Sygn. akt: KIO 5611/25

WYROK

Warszawa, dnia 3 lutego 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Robert Siwik

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 15 grudnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: **Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** oraz **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Miejska Kamienna Góra**,

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego –

1.wykonawca **Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie**,

2.wykonawca **Unihouse S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim**

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego –

1.wykonawca **MOD21 Spółka z o.o. z siedzibą w Łysomicach**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego,

orzeka:

1.**Oddala odwołanie w całości**.

2.Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: **Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** oraz **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** w następujący sposób:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **34 zł** (słownie: trzydzieści cztery złotych) tytułem kosztów opłaty skarbowej pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2zasądza od **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: **Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** oraz **Ekoinbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** rzecz Zamawiającego – **Gmina Miejska Kamienna Góra** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 5611/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miejska Kamienna Góra (dalej jako „**Zamawiający**") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa budynków komunalnych przy ul. Nadrzecznej w Kamiennej Górze"* (znak sprawy: ZIF.271.39.2025).

Ogłoszenie o zamówieniu ww. postępowania zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 25.11.2025 r. pod nr 780117-2025.

Dnia 15 grudnia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, zostało wniesione odwołanie na podstawie art. 513 pkt 1) i art. 515 ust.1 pkt.1 lit. a, ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „**Pzp**") wobec *„ustalenia treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „**SWZ**") w wyniku czynności Zamawiającego polegającej na zmianie w dniu 4.12.2025 r. warunków udziału w rozdziale X ust. 1 pkt. 1.4. lit. a) SWZ oraz w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w Postępowaniu w zakresie wynikającym ze zmienionego warunku udziału w postępowaniu*".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: *„art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z*

art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 137 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego tj. wykraczającego poza granice umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, dyskryminującego i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonego (w treści zmienionej dnia 4.12.2025 r.) w rozdziale X ust.1 pkt. 1.4 lit. a SWZ oraz w punkcie 5.1.6. ppkt.4 lit. a , punkcie 10 (Zmiana) ppkt.2.2 lit. a, ppkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 4.12.2025 r., co w istocie ograniczyło w postępowaniu uczciwą konkurencję między wykonawcami i odebrało możliwość uzyskania zamówienia wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, w tym Odwołującemu. Takie sformułowanie warunku stanowi także naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów i uzyskania robót najlepszej jakości w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, gdyż nieuzasadnione ograniczenie konkurencji ogranicza liczbę możliwych do uzyskania w postępowaniu korzystnych ekonomicznie ofert."

Odwołujący wnosił o:

1) *„uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ i ogłoszenia o zamówieniu i załączników do SWZ w zakresie zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X ust.1. pkt.1.4. lit a SWZ oraz w punkcie 5.1.6. pkt.4.lit. a , pkt.10 ppt. 2.2 lit. a, ppkt. 6 (Zmiana) ogłoszenia o zamówieniu (co miało miejsce dnia 4.12.2025) i nadanie mu następującego brzmienia:*
   „W okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 3 (trzy) budynki wielorodzinne lub zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej, w tym co najmniej 1 (jeden) budynek wielorodzinny. Każdy budynek winien spełniać łącznie poniższe wymagania: - posiadać co najmniej dwie kondygnacje nadziemne, - wybudowany w technologii prefabrykowanych modułów przestrzennych, - o drewnianej konstrukcji szkieletowej, - o powierzchni całkowitej budynku powyżej 1000 m2, - o wartości budynku minimum 7 000 000,00 zł brutto (słownie: siedem milionów złotych). Przez technologię modułową Zamawiający rozumie technologię wznoszenia budynków opartą o prefabrykowane moduły, czyli przestrzenne, trójwymiarowe (wolumetryczne) segmenty o drewnianej konstrukcji nośnej. Moduły charakteryzują się dużym stopniem prefabrykacji tj. są produkowane jako fabrycznie gotowe elementy konstrukcyjne, które dostarcza się na miejsce budowy i montuje jako elementy objętościowe lub jako istotne elementy budynku takie jak: całe pomieszczenia, części pomieszczeń lub oddzielne jednostki o wysokim poziomie użyteczności. Prace wykończeniowe na budowie mogą polegać jedynie na resztkowych robotach wykończeniowych i montażu instalacji, których technologia wykonania wyklucza wykonanie w zakładzie produkcyjnym. Przez „budynek zamieszkania zbiorowego" lub „budynek użyteczności publicznej Zamawiający rozumie dowolny budynek odpowiadający definicji zawartej w §3 pkt. 5 i 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1225 ze zmianami). Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie zdolności technicznej, musi być spełniony przez Wykonawcę samodzielnie, przez co najmniej jeden podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie samodzielnie, a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia – samodzielnie przez co najmniej jednego z Wykonawców występujących wspólnie. Jeżeli Wykonawca na potwierdzenie warunku przedstawi dokumenty, w których wartości podane będą w walucie innej niż PLN, to dla potwierdzenia spełnienia warunku Zamawiający dokona przeliczenia tej waluty na PLN wg. średniego bieżącego kursu wyliczonego i ogłoszonego przez NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli w tym dniu kursu nie ogłoszono, do w/w przeliczenia zastosowany będzie ostatni ogłoszony kurs przed tym dniem".
2) *zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą*."

