

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **21 lutego 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **3 lutego 2025 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **EKO-PROBUD sp. z o.o. z siedzibą w Gogolinie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu Rejon w Nysie w sezonach 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 r.* (OOP.D-3.2421.35.2024).

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„BADER-DROG sp. z o.o. sp.k z siedzibą w Łubkowie, „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowa Usługowa T.B., Dalachów** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4326 zł 80 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie;**

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4326 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad za pomocą Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu {dalej: „GDDKiA” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320){dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu Rejon w Nysie w sezonach 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 r.* (OOP.D-3.2421.35.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 września 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 170 pod poz. 525811.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

24 stycznia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez „BADER-DROG sp. z o.o. sp.k z siedzibą w Łubkowie i „BADERA” Firmę Produkcyjno-Handlową Usługową T.B. z Dalachowa {dalej: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}, przy czym na drugim miejscu według kryteriów oceny została sklasyfikowana oferta złożona przez Z. URBANOWSKI sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim {dalej również: „wykonawca U.”, „spółka U.” lub „U.”}.

3 lutego 2025 r. EKO-PROBUD sp. z o.o. z siedzibą w Gogolinie {dalej również: „Eko-Probud” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności i zaniechań innych czynności objętych poniższymi zarzutami względem obu powyżej wskazanych wykonawców, których oferty zostały wyżej sklasyfikowane według kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano przy danym przepisie na inny akt prawny}:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum i spółkę U., pomimo że rzetelne badanie cen lub elementów składowych powinno

skutkować stwierdzeniem, że są one rażąco niskie.

- 2.Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum i spółki U. do złożenia wyjaśnienia dotyczących ceny lub ich istotnych części składowych ich ofert, podczas gdy z zawartych w nich Tabel elementów rozliczeniowych {dalej również: „TER”} wynika, że ceny niektórych elementów zostały zaniżone lub skalkulowane w sposób nierzetelny.
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również: „uznk”) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, gdyż brak spełniania wymogu z pkt 6.6 w zw. z 8.2.4.3 SWZ przez Konsorcjum, które wbrew swojej deklaracji nie posiada wystarczającej ilości sprzętu, co uniemożliwi mu osobiste wykonanie części zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania i zmusi do skorzystania w tym zakresie z podwykonawstwa, a tym samym powoduje również, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami tego zamówienia.
- 4.Art. 128 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.2.4.3 w zw. z pkt 6.6 SWZ [zarzut ewentualny w stosunku do tych z pkt 1-3].
- 5.Art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty co do możliwości osobistego wykonania tych części zadań, dla których wyłączone zostało podwykonawstwo, w sytuacji niespełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.2.4.3 w zw. z pkt 6.6 SWZ [zarzut ewentualny w stosunku do tych z pkt 1-4].
- 6.Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 – przez wybór oferty Konsorcjum, która powinna zostać odrzucona, zamiast wybrania najkorzystniejszej według kryteriów oceny oferty Eko-Probudu, co spowodowało również naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [niesamoistny zarzut wynikowy].

Odwolujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia ofert Konsorcjum oraz spółki U. jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 4.Wezwania Konsorcjum oraz spółki U. do wyjaśnienia cen lub istotnych części składowych złożonych przez nich ofert [żądanie ewentualne w stosunku do poprzednich].
- 5.odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niepotwierdzenie przez nie spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji.
- 6.Wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa powyżej w zarzutach. pkt 8.2.4.3 w zw. pkt 6.6 SWZ [żądanie ewentualne w stosunku do poprzedniego].

W ramach uzasadnienia odwołania podniesiono okoliczności faktyczne i prawne służące sprecyzowaniu powyższych zarzutów, które została wzięte pod uwagę w takim zakresie, w jakim rzeczywiście mogły mieć znaczenie dla wykazania zasadności tych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 lutego 2025 r. wniósł o jego oddalenie, przedstawiając argumentację faktyczną i prawną, jak to poniżej przedstawiono w zakresie przydatnym dla rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Przystępujący w swoim piśmie procesowym z 18 lutego 2025 r. również wniósł o oddalenie odwołania, wywodząc zbieżnie z Zamawiającym, jak to poniżej przywołano w zakresie przydatnym dla rozpatrzenia niniejszej sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Oferta Eko-Probudu ani na chwilę wniesienia odwołania, ani do zamknięcia rozprawy nie została odrzucona, więc podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego okoliczności co do niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia są bez znaczenia dla rozpoznania zarzutów odwołania.

