

Bytom, dnia 22 stycznia 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zarząd Dróg Miejskich

ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice

NIP: 631-244-02-61

tel. +48 32/300-86-36

e-mail: zachara_m@zdm.gliwice.eu

Odwołujący:

Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek

ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom

NIP: 6260337076, REGON:271750455

e-mail: sekretariat@zuktz.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych pn. „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2024 r.”

Warunki formalne odwołania:

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2024 r.
2. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie przelewu w załączeniu.

3. Odwołujący zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego w dniu 22 stycznia 2024 r.
4. W załączeniu wydruk z CEIDG.
5. Znak sprawy: ZDM-ZPU.26.1.2024
6. Ogłoszenie numer 00022583-2024 z dnia 12 stycznia 2024 r.

Odwołanie

Działając na podstawie art. 505. ust. 1, art. 513 pkt 1, art.514 ust.1 oraz art.515 ust. 1 pkt lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 129 z późn. zm.) niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2024 r., ZDM-ZPU.26.1.2024 polegających na:

1. sformułowaniu w pkt. 2 SWZ w odniesieniu do Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,
2. Sformułowania w §10 ust. 1 pkt. g Umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy bez zapłaty kar umownych w przypadku, gdy wykonawca nie posiada ważnej decyzji na zbieranie odpadów zgodnie z art.45 ust. 1 pkt. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz.21),
3. sformułowanie w pkt. 13 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia na rok 2024 dla zadania 8 oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ obowiązku dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem, którego praca spełnia normy emisji pyłów drobnych PM-EN-15429-3:2015-2-05E, **o konstrukcji przegubowej** o DMC do 3,5 ton, wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków

chemicznych **i ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią**, w ilości 3 sztuk.

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art.134 p.z.p. w zw. z art. 112 ust.2 pkt. 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 SWZ poprzez sformułowanie treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób niejasny oraz wewnętrznie sprzeczny, polegający na wskazaniu w pkt 2 SWZ, że w odniesieniu do Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 wykonawcy muszą posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów przy jednoczesnym wskazaniu w pkt. 9.2 SWZ, że Zamawiający nie określa szczegółowego warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej,
2. art. 112 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 114 pkt. 1- 3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez sformułowanie w odniesieniu Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 zamówienia w pkt. 3 SWZ nie proporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w przypadku gdy wynika to z odrębnych przepisów, w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów o zgodzie z przepisami ustawy o odpadach, pomimo, że ustawa o odpadach nie nakłada na wykonawców obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów,
4. art. 99 ust. 1- 3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie w pkt. 13 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia na rok 2024 dla zadania 8 oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ obowiązku dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem, **o konstrukcji przegubowej**, wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i **ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią**, pomimo, że na rynku istnieją różnego typu wielofunkcyjne pojazdy do usuwania zanieczyszczeń i brak jest uzasadnionych potrzeb zamawiającego, przemawiających za postawieniem względem wykonawców

obowiązku posiadania pojazdu o konkretnej konstrukcji oraz posiadającego ssawę umieszczoną za tylną osią,

5. art. 99 ust. 1- 3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie w pkt. 13 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia na rok 2024 dla zadania 8 oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ obowiązku dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem, **o konstrukcji przegubowej**, wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i **ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią** w ilości trzech sztuk pomimo, że do wykonania przedmiotu zamówienia wystarczającym jest aby wykonawca posiadał 2 pojazdy wielofunkcyjne.

Mając na względzie powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ poprzez:
 - a. wykreślenie z pkt. 3 SWZ w odniesieniu do Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 obowiązku posiadania przez wykonawcę rejonów 6,7,8,9 przez cały okres trwania umowy decyzji na zbieranie odpadów zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz.21),
 - b. wykreślenia z §10 ust. 1 pkt. g Umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy bez zapłaty kar umownych w przypadku, gdy wykonawca nie posiada ważnej decyzji na zbieranie odpadów zgodnie z art.45 ust. 1 pkt. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz.21),
 - c. zmianę w odniesieniu do Części nr 8 określonego w załączniku nr 8 do SWZ wymagania co do obowiązku dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem którego praca spełnia normy emisji pyłów drobnych PM-EN-15429-3:2015-2-05E, o konstrukcji przegubowej o DMC do 3,5 ton, wyposażony w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i ssawę (odbiór zanieczyszczeń)

umieszczoną za tylną osią, **poprzez usunięcie z tego postanowienia słów „o konstrukcji przegubowej” oraz słów „umieszczoną za tylną osią”,**