Odwołujący wskazywał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ *„złożył on ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego, która została sklasyfikowana na pozycji drugiej, uzyskując 95,31 pkt (kryterium w postępowaniu była cena – 100 %). Oferta BUDIMAR Sp. z o.o. uzyskała 100 pkt (1. miejsce) że Wykonawca posiada równorzędne doświadczenie, ale zrealizowane w jednej umowy, a nie w trzech odrębnych umowach. Wykonawca posiada jednocześnie możliwości organizacyjne i techniczne oraz doświadczenie w realizacji analogicznych zadań co objęte Zamówieniem*".

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy:

1.wykonawca Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie

2.wykonawca Unihouse S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca MOD21 Spółka z o.o. z siedzibą w Łysomicach.

W dniu 23 stycznia 2026 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie przez zastąpienie zwrotu „zamówienia w rozumieniu Ustawy" zwrotem „zadania", przez które należy rozumieć „wykonanie robót w ramach jednej umowy odpłatnej w rozumieniu przepisu art. 647 Kodeksu Cywilnego". W związku z powyższym Zamawiający dokonał w dniu 22.01.2026 r. modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, na dowód czego dołączył do pisma procesowego dowody potwierdzające dokonaną modyfikację (informacja o modyfikacji treści SWZ oraz potwierdzenie zmiany ogłoszenia w suplemencie do Dz. U. UE (TED) – data wysłania: 22/01/2026 11:47 +00:00 i jej publikacji. W pozostałym zakresie, tj. w zakresie zaskarżonej treści warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do ilości referencyjnych zamówień (3 zadania), w zakresie powierzchni budynku (powyżej 1000 m2) oraz jego wartości (minimum 9.000.000 zł brutto) wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Swoje stanowiska procesowe złożyli także przystępujący (poza wykonawcą Arcus Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Izba wskazuje, że odwołanie zostało wniesione wobec ustalenia (nowej) treści postanowień SWZ w wyniku czynności Zamawiającego polegającej na zmianie w dniu 4.12.2025 r. warunków udziału w rozdziale X ust. 1 pkt. 1.4. lit. a) SWZ oraz w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w Postępowaniu w zakresie wynikającym ze zmienionego warunku udziału w Postępowaniu, z co za tym idzie odwołującemu przysługiwało odwołanie referujące do rzeczonych zmian, w zakresie jakim objął to zarzutami.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz odwołującego w ustawowym terminie zgłosili ww. wykonawcy. Strony nie zgłosiły opozycji ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oraz odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz wniosków dowodowych odwołującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący uzasadniając wniesione odwołanie wskazywał m.in.

„*W ocenie Odwołującego warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w brzmieniu nadanym mu zmianą dokonaną w dniu 4.12.2025 r. w zakresie : i) 3 (trzech) zamówień w rozumieniu Ustawy (PZP); ii) o wartości budynku minimum 9 000 000,00 zł brutto jest nieproporcjonalny i został sformułowany w sposób nieadekwatny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. 4. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż intencją Zamawiającego jest postawienie wymogu realizacji przez oferenta 3 budynków wielorodzinnych lub zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej, w tym minimum jednego polegające na budowie budynku wielorodzinnego o określonych parametrach. Zmiana polegająca na wprowadzeniu wymogu realizacji 3 „zamówień w rozumieniu Ustawy" jest przejawem braku zachowania proporcjonalności oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Otóż: a. Wykonawca, który zrealizował 3 budynki, ale w ramach 3 zamówień (3 umów zgodnie z art. 7 pkt.32 PZP) – spełni warunek udziału w tym zakresie; b. Wykonawca który zrealizował 3 budynki lub więcej o oczekiwanych parametrach w ramach 1 zamówienia (1 umowy zgodnie z art. 7 pkt.32 PZP) – już tego warunku nie spełni. 5.*

