Sygn. akt KIO 854/26

Warszawa, 20 marca 2026 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie **17 marca 2026 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **23 lutego 2026 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „EKOINŻBUD" P.P., Uniejów** [„Odwołujący"]

w części 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa oczyszczalni ścieków, sieci kanalizacyjnej i wodociągowej przy ul. Szkolnej i Starowiejskiej w Witoni, oraz budowa sieci wodociągowej w miejscowości Anusin* (BD.271.17.5.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Witonia** [„Zamawiający"]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **RAWO Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** [„Przystępujący"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, 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 Zamawiającego** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące 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.**

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

Gmina Witonia 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 oczyszczalni ścieków, sieci kanalizacyjnej i wodociągowej przy ul. Szkolnej i Starowiejskiej w Witoni, oraz budowa sieci wodociągowej w miejscowości Anusin"* (BD.271.17.5.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 stycznia 2026 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00024649.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

17 lutego 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 powyższego zamówienia oferty złożonej przez RAWO Infrastrukturę sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi{dalej: „Rawo" lub „Przystępujący"}.

23 lutego 2026 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „EKOINŻBUD" P.P. z Uniejowa {dalej „Ekoinżbud" lub „Odwołujący"} wniosło odwołanie od powyższej czynności i od zaniechania odrzucenia wybranej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Rawo do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, mimo że złożony wykaz robót wraz z referencjami i oświadczeniami partnerów konsorcjum budzą uzasadnione i poważne wątpliwości co do rzeczywistego zakresu doświadczenia nabytego samodzielnie przez Rawo.

2.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty Rawo pomimo niewykazania przez niego spełniania określonego w rozdziale 6 pkt 6.4.1. ppkt 1) SWZ warunku udziału w postępowaniu, wymagającego posiadania doświadczenia w wykonaniu budowy lub przebudowy oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 50 m^3, w której zakres wchodziło wykonanie technologii oczyszczania ścieków.

3.Art. 117 ust. 3 – przez uznanie, że Rawo nabyło samodzielnie doświadczenie w pełnym zakresie zadania referencyjnego, podczas gdy doświadczenie w ramach konsorcjum nabywa się wyłącznie w zakresie faktycznie wykonywanych prac, a zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na udział w realizacji zadania innych podmiotów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2.Odrzucenia oferty Rawo i ponownego badania ofert.

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

W piśmie procesowym z 17 marca 2026 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i szczegółowo odniósł się do zawartych w nim ztwierdzeń oraz przedstawił wyczerpującą argumentację prawną.

Zamawiający wniósł o jego oddalenie, wnosząc i wywodząc na rozprawie zbieżnie z Przystępującym.

Izba ustaliła, co następuje:

W odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego w trybie art. 274 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych Rawo złożyło w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.4.1. ppkt 1) SWZ [treść warunku została opisana powyżej w pkt 2 listy zarzutów] następujące dokumenty:

1)wykaz robót budowlanych sporządzony wg wzoru z załącznika nr 6 do SWZ, w którym Rawo oświadczyło, że w okresie od 7 maja 2020 r. do 15 kwietnia 2022 r. wykonało na rzecz Gminy Lipce Reymontowskie, w ramach inwestycji pn. „Kompleksowe uporządkowanie systemu zbiorczej kanalizacji rozdzielczej w aglomeracji Lipce Reymontowskie – etap III", rozbudowę i przebudowę części technologicznej oczyszczalni ścieków w Lipcach Reymontowskich o przepustowości 260 m^3/dobę, tj. roboty konstrukcyjno-budowlane, elektryczne, sanitarne i technologiczne;

2)referencje wystawione 10 kwietnia 2024 r. przez Wójta Gminy Lipce Reymontowskie, zaświadczające, że konsorcjum obejmujące: Rawo Infrastrukturę sp. z o.o. z Łodzi (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO Przemysław Rakiewicz z Tuliszkowa i BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu wykonało prawidłowo, zgodnie z dokumentacją projektową i zasadami sztuki budowlanej przedsięwzięcie budowlane opisane w wykazie (którego zakres został opisany zbieżnie, ale bardziej szczegółowo);

3)sporządzony 28 kwietnia 2022 r. protokół bezusterkowego odbioru końcowego tej inwestycji, jeszcze bardziej szczegółowo opisanej, podpisany przez członków komisji odbiorowej, prezesa spółki Rawo oraz kierownika budowy;

4)jednobrzmiące oświadczenia obu partnerów konsorcjum z 10 maja 2024 r., że ich udział w powyższym konsorcjum miał charakter formalny, tzn. technicznie nie wykonywali żadnych robót budowlanych w ramach tej inwestycji.

