SIWZ, a w ramach wprowadzonych zmian nadał poniższym punktom następujące brzmienie:

- 3.6.1. Pojemniki winny być wykonane metodą wtryskową, z polietylenu niskociśnieniowego wysokiej gęstości (PE-HD), zgodnie z normą EN-840 lub równoważne oraz posiadać certyfikat zgodności RAL GZ 951/1 lub równoważne i certyfikat Państwowego Zakładu Higieny lub równoważne oraz CE lub równoważne; Zamawiający dopuszcza pojemniki badane zgodnie z normą jakości RAL GZ 951/1 poświadczony przez akredytowaną jednostkę certyfikującą TUV lub równoważne;
- 3.6.2. Znak zgodności z normą EN-840 lub równoważne oraz znak certyfikatu RAL GZ 951/1 lub równoważne winny być włożone na pojemniku; Zamawiający dopuszcza pojemniki ze znakiem TUV lub równoważne i znakiem jakości GS (Geprüfte Sicherheit – Sprawdzone Bezpieczeństwo) lub równoważne wybitymi na pojemniku.
- 3.9. Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych: wszędzie tam, gdzie w opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane nazwy własne, znaki towarowe, patenty, pochodzenie lub normy, Zamawiający dopuszcza metody, materiały, produkty itp. równoważne do przedstawionych w opisie. Zamawiający do wszystkich nazw, znaków towarowych, patentów, pochodzenia lub norm wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia dopisuje wyrazy „lub równoważny”. Ponadto, Zamawiający podkreśla iż równoważne metody, materiały, produkty itp. nie mogą stanowić zamienników w stosunku do metod, materiałów, produktów itp. opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, ale muszą gwarantować spełnienie zdefiniowanych tam wymagań Zamawiającego. Wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego zobowiązany jest wykazać, iż spełniają one wymagania określone przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zgodnie z ust. 2 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wedle ust. 2 tego przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei zgodnie z ust. 3 przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W ocenie Izby w odniesieniu do żadnego z kwestionowanych postanowień SIWZ odwołujący, nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, naruszenia ww. przepisów.

Przed przejściem do szczegółowej analizy należy podkreślić wagę, jaką dla wyniku postępowania ma sposób konstruowania podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne

uzasadniające wniesienie odwołania. Treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanym przez odwołującego uzasadnieniu zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny (por. m.in. wyrok z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 401/20 i KIO 403/20). Podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dane postanowienie OPZ narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. To na Odwołującym spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania zarzutów w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności, tj. wykaże, że sposób opisu przedmiotu zamówienia narusza wskazane w odwołaniu przepisy. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, czy proste zasygnalizowanie, że pewien wymóg może nie być do końca uzasadniony albo że możliwe są także inne rozwiązania funkcjonalne, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, jak te okoliczności przekładają się na kwestię naruszenia przepisów prawa, w tym że świadczą one o spełnieniu wszystkich przesłanek wskazanych w treści przepisu, którego naruszenie zamawiającemu się zarzuca. Ponadto należy podkreślić, że granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, w tym w dalszych pismach procesowych i na rozprawie, stanowi działanie spóźnione, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów, zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie dowiódł, aby postanowienia pkt 3.6.1 i 3.6.2 SIWZ naruszały wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż Odwołujący w swoim żądaniu domagał się usunięcia z treści SIWZ wymogu posiadania przez oferowane pojemniki zgodności z normą RAL GZ 951/1, certyfikatu (atestu) Państwowego Zakładu Higieny oraz CE, jednocześnie nie wykazując, dlaczego taki wymóg miałby naruszać art. 29 ust. 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, a jego usunięcie miałoby prowadzić do konwalidacji tego naruszenia.

W odniesieniu do konieczności posiadania przez produkt deklaracji zgodności CE w odwołaniu zaniechano przedstawienia jakiegokolwiek argumentacji, która miałaby wskazywać na niezgodność tego wymogu z przepisami ustawy Pzp, poprzestając na niczym nie popartym postulacie wykreślenia ww. wymogu, co samo w sobie przesądza o bezzasadności tak postawionego zarzutu. To rolą Odwołującego jest przedstawienie podstaw faktycznych zarzutów w sposób szczegółowy, precyzyjny, pozwalający na weryfikację kwestionowanych postanowień opisu przedmiotu zamówienia pod kątem ich zgodności z przepisami, których naruszenie zarzucono, a tego w przedmiotowym przypadku zabrakło.

