Sygn. akt: KIO 443/25

WYROK

Warszawa, 25 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 lutego 2025 r. przez wykonawcę:
T.K. - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. Radomubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Gmina Iłża, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia:
PreZero Service Wschód Sp. z o.o. Radom (KRS 0000672926)

orzeka:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić wystosowaną w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych z 3 lutego 2025 r.;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…...……..

U z a s a d n i e n i e

Gmina Iłża (ul. Rynek 11, 27-100 Iłża) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłża; wewnętrzny identyfikator: IGP.271.20.2024 (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

6 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. Radom (ul. Kalinowa 6, 26-600 Radom) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (dalej odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie od wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - wykazu usług z referencjami - bez podstawy prawnej i faktycznej. Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw z art. 522 ust 1 zd. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazywał, że wezwanie było nieuprawnione ze względu na dwie okoliczności:

- złożony pierwotnie wykaz usług potwierdzał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w brzmieniu określonym w SWZ rozdział VIII ust 2 pkt 3.1;

- zamawiający uwzględniając odwołanie w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą akt KIO 253/25 w całości zobowiązany był do zachowania zgodnego z żądaniem podstawowym odwołującego (ocena i wybór oferty odwołującego wobec uznania, że spełnia ona warunek udziału w postępowaniu) a nie ewentualnym (wobec uznania, że nie wykazano spełniania warunku udziału w postepowaniu wezwanie odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia wykazu usług) każda po unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy i unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wnosił o (1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia wykazu usług a w przypadku odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na nieuzupełnienie wykazu usług lub niespełnienie warunków udziału w postępowaniu (2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Sprawa tocząca się

przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 253/25 wszczęta została w Postępowaniu odwołaniem odwołującego od czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ rozdział VIII ust 2 pkt 3.1. Zakończyła się umorzeniem postepowania odwoławczego wobec uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wnosił o odrzucenie odwołania a w razie nieuwzględnienia wniosku o oddalenie odwołania. Żądanie odrzucenia odwołania uzasadniał wykonaniem czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z żądaniem odwołania odwołującego, które uwzględnił w całości w sprawie, która toczyła się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą KIO 253/25.

12 lutego 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia PreZero Service Wschód sp. z o.o. Radom (ul. Wrocławska 3, 26-600 Radom) (dalej przystępujący). Przystąpienie zostało złożone w związku przesłaniem wykonawcom przez zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przyłączenia się do postępowania odwoławczego 10 lutego 2025 r. za pośrednictwem platformy zamówieniowej. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty składające się na dokumentację Postępowania, w szczególności SWZ, ofertę odwołującego, wykaz usług wraz z referencjami, odwołanie i odpowiedź na odwołanie złożone w sprawie, która toczyła się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt 253/25, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych ich wyjaśnienia oraz do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, oświadczenia Gminy Broda, print screen'y stron internetowych Gminy Broda, analizy za rok 2022 i 2023 systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Broda.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba wskazuje, że powszechnie przyjmuje się, że w sytuacji sformułowania zarzutu podstawowego i względem niego ewentualnego w przypadku uwzględnienia zarzutu podstawowego zarzut ewentualny pozostawia się bez rozpoznania. Zarzut ewentualny rozpoznawany może być, w tym również podlegać uwzględnieniu, wyłącznie w sytuacji oddalenia zarzutu podstawowego.

W sprawie odwoławczej poprzedzającej niniejszą toczącej się pod sygnaturą akt KIO 253/25z odwołania odwołującego w Postępowaniu:

