

WYROK

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

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **6 maja 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 kwietnia 2025 r.**

przez wykonawcę: **W. sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pod nazwą: „Budowa urządzeń przeciwpowodziowych w zlewni rowu do ul. Wodnej w Czechowicach-Dziedzicach – rowy”* (ZP.271.54.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Czechowice-Dziedzice z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach** [„Zamawiający”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 4400 zł 40 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta złotych czterdzieści groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie;

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4400 zł 40 gr (słownie: cztery tysiące czterysta złotych czterdzieści 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

Gmina Czechowice-Dziedzice{dalej również: „Gmina” 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”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pod nazwą: „Budowa urządzeń przeciwpowodziowych w zlewni rowu do ul. Wodnej w Czechowicach-Dziedzicach – rowy”* (ZP.271.54.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 lutego 2025 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00108743.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

8 kwietnia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu niektórych ofert i unieważnieniu postępowania.

14 kwietnia 2025 r. W. sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej {dalej: „W.”, „Wykonawca” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [poniżej cytaty za odwołaniem, które według jego treści są fragmentami uzasadnienia przekazanego przez Zamawiającego]:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c – przez odrzucenie oferty W. z powołaniem się na okoliczność, że została złożona przez wykonawcę, ...*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, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń*, podczas gdy twierdzenie takie jest nieuprawnione.
- 2.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania W. do uzupełnienia (ewentualnie poprawienia) podmiotowych środków dowodowych (referencji), potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 3.4.1. SWZ, w zakresie braku poświadczenia zgodności złożonego dokumentu elektronicznego (cyfrowego odwzorowania referencji potwierdzających należyte wykonanie zadania nr 1 wykazu usług) z postacią papierową dokumentu.
- 3.Art. 255 pkt 3 – przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powołaniem się na okoliczność, że ...*cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia* – w sytuacji gdy okoliczność ta wynika z błędnego odrzucenia oferty W., której cena jest

niższa niż ta kwota Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty W..
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert.
4. Wezwania W. do uzupełnienia złożonych referencji w zakresie poświadczenia zgodności złożonego dokumentu elektronicznego (cyfrowego odwzorowania referencji) z postacią papierową dokumentu.
5. Wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty i żądania zostały sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wspomniano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

W odpowiedzi na odwołanie z 30 kwietnia 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej podano w zakresie, który miał znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

4 marca 2025 r. Zamawiający pismem nr ZP.KW.00135.2025 wezwał, z powołaniem się na art. 274 ust. 1 ustawy pzp, Wojtyłę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności należało złożyć podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego zdolności zawodowej (doświadczenia), określonego jako należyte wykonanie, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegającej na sprawowaniu nadzoru inwestorskiego lub koordynowaniu zespołu inspektorów nadzoru lub pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu nad realizacją robót budowlanych, obejmujących budowę lub przebudowę lub remont urządzeń lub budowli przeciwpowodziowych lub regulacyjnych lub kanałów lub rowów (zgodnie z ustawą – Prawo wodne Dz.U. z 2024 poz. 1087 ze zm.), których wartość wynosiła co najmniej 500 tys. zł brutto.

W określonym terminie W. złożył wymagane dokumenty, z wyjątkiem dowodu potwierdzającego należyte wykonanie jedynej usługi opisanej w wykazie usług sporządzonym na wzorze z załącznika nr 7 do SWZ.

10 marca 2025 r. Zamawiający, wskazując, że działa na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy pzp, wezwał Wojtyłę do uzupełnienia w podmiotowych środkach dowodowych w tym zakresie, tj. do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi opisanej w wykazie usług. Oprócz opisanego, co jest przedmiotem wezwania i dlatego, Zamawiający przypomniał w ślad za SWZ, że składane dokumenty muszą być opatrzone elektronicznym podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2024 r. poz. 1557 ze zm.), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy pzp, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

W określonym terminie W. złożył skan referencji sporządzonych pierwotnie w postaci papierowej, które nie zostały opatrzone wymagany podpisem elektronicznym.

W zawiadomieniu z 8 marca 2025 r. Zamawiający opisał powyższy przebieg badania spełniania przez Wojtyłę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawców. W konkluzji Zamawiający wskazał, że złożenie podmiotowego środka dowodowego nieopatrzonego obligatoryjnym podpisem elektronicznym zakwalifikował jako podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp.