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają poniższe fakty odnośnie przeprowadzonego przez Zamawiającego badania w celu stwierdzenia, czy cena oferty złożonej przez Konsorcjum wydaje się rażąco niska lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami tego zamówienia:

Nr oferty	Wykonawca	Cena	Różnica wysokości ceny w stosunku do wartości zamówienia + VAT (29.673.442,76 zł)	Różnica wysokości ceny w stosunku do średniej arytmetycznej ofert (25.889.040,10 zł)
-----------	-----------	------	--	---

1.	Eko-Probud	37 560 487,31 zł	+ 26,58%	+ 45,08%
2.	Duna Polska S.A.*	19 526 826,66 zł	- 34,19%	- 24,57%
3.	Konsorcjum	24 391 704,88 zł	- 17,80%	- 5,78%
4.	U.	22 077 141,56 zł	- 25,60%	- 14,72%

*poprzednio Mota-Engil Central Europe S.A.

W oparciu o powyższe ustalenia Zamawiający przeprowadził procedurę badania ceny oferty w stosunku do oferty Duna Polska S.A. jako jedynej z ceną niższą o co najmniej 30% od ustalonej przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zamawiający wziął pod uwagę wątpliwości wyrażone przez Odwołującego poprzednio w piśmie z 16 października 2024 r., stanowiącym wniosek o wezwanie do wyjaśnień tych samych co w odwołaniu części składowych ofert Konsorcjum i spółki U.. Po przeprowadzeniu we własnym zakresie analizy poniższych danych Zamawiający doszedł do wniosku, że nie ma podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawidłowej wyceny ani tych części składowych, ani ceny tych ofert.

Zamawiający porównał ceny ofert złożonych w tym przetargu z cenami ofert (z uwzględnieniem poprawienia omyłek rachunkowych) złożonych przez wykonawców w dwóch innych podobnych i niemal równolegle prowadzonych (w odstępie około dwóch miesięcy) postępowaniach o udzielenie zamówień na zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa opolskiego pn. (i oznaczeniem):

- *Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu Rejon w Opolu w sezonach 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 (O/OP.D-3.2421.22.2024),*
- *Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu Rejon w Kluczborku w sezonach 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028" (OOP.D-3.2421.28.2024).*

W szczególności w ramach takiego badania Zamawiający zestawiał ze sobą ceny ofert w przeliczeniu na 1 km w jednym sezonie zimowym oraz wyceny części składowej ceny za prace Grupy nr 1.2 – Zimowe utrzymanie dróg, również w przeliczeniu na 1 km w jednym sezonie zimowym. Takie ujęcie jest adekwatne, gdyż uwzględnia różną długość dróg krajowych objętych przedmiotem przetargów dotyczących trzech rejonów w obszarze właściwości oddziału GDDKiA w Opolu: rejon Opole – 249,225 km, rejon w Kluczborku – 178,488 km, rejon w Nysie – 289,700 km.