Wobec powyższego, wprowadzona zmiana przez Zamawiającego w postaci „trzech zamówień w rozumieniu Ustawy" w sposób nieuzasadniony eliminuje z udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. W obecnym brzmieniu zasadnicze znaczenie dla warunku doświadczenia ma ilość zawartych umów (zamówień), a nie ilość zrealizowanych obiektów (zadań). Z punktu widzenia doświadczenia wykonawcy i jego zdolności natomiast nie ma znaczenia, czy wybudowane budynki były objęte trzema umowami, jedną czy dwoma. Dla potwierdzenia zdolności wykonawcy ma liczba wykonanych obiektów o określonych parametrach. Brak jest uzasadnienia dla wykluczania takiego samego doświadczenia wykonawców w zależności od liczby umów, w których były one realizowane."

Osią sporu w Postępowaniu była zmiana dokonana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, poprzez *„zastąpienie zwrotu „zamówienia w rozumieniu Ustawy" zwrotem „zadania", przez które należy rozumieć „wykonanie robót w ramach jednej umowy odpłatnej w rozumieniu przepisu art. 647 Kodeksu Cywilnego*", ale jak wskazywał sam odwołujący: „*W obecnym brzmieniu zasadnicze znaczenie dla warunku doświadczenia ma ilość zawartych umów (zamówień), a nie ilość zrealizowanych obiektów (zadań). Z punktu widzenia doświadczenia wykonawcy i jego zdolności natomiast nie ma znaczenia, czy wybudowane budynki były objęte trzema umowami, jedną czy dwoma. Dla potwierdzenia zdolności wykonawcy ma liczba wykonanych obiektów o określonych parametrach. Brak jest uzasadnienia dla wykluczania takiego samego doświadczenia wykonawców w zależności od liczby umów, w których były one realizowane".*

Dalej Odwołujący wskazywał, że:

„*Wreszcie, Zamawiający wprowadził zmianę warunku w przedmiocie wartości każdego referencyjnego budynku z poziomu 5.000.000,00 zł brutto na poziom 9.000.000,00 zł brutto. Powyższa zmiana również narusza zasadę proporcjonalności oraz ustanawia warunek na poziomie zdolności większym niż minimalny (art. 112 PZP). Tak postawiony warunek eliminuje wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w zakresie technologii, powierzchni, ilości kondygnacji, lecz roboty te zostały zrealizowane w kwocie niższej niż 9.000.000,00 zł brutto każda. Wykonawca wskazuje bowiem, że budynki spełniające określone parametry mają wartość od 7.000.000, zł brutto. Wykonawca dysponuje w swoim portfolio budynkami spełniającymi wszystkie określone obecnie parametry, w tym 7 powierzchnię większą niż wskazana przez Zamawiającego, a ich wartość wynosiła ok. 7 mln zł brutto. Oznacza to, że wymóg 9.000.000,00 zł brutto dla każdego obiektu jest wymogiem nieadekwatnie wygórowanym, skoro obiekty zgodnie z pozostałymi wymaganiami, według oczekiwanych parametrów można zrealizować w kwocie niższej w ramach racjonalizacji wydatkowania środków. Nie ma uzasadnionych powodów, aby tylko z powodu wartości inwestycji wykluczać budynki, które potwierdzają oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie. 9. Takie sformułowanie warunku stanowi naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów i uzyskania robót najlepszej jakości w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji poprzez nadmierny warunek w zakresie wartości zrealizowanych dotychczas robót ogranicza liczbę możliwych do uzyskania w postępowaniu korzystnych ekonomicznie ofert. Wymaga wskazać, iż cena stanowi aż 60% kryterium oceny ofert. 10. Zwiększenie warunku powierzchni (z 500 m2 powierzchni całkowitej na 1000 m2) nie oznacza per se niemal 2-krotnego zwiększenia kosztów realizacji, dlatego ustanowienie wartości każdego zadania na poziomie 7.000.000,00 zł należy uznać za adekwatny jako minimalny poziom zdolności. Wykonawca, który jest w stanie wykazać się doświadczeniem w realizacji obiektów przez ostanie 5 lat o wartości minimum 7.000.000,00 zł brutto o oczekiwanych pozostałych parametrach potwierdza swoją zdolność w tym zakresie."*