1. odwołanie zawierało zarzut podstawowy (sprzeczne z prawem odrzucenie oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu opisanego SWZ rozdział VII ust. 2 pkt 3.1) i ewentualny (zaniechanie wezwania odwołującego jako wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu (opisanego zarzutem podstawowym) do uzupełnienia wykazu usług, co stanowi obowiązek zamawiającego, który uznaje, że spełnienie warunku nie zostało wykazane)
2. doszło do uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego; zamawiający nie wnosił o oddalenie zarzutu podstawowego.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, izba może umorzyć postępowanie odwoławcze, czego konsekwencją jest wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Art. 527 Pzp wyłącza dopuszczalność zaskarżenia przez odwołującego czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które zostało przez zamawiającego uwzględnione. Art. 528 pkt 5 Pzp przewiduje zaś odrzucenie odwołania na czynność wykonaną zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzut uwzględniony i jego żądanie nie zawierały wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Brak jest wymaganej Ustawą dla odrzucenia odwołania tożsamości treści czynności zamawiającego z żądaniem uwzględnionego odwołania. Stąd brak podstawy do odrzucenia.

W postępowaniu odwoławczym poprzedzającym niniejsze odwołujący żądał bowiem:

- dla zarzutu podstawowego: unieważnienia wyboru oferty innego wykonawcy i unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego jako spełniającej warunek udziału w postępowaniu oraz
- dla zarzutu ewentualnego: wezwania do uzupełnienia wykazu usług w przypadku uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdza, że w Postępowaniu zamawiający, zgodnie z oświadczeniem procesowym o uwzględnieniu odwołania w całości, zobowiązany był i w istocie wykonał żądanie z zarzutu podstawowego. Unieważnił wybór oferty innego wykonawcy, unieważnił odrzucenie oferty odwołującego oraz przystąpił do ponownej oceny ofert. Konsekwencją ponownej oceny było zachowanie zamawiającego odpowiadające dyspozycji z zarzutu ewentualnego odwołania.

Zamawiający dokonując czynności w Postępowaniu, niezależnie od stopnia zaawansowania Postępowania, powinien zweryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny ofert w oparciu o Ustawę. Konsekwencją uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego w pierwszym postępowaniu odwoławczym nie jest zdjęcie z niego obowiązku dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu zgodnie z Ustawą. Zamawiający powinien dążyć do zawarcia umowy w wykonawcą wyłonionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z Ustawą.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutu może być przewidziany przez ustawodawcę skutek odrzucenia z art. 528 pkt. 5) Pzp i niedopuszczalności odwołania z art. 527 Pzp w odniesieniu do odwołania dotyczącego czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym uprzednio zarzucie.

Następstwem zaś zachowania zamawiającego odbiegającego od zgodnego z żądaniem uwzględnionego zarzutu i jednocześnie sprzecznego z Ustawą jest uprawnienie wykonawcy do zaskarżenia takiej czynności.

Uprawnienie to zrealizowało się w niniejszej sprawie. Czynność wezwania do uzupełnienia wykazu usług jest czynnością nową i różną od objętej zarzutem podstawowym i żądaniem uwzględnionego odwołania.

Izba nie stwierdziła więc w tym zakresie podstaw od odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 Pzp, w tym w szczególności art. 528 pkt. 5) przewidującym odrzucenie na wypadek zaskarżenia czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania.

Izba uznała również, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba wyjaśnia w tym zakresie, że wezwanie do złożenia wykazu nie rodziło w stosunku do odwołującego negatywnego skutku w postaci wyłączenia możliwość uzyskania czy ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania. Powyższa okoliczność nie pozbawia wykonawcy interesu w skarżeniu czynności wezwania na etapie oceny oferty jako nieznajdującej oparcia w Ustawie. Ustawa warunkuje legitymację wniesienia środka zaskarżenia posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwością poniesienia szkody. Odwołujący spełnia ten warunek jako wykonawca w rozumieniu art. 7 pkt. 30 Ustawy, a więc, który złożył ofertę. Odwołujący może również ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Wykonawca wezwany do złożenia wykazu usług wobec:

- jednokrotności możliwości złożenia nowego wykazu w zakresie jednej kwestionowanej okoliczności w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp oraz

- treści zarzutu (kwestionującego ocenę zamawiającego usługi referencyjnej wskazanej w pierwotnym wykazie robót jako niespełniającej warunku określonego SWZ)

może ponieść szkodę w postaci pozbawienia go możliwości pozyskania zamówienia w świetle normy art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b oraz c w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp tj. konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron izba uwzględniła odwołanie. Izba podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie oceny zakwestionowanego warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdza, że stan faktyczny w sprawie nie był sporny. Odmienna była interpretacja warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji ocena zachowania zamawiającego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w świetle charakteru usługi referencyjnej i brzmienia warunku udziału w postępowaniu ustalonego SWZ, w tym również prawidłowości uzasadnienia wezwania.