Powyższy stan faktyczny należy uznać za niesporny.

W szczególności nie sposób uznać przytoczenia w uzasadnieniu odwołania zdania wyrwanego z kontekstu całości treści pisma Zamawiającego z 10 marca 2025 r., bez żadnego komentarza, za podważanie adekwatności i zrozumiałości tego wezwania. Natomiast złożenie w odpowiedzi na nie referencji samo przez się potwierdza, że Wykonawca nie miał wątpliwości co do tego, na czym polega brak stwierdzony przez Zamawiającego i w jaki sposób należy go usunąć.

Świadczy o tym również podstawa faktyczna i prawna głównego zarzutu odwołania, która sprowadza się do twierdzenia, że brak formalny złożonych referencji powinien być przedmiotem wezwania do jego usunięcia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp.

W kontekście tego przepisu kluczowe znaczenie ma fakt, że wbrew odmiennemu twierdzeniu wynikającemu z odwołania, niezłożenie pierwotnie w ogóle referencji zawiera w sobie również brak co do formy tego podmiotowego środka dowodowego. W konsekwencji wezwanie do złożenia tej referencji dotyczyło jej poprawności zarówno merytorycznej, jak i formalnej, w tym co do opatrzenia właściwym podpisem elektronicznym. Odmiennie przedstawiałaby się sytuacja, gdyby na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca złożył tę nieopatrzoną wymagany podpisem elektronicznym referencję. Wyłącznie wtedy Zamawiający

obiektywnie rzecz biorąc mógłby zawęzić wezwanie do uzupełnienia tego braku formalnego, który jednak wystąpił dopiero w złożonej w trybie art. 128 ust. 1 pzp referencji. Innymi słowy, Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że domaga się w istocie umożliwienia poprawienia dokumentu, który był już przedmiotem prawidłowego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp, gdyż zostało umożliwione złożenie referencji prawidłowej zarówno pod względem materialnym, jak i formalnym.

Izba zważyła, co następuje:

Z poniżej wskazanych przepisów wynika, co następuje.

Po pierwsze, z art. 266 ustawy pzp, że do postępowań poniżej progów unijnych znajduje zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. A z tego ostatniego przepisu, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innego powodu lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Po drugie, z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), że składane w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej dowody określające, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, to referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Z kolei według § 15 podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w tym rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy pzp.

Po trzecie, z § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452 ze zm.), czyli przepisu rozporządzenia wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 70 ustawy pzp, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Przy czym § 6 ust. 3 pkt 1 tego rozporządzenia określa w szczególności, że poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych wykonawca, którego one dotyczą.

Jak to trafnie wywiedziono w uzasadnieniu wyroku z 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3346/22: (...) *Z zestawienia powyższych przepisów wynika, że w sytuacji gdy referencje wystawione zostały przez podmiot, na rzecz którego wykonane zostały określone roboty budowlane/dostawy/usługi w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, prawidłową formą przekazania takiego dokumentu jest cyfrowe jego odwzorowanie. Dodatkowo cyfrowe odwzorowanie powinno zostać poświadczone za zgodność z dokumentem w postaci papierowej. Poświadczenia tego powinien dokonać odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca poprzez opatrzenie tego dokumentu – w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne - kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.*

Powyższe uwarunkowania prawne co do wymaganej formy referencji, czyli że powinny być one opatrzone stosownym podpisem elektronicznym ich wystawcy, nie były jednak sporne.

Nie było również przedmiotem sporu, że aktualność zachowuje wypracowana w doktrynie i orzecznictwie zasada jednokrotności stosowania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy pzp, co służy zachowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy pzp jest bowiem transpozycją do polskiego porządku prawnego regulacji unijnej, ujętej w art. 56 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

W orzecznictwie Izby następująco rozumie się wspomnianą zasadę jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust.

1 ustawy pzp.

Przy czym zgodnie z wypracowanym w doktrynie i orzecznictwie jednolitym stanowiskiem (na tle analogicznej regulacji zamieszczonej poprzednio w art. 26 ust. 3 pzp. z 2004 r.) taka procedura uzupełnienia lub poprawienia dokumentów może być, z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zastosowana tylko jednokrotnie w odniesieniu do tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów [zob. uzasadnienie wyroku z 16 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3511/21].

