

WYROK

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

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **1 października 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 sierpnia 2025 r.**

przez wykonawcę: **Zakład Usług Budowlanych „D.” sp.j. z siedzibą w Zaborzu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa parkingu przy dworcu PKP w Brzeszczach-Jawiszowicach* (SZP.271.14.2025).

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Brzeszcze** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm) oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „ELBUD” B.L. z siedzibą w Brzeszczach jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia określonego w rozdziale XIII pkt 2.1. lit. d) lit. (a) SWZ.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego, tj.:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero 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 Brzeszcze {dalej: „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 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa parkingu przy dworcu PKP w Brzeszczach-Jawiszowicach* (SZP.271.14.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 czerwca 2025 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00269086.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

21 sierpnia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „ELBUD” B.L. z siedzibą w Brzeszczach {dalej również: „Elbud” lub „B.L.”}.

26 sierpnia 2025 r. Zakład Usług Budowlanych „D.” sp.j. z siedzibą w Zaborzu {dalej: „Dębowski” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Elbudu, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
2. Art. 226 ust. 7 i art 16 w zw. ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego – przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej nieprawdziwe oświadczenie i dokument w postaci protokołu odbioru robót, a także złożone następnie dwie referencje dotyczące tej samej inwestycji o różnym przedmiocie wykonanych robót, przy jednoczesnej rażąco niskiej cenie oferty.
3. Art. 224 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Elbudu w sytuacji niezłożenia przez niego wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niepełnych, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. *Zamawiający udostępniając dokumenty przetargowe Odwołującemu, załączył pismo Zamawiającego o wezwaniu Wykonawcy do*

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Natomiast folder określony jako odpowiedź Wykonawcy, Zamawiający przesłał jako folder „pusty” nie zawierający żadnej treści ani pism. Stąd domniemanie, że Wykonawca nie udzielił odpowiedzi i przesłanka dotycząca odrzucenia oferty Wykonawcy jest zasadna [całość uzasadnienia tego zarzutu w oryginalnej pisowni].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Elbudu.
4. Wyboru oferty D. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie, który miał znaczenie dla rozstrzygnięcia.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 września 2025 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W ramach warunku udziału dotyczącego doświadczenia określonego w rozdziale XIII pkt 2.1. lit. d) lit. (a) SWZ wymagane było wykazanie przez wykonawcę, że wykonał *...w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej: a/ 2 roboty budowlane, z których każda polegała na wykonaniu co najmniej jednego rodzaju robót: budowy, przebudowy, rozbudowy parkingu dla samochodów osobowych o liczbie co najmniej 100 miejsc postojowych.*

Zauważyć wypada, że nie przypadkiem w przepisach Prawa zamówień publicznych czy Prawa budowlanego mowa jest o „robotach budowlanych” w liczbie mnogiej, gdyż rzeczownik „roboty” użyty jest tu w znaczeniu zbiorowych prac mających na celu realizowanie jakiegoś przedsięwzięcia, w tym przypadku budowlanego. Natomiast rzeczownik „robota” w liczbie pojedynczej występuje tylko języku potocznym i może oznaczać: 1) zespół czynności podejmowanych w celu wykonania czegoś, 2) rezultat czyjejś pracy, czyjegoś działania, 3) pracę jako źródło zarobku, 4) miejsce zatrudnienia [patrz Słownik języka polskiego dostępny na]. Stąd, nie licząc cytatów, wszędzie indziej jest mowa o „robotach budowlanych” jako jedynej formie poprawnej językowej.