- d. zmianę w odniesieniu do Części nr 8 określonego w załączniku nr 8 do SWZ obowiązku posiadania przez wykonawcę wielofunkcyjnego pojazdu którego praca spełnia normy emisji pyłów drobnych PM-EN-15429-3:2015-2-05E, **o konstrukcji przegubowej** o DMC do 3,5 ton, wyposażony w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią w ilości 3 sztuk **poprzez usunięcie z tego postanowienia słów „w ilości 3 sztuk” i zastąpienie ich słowami „w ilości 2 sztuk”,**
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według wystawionej faktury,
 3. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowód, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Stosownie do treści art.505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem, który świadczy usługi zimowego utrzymania dróg, chodników oraz ciągów rowerowych i pieszo rowerowych i zamierza złożyć ofertę w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek sformułowania przez Zamawiającego nieproporcjonalnych warunków udziału w zamówieniu oraz dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2024 r.

Przedmiotem zamówienia jest przedmiotem zamówienia jest utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2024 r. z podziałem na zadania.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla zadania 6 i 7 przedmiotem zamówienia są usługi mieszczące się w zakresie PKWiU 81.29.12.0 tj. usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu. Przedmiot zamówienia zadania oczyszczanie chodników obejmuje mechaniczne i ręczne zamywanie chodników, usuwanie przerostu chwastów oraz oczyszczanie pasów zieleni. Oczyszczanie pasów zieleni- polegać będzie na utrzymaniu czystości na pasie zieleni pasa drogowego którym zarządza Zamawiający. Prace prowadzone będą na obszarze ok 65 ha i polegać będą na ręcznym sprzątaniu również jeżeli zajdzie taka potrzeba wygrabianiu pasa drogowego w zakresie pasa zieleni. Wykonawca na bieżąco będzie usuwał zebrane z pasa zieleni zanieczyszczenia (wszelkiego typu włącznie z odpadami pochodzenia motoryzacyjnego, odpadami po budowlanych oraz ponad gabarytowymi patrz na przykład meble itp.) zgodnie z otrzymanym harmonogramem prac. Usuwanie przerostu traw i chwastów polega na ręczno- mechanicznym usunięciu roślinności, oczyszczeniu z zalegających substancji na zleconej odchwaszczenia nawierzchni. Usuwanie namulów polega na usunięciu wszystkich zanieczyszczeń, roślinności z utwardzonej nawierzchni korytka odwadniającego bądź rowu melioracyjnego. Poprzez oczyszczanie nawierzchni należy rozumieć usunięcie przy użyciu odpowiednich narzędzi zanieczyszczeń z powierzchni oczyszczanej.

Z kolei przedmiotem zamówienia dla zadania 8 jest oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki. Są to usługi mieszczące się w zakresie PKWiU 81.29.12.0 tj. usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu. Sprzątanie przedmiotu zamówienia polega na regularnym wykonywaniu określonych czynności, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Poprzez mycie (szorowanie) płyty Rynku należy rozumieć usunięcie błota, substancji oleistych, smarów oraz innych zanieczyszczeń, takich jak np. pozostałości po gumie do żucia i ptasie odchody. Mechaniczne cykliczne mycie i czyszczenie (szorowanie) musi być wykonywane sprzętem wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę i środki chemiczne umożliwiające oczyszczenie powierzchni z zanieczyszczeń, plam oleju, tłuszczu i innych zanieczyszczeń z odbiorem zanieczyszczeń za pojazdem.

Zamywanie powierzchni pasa drogowego ulic wymienionych w załączniku. Mechaniczne oczyszczanie (zamywanie) jezdni polega na usunięciu z jezdni zanieczyszczeń występujących na niej za pomocą urządzeń wielofunkcyjnych o konstrukcji przegubowej wyposażonym w systemie szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę W miejscach niedostępnych dla zamytarek

Wykonawca będzie zobowiązany do ręcznego oczyszczenia tych miejsc. Zamiatanie odbywać się będzie przy włączonym i sprawnie działającym systemie zraszającym.

Zamiatanie jezdni wymienionych w wykazie obejmuje mechaniczne i uzupełniająco ręczne oczyszczanie całej szerokości pasa drogowego wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów również zatok autobusowych i miejsc parkingowych wraz z tzw. polami martwymi, wysepkami kanalizującymi ruch, rondami, powierzchniami skrzyżowań (pasy włączenia i wyłączenia), azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowym, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa.