W szczególności na uwagę zasługuje wyrok z 13 listopada 2024 r. sygn. akt KIO 3962/24, który zapadł w analogicznych okolicznościach faktycznych do ustalonych powyżej w niniejszej sprawie [zob. uzasadnienie str. 12-13]:

Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę. W przedmiotowej sprawie Odwołujący został prawidłowo wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego członków zarządu. Zamawiający miał zatem obowiązek wezwać Odwołującego, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów i obowiązkiem Odwołującego, jako profesjonalisty, było uzupełnić brakujące dokumenty w prawidłowej formie - czego Odwołujący nie uczynił.

Twierdzenia Zamawiającego Izba podziela w całości i przyjmuje za własne, zatem nie powiela. Zasada jednokrotności wezwania oznacza procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny. Oczywistym jest, że wykonawca wzywany jest do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może je uzupełnić lub poprawić, a nie jak chce Odwołujący raz uzupełnić i raz poprawić. Umożliwienie Odwołującemu po raz kolejny uzupełnienie informacji z Krajowego Rejestru Karnego członków zarządu stawiałoby Odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji względem innych wykonawców, którzy w sposób poprawny złożyli wymagane przez Zamawiającego dokumenty. W konsekwencji doprowadziłoby to do naruszenia jednej podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców.

Tym samym Izba w powyższej sprawie uznała za adekwatne okoliczności faktyczne i prawne, które podniósł tamten zamawiający [zob. uzasadnienie str. 9-10]:

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę do poprawienia złożonej już w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 informacji z Krajowego Rejestru Karnego, bowiem dokument ten posiadał wadę, która mogłaby podlegać konwalidacji. Stanowisko takie byłoby słuszne tylko pod warunkiem, że dokumenty w KRK (niepodpisane) zostałyby złożone w wyniku wezwania z art. 126 ust. 1. Wówczas Zamawiający miałby możliwość zbadania przekazanej mu informacji z KRK i wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp do poprawienia tego dokumentu i złożenia go w prawidłowej formie. Jednak w analizowanej sprawie, w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 pzp Wykonawca w ogóle nie złożył wymaganego dokumentu KRK, zatem nie można uznać, iż przekazany dopiero w odpowiedzi na kolejne wezwanie z art. 128 ust. 1 pzp podmiotowy środek dowodowy podlega dalszym korektom. Podejście takie przeczyłoby zasadzie jednokrotności wezwania do poprawienia dokumentu i godziło w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której Wykonawca nieskładający wymaganych dokumentów musiałby być wzywany do ich przedłożenia „aż do skutku” lub też uzyskiwałby niezliczoną liczbę szans na usunięcie błędów tylko dlatego, że Zamawiający nie mógł tych błędów wskazać ze względu na fizyczny brak dokumentu do analizy.

Możliwość wielokrotnego wezwania do korekty tego samego dokumentu – na którą to opcję we wniesionym odwołaniu powołuje się Wykonawca – ma charakter wyjątkowy i dotyczy wyłącznie sytuacji, w której pierwotne wezwanie Zamawiającego do korekty było niekompletne lub z jakichkolwiek względów zawierało wadliwe żądanie. W takiej sytuacji kolejne wezwanie dotyczy innego, wcześniej niewskazanego elementu lub innej bądź niewłaściwie zinterpretowanej informacji zawartej w dokumencie. Jednak warunkiem ponownego wezwania do korekty jest wada pierwotnego badania, zaś warunkiem badania – istnienie jego przedmiotu. Oznacza to, że w sytuacji, w której Wykonawca w ogóle nie składa wymaganego dokumentu, Zamawiający nie ma możliwości przeprowadzenia jego analizy, a zatem nigdy nie ziszcza się okoliczność nieprawidłowości oceny i w konsekwencji nie dojdzie do niekompletności lub wady wezwania. Dlatego złożenie dokumentu dopiero w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 pzp wyklucza możliwość dalszej korekty w przypadku stwierdzenia wady takiego PŚD, bowiem „drugie” wezwanie samo w sobie stanowi ścieżkę sanacyjną dla usunięcia nieprawidłowości w postaci braku odpowiedzi na wezwanie wystosowane w oparciu o art. 126 ust. 1 pzp.

Powyższe wywody prawne Izba w pełni podziela i uznaje za własne w niniejszej sprawie, która dotyczy analogicznej sytuacji faktycznej.