	Wartość szacunkowa na 1 sezon zimowy	Eko-Probud.	Konsorcjum	U.
Zimowe utrzymanie dróg rejon Opole				
Grupa prac 1.2.	7.881.472,08 zł	13.837.523,68 zł	4.870.413,98 zł	nd.
Wysokość wynagrodzenia za 1 sezon zimowy	9.829.727,05 zł	17.195.242,71 zł	6.985.784,58 zł	nd.
Kwota za 1 km w sezonie zimowym	39.441,18 zł	68.994,85 zł	28.030,03 zł	nd.
Kwota za 1 km w sezonie zimowym na grupę prac 1.2	31.623,92 zł	55.522,21 zł	19.542,24 zł	nd.
Zimowe utrzymanie dróg rejon Kluczbork				
Grupa prac 1.2.	2.236.965,33 zł	nd.	2.869.904,61 zł	3.251.271,30 zł
Wysokość wynagrodzenia za 1 sezon zimowy	4.389.058,94 zł	nd.	3.564.062,49 zł	3.417.716,44 zł
Kwota za 1 km w sezonie zimowym	24.590,22 zł	nd.	19.968,08 zł	19.148,16 zł
Kwota za 1 km w sezonie zimowym na grupę prac 1.2	12.535,67 zł	nd.	16.082,58 zł	18.219,71 zł
Zimowe utrzymanie dróg rejon Nysa				
Grupa prac 1.2.	7.457.822,43 zł	9.057.271,01 zł	5.819.162,28 zł	5.620.990,49 zł
Wysokość wynagrodzenia za 1 sezon zimowy	8.478.126,50 zł	10.731.567,80 zł	6.969.058,53 zł	6.307.754,72 zł
Kwota za 1 km w sezonie zimowym	29.265,19 zł	37.043,73 zł	24.056,12 zł	21.117,36 zł
Kwota za 1 km w sezonie zimowym na grupę prac 1.2	25.743,26 zł	31.264,31 zł	20.086,86 zł	19.402,80 zł

Powyższa analiza cen ofert poszczególnych wykonawców złożonych w tych trzech różnych a zarazem podobnych przedmiotowo zamówieniach publicznych, rzeczywiście prowadzi do wniosku, że ceny obu skarżonych oferty nie odbiegają znacząco ani od cen ofert aktualnie składanych przez tych wykonawców, ani od ubruttowionej wartości zamówienia. W szczególności w przeliczeniu na 1 km w spółka U. oferuje zimowe utrzymanie dróg krajowych za stawki

na zbliżonym poziomie. Z kolei Konsorcjum, które jako jedyne złożyło ofertę w trzech rejonach, Kluczbork wyceniło na podobnym poziomie jak spółka U., jednocześnie na wyraźnie wyższym a zarazem zbieżnym dla Nysy i Opola w przeliczeniu na 1 km za grupę prac 1.2., choć w przeliczeniu na 1 km za całość prac stawka w tym przetargu jest wyraźnie niższa. Ujmując to od innej strony, zarówno spółka U., jak i Konsorcjum adekwatnie do wzrostu kilometrażu dróg podwyższają ceny swoich ofert. Natomiast oferty składane przez Eko-Probud w dwóch podobnych postępowaniach są znacznie wyższe zarówno od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, jak i od cen ofert składanych przez tych dwóch wykonawców. Jednocześnie dla obu przeliczeń na 1 km stawki Eko-Probudu dla rejonu Opole są znacznie wyższe niż dla rejonu Nysy.