Poprzez umycie należy rozumieć usunięcie błota, substancji oleistych, smarów oraz innych zanieczyszczeń, takich jak np. pozostałości po gumie do zżucia i ptasie odchody. Mechaniczne mycie i czyszczenie (szorowanie) musi być wykonywane sprzętem wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę i środki chemiczne umożliwiające oczyszczenie powierzchni z zanieczyszczeń, plam oleju, tłuszczu i innych zanieczyszczeń z odbiorem zanieczyszczeń za pojazdem. Zbieranie śmieci z terenów zielonych oraz donic w rejonie. Polega na oczyszczeniu wyznaczonych powierzchni z zalegających zanieczyszczeń. Zamawiający może zlecić zbieranie śmieci również z utwardzonych nawierzchni uprzednio wskazując ich powierzchnię

W przypadku zadania nr 9 zobowiązany jest do Usuwania skutków powypadkowych i innych zdarzeń losowych powodujących zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz porządku publicznego, na wszystkich drogach publicznych miasta Gliwice. Do obowiązku wykonawcy należy utylizacja zebranych wszelkich zanieczyszczeń oraz zużytych materiałów zgodnie z przepisami ustaw o ochronie środowiska i odpadach, na własny koszt.

W pkt. 2 SWZ w odniesieniu do Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Z kolei w pkt. 9.2. SWZ Zamawiający wskazał, że Zamawiający nie określa szczegółowego warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Z kolei w pkt. 13 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia na rok 2024 dla zadania 8 oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ, Zamawiający prowadził obowiązek dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem, którego praca spełnia normy emisji pyłów drobnych PM-EN-15429-3:2015-2-05E, **o konstrukcji przegubowej** o DMC do 3,5 ton, wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i **ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią**, w ilości 3 sztuk.

I.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że treść SWZ jest wewnętrznie sprzeczna.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 2 p.z.p. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Z kolei zgodnie z art. 134 pkt. 8 i 9 p.z.p SWZ zawiera co najmniej informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w pkt.9. 2 SWZ wskazał, że Zamawiający nie określa szczegółowego warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Niniejsze postanowienie SWZ pozostaje w sprzeczności z pkt. 2 SWZ gdzie wskazano, że w odniesieniu do Części nr 6, Części nr 7, Części nr 8, Części nr 9 Zamawiający

sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w odniesieniu do posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawca rejonów 6,7,8,9 musi posiadać ważną przez cały czas trwania umowy decyzję na zbieranie odpadów.

Z powyższego wynika, że Zamawiający z jednej strony nie określa szczegółowego warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, a z drugiej nakłada na wykonawców rejonów 6,7,8,9 obowiązek posiadania decyzji na zbieranie odpadów. Sformułowane w ten sposób postanowienia treści SWZ są ze sobą wewnętrznie sprzeczne.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „Warunki udziału w postępowaniu muszą w jasny i jednoznaczny sposób określać obowiązki wykonawców w postępowaniu.” (KIO 586/23).

Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść SWZ został sformułowana w sposób sprzeczny z przepisami prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od wskazanych powyżej niejasności, w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymaga, aby Wykonawca rejonów 6,7,8,9 posiadał zezwolenie na zbieranie odpadów zgodnie z ustawą o odpadach pomimo, że obowiązujące przepisy ustawy o odpadach nie nakładają na wykonawcę obowiązku posiadania takiego zezwolenia.

Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z definicją wytwórcy odpadów zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach pod tym pojęciem rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku

świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej.

Z powyższego wynika, że podmiot świadczący usługę sprzątania jest wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usługi, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej.