8 lipca 2025 r. Zamawiający wezwał Elbud, jako wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej, m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na potwierdzenie powyżej przywołanego warunku udziału Elbud złożył, sporządzony wg wzoru z załącznika nr 6, Wykaz robót obejmujący dwa przedsięwzięcia budowlane, w tym drugie opisane jako: *Budowa obiektu lekkoatletycznego i boiska do piłki nożnej przy Powiatowym Zespole nr 2 Szkół Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego i Technicznych w Oświęcimiu – m.in. 105 miejsc postojowych*, wykonaną w okresie: 16.02.2023-23.07.2024 r. Na potwierdzenie należytego wykonania tych robót z należytą starannością Elbud załączył opatrzony podpisem elektronicznym B.L. skan dokumentu pn. „Protokół odbioru końcowego robót sporządzony w dniu 23.07.2024 r.”, w pkt 5. wskazujący, że inwestycja ta obejmowała m.in. 105 miejsc postojowych, przy czym z pkt 13. i 15. wynika komisyjne dokonanie odbioru robót objętych zawartą umową bez uwag jako dobrze wykonanych.

18 lipca 2025 r. Dębowski przesłał Zamawiającemu pismo Powiatu Oświęcimskiego z tej daty, w którym ten zamawiający stwierdził, że [pisownia oryginalna]: *...przedłożony przez firmę „ELBUD” protokół odbioru końcowego robót zawiera niezgodności z rzeczywistym zakresem wykonanych prac oraz z samym tokiem prac odbiorowych. Nieprawidłowości dotyczą nie tylko wskazanej w protokole liczby miejsc postojowych, ale również co najważniejsze samego wyniku prac komisji odbiorowej. W załączeniu przekazuję kopię protokołu odbioru końcowego robót z dnia 12.07.2024r. oraz kopię protokołu odbioru usterek z dnia 23.07.2024r. W związku z powyższym, dokument złożony przez wykonawcę nie może zostać uznany za wiarygodny ani autentyczny środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu przetargowym.*

Do odwołania załączono również pismo Powiatu Oświęcimskiego z 22 sierpnia 2025 r. w którym wprost wskazano, że w ramach tej inwestycji wykonano: 54 miejsca postojowe prostopadłe dla samochodów osobowych o wymiarach 5,00 x 2,50 m, 4 miejsca postojowe prostopadłe dla osób niepełnosprawnych o wymiarach 5,00 x 3,60 m i 1 miejsce postojowe dla autobusu o wymiarach 19,00 x 3,00 m.

30 lipca 2029 r. (pismem datowanym na 29 lipca 2025 r.) Zamawiający wezwał Elbud do złożenia wyjaśnień odnośnie poddanego w wątpliwość przez D. protokołu odbioru końcowego robót.

W odpowiedzi z 5 sierpnia 2025 r. B.L. ograniczył się do wyjaśnienia że [pisownia oryginalna]: *...protokół został załączony omyłkowo i nie stanowi odzwierciedlenia realizacji prac jakie były prowadzone w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa obiektu lekkoatletycznego i boiska do piłki nożnej przy Powiatowym Zespole nr 2 Szkół*

Ogólnokształcących Mistrzostwa Sportowego i Technicznych w Oświęcimiu". W wyniku wskazanej omyłki, podczas kompletowania dokumentacji niezbędnej do złożenia oferty, załączono wersję roboczą w/w protokołu.

Ponadto w drugim akapicie tego pisma oświadczył, co następuje [pisownia oryginalna]: *Czyniąc zadość obowiązkowi przedłożenia właściwej referencji, która zgodnie z zamysłem były przeznaczone do wykazania kwalifikacji w ramach niniejszego postępowania, w załączeniu przedkładam Referencje z dnia 18 maja 2025 r., od P.P.H.U „PROMET” Sp. J. {dalej: „Promet”}.*

Do wyjaśnień faktycznie załączono referencje Prometu z 18 maja 2025 r., potwierdzające, że w okresie od 1 marca do 30 kwietnia 2024 r. Elbud na terenie zakładów Prometu [pisownia oryginalna]: *...nawierzchnie utwardzone z brukowej kostki betonowej oraz betonu, o powierzchni ogółem 2 700 m², obejmujące drogi dojazdowe – 1 300 m² oraz miejsca postojowe (parkingowe) w ilości 112 szt – 1 400 m².*