Ustalając stan faktyczny izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony. Oparła się na dokumentacji postępowania i uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że:

1. zamawiający w SWZ rozdział VIII ust. 2 pkt 3.1 oczekiwał wykazania spełnienia usługi referencyjnejj. realizacji co najmniej 1 usługi odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie minimum 2 000 Mg z terenu zamieszkałego przez minimum 10 000 osób;
2. SWZ nie zawiera definicji pojęcia osoby zamieszkującej teren gminy ani nie precyzuje, jakiego rodzaju źródła danych stanowić mogą podstawę oceny, że cezura została osiągnięta;
3. fakt świadczenia przez odwołującego usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz Gminy Brody w okresie referencyjnym od 1 stycznia 2022 r . do 31 grudnia 2023 r. z terenu zamieszkałego przez minimum 10 000 osób opisany został w pierwotnie złożonym Wykazie usług gdzie odwołujący oświadczył, że „liczba mieszkańców Brody łłżeckie: 10 480 osób" i przywołał link do oficjalnej strony internetowej Gminy Brody (osób https:/7brodv.info.nl/gmina-brodv-swietokr zvskie.html), zawierającej dane między innymi o ilościach mieszkańców;
4. Gmina Brody na przywołanej stronie internetowej wskazała, w danych za rok:

- 2021: „Według stanu na stanu na dzień 31 grudnia 2021 r. zamieszkuje ją 10480 osób"
- 2022: „Według stanu na stanu na dzień 31 grudnia 2022 r. zamieszkuje ją 10380 osób"
- 2023 r.: „Według stanu na stanu na dzień 31 grudnia 2023 r. zamieszkuje ją 10278 osób"

5. Gmina Brody w załączonych do pierwotnego Wykazu usług referencjach z 12 września 2023 r. wskazała, że:„(...) Wartość wykonywanej usługi w okresie ostatnich 12 miesięcy wynosi ponad 1 500 000 zł zł., masa zebranych odpadów wyniosła powyżej 2 000 Mg. **Liczba mieszkańców gminy Brody obsługiwanych przez firmę ATK Recykling oscyluje w granicach 10 000 osób**."
6. 12 grudnia 2024 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty m.in. zakresie referencji Gminy Brody z 12 września 2023 r. oczekując wyjaśnień dotyczących potwierdzenia liczby osób zamieszkujących daną gminę, gdyż, nie ma on możliwości weryfikacji, czy odwołujący spełnia wymagania SWZ w zakresie doświadczenia;
7. Odwołujący pismem z 16 grudnia 2024 r., przekazał zamawiającemu oświadczenie Gminy Brody z 12 grudnia 2024 r. że „w latach 2022-2023 była obsługiwana przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku w zamówieniu publicznym pt. „Odbiór , transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości położonych na terenie gminy Brody w latach 2022-2023". **Liczba mieszkańców zameldowanych w gminie Brody na dzień 31.12.203 r. wynosiła 10278 mieszkańców**".
8. Pismem z 14 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu innego wykonawcy oraz o odrzuceniu oferty odwołującego; W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazano art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp i wyjaśniono, że podlega ona odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu; oraz, że (podkreślenia własne izby):

   „— Odwołujący przedłożył załącznik nr 5 do SWZ, z którego wynikało, że wykonywał on usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Brody - liczba mieszkańców 10 480 osób (...) oraz referencje Gminy Brody, z których wynika, że liczba mieszkańców gminy Brody obsługiwanych przez Odwołującego oscyluje granicach 10 000 osób.