Nie sposób natomiast podzielić interpretacji art. 128 ust. 1 pzp, którą potwierdził na pytanie składu orzekającego Odwołujący na rozprawie, że jeżeli za pierwszym razem powodem wezwania było niezłożenie w ogóle dokumentu i w odpowiedzi na nie został on złożony, ale zawierał błędy lub był niekompletny (np. z powodu niewłaściwej formy), wezwanie do poprawienia czy uzupełnienia tego braku nie narusza zasady jednokrotności wezwania. Innymi słowy, oczywiście błędna i nieznajdująca oparcia w doktrynie i orzecznictwie jest interpretacja, jakoby zasada ta dotyczyła

odrębnie uzupełnienia niezłożonego w ogóle dokumentu, odrębnie jego poprawienia i odrębnie jego uzupełnienia. Odwołujący zdaje się zupełnie nie dostrzegać, że taka wykładnia stoi w sprzeczności z powyżej wskazanymi podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w rzeczywistości dopuszcza nawet trzykrotne, niejako kaskadowe stosowanie procedury z art. 128 ust. 1 pzp w odniesieniu do tego dokumentu, w sytuacji gdy dopiero dokument złożony na pierwsze wezwanie w tym trybie okaże się błędny lub niekompletny.

Normy prawne wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c ustawy pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodwołania temu formalnemu obowiązku, wykonawcę należy uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy, zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że złożony w wyniku wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełnienia tych warunków, czy to ze względu na niewłaściwą treść, czy z powodu niedochowania wymaganej formy, względnie z obu tych powodów jednocześnie. Nie ma przy tym znaczenia, czy wykonawca obiektywnie rzecz biorąc mógłby spełnić te warunki, gdyby złożył inne, inaczej sformułowane lub we właściwej formie dokumenty lub oświadczenia.

Skoro *de lege lata* ustawodawca zrezygnował z przesłanki niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, obecnie najbardziej zbieżny zakres zastosowania ma norma wynikająca z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c. Hipoteza tej normy obejmuje bowiem sytuację niezłożenia przez wykonawcę w przewidzianym terminie, czyli m.in. określonym w stosownym wezwaniu zamawiającego, podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Gdyby w tym kazuistycznie sformułowanym przepisie chodziło tylko o niezłożenie w ogóle podmiotowego środka dowodowego, zbędne byłoby dookreślenie, że chodzi o niepotwierdzający spełniania warunków podmiotowy środek dowodowy. Odmienne niż w innych przepisach ustawy pzp, gdzie mowa jest o podmiotowym środku dowodowym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. brzmienie art. 124 pkt 2 ustawy pzp) czy podmiotowym środkiem dowodowym [żądanym] w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (por. § 9 ust. 1 rozporządzenia wydanego na mocy delegacji z art. 128 ust. 6 ustawy pzp).

Tym niemniej rezygnacja ustawodawcy z jednoznacznego rozróżnienia niespełniania od niewykazania spełniania warunku udziału spowodowała w praktyce, że wielu zamawiających na wszelki wypadek w obu tych sytuacjach wskazuje jako podstawę prawną zarówno lit. b, jak i c art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W niniejszej sprawie, w sytuacji gdy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy pzp, pewne jest, że w konsekwencji oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2, zatem drugorzędne znaczenie ma, czy najwłaściwsze było wskazanie na lit. b czy c tego przepisu, gdyż nie mogło to mieć żadnego wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie tego zamówienia.

W konsekwencji niezasadny jest również zarzut naruszenia normy art. 255 pkt 3 ustawy pzp, który nie miał charakteru samoistnego, a jedynie wynikowy, gdyż opierał się wyłącznie na tym, że gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, Zamawiający nie miałby podstaw, aby stwierdzić, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Próba podnoszenia przez Odwołującego na rozprawie nowych okoliczności faktycznych i prawnych, skądinąd nieistotnych, każe zwrócić uwagę również na kluczowe 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 poprzednio obowiązującej ustawy pzp), 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 kontradyktoryjny 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 również zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22 jednoznacznie wskazał, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski.

W niniejszej sprawie Odwołujący w oczywisty sposób nie sprostął wymaganiom wynikającym z omówionych powyżej przepisów, więc odwołanie zostało oddalone jako w całości oczywiście niezasadne.

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) oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie (potwierdzone wypełnionym drukiem delegacji służbowej), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 1 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) obciążono nimi Odwołującego.