8 sierpnia 2025 r. Zamawiający, wskazując, że działa na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, wezwał Elbud do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 125 ust. 1 pzp, tj. wykazu robót budowlanych według wzoru z załącznika nr 6 do SWZ wraz z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, tj. referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Jednocześnie, po przytoczeniu brzmienia warunku określonego w rozdziale XIII pkt 2.1. lit. d) lit. (a) SWZ (z wyluszczeniem fragmentu wskazującego na budowę, przebudowę lub rozbudowę parkingu na co najmniej 100 miejsc postojowych) i skonstatowaniu, że roboty budowlane wykonane na rzecz Powiatu Oświęcimskiego nie spełniają tego warunku, zamieścił dwa akapity w następującym brzmieniu [pisownia oryginalna]:

Zamawiający nadmieniał również, że w budowa, przebudowa, rozbudowa parkingu o liczbie co najmniej 100 miejsc postojowych nie jest równoznaczna z wykonaniem utwardzenia terenu obejmującego miejsca postojowe (parkingowe). W świetle obowiązujących przepisów prawa budowa, przebudowa lub rozbudowa parkingu o liczbie większej niż 10 miejsc, przede wszystkim wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, które przy wykonaniu utwardzenia terenu nie jest wymagane. Oprócz tego, konieczne jest opracowanie projektu budowlanego, uwzględniającego minimalne odległości miejsc postojowych, szerokość dróg manewrowych i oznakowanie. Ważne jest również, aby parking spełniał wszelkie wymogi techniczne i prawne, w tym dotyczące bezpieczeństwa i dostępności.

Przedłożone przez Wykonawcę w ramach wyjaśnień referencje dotyczą wykonania nawierzchni utwardzonej i tym samym nie są zgodne z warunkami udziału określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdział XIII ust. 2 pkt d) ppkt (a) specyfikacji).

W odpowiedzi 12 sierpnia 2025 r. Elbud przesłał Wykaz robót zmieniony w zakresie poz. nr 2, gdzie tym razem pojawiło się jako wykonane w okresie 01.03.2024-30.04.2025 następująco opisane przedsięwzięcie [pisownia oryginalna]: *Budowa parkingu z brukowej kostki betonowej, dla samochodów osobowych w ilości 112 szt., wraz z drogami dojazdowymi.* Do wykazu załączył ponownie referencję Prometu z 18 maja 2025 r., ale tym razem zawierającą powyżej zacytowane sformułowanie.

14 sierpnia 2025 r. Zamawiający wystąpił do Prometu o wyjaśnienie, [pisownia oryginalna] *...które z przedstawionych przez firmę P.B.-U. „ELBUD” B.L. dokumentów/referencji jest prawidłowe i zgodne z autentycznie wykonanymi pracami.*

Pismem z 19 sierpnia 2025 r. Promet odpowiedział, że [pisownia oryginalna]: *...referencje wystawione w dniu 18.05.2025 dla (...) „ELBUD” – B.L. z siedzibą w Brzeszczach (...), w dwóch różnych treściach, zostały wystawione na prośbę Wykonawcy, dla zrealizowanych przez tę firmę, różnych procesów przetargowych zamówień publicznych i prywatnych. W związku z powyższym, zaświadcza się, iż każde z referencji jest prawidłowe i dotyczy zrealizowanego dla Naszej firmy zadania.*

21 sierpnia 2025 r. Zamawiający wybrał ofertę Elbudu jako najkorzystniejszą.

W powyższym zakresie stan faktyczny sprawy należy uznać za niesporny, bo wynikający wprost z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z SWZ oraz innych omówionych powyżej dokumentów sporządzonych przez Zamawiającego [wezwania do wyjaśnień (także do innych zamawiających) i do uzupełnienia], Elbud [pierwotny i poprawiony wykaz robót, złożone wyjaśnienia i załączane trzykrotnie referencje], D. [pisma kierowane do Zamawiającego i Powiatu Oświęcimskiego] oraz podmioty trzecie [zamawiających] w toku badania przez Zamawiającego, czy Elbud spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, tj. czy złożone przez tego ostatniego w tym celu podmiotowe środki dowodowe to wykazują.