   —Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia złożonych referencji w zakresie potwierdzenia liczby osób zamieszkujących daną gminę. W odpowiedzi Odwołujący przedłożył oświadczenie Gminy Brody z dnia 12.12.2024 r. z którego wynika, że liczba mieszkańców zameldowanych na dzień 31.12.2023 r. wynosiła 10 278 osób.

   —W dostępnej publicznie **analizie gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Brody,** według stanu na dzień 31.12.2023 r. sporządzonej **przez Gminę Brody wynika, że liczba mieszkańców gminy Brody wykazana w złożonych deklaracjach o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi według stanu na dzień 31.12.2023 r. wynosiła 8969 osób** i stanowiła 87,27% osób zameldowanych na terenie gminy Brody.

   —Według analizy systemu gospodarki odpadami komunalnymi na ternie Gminy Brody, według stanu na dzień 31.12.2022 r. sporządzonej przez Gminę Brody wynika, że **liczba mieszkańców gminy Brody wykazana w złożonych deklaracjach o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi według stanu na dzień 31.12.2022 r. wynosiła 9079 osób i stanowiła 87% osób zameldowanych na terenie gminy Brody, która wynosiła 10 380 osób**.

   —**Odwołujący wykazał, iż wykonywał usługę z terenu, na którym zameldowanych było powyżej 10 000 osób ale zamieszkiwało mniej niż 10 000 osób, co wynika z referencji Gminy Pionki i analiz systemu gospodarki odpadami komunalnymi sporządzonych przez Gminę Brody za rok 2022 i za rok 2023.**
9. Odwołujący 24 stycznia 2025 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej rozpatrywane w sprawie pod sygnaturą akt KIO 253/25 wskazując w szczególności, że odrzucenie oferty było nieuzasadnione z tego względu, że „Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu z raz. VIII ust. 2 pkt 3.1 SWZ odwołał się do liczby mieszkańców zamieszkałych na terenie świadczenia usługi, zaś w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający odwołał się do liczby mieszkańców obsługiwanych przez danego wykonawcę czy liczby mieszkańców, którzy złożyli deklarację dot. odbioru odpadów;
10. W ramach odpowiedzi na odwołanie z 29 stycznia 2025 r. zamawiający uwzględnił odwołanie w całości oraz wskazał, że dokona czynności, o które wnioskował odwołujący w odwołaniu;
11. 29 stycznia 2025 r. zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego;
12. 3 lutego 2025 r. zamawiający w trybie art. 1287 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie (podkreślenia własne izby): „**Wykaz usług** wykonanych (...) w okresie ostatnich 3 lat, (...) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane (...) – **Załącznik Nr 5 do SWZ** Wykaz usług w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu z roz. VIII ust. 2 pkt. 3.1. SWZ dotyczącego posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej 1 usługi odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie minimum 2 000 Mg **z terenu zamieszkałego przez minimum 10 000 osób.** W **ocenie Zamawiającego przedstawiony przez Wykonawcę Wykaz usług i referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z referencji Gminy Brody z dnia 12.09.2023r. wynika, że liczba mieszkańców Gminy Brody obsługiwanych przez firmę ATK Recykling oscyluje w granicach 10 000 osób, co nie jest równoznaczne, że wynosi minimum 10 000 osób. Ponadto z Oświadczenia Gminy Brody z dnia 12.12.2024r. wynika, że liczba mieszkańców zameldowanych (a nie zamieszkałych) na dzień 31.12.2023r. wynosiła 10 278."**

13. Pismem załączonym do odwołania z 6 lutego 2025 r. **Gmina Brody potwierdziła, że na jej terenie w roku 2022 oraz 2023 zamieszkiwało minimum 10 000 osób**: „W odpowiedzi na zapytanie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku, Radom 26-600, ul. Zofii Holszańskiej 5, Urząd Gminy w Grodach informuje, że na terenie Gminy Brody wv roku 2022 i w roku 2023 zamieszkiwało minimum 10000 osób."
14. Analizy systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Broda według stanu na dzień 31 grudnia 2022r. oraz na dzień 31 grudnia 2023r. potwierdzają, że istnieją różnice pomiędzy liczbami osób zamieszkującymi teren gminy Broda wykazywanymi w zależności od potrzeb dla jakich są zbierane, w tym także, że liczby osób zameldowanych odpowiadają tym, które na stronie internetowej gminy Broda zostały wskazane jako zamieszkałe oraz, że liczba mieszkańców wykazana w złożonych deklaracjach o wysokości opłat za zagospodarowanie odpadami komunalnymi według stanu na dzień 31 grudnia 2022 r. wynosiła 9079 osób a na dzień 31 grudnia 23 r. wynosiła 8969 osób.