Powyższe uzasadnienie treści odwołania stanowi *de facto* całość uzasadnienia merytorycznego odwołania. Kluczowe zdaniem Izby dla rozstrzygnięcia sprawy ma sformułowanie Odwołującego, że: *„Powyższa zmiana również narusza zasadę proporcjonalności oraz ustanawia warunek na poziomie zdolności większym niż minimalny (art. 112 PZP). Tak postawiony warunek eliminuje wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w zakresie technologii, powierzchni, ilości kondygnacji, lecz roboty te zostały zrealizowane w kwocie niższej niż 9.000.000,00 zł brutto każda. Wykonawca wskazuje bowiem, że budynki spełniające określone parametry mają wartość od 7.000.000, zł brutto."*

Wobec powyższego Izba wskazuje, że złożenie przez wykonawcę odwołania do, którego celem jest obniżenie warunków udziału w postępowaniu (tzw. W ocenie Izby odwołanie „życzeniowe" lub mające na celu dopasowanie warunków pod konkretnego wykonawcę, mającego takie a nie inne doświadczenie), jest prawnie dopuszczalne, o ile odwołujący wykaże naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co do których odnosi się w treści odwołania (zarzutów). W niniejszej sprawie odwołujący wskazywał, że warunek został ustanowiony *„…nieproporcjonalnie tj. wykraczająco poza granice umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, dyskryminującego i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonego…",* przy czym, co Izba dostrzegła, że odwołujący kontestując ww. warunek powoływał się li tylko na swoje własne doświadczenie (tutaj złożone dowody na rozprawie, które Izba ocenia jako nieprzydatne do

rozstrzygnięcia sprawy, gdyż wskazują li tylko na doświadczenia samego odwołującego). Odwołujący wskazywał bowiem, że budynki spełniające określone parametry mają wartość od 7.000.000, zł brutto; nie przedstawił przy tym innych (żadnych) obiektywnych dowodów potwierdzających powyższe.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwościom, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu (zarzucanych zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp) należy wykazać poprzez wykazanie ich niezbędności, ścisłego związku z przedmiotem zamówienia oraz adekwatności do jego wartości i zakresu. Takiego procesu logiczno-myślowego nie wykazał odwołujący w swoim odwołaniu, ani na rozprawie. Przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy Izba miała na uwadze dotychczasowe orzecznictwo Izby, gdzie – chociażby jak w sprawie z dnia 30 maja 2017 roku (KIO 1028/17), Izba stwierdziła, że co do zasady, doświadczenie wykonawcy związane jest z powtarzalnością realizowanych przez niego dostaw (usług, robót budowlanych). W konsekwencji nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień w wymaganej wysokości przedmiotowej, których wykonanie świadczyć będzie, w ich ocenie, o należytym przygotowaniu wykonawców do realizacji zamówienia określonej wielkości. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie, nawet o określonej wartości.

Powyższe oznacza, że zmiana Zamawiającego, od której wniesiono niniejsze odwołanie wraz ze zmianą dokonaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. wprowadzenie sformułowania „wykonanie robót w ramach jednej umowy odpłatnej w rozumieniu przepisu art. 647 Kodeksu Cywilnego" referuje wprost do oczekiwań zamawiającego, co do minimalnych poziomów zdolności wykonawcy; za takie zdolności należy uznać bowiem takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy).

W ocenie Izby zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem jednak, że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. W niniejszej sprawie nie sposób uznać, że sama wartość referencyjnej usługi, jakiej wymaga sam Zamawiający, mając na uwadze to, że mają być wykonane w odrębnych umowach, ogranicza konkurencyjność postępowania.

Warto również nadmienić, że w utrwalonym w zamówieniach publicznych orzecznictwie podkreśla się, że zachowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza dopuszczenia do zamówień wszystkich wykonawców. Przykładowo, w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 roku (XII Ga 143/09) stwierdzono, że przepisy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku.

Izba przypomina konsekwentnie, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne w myśl zasady - *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego czynności (tutaj określona zmiana warunku udziału w Postępowaniu), co oznacza, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest całkowicie nieprawidłowe i naruszające wskazane zasady udzielania zamówienia. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) argumentacją oraz dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Odwołujący w ogóle nie odnosił się w swoich stanowiskach do „nieproporcjonalnych i ograniczających warunków udziału, w nieuzasadniony sposób eliminujących wykonawców, którzy posiadają oczekiwane doświadczenie". Izbie brakowało ww. argumentów popierających powyższe tezy. Stąd też Izba uznała wniesione odwołanie, jako jedynie przejaw „życzeniowego" podejścia odwołującego, co do dokonanej przez Zamawiającego zmiany postanowień SWZ.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie
i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……