Adekwatności tych wniosków Zamawiającego nie poważa zwrócenie w uzasadnieniu odwołania uwagi na fakt, że warunki terenowe w rejonie Opola są znacznie łżejsze niż w rejonie Nysy, gdyż to ogólne stwierdzenie nie zostało ani skwantyfikowane co do wpływu, jaki może to mieć na wycenę, ani w ogóle udowodnione. Nie jest to bowiem okoliczność notoryjna, a zatem ciężar udowodnienia tego twierdzenia spoczywał na Odwołującym, który nie wykazał w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej. Podobnie jak odnośnie wykazania wpływu na cenę różnicy o 5 w liczbie wymaganych plugosolarek.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wykazał, że w uzasadnieniu odwołania tendencyjnie i wybiórczo podniesiono jako istotny argument fakt, że w 2021 r. dla rejonu Nysy cena wybranej oferty wyniosła ponad 28 mln zł, czyli o blisko 3,9 mln zł więcej niż cena wybranej aktualnie oferty Konsorcjum a zarazem tylko o 1,4 mln zł od kwoty oszacowanej na potrzeby tego przetargu. Przy czym Odwołujący perswazyjnie powołał się na poziom inflacji oraz wzrost: obciążeń publicznoprawnych, cen paliwa i energii, kosztów osobowych (szczególnie wynagrodzeń za pracę), choć żadnych konkretnych danych i wniosków w tym zakresie nie przedstawił. Jednocześnie w odwołaniu skrętnie przemilczano rzeczywiście istotne i konkretne fakty, którym jednak Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie, więc na zasadzie art. 534 ust. 2 ustawy pzp należało je uznać za przyznane. Po pierwsze, w przetargu z 2021 r. były wyższe wymagania sprzętowe, tj. o 9 nośników sprzętu więcej, po drugie, Eko-Probud zadeklarował 10 szt. tych pojazdów spełniających wymagania Euro 6 na potrzeby kryterium oceny ofert, którego aktualnie nie ma, a wymaganie ogranicza się do Euro 4, po trzecie – przedmiot tamtego zamówienia obejmował więcej kilometrów obiektów do utrzymania (w ciągu głównym o ok. 31 km, a dla chodników o ok. 6 km), po czwarte i przede wszystkim – utrzymanie obejmowało 3,5 sezonu, a nie 4 sezony jak obecnie. Odwołujący zapomniał również dodać, że punktem odniesienia uczynił cenę swojej oferty z 2021 r., a tabelaryczne zestawienia przygotowane przez Zamawiającego uprawniają również wniosek, że Eko-Probud od tego czasu przestał być konkurencyjny na tym rynku.

Oprócz ceny oferty Konsorcjum w uzasadnieniu odwołania została zakwestionowana wynosząca 11.008,60 zł cena jednostkowa netto (kwota VAT była wyliczana dopiero od zsumowanej wartości netto szeregu pozycji) za tzw. „Gotowość czynną ZUD”, jako rażąco zaniżona w stosunku do wyliczonej i wskazywanej jako właściwy punkt odniesienia przez Odwołującego kwoty 12.554,16 zł tzw. brutto brutto (czyli po doliczeniu zarówno obciążeń publicznoprawnych w postaci obligatoryjnych składek od wynagrodzenia brutto pracowników, jak i kwoty VAT na potrzeby wyliczenia ceny oferty). Jak przytomnie zauważył Przystępujący, aby powyższe porównanie było adekwatne, do ceny jednostkowej netto z jego oferty należy doliczyć kwotę VAT wg stawki 23%, co daje, właśnie w ujęciu tzw. brutto brutto, 13.540,58 zł (sic!). Innymi słowy Odwołujący wpadł we własne sidła, gdyż prezentując tendencyjnie okoliczności, wbrew swej intencji sam wykazał bezprzedmiotowość faktyczną tak sprecyzowanego zarzutu. Wskazywana oprócz tego jako realna według Odwołującego wycena tej części przedmiotu zamówienia według stawki wynoszącej niemal 25 tys. zł, poza przedstawieniem matematycznego sposobu wyliczenia według założonego jako właściwe wynagrodzenia znacznie wyższego niż minimalne, nie została bowiem poparta żadnymi dowodami.

Jeszcze nieudolniej pod względem faktycznym w uzasadnieniu odwołania został podniesiony zarzut w odniesieniu do pozycji „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości – posypywanie i odśnieżanie niezależnie od krotności”, gdyż w ramach obszernego wywodu próżno szukać wskazania kluczowego faktu, czyli wysokości ceny jednostkowej z oferty Konsorcjum, która miałaby być rażąco zaniżona w stosunku do wyliczonej i wskazywanej jako właściwa przez Odwołującego. Tak postawiony zarzut z założenia jest bezprzedmiotowy. Dotyczy to również kwestionowania w obu tych samych zakresach rzeczowych wyceny przez wykonawcę U., co do której z uzasadnieniu odwołania można wyłącznie dowiedzieć się, że jest niższa niż w ofercie Konsorcjum.