Jednakże kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy mają wynikające z powyżej opisanego przebiegu badania spełniania warunku udziału określonego w rozdziale XIII pkt 2.1. lit. d) lit. (a) SWZ fakty, że nie tylko Elbud wprowadził w błąd Zamawiającego, z którego ten został wyprowadzony wyłącznie dzięki aktywności D., ale Zamawiający umożliwił Elbudowi zamianę nieprawdziwych informacji na inne, których prawdziwość również jest wątpliwa, i to w wyniku *de facto* wielokrotnego uzupełniania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie tej samej okoliczności. W odpowiedzi

na wezwanie do wyjaśnienia pierwotnie złożonego wykazu robót i protokołu odbioru dotyczących inwestycji w Oświęcimiu Elbud złożył nie tylko wyjaśnienia, ale z własnej inicjatywy złożył referencje dotyczące innego przedsięwzięcia. O ile wiarygodność złożonych wyjaśnień jest wątpliwa, o tyle wynika z nich, że Elbud doskonale zdawał sobie sprawę z faktu niewykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, gdyż w przeciwnym razie nie złożyłby tych referencji. Z kolei Zamawiający, nie tylko przeszedł do porządku dziennego nad tym, że został wprowadzony przez Elbud w błąd, ale wezwał go do *de facto* poprawienia lub zastąpienia inną już złożoną w wyniku uzupełnienia referencji oraz adekwatnego dostosowania wykazu robót. Tymczasem Zamawiający mógł co najwyżej wezwać do zmiany pierwotnego wykazu robót ze wskazaniem, że według jego ustaleń dotychczasowa poz. nr 2 nie spełnia odnośnego warunku udziału. Innymi słowy, Zamawiający nie powinien w ogóle odnosić się do referencji, do której złożenia nie wzywał, aby dochować zasady jednokrotności wezwania w zakresie tej samej okoliczności. Natomiast Zamawiający umożliwił Elbudowi dwukrotne złożenie referencji dotyczącej tej samej inwestycji, a także dostosowanie treści wykazu do drugiej wersji tej referencji. Niezależnie od tego Zamawiający ponownie dał się wprowadzić w błąd, bezkrytycznie akceptując dostosowywanie treści podmiotowych środków dowodowych do treści warunku udziału, gdyż na podstawie enigmatycznych wyjaśnień udzielonych przez Promed nie sposób stwierdzić, czy zrealizowane na jego rzecz przez Elbud roboty budowlane obejmowały budowę parkingu czy tylko utwardzonego placu. Innymi słowy, nawet abstrahując od umożliwienia Elbudowi wielokrotnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wątpliwe jest, czy wymieniona poz. nr 2 wykazu robót dotyczy wymaganego w treści warunku doświadczenia w budowie parkingu na co najmniej 100 samochodów osobowych.

Jednocześnie podkreślić należy, że podstawa faktyczna zarzutu w uzasadnieniu odwołania została oparta na rzeczywistym przebiegu badania spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy, a odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Elbudu za niewykazanie spełnienia tego warunku. Nie ma zatem znaczenia, że na wstępie odwołania literalnie został wskazany jako naruszony przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Brak wymienia w ramach zwięzłego określenia zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b czy c ustawy pzp, nie ma znaczenia w sytuacji, gdy w rzeczywistości taka kwalifikacja prawna w ustalonych powyżej okolicznościach jest oczywista. Przede wszystkim sformułowanie zarzutu na wstępie wraz z okolicznościami opisanymi w ramach jego uzasadnienia nie pozostawia wątpliwości, że zarzut zawarty w odwołaniu dotyczy zakwestionowana zaniechania odrzucenia oferty Elbudu jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale XIII pkt 2.1. lit. d) lit. (a) SWZ.

Poza wszelkim sporem jest fakt, że Zamawiający nie przewidział w tym postępowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp.

Ponieważ Elbud na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, zarzut z pkt 3. *petitum* odwołania, zresztą bez rozwinięcia w ramach uzasadnienia odwołania, jest bezprzedmiotowy.