Z kolei w zakresie wymaganego atestu PZH argumentacja Odwołującego sprowadzała się wyłącznie do stwierdzenia, że uzyskanie takiego atestu ma charakter dobrowolny. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego powyższa okoliczność miałaby świadczyć o niezgodności przedmiotowego wymagania z przepisami ustawy Pzp. W ocenie Izby sam brak obligatoryjności danej certyfikacji na gruncie obowiązujących przepisów w żaden sposób nie przesądza o tym, że wymóg, aby dostarczany produkt posiadał określony certyfikat potwierdzający pewne standardy jakościowe - w tym wypadku atest higieniczny, gwarantujący neutralność produktu dla zdrowia ludzkiego czy środowiska - naruszać miał przepisy ustawy Pzp. Jeżeli Odwołujący wywodził bezzasadność przedmiotowego wymogu z faktu, że ubieganie się o atest PZH jest dobrowolne, to powinien był wyjaśnić motywy takiego wniosku. Tymczasem Odwołujący nie wskazał dlaczego wymaganie posiadania przez pojemniki atestu PZH miałoby być nieuzasadnione, a jednocześnie nie odparł twierdzeń Zamawiającego, że posiadanie przez pojemniki takiego atestu daje gwarancję, że użytkowane przez mieszkańców pojemniki będą bezpieczne dla nich i środowiska naturalnego.

Podobnie Odwołujący nie przedstawił dostatecznej argumentacji, pozwalającej uznać, że oczekiwanie, aby pojemniki posiadały jakość odpowiadającą wymaganiom RAL GZ 951/1 miało naruszać przepisy ustawy Pzp. Zasadnicza teza odwołania w przedmiotowym zakresie sprowadzała się do stwierdzenia, że wskazanie w pkt 3.6.1 i 3.6.2 SIWZ normy RAL GZ 951/1 ma na celu zakup pojemników jednego producenta (firmy ESE), gdyż inni producenci na polskim rynku nie posiadają certyfikatu zgodności z tą normą. Prawdziwość tej tezy podważył jednak sam Odwołujący wskazując w dalszym piśmie procesowym oraz na rozprawie, że oferowane przez niego produkty (marki Weber) posiadają certyfikat potwierdzający ich zgodność z ww. normą wydany przez akredytowaną jednostkę TÜV. Odwołujący nie zakwestionował także twierdzeń Zamawiającego, że tego rodzaju certyfikaty posiadają też produkty innych producentów niż ESE. Również dowód złożony przez Odwołującego w postaci oświadczenia firmy Contenur pośrednio wskazuje, że firma ta taki certyfikat dla swoich pojemników posiada (w treści ww. oświadczenia wskazano, że poza dwoma wymaganiami, tj. dotyczącymi przetłoczeń i ładowności, pojemniki Contenur spełniają pozostałe wymagania OPZ). Tym samym porównując argumentację przedstawioną w odwołaniu z argumentacją prezentowaną przez Odwołującego na rozprawie w powyższym stwierdzeniu należy istotną niespójność.

Fakt, iż produkty oferowane przez Odwołującego posiadają certyfikat potwierdzający ich zgodność z ww. normą wydany przez akredytowaną jednostkę TÜV przeczy także kolejnej tezie odwołania, tj., że norma RAL potwierdza jedynie cechy jakościowe i kryteria oraz zakres badań pojemników wytwarzanych przez prywatne zrzeszenie kilku producentów pojemników i funkcjonuje tylko na terenie Niemiec. Jak wynika z akt sprawy, proces weryfikacji spełnienia przez dany produkt wymagań RAL może zostać przeprowadzony w odniesieniu do każdego produktu, a metody tej weryfikacji są ustandaryzowane i publicznie dostępne, co potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci dokumentu „Plastikowe Pojemniki na Odpady i Materiały Recyklingowe – Znak jakości RAL-GZ 951/1”. Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego, że wymagania te są powszechnie znane i akceptowane w branży zajmującej się produkcją pojemników, a wszystkie zainteresowane podmioty (nie tylko te z terenu Niemiec) mają dostęp do procedury RAL GZ 951/1 i mogą się jej poddać. Odwołujący nie wskazywał także, że uzyskanie certyfikatu potwierdzającego zbadanie pojemników pod kątem wymagań RAL GZ 951/1 jest niemożliwe czy też nadmiernie utrudnione. Dopuszczona została również możliwość zaofiarowania rozwiązań równoważnych. Ponadto Odwołujący nie kwestionował podnoszonej przez Zamawiającego okoliczności, że spełnienie wymagań RAL GZ 951/1 świadczy o wysokiej jakości oferowanych produktów.