Niezależnie od tego, jak również trafnie podniósł Przystępujący, przedstawione w odwołaniu wyliczenia bazują na mało wiarygodnym w odniesieniu do racjonalnie prowadzącego swój biznes przedsiębiorcy założeniu, że w okresie pozostawania w gotowości do wykonywania czynności związanych z zimowym utrzymaniem personelu będzie bezczynny i to za pełnym wynagrodzeniem.

Podkreślić przy tym należy, że oba powyższe błędy w kluczowej warstwie faktycznej uzasadnienia odwołania wynikają z bezrefleksyjnego powielenia w uzasadnieniu odwołania argumentacji z pisma przesłanego Zamawiającemu już 16 października 2024 r. Innymi słowy Odwołujący miał ponad 3 miesiące, aby należycie przygotować uzasadnienie

faktyczne, poprzestał jednak na dodaniu obszernych rozważań teoretycznych jako argumentacji prawnej, która z kolei w dużej mierze została przedstawiona w oderwaniu od wskazywanych jako istotne faktów. W szczególności wbrew deklaracji, że liczne wypowiedzi orzecznictwa co do możliwych sposobów identyfikacji części składowej ceny oferty jako istotnej znajdują przełożenie w prezentowanych okolicznościach, uzasadnienie odwołania nie zawiera wprost wykazania takiego charakteru zakwestionowanych stawek ryczałtowych, można się tylko domyślać, że taka była intencja Odwołującego.

Reasumując, obiektywnie rzecz biorąc nie zaistniały podstawy faktyczne, aby cena oferty Konsorcjum czy któraś z powyżej wskazanych części składowych (co do których nie zostało również wykazane, że są istotne) powinna wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu tego zamówienia lub wzbudzić u niego wątpliwości co do możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach tego zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przede wszystkim podniesione w odpowiedzi na odwołane okoliczności wskazują, że Zamawiający rzetelnie, wyczerpująco i wszechstronnie ustalił oraz przeanalizował istotne w tym zakresie fakty.

Niesporne były poniższe okoliczności odnośnie kwestii podwykonawstwa.

Po pierwsze, że w pkt 6 IDW (Tom I SWZ) dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zastrzegł jako kluczowe zadanie do osobistego wykonania przez wykonawcę grupę prac 1.2 TER w zakresie sprzętu podstawowego (minimalnego). Zamawiający poinstruował, że w tym zakresie niedopuszczalne jest powoływanie się (na zasadzie art. 118 ust. 1 ustawy pzp) na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełniania odnośnego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Jednocześnie Zamawiający dopuścił powierzenie podwykonawcom wykonania wszystkich pozostałych zadań objętych przedmiotem tego zamówienia, żądając wskazania w ofercie zakresu podwykonawstwa i podania nazw podwykonawców [zob. pkt 6.6 i 6.6.1- 6.6.3].

Po drugie, że według „Wykazu sprzętu do zimowego utrzymania GDDKiA Rejon w Nysie” (załącznik nr 5 do Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego tom III SWZ) wykonawca powinien dysponować solarkami opłukowymi w liczbie 13, jako sprzętem podstawowym (minimalnym) koniecznym do usuwania śliskości, oraz dodatkowo w liczbie 12, jako sprzętem na potrzeby ośnieżania i usuwania śliskości, czyli łącznie 25 solarkami opłukowymi [zob. pkt 1].

Po trzecie, że z dokumentów oferty Konsorcjum jednoznacznie wynika, że zastrzegło ono możliwość wykonania przez podwykonawców zamówienia we wszystkich zakresach wskazanych w kosztorysie ofertowym, z wyłączeniem prac wskazanych w pkt 6.6, czyli grupy prac 1.2 TER w zakresie sprzętu podstawowego, które wykona osobiście. Przy czym nazwy tych podwykonawców na tym etapie nie są jeszcze znane [zob. formularz oferty i JEDZ].

Po czwarte, że w celu definitywnego wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej, w tym co do dysponowania wspomnianymi 25 (13+12) pługosolarkami (solarka + pług + nośnik), Konsorcjum złożyło Wykaz sprzętu, w którym m.in. wskazało na dysponowanie bezpośrednio (własność) wymaganą liczbą nośników, pługów i solarek, których model sprecyzowało co do odpowiednio marki pojazdów ciężarowych i konkretnych modeli pługów i solarek [zob. drugi wiersz tabeli].