Podstawa faktyczna zarzutów odwołania sprowadza się do twierdzenia, że kluczowy dla spełnienia warunku udziału w tym postępowaniu zakres technologiczny został wykonany w tamtej inwestycji przez BUD-AN sp. z o.o. lub podwykonawców, o czym Odwołujący powziął informację z bliżej niesprecyzowanych źródeł. Co charakterystyczne, w innym miejscu uzasadnienia odwołania Odwołujący złagodził podstawę faktyczną zarzutów, gdyż zaczął twierdzić, że Rawo nie wykonało prac w zakresie technologii oczyszczania ścieków w stopniu wymaganym w treści warunku. Umknęło przy tym Odwołującemu, który wskazuje na wartość robót technologicznych w tamtej inwestycji, że warunek obowiązujący w tym postępowaniu odwołuje się jedynie do przepustowości, a ta była ponad 5 razy większa niż wymagana.

Jednocześnie Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że w celu wykazania tego twierdzenia złożył do Gminy Lipce Reymontowskie wniosek w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący zastrzegł sobie również możliwość przedłożenia dodatkowych dowodów z pozyskanej w ten sposób dokumentacji, w tym protokołów odbioru i dziennika budowy.

16 marca 2026 r. Odwołujący przesłał do Izby i Przystępującego odpowiedź udzieloną 10 marca 2026 r. przez Wójta Gminy Lipce Reymontowskie na cztery pytania zadane 25 lutego 2026 r. przez Ekoinżbud, których treść do zamknięcia rozprawy pozostała nieznana. W szczególności wójt wskazał, że *Podczas odbiorów Zamawiający weryfikował zakres wykonanych prac budowlanych bez podziału na strony konsorcjum* [por. ad 5].

Wbrew temu, co zostało zapowiedziane w odwołaniu, powyższa informacja nie podważa prawdziwości oświadczeń Rawo i jego konsorcjantów, na podstawie których Zamawiający stwierdził, że Rawo wykazało spełnianie warunku udziału, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.4.1. ppkt 1) SWZ. Tamten zamawiający oświadczył bowiem, że nie ma wiedzy o zakresie robót faktycznie wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów, gdyż najwyraźniej nie było to dla niego istotne.

Nic nie wnosi w tej kwestii również wymieniona w treści powyższej informacji i załączona do niej „Umowa o współpracy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w celu jego realizacji" z 28 stycznia 2020 r. zawarta przez Rawo jako lidera i powyżej wymienionych przedsiębiorców jako partnerów konsorcjum. Zawiera ona enigmatyczne postanowienie o ustaleniu we wzajemnych stosunkach, że w ramach przedmiotu umowy zawartej z tamtym zamawiającym, wykonają zakresy prac wcześniej uzgodnione, jednak bliżej niesprecyzowane [por. § 5 ust. 1]. Niezależnie od tego zawarcie takiej umowy na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia w Lipcach

Reymontowskich co najwyżej potwierdza twierdzenie, że faktycznie referencyjne roboty budowlane były wykonywane tylko przez lidera konsorcjum.

Reasumując, Odwołujący, na którym spoczywał z mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp, ciężar udowodnienia faktów, z których wywodził skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Rawo, wbrew swoim zapowiedziom nie sprostał temu. Jednocześnie Odwołujący chciał uchylić się od ponoszenia tego ciężaru, wnosząc o zobowiązanie przez Izbę Przystępującego, aby ten przedstawił dowody, w założeniu przeciwko sobie. Paradoksalnie Przystępujący z własnej inicjatywy uczynił częściowo zadość wnioskowi Odwołującego, gdyż przedstawił protokół odbioru częściowego dotyczący m.in. robót technologicznych oraz fakturę dotyczącą zakupu urządzeń technologicznych. Co znamienne, Odwołujący nie odniósł się rzeczowo do tych dokumentów.

Zamiast tego Odwołujący rzutem na taśmę wnioskował o odroczenie rozprawy w celu umożliwienia mu pozyskania przez niego dziennika budowy inwestycji w Lipcach Reymontowskich, którego miał nie otrzymać od tamtego zamawiającego w odpowiedzi na swój wniosek z 25 lutego 2026 r. Jednakże nie był w stanie wykazać tej ostatniej okoliczności, a z treści wspomnianego pisma wójta z 10 marca 2026 r. wynika, że udzielone zostały odpowiedzi na wszystkie zadane pytania. Odwołujący nie uprawdopodobnił również przydatności takiego dowodu dla wykazania jego twierdzeń o braku wykonywania w ogóle lub wykonywaniu w niewystarczającym stopniu przez Rawo robót technologicznych oczyszczalni ścieków w Lipcach Reymontowskich. W konsekwencji Izba uznała, że wniosek Odwołującego o odroczenie rozprawy został zgłoszony jedynie dla zwłoki.