Poza dwiema powyższej opisanymi tezami odwołania, Odwołujący w ramach odwołania nie przedstawił żadnej

dalszej argumentacji mającej wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w omawianym zakresie postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, jednocześnie w żaden sposób nie referując w uzasadnieniu faktycznym do naruszenia tych przepisów. Odwołujący nie przedstawił argumentów mających wskazywać na niejednoznaczność czy nieprecyzyjności postanowień pkt 3.6.1 i 3.6.2 SIWZ, ich treść nie budziła u Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych, co świadczy o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał także, aby opis przedmiotu zamówienia opisano w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), gdyż jego teza o tym, że treść ww. postanowień ma na celu zakup pojemników firmy ESE nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Podstawa faktyczna zarzutu przedstawiona w odwołaniu nie korespondowała także z przywołanym w petitum naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Podnoszone w ramach repliki oraz na rozprawie twierdzenia w przeważającej mierze wykraczały poza podstawy faktyczne omawianego zarzutu przedstawione w odwołaniu, co powoduje, że nie mogły one zostać wzięte pod uwagę przez Izbę podczas rozstrzygania. Powyższe odnosi się w szczególności do przywołanych w replice okoliczności takich jak: to, że certyfikat RAL GZ 951/1 nie jest certyfikatem w rozumieniu krajowym czy europejskim; że brak jest uprawnienia stowarzyszenia GGAWB do tworzenia norm; że omawiany wymóg OPZ oznacza konieczność przynależności do prywatnego stowarzyszenia lub odpłatnego zlecenia badań pojemników w zakresie i metodami ustalonymi przez stowarzyszenie; że działania stowarzyszenia mające sugerować brzmienie opisu przedmiotu zamówienia są nieetyczne; że znak jakości RAL nie jest oceną zgodności w rozumieniu europejskich norm zharmonizowanych; że norma RAL nie stanowi normy wskazanej w art. 30 ust. 2 ustawy Pzp, a stowarzyszenie GAWWB nie jest europejską organizacją normalizacyjną. Konsekwencją powyższego jest okoliczność, iż Izba – będąc związana na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp granicami podniesionych zarzutów – oceny zasadności tych twierdzeń nie dokonuje.

Izba miała na względzie, iż w treści odwołania nie wskazano na konieczność weryfikacji wymagań z pkt 3.6.1 i 3.6.2 pod kątem ich zgodności z przepisami art. 30 czy 30a ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnego wyводу co do charakteru i statusu prawnego stowarzyszenia GGAWB (nie wymienił nawet jego nazwy), nie odniósł się także do faktu, że Zamawiający dopuścił możliwość posłużenia się nie tylko certyfikatem wydawanym przez to stowarzyszenie, ale i badaniem zgodności wykonanym przez niezależną akredytowaną jednostkę oceniającą zgodność, nie skonfrontował sposobu skonstruowania wymagania pod kątem założeń wynikających z art. 30 ustawy Pzp i obowiązków jakie ten przepis nakłada na Zamawiającego. Za taką analizę niewątpliwie nie sposób uznać przywołania w treści odwołania fragmentu komentarza przedstawicieli doktryny. Odwołujący nie tylko nie postawił w odwołaniu zarzutu naruszenia ww. przepisu, ale nie przedstawił także wyводу faktycznego i prawnego co do zgodności opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego pod kątem tej właśnie regulacji. Częściową argumentację w tym zakresie przedstawiono dopiero w dalszym piśmie procesowym, co uznać należy jednak za działanie spóźnione, uwzględnienie tej argumentacji prowadziłoby do obejścia przepisów dotyczących terminów na wniesienie środków ochrony prawnej. Izba podkreśla ponownie, że z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wynika zasada kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, która nakłada na strony obowiązek wskazywania twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne i składania dowodów na potwierdzenie tych twierdzeń. Rolą Izby nie jest konstruowanie za Odwołującego stosownej argumentacji ani poszukiwanie dowodów na uzasadnienie jego twierdzeń, Izba dokonuje jedynie oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego w granicach zakreślonych podstawami faktycznymi zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Za niewykazany Izba uznała zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i naruszający równe traktowanie podmiotów poprzez nieuzasadnione wymagania poza powszechnie obowiązującą normę - tj. aby pojemniki posiadały przetoczenia wszystkich ścian bocznych (pkt 3.6.5 SIWZ).