Tymczasem podstawą faktyczną zarzutów dotyczących niewykazania spełniania odnośnego warunku udziału i złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji sprowadza się do załączonego do odwołania oświadczenia przedsiębiorcy działającego pod firmą S.J. „Hout” z Rudziczki, że [pisownia oryginalna]: ...w dniu 15.01.2025 był u mnie w biurze przedstawiciel firmy BADERA z Dalachowa, twierdząc, że zajmują pierwsze miejsce w przetargu(...) [tu wskazano nazwę tego przetargu] i niedługo podpiszą umowę na wykonanie tego przetargu. Przedstawiciel ów stwierdził, że mają zbyt małe siły sprzętowe, by móc zabezpieczyć wykonanie całego kontraktu. Złożył mi ofertę, bym nieoficjalnie pożyczył mu mój sprzęt (tj. pojazdy wyposażone w pługi i solarki) i wspomógł go w utrzymaniu jezdni dróg krajowych rejonu w Nysie. Chciał to zrobić na zasadzie wynajmu, podkreślił jednak, że nie może nas oficjalnie zgłosić jako podwykonawców, bo zabraniają tego warunki przetargu.

Po pierwsze, nawet z treści powyższego oświadczenia nie wynika potwierdzenie ani deklarowanego w uzasadnieniu odwołania ujawnienia, że wykazane przez Konsorcjum pojazdy nie są jego własnością (w tym, że pojazdy marki Mercedes-Benz są własnością SpeedTrans Młynek sp. z o.o., a pojazd marki DAF jest wypożyczoną własnością przedsiębiorcy E.D.), ani że oprócz trzech piasekarek Konsorcjum musi resztę sprzętu zorganizować. Innymi słowy, jak to Zamawiający zwrócił uwagę w odpowiedzi na odwołanie, z treści tego dokumentu nie wynika, aby opisana w nim ogólnie rozmowa miała dotyczyć dokładnie właśnie tego sprzętu, który został wskazany i opisany przez Konsorcjum w treści złożonego wykazu jako będący jego własnością.

Po drugie, pomimo że opisany w powyższy sposób stan rzeczy miałby wynikać między innymi z oświadczenia załączonego do odwołania, do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej, choć to na nim z mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp spoczywał ciężar wykazania swoich twierdzeń, które miałyby być podstawą faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum.

Po trzecie, nie sposób uznać za wiarygodny dowód, na którym miałyby oprzeć się ustalenie faktu istotnego dla niniejszej sprawy, pozyskanego specjalnie na potrzeby postępowania odwoławczego oświadczenia, co do którego nie

wiadomo, czy jego treść nie została podyktowana przez Odwołującego, a nawet nie ma żadnej pewności, czy rzeczywiście pochodzi od wskazanej w nim jako autor osoby.

Po czwarte, Odwołujący najwyraźniej ma świadomość wątpliwości podstaw faktycznych tak stawianych zarzutów, gdyż nawet w jego ocenie podnoszone przez niego okoliczności wskazują, jak to określił, „na duże prawdopodobieństwo”, choć nie wiadomo, jak przy tak wątpliwym podstawie faktycznej i słabym dowodzie, w dodatku nie dotyczącym twierdzonych szczegółowych okoliczności (co do własności pojazdów marki Mercedes-Benz i DAF), miałyby być one duże.

Po piąte, zgłoszone alternatywnie zarzut i żądanie, aby nakazać Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia kwestii, których Odwołujący nie jest w stanie dowieść, samo przez się potwierdza jego niekorzystną sytuację procesową. W istocie Odwołujący usiłuje uwolnić się od spoczywającego na nim z mocy prawa (wspomniany art. 534 ust. 1 ustawy pzp) ciężarowi wykazania zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum, próbując go przerzucić na Zamawiającego.