Izba zważyła, co następuje:

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 spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodołania temu formalnemu obowiązkowi, wykonawcę należy uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy, zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że złożone, uzupełnione lub poprawione w wyniku wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają 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 spełnienia 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. zakreślonym w stosownym wezwaniu zamawiającego, podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie 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 spełnienia warunków podmiotowy środek dowodowy. Odmienne niż w innych przepisach ustawy pzp, gdzie mowa jest o podmiotowym środku dowodowym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. brzmienie art. 124 pkt 2 ustawy pzp) czy podmiotowym środku dowodowym [żądanym] w celu potwierdzenia spełnienia 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 spełnienia 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, tak jak uczynił to również Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W ustalonych powyżej okolicznościach potwierdził się zarzut dotyczący bezprawnego zaniechania przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c ustawy pzp, gdyż pomimo zaistnienia okoliczności objętej hipotezą tej normy prawnej, tj. z uwagi na niewykazanie spełnienia przez wykonawcę, pomimo umożliwienia mu uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (tj. złożonych na wezwanie w trybie art. 274 ust 1 ustawy pzp) w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, którą zamiast tego wybrał jako najkorzystniejszą. Przy czym Zamawiający rażąco naruszył normę wynikającą z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp.

Według art. 266 ustawy do postępowań poniżej progów unijnych znajduje zastosowanie m.in. art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika w szczególności, 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.

Nie było 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, w którego uzasadnieniu trafnie wywiedziono, co następuje: (...) *Zasada jednokrotności wezwania oznacza procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny. Oczywiście 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.*

Jak powyżej ustalono, Zamawiający błędnie uznał, że tylko raz doszło do skorzystania przez wykonawcę z uprawnienia wynikającego z art. 128 ust. 1 ustawy pzp w odniesieniu do tego samego braku, tj. niewykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, gdyż nie przeprowadził postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może o wykluczyć wykonawcę, który w wyniku: wg pkt 8 – zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; wg pkt 10 – lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy czym

według art. 109 ust. 2 ustawy pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jednocześnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Niezależnie od tego art. 109 ust. 3 ustawy pzp wprost wskazuje, że m.in. w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 8 i 10, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na poniższe uwarunkowania prawne w ustalonych powyżej okolicznościach, pomimo wielokrotnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez wykonawcę, nie mogło zostać uwzględnione żądanie nakazania odrzucenia wybranej oferty także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, tj. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu odnośnej ustawy o jej zwalczaniu.

Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych w uzasadnieniu wyroku z 28 lutego 2025 r. sygn. akt XXIII Zs 2/25 [pisownia oryginalna]:

(...)

Katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia został zasadniczo dostosowany do listy przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej. W ocenie Sądu, sprzeczna z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy klasycznej jest zatem wykładnia, zgodnie z którą pomimo braku przewidzenia w dokumentach zamówienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, złożenie informacji nieprawdziwych/ niepotwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 16 Pzp w zw. z art. 3 uznk i uniemożliwia wezwanie takiego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy Pzp.

Art. 109. ust 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wedle ust. 2 tego przepisu jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W rezultacie swoboda Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia, bądź nie uwzględnienia przesłanek fakultatywnych wykluczenia w danym zamówieniu występuje tylko do etapu unormowania warunków udziału w postępowaniu i ich ogłoszenia w zakresie SWZ.

Natomiast jeśli zamawiający nie przewidzi możliwości danego wykluczenia fakultatywnego w ogłoszeniu o zamówieniu, to nawet w przypadku zaistnienia przesłanki fakultatywnej opisanej w ustawie Pzp, nie jest uprawniony do wykluczenia konkretnego wykonawcy w oparciu o szeroko rozumiane przesłanki w tym na podstawie innych ustaw. Takie działanie, nie tylko pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa, lecz także godziłoby w zasadę przejrzystości - wykonawca po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i dokumentacją zamówienia musi umieć stwierdzić, czy odpowiada warunkom udziału, czy nie podlega wykluczeniu i czy jest w stanie złożyć ofertę na warunkach oczekiwanych przez zamawiającego – nie podlegającą odrzuceniu. Jasność i jednoznaczność procedur udzielania zamówień publicznych stanowi bowiem podstawową gwarancję zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Podkreślić należy, że wymóg zachowania przejrzystości dotyczy zarówno informacji o zamiarze udzielenia zamówienia, jak i informacji dotyczących przebiegu postępowania i podejmowanych w jego ramach decyzjach. Tak rozumiana zasada przejrzystości wypływa z zasady równości i jest ściśle związana z zasadą pewności prawa, przez co przede wszystkim należy rozumieć przewidywalność działań instytucji zamawiających.