Izba stwierdziła również, że dane z dowodów dokumentowych nie były kwestionowane, w tym w szczególności nie zakwestionowano oświadczeń Gminy Broda.

Izba podzielając, co do zasady stanowisko odwołującego stwierdziła, że treść warunku udziału w postępowaniu określona przez zamawiającego w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 3.1.SWZ, w zakwestionowanym przez zamawiającego zakresie, dotyczącego posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej 1 usługi odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie minimum 2 000 Mg **z terenu zamieszkałego przez minimum 10 000 osób, nie kreuje ograniczenia referencyjnej usługi odbioru odpadów do realizowanej z terenu zamieszkałego przez osoby rozumiane jako liczba mieszkańców liczona w oparciu o deklaracje o wysokości opłaty za zagospodarowanie odpadami komunalnymi w tym również według stanu na ostatni dzień roku kalendarzowego. Izba stwierdza także, że SWZ nie doregulowuje modelu w oparciu, o który liczba osób zamieszkujących dany teren była określana, źródła danych ani chwili, czy okresu na jaką teren, z którego realizowany był odbiór miał być zamieszkany przez określoną liczbę osób.**

W świetle SWZ brak jest możliwości oczekiwania wykazania przez wykonawcę liczby osób zamieszkujących dany teren w oparciu o określony skonkretyzowany sposób, metodę lub źródło. Ustawa oraz pozostałe przepisy a także praktyka i orzecznictwo kreują różne sposoby i wymagania dla określania liczby mieszkańców, osób zamieszkujących dany teren. SWZ nie konkretyzuje wymaganej metody ani daty na jaką liczba ta miała być określana dla oceny zgodności usługi z referencyjną.

Tytułem przykładu inne są kryteria ustalenia kto jest mieszkańcem danej gminy i jaka jest ta liczba na potrzeby np.:

- Głównego Urzędu Statystycznego określającego liczby ludności metodą bilansową wg definicji krajowej mieszkańca na potrzeby krajowych polityk i planowania społeczno-gospodarczego i międzynarodowej na potrzeby statystyki międzynarodowej,
- Centralnego Rejestru Wyborców wskazującego liczby mieszkańców danej gminy,
- Gmin określających potrzeby mieszkańców w ramach przeprowadzanych konsultacji społecznych,
- Gmin określających wysokość opłat za odpady komunalne w oparciu o ustawę z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024.399 t.j.) zgodnie z danymi wynikającymi z deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi składanymi przez osoby zobowiązane, przy czym ww ustawa nie definiuje pojęcia mieszkańca pozostawiając tę kwestie do oceny gminom - tutaj izba dodatkowo podkreśla, że obowiązek złożenia deklaracji o wysokości opłaty, której jedną z danych jest liczba mieszkańców danej nieruchomości powstaje w terminie 14 dni od dnia zamieszkania pierwszego mieszkańca na danej nieruchomości lub wytworzenia na niej pierwszych odpadów komunalnych oraz do 10 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiła zmiana liczby mieszkańców danej nieruchomości (art. 6m ww. ustawy), a analizy systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gmin sporządzane są według stanu na określony dzień tj. 31 grudnia danego roku (2022 r. i 2023) (art. 9tb ww.

ustawy); tym samym liczby mieszkańców z deklaracji mogą być zmienne na przestrzeni roku a dane z nich wynikające nie zawsze miarodajne.