W kontekście przedmiotowego zarzutu należy wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia to prerogatywa Zamawiającego, a zarazem jeden z jego kluczowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów, w szczególności z art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. Należy mieć na uwadze, iż art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie powinien być odczytywany w ten sposób, że nakłada na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzebę reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 959/18). Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasadę uczciwej konkurencji, ale poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że Zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niezaspokajający jego potrzeb.

Odwołujący nie poddał wymagania, o którym mowa w pkt 3.6.5 SIWZ, analizie pod kątem naruszenia wskazanych w *petitum* odwołania przepisów art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. Odwołujący nie podniósł, aby treść przedmiotowego postępowania była niejednoznaczna, niewyczerpująca, aby nie została sformułowana za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, czy też aby nie uwzględniała wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wobec czego nie sposób stwierdzić, aby sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia naruszało art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Postanowienie pkt 3.6.5 SIWZ nie budziło po stronie Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych, było przez niego zrozumiałe. Postawa faktyczna zarzutu przedstawiona w odwołaniu nie odnosiła się także w żadnej mierze do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

W treści odwołania nie przedstawiono także argumentacji wskazującej, iż przedmiot zamówienia został w pkt 3.6.5 SIWZ opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący podniósł jedynie, iż Zamawiający winien usprawiedliwić swoje wymagania obiektywnymi okolicznościami, gdy tymczasem sam nie uprawdopodobnił, że opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność że ww. przepis wskazuje na możliwość utrudniania konkurencji, a nie utrudnienie konkurencji (a zatem na prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wystąpienia tego naruszenia), nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem Odwołującego jest udowodnienie okoliczności wskazanych w przepisie, którego naruszenie zarzucane jest Zamawiającemu. To na Odwołującym spoczywał zatem ciężar wykazania tej potencjalnej możliwości wystąpienia

utrudniania konkurencji. Tymczasem Odwołujący nie zaprezentował jakiegokolwiek analizy jak wymóg posiadania przez pojemnik przetłoczeń ścian bocznych wpływać może na ograniczenie konkurencji. Nie przedstawił ani twierdzeń, ani dowodów, które wskazywałyby, że stosowanie przetłoczeń bocznych na pojemniku jest charakterystyczne tylko dla produktów określonego producenta (producentów), że tego rodzaju pojemniki nie są dostępne na rynku, że wymaganie w sposób nieuzasadniony ogranicza możliwość złożenia oferty. Okoliczność, iż nie wszystkie produkty dostępne na rynku odpowiadają tym wymogom, nie stanowi dostatecznej podstawy do stwierdzenia ograniczenia konkurencji, tym bardziej więc podstawy takiej nie stanowi okoliczność, że pojemniki oferowane przez Odwołującego nie posiadają wymaganych przetłoczeń. Również fakt, że treść normy EN 840 nie wskazuje na konieczność posiadania przetłoczeń nie jest wystarczający do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa. Fakt, że na określonym rynku dostępne są różne produkty spełniające wymagania normy EN 840 nie powoduje, iż Zamawiający zobowiązany jest dopuścić każdy produkt zgodny z taką normą, jeżeli zależy mu na jakiejś określonej funkcjonalności.