Status podmiotu świadczącego usługę sprzątania zależy zatem każdorazowo od treści zawartej umowy, natomiast w przypadku umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, brzmienie umowy narzucane jest przez zamawiającego. To zamawiający decyduje zatem, czy wykonawca będzie wytwórcą odpadów powstałych w wyniku świadczenia usługi czy też nie. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w udostępnionym wzorze umowy nie przewidział, aby to Miejski Zarząd Dróg miała być wytwórcą odpadów powstałych w związku z wykonywaniem usługi zmiatania, usuwania przerostu chwastów oraz oczyszczania pasów zieleni, a więc zgodnie z przytoczoną powyżej definicją wytwórcy odpadów, to wykonawca będzie wytwórcą odpadów powstałych w związku z świadczonymi usługami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 19 ustawy o odpadach wytwórca odpadów jest jednocześnie ich posiadaczem. Z kolei przepis art. 25 ust. 6a ustawy o odpadach zwalnia posiadacza odpadów od obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, jeśli jako wytwórca odpadów prowadzi wstępne ich magazynowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a tej ustawy.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok WSA w Łodzi z dnia 28 kwietnia 2021 r. w którym wskazano, że „wprawdzie zgodzić się przyjdzie z organem, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie została spełniona przesłanka z art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach dotycząca zwolnienia z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, bowiem skarżący jako wytwórca odpadów nie zbiera ich w miejscu wytworzenia, lecz transportuje je do swojej siedziby. **Niemniej jednak rację przyznać należy skarżącemu, który zauważa, że czynności, jakich dokonuje po przetransportowaniu odpadów do siedziby firmy, nie wymagają uzyskania zezwolenia. Podkreślić przy tym bowiem należy, że skarżący zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 19 ustawy o odpadach jako wytwórca odpadów jest jednocześnie ich posiadaczem. Z kolei przepis art. 25 ust. 6a ustawy**

o odpadach zwalnia posiadacza odpadów od obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, jeśli jako wytwórca odpadów prowadzi wstępne ich magazynowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a tej ustawy. Z analizy akt sprawy wynika przy tym, że wszystkie odpady powstałe w ramach prowadzonej przez skarżącego działalności były magazynowane w jego siedzibie do czasu przekazania ich uprawnionym podmiotom, a tym samym były magazynowane jedynie czasowo. Powyższe rozważania potwierdzają, że zaskarżone w pkt 1 zarządzenie pokontrolne wydane zostało z naruszeniem wyżej powołanych przepisów ustawy o odpadach.” (wyrok WSA w Łodzi z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt II SA/Łd 139/21).

Z kolei Ministerstwo Klimatu i Środowiska wskazuje, że „jeżeli podmiot wstępnie magazynuje wytworzone przez siebie odpady – w wyniku świadczenia usług (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach) i/lub działalności w zakresie obiektów liniowych (w rozumieniu art. 3 pkt 3a ustawy – Prawo budowlane), w miejscu ich wytworzenia np. teren budowy, miejsce przeprowadzania prac serwisowych, usuwania awarii i z tego miejsca bezpośrednio przekazuje odpady do zagospodarowania, to nie potrzebuje zezwolenia na zbieranie odpadów”.

Mając zatem na względzie stanowisko wyrażone w orzecznictwie sądowym oraz przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska, wykonawca nie jest zobowiązany do posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, jeżeli jest ich wytwórcą.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazuję, że podmiot świadczący usługę zmiatania jest wytwórcą odpadów powstałych w wyniku świadczenia przez niego usługi oraz ich posiadaczem, dlatego zwolniony jest z obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych postawił wymóg, aby wykonawca rejonów 6,7,8,9 posiadał zezwolenie na zbieranie odpadów, skoro obowiązujące przepisy ustawy o odpadach nie zobowiązują wykonawców do legitymowania się takim zezwoleniem w przypadku świadczenia usług sprzątnia.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają

na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie - zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na **konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.** Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, **przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...)**"(KIO 978/11).

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w sposób nieproporcjonalny ustanowił warunki w niniejszym postępowaniu, ponieważ ograniczył krąg wykonawców do tych, którzy posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów, pomimo, że obowiązujące przepisy nie nakładają na wykonawców obowiązku posiadania takiego zezwolenia.

Co istotne w wcześniej ogłaszanych przez tego samego Zamawiającego postępowaniach, których przedmiotem było świadczenie tego samego rodzaju usług, Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy posiadali zezwolenie na zbieranie odpadów. Nie zrozumiałym jest zatem dlaczego w niniejszym postępowaniu taki wymóg został postawiony.

Dowód:

1. SWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2023 r.

Ponadto w przypadku zadania nr 1-5, którego przedmiotem również są usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu Zamawiający nie postawił warunku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów. Zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia

w przypadku zadania nr 1-5 zadanie oczyszczanie jezdni obejmuje mechaniczne i ręczne zmiatanie, zmywanie jezdni oraz usuwanie chwastów.

Pomimo zatem, że zadanie 1-5 jest zakresem czynności jest prawie identyczne z zadaniem 6-7 i w jednym i w drugim przypadku przedmiot zadania obejmuje mechaniczne i ręczne zmiatanie oraz usuwanie chwastów, to w przypadku zadania 1-5 nie postawiono wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów.