Izba stwierdziła również, że skarżone wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu usług wraz dowodami określającymi czy usługi zostały wykonane należycie w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu z roz. VIII ust. 2 pkt. 3.1. SWZ, bo spełnienie warunku nie zostało wykazane jest niezgodne z Ustawą wobec:

- brzmienia ww. postanowienia SWZ,
- treści wykazu usług i załączonych do wykazu referencji oraz danych wynikających z przywołanej w nich strony internetowej Gminy Brody i
- w świetle udzielonych przez odwołującego na wezwanie zamawiającego (Wnosimy o wyjaśnienie załączonych referencji w zakresie potwierdzenia ilości osób zamieszkujących dana gminę, od których odbierano odpady komunalne. Na podstawie załączonych Referencji Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy Wykonawca samodzielnie spełnia wymagania SWZ w zakresie doświadczenia. Zamawiający wymagał by Wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 1 usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie minimum 2 000 Mg z terenu zamieszkałego przez minimum 10 000 osób) wyjaśnień wraz z załączonym oświadczeniem Gminy Brody a także
- danych i informacji, w których posiadanie wszedł zamawiający w związku z poprzednio toczącym się postępowaniem odwoławczym (odwołanie z 24 stycznia 2025 r złożone w sprawie KIO 253/25 z przywołanymi danymi dotyczącymi Gminy Broda, print screen'y strony internetowej Gmina Brody wskazanymi w Wykazie usług) oraz
- znanymi i przywołanymi w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z 14 stycznia 2025 r. analizami systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Brody według stanu na dzień 31 grudnia 2022 r. i 31 grudnia 2023 r. i motywami oceny nie wykazania spełniania warunku przez odwołującego.

W ocenie izby na 3 lutego 2025 r. brak było podstaw do uznania przez zamawiającego, że usługi przedstawione w wykazie usług pozycja nr 1 dotyczące realizacji na rzecz Gmina Brody usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Brody w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2023 r. nie odpowiadały referencyjnym opisanym w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3.1 SWZ. Prawidłowość takiej konstatacji dodatkowo potwierdziło oświadczenie Gminy Brody złożone w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdza również, że oświadczenia Gminy Brody i dane ze stron internetowych Gminy Brody a także przywołanych analiz nie są sprzeczne ze sobą.

Dowody na spełnienie warunku w postaci danych ze stron internetowych oraz oświadczeń gminy Brody nie zostały skutecznie zakwestionowane.

Skoro SWZ nie definiuje, na jakiej podstawie liczona i chwilę określona ma być wymagana liczba osób zamieszkujących teren, brak jest ustawowej definicji tej kwestii a liczby mieszkańców gmin liczone są dla różnych potrzeb w różny sposób to w świetle treści podmiotowych środków dowodowych i wyjaśnień oraz danych, którymi dysponował zamawiający brak jest podstaw do stwierdzenia, że warunek udziału nie został wykazany. Tym samym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie znajdowało oparcia w Ustawie.

Izba stwierdza, że zamawiający w razie wątpliwości, co spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest dążyć do wyjaśnienia tej kwestii. Ustawa w tym zakresie daje mu narzędzia w postaci żądania wyjaśnień od wykonawcy a także zwrócenia się bezpośrednio do udzielającego referencje (art. 128 ust. 4 – 5 Pzp). Mając na uwadze powstałe w związku z brzmieniem wykazu usług i referencji wątpliwości zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień. Jednocześnie obowiązkiem i w interesie wykonawcy było złożenie podmiotowych środków dowodowych i ewentualnych wyjaśnień wraz z dowodami tego rodzaju, by wykazać spełnienie warunku lub wyjaśnić ewentualne wątpliwości. W przypadku nie sprostania temu obowiązkowi, zamawiający odrzuca ofertę (po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia). W sprawie niniejszej izba doszła do przekonania, że na dzień wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zamawiający dysponował danymi pozwalającymi stwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu a oświadczenie Gminy Brody niezakwestionowane przez strony dodatkowo potwierdziło, że warunek był spełniony.