Izba zważyła, że Odwołujący podjął w treści odwołania polemikę z wynikającym z SIWZ wyjaśnieniem, że przetłoczenia ścian bocznych wpływają na zabezpieczenie pojemnika przed obciążeniami (na ich wytrzymałość), podnosząc iż brak jest dowodów w postaci laboratoryjnych badań potwierdzających znaczący wpływ takich przetłoczeń na zwiększoną wytrzymałość i obciążenia ścian bocznych, w żaden sposób jednak tego faktu nie uprawdopodobniając. Jednocześnie Odwołujący nie negował kwestii samego wpływu tych przetłoczeń na wytrzymałość ścian (wskazywał na brak „znaczącego” wpływu, a nie wpływu jako takiego). Odwołujący podnosił tylko, że są także inne metody technologiczne zapewniające wytrzymałość, nie przedstawił jednak żadnych szerszych argumentów czy dowodów to potwierdzających. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie oparł także twierdzeń Zamawiającego podniesionych w odpowiedzi na odwołanie, iż przetłoczenia wpływają na stabilność pojemnika, jego łatwiejsze opróżnianie, czy zwiększając odporność na uszkodzenia. Izba wskazuje, iż Zamawiający co do zasady ma prawo oczekiwać, że zamawiany produkt będzie posiadał określone parametry jakościowe czy określoną funkcjonalność, zaś okoliczność, że dany wykonawca takiego produktu nie posiada czy też, że dostosowanie posiadanych produktów na potrzeby zamówienia byłoby zbyt kosztowne, nie stanowi podstawy do narzucania Zamawiającemu zmiany przyjętych założeń. Izba mogłaby nakazać Zamawiającemu modyfikację postanowień OPZ tylko w sytuacji, gdyby Odwołujący wykazał naruszenie przepisów dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia, w szczególności art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp. Brak wykazania tego rodzaju naruszeń powoduje, że wprowadzenie modyfikacji żądanych przez wykonawcę będzie zależne tylko od decyzji Zamawiającego.

Ponadto zauważenia wymaga fakt, że bardziej szczegółowa argumentacja w kontekście przetłoczeń i ich znaczenia, w tym ta dotycząca okoliczności, że dwóch wiodących dostawców na rynku polskim (Odwołujący z produktami Weber i firma Contenur) nie dysponuje pojemnikami posiadającymi wymagane przetłoczenia, czy też kosztów związanych ze zmianą linii produkcyjnej, nie została w ogóle podniesiona w odwołaniu. Argumentacja ta, jak i informacje przedstawione w dowodzie stanowiącym oświadczenie firmy Contenur, w istocie stanowią rozszerzenie podstaw faktycznych odwołania. Ponadto stanowisko przedstawione w ww. oświadczeniu akcentuje, że ilość, wielkość i kształt przetłoczeń jest wynikiem prac inżynierów konstruktorów projektujących produkty w sposób pozwalający na spełnienie wymagań norm, co pośrednio potwierdza, że kwestia przetłoczeń ma wpływ na parametry jakościowe pojemnika.

W odniesieniu do wymogu dotyczącego przystosowania pojemników do przeniesienia większej wagi argumentacja Odwołującego sprowadzała się wyłącznie do stwierdzenia, że Zamawiający wymaga dostawy produktu o ponadstandardowych parametrach, a więc powinien swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi potrzebami. Analogicznie jak w przypadku wyżej opisanym, nie przedstawiono żadnej argumentacji mającej wskazywać na prawdopodobieństwo utrudnienia konkurencji. Fakt, że Zamawiający oczekuje dostawy produktu o wyższej niż standardowa jakości, nie świadczy *per se* o możliwości naruszenia konkurencji czy innego rodzaju naruszenia przepisów, a Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że do takiego naruszenia w przedmiotowym przypadku może w ogóle dojść. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego wymóg odnoszący się do wyższych niż wskazane w normie parametrów ładowności miały być niezgodny z ustawą Pzp. Izba miała ponadto na względzie, iż - podobnie jak we wcześniejszych przypadkach - argumentacja prezentowana w tym zakresie przez Odwołującego w replice i na rozprawie w przeważającej mierze wykraczała poza zakres odwołania. Dotyczy to w szczególności twierdzenia, iż na rynku nie istnieją produkty spełniające przedmiotowe wymaganie, na dowód czego złożono oświadczenie firmy Contenur wskazujące, iż pojemników o takiej jak wymagana dopuszczalnej masie całkowitej nie posiada żaden znany firmie Contenur producent. Jak sygnalizowano już powyżej, rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalne, a tego rodzaju argumentacja i prezentowane na jej potwierdzenie dowody nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby.