W orzecznictwie podkreśla się, że „Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia.” (wyrok KIO 455/23).

W niniejszej sprawie Zamawiający postawił wymóg nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

II.

Zamawiający nie wskazał warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wykonawcy w treści specyfikacji warunków zamówienia, a wymagania w zakresie sprzętu jakim wykonawca powinien posiadać zawarł w treści opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt. 9.4 SWZ nie określił żadnych wymagań w zakresie zdolności technicznej jaką wykonawcy powinni dysponować, natomiast w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zobowiązał wykonawców do posiadania określonych pojazdów.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „Nie ma racji w stwierdzeniu, że **opis przedmiotu zamówienia w zakresie warunku posiadania uprawnień może zastępować**, czy doprecyzowywać **opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu**. Opis przedmiotu zamówienia może jedynie służyć ocenie trzech elementów opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. związania z przedmiotem, proporcjonalności oraz możliwości zweryfikowania za pomocą żądanego uprawnienia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i aspekt ten będzie głównie podlegał ocenie na etapie przed upływem terminu składania oferty przy

kwestionowaniu nadmiernych, dyskryminacyjnych, czy nierównych warunków udziału w postępowaniu.” (wyrok KIO 2829/15).

Sporządzona przez Zamawiającego dokumentacja jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ Zamawiający z jednej strony nie stawia warunku w zakresie zdolności technicznej, a z drugiej strony w opisie przedmiotu zamówienia wprowadza wymóg, aby wykonawcy posiadali określony sprzęt o kreślonych przez niego wymogach technicznych.

Opisanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego w opisie przedmiotu zamówienia doprowadziło do sytuacji, w której, Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez ustanowienie w nim warunków nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt. 13 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia na rok 2024 dla zadania 8 oczyszczanie ścisłego centrum miasta oraz Rynku i Starówki stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ sformułował obowiązek dysponowania przez wykonawcę wielofunkcyjnym pojazdem, **o konstrukcji przegubowej**, wyposażonym w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro **z użyciem środków chemicznych i ssawę (odbiór zanieczyszczeń) umieszczoną za tylną osią.**

Z kolei w przypadku zadania nr 6 i 7 oczyszczanie chodników w SOPZ na stronie 4 zamawiający wskazał cyt. „wykonawca musi dysponować, co najmniej niżej wymienionymi pełnosprawnymi urządzeniami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia dla każdego zadania nr 6 i 7: Wielofunkcyjny pojazd, którego praca spełnia normy emisji pyłów drobnych PM-EN-15429-3:2015-2-05E, o DMC do 3,5 ton, wyposażony w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę odkurzacz zewnętrzny - minimum 2 sztuki (...)”.

Wskazane w SOPZ opisy odnoszące się do zadania nr 6 i 7 oraz 8 dowodzą i potwierdzają, że na rynku istnieją różnego typu wielofunkcyjne pojazdy do usuwania zanieczyszczeń potocznie nazywane „zamiatarkami”. W praktyce występuje kilkanaście rozwiązań takich urządzeń, które są przeznaczone do oczyszczania. Zamawiający natomiast bez powodu i przyczyny w przypadku zadania nr 8 wskazał rozwiązanie, które wyklucza możliwość użycia,

a wręcz eliminuje kilkanaście modeli i typów zamiatarek. Wynika to w szczególności z wymagania by urządzenie to miało konkretną konstrukcję - konstrukcję przegubową, gdy na rynku występują pojazdy wielofunkcyjne montowane na samodzielnym specjalnie zbudowanym podwoziu kompaktowym, zabudowane na pojazdach, a nawet przyczepy zamiatające tzw. zamiatarki ciągnione. Część urządzeń, które są wykorzystywane do oczyszczania nie przypomina nawet pojazdów np. agregaty sprzątające, które można spotkać na galeriach handlowych. Wszystkie wskazane rozwiązania konstrukcyjne są równorzędne i skuteczne pomimo tego, że nie zastosowano w nich konstrukcji przegubowej. Konstrukcja przegubowa to rozwiązanie stosowane przez dwóch lub trzech producentów, nie jest to rozwiązanie standardowe, powszechnie stosowane, a także wymagane by skutecznie oczyścić powierzchnię. To jakiej konstrukcji jest zamiatarka może mieć znaczenie wyłącznie dla operatora tego sprzętu, a jest bez znaczenia dla odbiorcy usługi sprzątania, który odbiera końcowy efekt – czystość nawierzchni, a nie konstrukcję pojazdu. Argumenty te potwierdza chociażby opis wymagań, który został postawiony dla zadania nr 6 i 7, gdzie chodniki miejskie planuje się oczyszczać zamiatkami bez wskazania ich konstrukcji, co oznacza, że mogą to być zamiatarki o różnej konstrukcji np. kompaktowe, zabudowane na pojeździe, a także o konstrukcji przegubowej. W SOPZ brak jest wskazania jakiś szczególnych warunków, które wymagałyby użycia zamiatarek o konstrukcji przegubowej.