Po szóste, Przystępujący wykazał dysponowanie 177 pojazdami ciężarowymi, w tym wieloma marki Mercedes-Benz i jednym marki DAF [por. Wykaz środków trwałych złożony na rozprawie oznaczony jako „Pz dowód nr 1”].

Reasumując, Odwołujący nie był w stanie nawet wykazać, że wbrew jednoznacznej treści oferty i podmiotowego środka dowodowego Konsorcjum nie spełnia odnośnego warunku udziału w postępowaniu a treść jego oferty jest niezgodna z warunkami tego zamówienia odnoszącymi się do dopuszczonego zakresu podwykonawstwa, co czyni bezprzedmiotowym pod względem faktycznym zarzut, że złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 pzp w zdaniu wstępnym zawiera klauzulę generalną, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała od czasu nowelizacji ustawą z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie 28 lipca 2016 r., analogiczne uregulowania (z wyjątkiem omówionym poniżej), w przeważającej mierze zachował aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle i stosowania art. 90 ust. 1 i 1a popzp.

Relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy zawiera normę nadrzędną, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). W konsekwencji również inne okoliczności mogą obiektywnie wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów (analogicznie jak w przypadku kosztu, co jednak nie ma zastosowania w niniejszej sprawie).

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp zauważyć należy, że o ile *prima facie* brzmienie tego przepisu jest tożsame z art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. *De lege lata* wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub jej istotna część składowa jawiły się jako rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odnośnymi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym.

Jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 293/17, pierwszą z powyższych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże takiego, z którego zamawiający nie

może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia w danych realiach rynkowych, stąd nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie, bądź pozornie „nie wydawać się”. Z kolei według wykładni zaprezentowanej przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1277/20, jakkolwiek druga przesłanka odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia tego przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W ustalonych powyżej okolicznościach nie wypełnił się jednak hipoteza normy wynikającej z art. 224 ust. 1 ustawy pzp w odniesieniu do żadnej z tych dwóch przesłanek, więc zarzut nr 2 odwołania, wskazujący m.in. naruszenie tego przepisu, okazał się bezzasadny.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Powyższe przepisy zostały przywołane wyłącznie dlatego, aby ukazać oczywistą bezzasadność opartego o nie zarzutu nr 1 odwołania. Obiektywnie rzecz biorąc, co najmniej przedwczesne jest bowiem zarzucanie naruszenia przepisów regulujących przesłankę odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, a tym bardziej przepisów dotyczących ciężaru wykazania faktu przeciwnego przez wykonawcę i skutków złożenia niewystarczających wyjaśnień, w sytuacji gdy wykonawca nie był do nich w ogóle wzywany.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dalszy przepis art. 3 ust. 2 tej ustawy wymienia przykładowo określone rodzaje czynów nieuczciwej konkurencji, którymi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

W okolicznościach tej sprawy należy w pełni podzielić ocenę wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, że treść dołączonego do odwołania dokumentu sporządzonego przez osobę trzecią sama w sobie bezpośrednio nie pozwala uznać, a tym bardziej przesądzić, że nawet gdyby hipotetycznie rzeczywiście miało miejsce ogólnie opisane w tym dokumencie zdarzenie, złożenie przez Przystępującego oferty wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej wynikającej z przywołanego powyżej art. 3 ust. 1 uznk. Nic nie wnoszą zatem do sprawy ze wszech miar słuszne i obszerne wywody, co kontrastuje ze szczupłością warstwy faktycznej stawianego zarzutu, wywody uzasadnienia odwołania odnośnie interpretacji tej normy w doktrynie i orzecnictwie. Prowadzenie przez Przystępującego rozmów z innymi podmiotami o ewentualnych przyszłych możliwościach, zasadach i warunkach nawiązania pomiędzy nimi współpracy nie może być uznane samo przez się za niezgodne z przepisami prawa lub z dobrymi obyczajami. Wbrew subiektywnemu zapatrywaniu Odwołującego obiektywnie rzecz biorąc Zamawiający nie miał

podstaw, aby stwierdzić, że Przystępujący oświadczył nieprawdę celem potwierdzenia spełnienia wymagań postępowania oraz w celu uzyskania tego zamówienia i ten stan rzeczy nie uległ zmianie do zamknięcia rozprawy.