Za niewykazany Izba uznała także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp odnoszący się do nieuzasadnionego rozróżnienia budowy pokrywy pojemników w pkt 3.6.7 SIWZ.

Argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie została ograniczona do stwierdzenia, że zapis, iż listwa wewnętrzna zwiększa higienę w stosunku do pojemników z rączkami do otwierania jest niezrozumiały, a argument o zwiększeniu higieny nie posiada żadnego uzasadnienia w faktach potwierdzonych badaniami naukowymi oraz do postawienia tezy, że ten wymóg ma na celu wskazanie konkretnego produktu, konkretnego producenta. Lakoniczność i ogólność przedstawionych twierdzeń nie pozwala na uznanie, że Odwołujący uprawdopodobnił, iż pkt 3.6.7 SIWZ narusza art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp, nie mówiąc już o udowodnieniu takiego naruszenia. Odwołujący nie podjął żadnej próby wykazania stawianych tez, w tym w szczególności okoliczności, aby uchwyt w postaci listwy wewnętrznej był charakterystyczny tylko dla produktu określonego producenta (nie wskazał nawet jakiego producenta i o jakie pojemniki chodzi). Ponadto Odwołujący zarzucając Zamawiającemu, że rodzaj uchwyty nie ma związku z kwestią higieny w żaden sposób tej tezy nie rozwinął, nie wyjaśnił czemu taki związek nie zachodzi. Poprzestanie na prostym zanegowaniu okoliczności uzasadniającej wymagania Zamawiającego, bez przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień, argumentów, bez podjęcia jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej, nie powoduje przeniesienia na Zamawiającego ciężaru dowodu, iż postanowienia OPZ nie utrudniają konkurencji. Podstawowym zadaniem Odwołującego jest wykazanie, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, a ograniczenie argumentacji do lakonicznych, niczym nie popartych stwierdzeń, takiego wykazania nie stanowi. Za nieuzasadnione Izba uznała ponadto stanowisko Odwołującego, jakoby niezrozumiałe było dlaczego Zamawiający stawia dodatkowe wymaganie w kwestii higieny skoro wymaga, aby produkt posiadał atest PZH. Jak podnosił Zamawiający posiadanie przez pojemniki atestu PZH daje gwarancję, że użytkowane przez mieszkańców pojemniki będą bezpieczne dla nich i środowiska naturalnego, atest taki określa czy pojemnik jest

szczelny, łatwy w utrzymaniu czystości, czy nie zawiera związków metali ciężkich. Zamawiający jest uprawniony do ustanowienia dodatkowych wymogów odnoszących się do kwestii higieny użytkowania pojemników czy też wpływających na większą trwałość tych elementów pokryw pojemników, które służą do ich otwierania (na co Zamawiający wskazywał na rozprawie).

Za bezprzedmiotowy Izba uznała zarzut nr 2 odwołania odnoszący się do niedopuszczenia przez Zamawiającego możliwości składania ofert równoważnych.

Rozstrzygając o zasadności omawianego zarzutu Izba miała na względzie okoliczność, iż w dniu 22 grudnia 2020 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, w sposób który miał wpływ na ocenę tego zarzutu – Zamawiający wprost dopuścił bowiem produkty równoważne, jak i uzupełnił opis parametrów odwołujących się do norm i certyfikatów poprzez dodanie wyrazów „lub równoważne.” Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu w przypadku wniesienia odwołania dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast, jako że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania a przed zamknięciem rozprawy, stanowią podstawę ustaleń faktycznych na gruncie których Izba wydaje wyrok. Wobec tego zmiany treści SIWZ w zakresie dopuszczenia składania ofert równoważnych dokonane przez Zamawiającego nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia. Modyfikacje te spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą zarzutu dotyczącego pkt 3.9 SIWZ, a brzmienie tego postanowienia zostało zmienione zgodnie z żądaniem Odwołującego, co czyniło zarzut bezprzedmiotowym. Na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu modyfikacji treści SIWZ Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....