Rawo nie było wzywane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.4.1. ppkt 1) SWZ. Z kolei odwołanie nie zawiera jednoznacznie postawionego zarzutu zaniechania takiego wezwania w trybie tego przepisu, w tym jako zarzutu ewentualnego w stosunku do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp. Pomimo wskazania na wstępie odwołania art. 128 ust. 1 pzp sformułowany tam zarzut dotyczy zaniechania wezwania do wyjaśnienia wykazu robót, referencji i dodatkowych oświadczeń złożonych przez Rawo w celu wykazania warunku dotyczącego doświadczenia, czyli naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy pzp. Z kolei w uzasadnieniu odwołania wskazano ogólnie na art. 128, bez sprecyzowania przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, a ten artykuł ustawy pzp zawiera kilka różnych przepisów w sześciu ustępach. Wreszcie sformułowane żądanie koreluje wyłącznie z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp, gdyż Odwołujący jednoznacznie domaga się definitywnego odrzucenia oferty Rawo.

Rawo samodzielnie ubiega się o udzielenie tego zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy pzp wynika, że zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jednocześnie według art. 117 ust. 1 ustawy pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Przy czym art. 117 ust. 3 ustawy pzp zastrzega w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. właśnie doświadczenia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stąd art. 117 ust. 4 ustawy pzp nakazuje, aby w takim przypadku wykonawcy wspólnie składający m.in. ofertę dołączyli do niej oświadczenie wskazujące, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta tego wykonawcy i tak podlega odrzuceniu z innego powodu, względnie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z kolei według art. 128 ust. 4 ustawy pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe unormowania z mocy art. 266 ustawy pzp znajdują również zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości poniżej progów unijnych.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzuty odwołania są bezpodstawne, gdyż Odwołujący nie wykazał, że

Zamawiający wbrew treści oświadczenia Przystępującego objętego wykazem robót i niesprzecznych z nim referencji, biorąc pod uwagę złożone dodatkowo oświadczenia, powinien powziąć wątpliwości, a tym bardziej stwierdzić niespełnianie przez Przystępującego warunku udziału dotyczącego doświadczenia i odrzucić jego ofertę.

Niezależnie od powyższego przedwczesne jest domaganie się definitywnego odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy nie był on wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, którego stosowanie jest obligatoryjne. Ponieważ odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia tego przepisu jako ewentualnego, podlegałoby oddaleniu nawet wtedy, gdyby Odwołującemu udało się udowodnić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia.

Z kolei zarzut naruszenia art. 117 ust. 3 ustawy pzp jest bezprzedmiotowy, gdyż Przystępujący nie ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami, a samodzielnie, więc przepis ten w ogóle nie znajduje w tej sytuacji podmiotowej zastosowania.

Niejednoznaczne i niestaranne sformułowanie zarzutów i żądań oraz zgłaszanie wniosków zmierzających do przerzucenia na drugą stronę za pośrednictwem Izby ciężaru dowodu, 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 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.); dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „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.

Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23]: *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść*.

Takie stanowisko jest konsekwentnie prezentowane przez Izbę. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut* [z uzasadnienia wyroku z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. *Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany* [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. *W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu* [z uzasadnienia wyroku z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorysty- cznie 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 orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Natomiast 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 incubit 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. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22: *..to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski.* Nie może to jednak polegać na wnioskowaniu, aby zobowiązać stronę przeciwną do przedstawienia dowodów, których Odwołujący nie był w stanie przedstawić, choć mógł i powinien to uczynić. Dopuszczenie dowodu z urzędu ma dotyczyć dowodu niewskazanego przez stronę (art. 534 ust. 2 ustawy pzp), z kolei zobowiązanie stron czy uczestników postępowania odwoławczego dotyczy przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia (art. 536 ustawy pzp). Przede wszystkim przepisy te stanowią wyjątek od prowadzenia przez strony kontradyktoryjnego sporu przez strony, więc nie mogą być stosowane zamiast inicjatywy dowodowej stron.

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 (potwierdzonych 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. 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.