Odwolujący bezpodstawnie zatem domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk. W konsekwencji nie mogło również dojść do naruszenia przez Zamawiającego do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, gdyż nie ma żadnych podstaw, aby stwierdzić, że oferta Przystępującego, wbrew jej treści, jest niezgodna z warunkami tego zamówienia. Tym samym zarzut nr 3 odwołania również nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Z kolei według art. 128 ust. 5 ustawy pzp jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Wreszcie art. 223 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Naruszenie powyższych przepisów jest przedmiotem zarzutów nr 4 i 5. Wbrew temu, co zostało zasugerowane po ich przytoczeniu *in extenso* w ramach argumentacji prawnej, skoro normy te dotyczą uprawnienia zamawiającego, nie ma on obowiązku korzystania z niego w sytuacji wszelkich pojawiających się u konkurencyjnych wykonawców wątpliwości odnośnie oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Jak to już powyżej zaznaczono, zarzucanie naruszenia powyższych przepisów nie może zastępować spoczywającego na odwołującym obowiązku wykazania, że treść oferty lub treść dokumentów przedmiotowych obiektywnie budzą istotne wątpliwości. Nie zostało to choćby uprawdopodobnione przez Odwołującego, który domaga się w istocie, aby Zamawiający za niego poszukiwał dowodów poddających w wątpliwość rzetelność i uczciwość Przystępującego przy wykazywaniu spełnienia jednego z warunków udziału w tym postępowaniu. Przy czym biorąc pod uwagę sposób uzasadnienia tych zarzutów i zgłoszone w związku z nimi żądanie, zupełnie nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie normy objętej art. 128 ust. 5 ustawy pzp i do jakiego podmiotu miałby zwrócić się Zamawiający o wyjaśnienia.

Na podobnej zasadzie nie ma potrzeby rozwodzenia się nad interpretacją, skądinąd również niesprzecnie i obszernie wywodzoną we wszystkich trzech wspomnianych pismach procesowych, art. 223 ust. 1 ustawy pzp, który w pierwszym zdaniu stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jak to powyżej ustalono, treść oferty Przystępującego obiektywnie rzecz biorąc nie budzi żadnych wątpliwości, a podnoszone przez Odwołującego wątpliwości mają charakter subiektywny i dotyczą opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp, nakazującego przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji ani wyłącznie wskazanego co do jednostki redakcyjnej art. 17 ust. 2 ustawy pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zarzucane Zamawiającemu w odwołaniu naruszenia tych przepisów nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych. Nie mogło również dojść do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp, z których wynika nakaz wyboru oferty najkorzystniejszej według obowiązujących w danym postępowaniu kryteriów oceny ofert. Zarzuty naruszenie tych przepisów mają bowiem charakter niesamotny.

Dysproporcja pomiędzy obszernością rozważań teoretycznoprawnych a szczupłością bądź jakością warstwy faktycznej w uzasadnieniu odwołania oraz brak wykazania jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej przez Odwołującego do zamknięcia rozprawy, czyni uzasadnionym zwrócenie uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić

skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z kolei zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 popzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontrydiktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania. Na co zresztą słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, gdzie przytoczył stosowny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22, pogrubiając następujące zdanie: *...to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski*.

W niniejszej sprawie Odwołujący na rozprawie nawet nie próbował sprostować temu obowiązkowi, co nie dziwi, skoro uprzednio w odwołaniu przeszedł do porządku dziennego nad faktami mającymi znaczenie w kontekście zarzucanych naruszeń przepisów materialnych ustawy pzp, które były dla niego niedogodne. Taka taktyka procesowa nie mogła zdać egzaminu w sytuacji, gdy Zamawiający i Przystępujący podnieśli te okoliczności.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Odwołującego.