Całkowicie zbędnym jest również narzucenie wymogu, by odbiór odpadów ssawą umieszczony był za tylną osią. W tym wypadku chodzi o sposób zasysania czy podejmowania odpadów z nawierzchni. Wskazana „ssawa” to część urządzenia. W przyjętych na rynku rozwiązaniach ssawa zasysająca jest montowana:

- Z przodu pojazdu,
- Między osiami pojazdu,
- Z boku pojazdu za boczną szczotką zbierającą,
- Z tyłu pojazdu.

Wśród tych rozwiązań nie sposób wyróżnić najlepsze, jedyne właściwe. Wszystkie zapewniają skuteczny odbiór odpadów, a miejsce montażu to wybór producenta i jego ekipy inżynierskiej.

Wskazane powyżej zastrzeżenia co do konstrukcji pojazdu, a także umiejscowienia ssawy zasysającej, gdy są rozpatrywane łącznie powodują, że wybór urządzenia sprzątającego jest bardzo mocno ograniczony, co ogranicza w sposób znaczący, istotny konkurencję na rynku

do posiadaczy tego typu urządzeń, a także narzuca rozwiązania, które niekoniecznie są najlepszymi na rynku. Obowiązujące przepisy prawa, czy też rozwiązań technicznych nie narzucają żadnego rozwiązania pozostawiając w tym zakresie wolność wyboru potencjalnym użytkownikom sprzętu. W dokumentacjach przetargowych na usługę sprzątania nie spotyka się wymagań, których, by precyzowano części danego urządzenia, a taką częścią jest ssawa czy przegub w konstrukcji. To jedynie części maszyny, a nie maszyna służąca do wykonania usług. Jest to zbyt daleko idąca ingerencja w środki techniczne, jakimi ma się posługiwać Wykonawca, nie istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, tak jak nie istotnym jest np. lakier koloru jakim będą pokryte maszyny sprzątające.

b)

Zamawiający SOPZ wskazał, że wymaga 3 sztuki pojazdów wielofunkcyjnych o specjalistycznej konstrukcji, których zadaniem jest oczyszczenie jednorazowo powierzchni w przypadku zmiatania – 34 296 m² lub szorowania 17 128 m². Ilość wymaganych pojazdów jest nieadekwatna do deklarowanego zakresu prac. W przypadku wykorzystania do zmiatania nawierzchni zadeklarowanych pojazdów wypadłoby na jeden pojazd 11 432 m². Nowoczesne zmiatarki taką powierzchnię oczyszczają w zakresie jednej godziny. W przypadku szorowania nawierzchnia byłaby jeszcze mniejsza. Wykorzystanie takiej ilości zasobów jest zbędne, nieekonomiczne i nieadekwatne do zakresu.

W przypadku zadania nr 6 i 7, w którym są wykorzystywane tożsame urządzenia zamawiający założył, że będą wykorzystywane 2 zmiatarki do jednokrotnego oczyszczenia powierzchni 500 000 m², co w przeliczeniu na jeden pojazd dawałoby 250 000 m². W przypadku zadania nr 6 i 7 zakładana wydajność tych pojazdów o powierzchni 250 000 m² jest około 2 200% wyższa od planowanej wydajności na zadaniu nr 8, gdzie wymaga się by jeden pojazd oczyszczał 11 432 m². Zestawienie to potwierdza, że ilość pojazdów, która jest wymagana do zadania nr 8 jest nieadekwatna w związku z czym wnoszę o zredukowanie wymaganej ilości do 2 pojazdów, co gwarantuje zabezpieczenie wykonania usługi na wysokim poziomie.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „to zamawiający jako autor spornych postanowień powinien uzasadnić i wykazać, że ustanowiony przez niego warunek rzeczywiście służy celom postępowania o udzielenie zamówienia i nie zmierza do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji” (KIO 898/18).

Biorąc pod uwagę powyższe to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że określone przez niego wymagania są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. wydruk z CEIDG Odwołującego,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. dowody wymienione w treści odwołania.