Tymczasem, stanowisko skarżącego dopuszcza „prześwietlenie” ofert konkurencji w świetle wszystkich przepisów prawa – i umożliwienie zamawiającym wykluczanie wykonawców/odrzucanie ich ofert w oparciu o niespełnianie wymogów nieujawnionych na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast przewidzianych w każdym dowolnym akcie prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, bez względu na jego faktycznych związek z danym zamówieniem.

Odnosząc się zaś ściśle do zarzutów skargi, podkreślić należy, że skoro w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia i dokumentacji zamówienia Zamawiający nie zawarł konkretnej, fakultatywnej przesłanki wykluczenia, to obejściem przepisów na niekorzyść innych wykonawców, niż skarżący, byłoby zastosowanie w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2017 r., KIO 371/17). W tym zakresie wielokrotnie wypowiedziały się organy orzecznicze takie jak Trybunał Europejski ora Trybunał Konstytucyjny i choć tezy

ujęte w orzeczeniach tych organów dotyczą innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Samo rozumienie zasady proporcjonalności pozostaje bowiem bardzo zbliżone, niezależnie od punktu odniesienia, dla którego jest ona oceniana i konstruowana. Zatem wypracowane w orzecznictwie obu Trybunałów metody oceny i badania spełnienia zasady proporcjonalności mogą być z powodzeniem stosowane i przeniesione na poziom zupełnie niższy, tj. na poziom oceny czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 Werner Mangold „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. – 10037 w sprawie C-476/99 Lommers (...)). Analiza tego orzeczenia pozwala przyjąć, że ocena dotyczy tego, czy przyjęte założenia są skorelowane z celami jakie mają zostać osiągnięte. To natomiast prowadzi do wniosku, który można łatwo przenieść na grunt zamówień publicznych, że przyjęte przez Zamawiającego wymagania muszą być adekwatne do uzyskania zamierzonego w danym postępowaniu celu.

W rezultacie za całkowicie nieuprawnione należy uznać wywodzenie sankcji o charakterze eliminacyjnym w postaci wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty w drodze wykładni z zasad ogólnych prowadzenia postępowania, w szczególności z art. 16 ustawy Pzp. Zwłaszcza, że w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia w motywie 101 dyrektywy klasycznej wskazano dodatkowo, iż „stosując fakultatywne podstawy, wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności”. Za rażące naruszenie zasady proporcjonalności oraz przejrzystości postępowania należałoby uznać nakładanie na wykonawcę sankcji o charakterze eliminacyjnym wbrew temu, że w danym postępowaniu nie przewidziano danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia.

Niezasadne okazały się zatem zarzuty skargi, wywodzące, że podanie przez [wskazanego w tym miejscu wykonawcę] niepełnych informacji dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty z uwagi na wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie podania nieprawdziwych informacji co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie udziału referencyjnych osób w realizacji zamówienia.

(...)

Skład orzekający Izby w pełni podziela powyżej przywołane rozważania, które są również w pełni adekwatne w ustalonych powyżej okolicznościach niniejszej sprawy, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 oraz niesprecyzowanym przepisem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego nie mógł zostać uwzględniony

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz jego uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do art. 557 ustawy pzp oraz § 7 ust. 5 w zw. z § 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 w całości Zamawiającego. Izba stwierdziła, że odstąpienie od zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów w okolicznościach tej sprawy, gdy oba zarzuty zmierzające do odrzucenia wybranej oferty oparte były na tych samych okolicznościach faktycznych, uzasadnia waga zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia odwołania.