Stanowisko zamawiającego i przystępującego sprowadzały się w zasadzie do kwestionowania nie faktu wykazania spełnienia warunku dowodami i wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego, lecz, że liczby wskazywane przez wykonawcę nie są prawidłowe, bo wskazywane przez nich źródło podaje niższe wartości. W ocenie izby nie wystarczyło to dla wykazania, że spełnienie warunku nie zostało wykazane – źródło danych, na jakie powoływał się wykonawca (strona internetowa oraz oświadczenia gminy) nie zostało skutecznie podważone jako niewiarygodne a odwołujący przedłożył żądane wyjaśnienia. Dane wskazywane przez zamawiającego oraz przystępującego z deklaracji właścicieli nieruchomości składane w celu określenia opłaty za odbiór odpadów komunalnych zostały wskazane w analizach na dzień 31 grudnia danego roku kalendarzowego i powinny być aktualizowane na przestrzeni roku kalendarzowego. Nie

wiadomo, jakie były te wartości na inną chwilę oprócz 31 grudnia. Nie jest również, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, wystarczające dla uzasadnienia decyzji zamawiającego poddanie pod wątpliwość wartości wskazanych przez odwołującego jako liczby osób zamieszkujących poprzez porównanie tych wartości z liczbami wykazanych w analizach liczb osób zameldowanych równej liczbom wskazywanym przez odwołującego. Nie podważa ta okoliczność również oświadczenia Gminy Brody z 6 lutego 2025 r. potwierdzającego, że liczba ta była wyższa niż 10 000 osób.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Dla aktualizacji obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której pierwotnie złożone środki nie potwierdzają spełnienia określonego warunku.

Ta okoliczność w ocenie izby nie miała miejsca.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 Ustawy: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (...). Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw .z art. 37 ust. 1 w zw .z art. 83 Ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

Stąd zamawiający zamówienia udziela wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu a opis warunków udziału dokonywany jest przez zamawiającego po dokonaniu analizy potrzeb i wymagań z uwzględnieniem rodzaju i wartości zamówienia, w taki sposób aby zapewnić realizację zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego wykonania. Czynności przygotowawcze realizowane są przez zamawiającego na podstawie Ustawy a treść SWZ formułowana winna być w sposób jednoznaczny.

Izba stwierdziła, że wykazana usługa spełnia warunek w brzmieniu nadanym SWZ w zakresie liczby zamieszkujący teren osób.

Izba stwierdziła, że wymagane warunkiem doświadczenie powinno pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Jednak o ostatecznym zakresie warunku decyduje zamawiający kształtując jego brzmienie. Podejmuje on decyzje, jakiego rodzaju usługa jest konieczna i jednocześnie wystarczająca, w jego ocenie, dla zapewnienia doświadczenia w realizacji usługi. Zgodnie z art. 65 kodeksu cywilnego znajdującym zastosowanie w zw,. z art. 8 Pzp treść warunku wykładać należy zgodnie z § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Izba dokonując wykładni postanowienia kieruje się ogólnymi dyrektywami wykładni odnoszącymi się do jednostronnych oświadczeń woli. Przy czym w sytuacji gdy oświadczenie jest jednoznaczne nie ma podstawy by dokonywać jego interpretacji odwołując się do innego niż wynikające z językowego lub prawnego znaczenia pojęć.

Izba wskazuje, że wykładnia kontestowanej treści SWZ dokonywana winna być w świetle przedmiotu zamówienia, którego analiza poprzedza ustalenie treści warunku udziału w postępowaniu. Jednak żadne z zapisów SWZ ani Ustawy odnoszące się do warunku nie uzasadniają założenia zamawiającego, że dane co do liczby osób zamieszkujących teren mają pochodzić z innego niż przytoczone przez odwołującego źródła, że są niewystarczająco wykazane lub niewiarygodne. Stąd brak było podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia wykazu.

Wobec powyższego izba orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku w oparciu o art. 575 i art. 574 Ustawy oraz § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W poczet kosztów izba zaliczyła wpis oraz kwotę wydatków i wynagrodzenia jednego pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :……