

## WYROK

Warszawa, 27 kwietnia 2026 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 24 kwietnia 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 marca 2026 r. przez wykonawcę CYPRYS GROUP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Jedności 23/6 (65-018 Zielona Góra)

w postępowaniu prowadzonym przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Świętoszowie przy ul. Saperskiej 2 (59-726 Świętoszów)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy DOIT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilkanowie przy ul. W.K. 10 (66-008 Świdnica)

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CYPRYS GROUP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty odwołującego poniesione z tytułu 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 1258/26

### Uzasadnienie

43 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Świętoszowie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Świadczenie usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych na terenach położonych w rejonie odpowiedzialności 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świętoszowie*, o numerze referencyjnym 103/26/PN/2025, zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie zostało podzielone na 5 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2025 r., pod numerem publikacji: 574925-2025 (numer wydania Dz.U. S: 168/2025).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

16 marca 2026 r. wykonawca CYPRYS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w zakresie części nr 5 postępowania (Sprzątnięcie wewnętrzne i zewnętrzne SOI Żagań/Potok), które doprowadziły do niezasadnego wyboru oferty wykonawcy DOIT Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „DOIT”) jako najkorzystniejszej oraz od zaniechania przez zamawiającego czynności, do wykonania których był on zobowiązany na mocy Pzp, tj. odrzucenia oferty wykonawcy DOIT, ewentualnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy DOIT pomimo tego, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu
- zaniechaniu odrzucenia oferty DOIT jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- ewentualnie zaniechaniu wezwania DOIT do wyjaśnień treści oferty i/lub wyjaśnień, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na fakt, że ich treść budzi wątpliwości co spełniania przez DOIT warunku udziału w postaci wymaganego doświadczenia oraz co do możliwości realizacji poszczególnych elementów składowych o istotnym znaczeniu, za cenę przedstawioną w formularzu cenowym.

Odwołujący wskazał na następujące naruszenia przepisów Pzp ze strony zamawiającego, mające istotny wpływ na wynik w zadaniu nr 5 postępowania:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 Pzp przez jej nieodrzućenie, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia oraz została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał się posiadaniem wymaganego doświadczenia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DOIT, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie ceny istotnej części składowych zamówienia, o których mowa w uzasadnieniu odwołania;
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2, art. 18 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 lub 5 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty DOIT, pomimo że zawiera rażąco niską cenę lub jest niezgodna z warunkami zamówienia, a sposób dokonania tego wyboru narusza zasady przejrzystości, jawności i uczciwej konkurencji;
- 4) ewentualnie art. 223 ust. 1 i 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy DOIT do wyjaśnień ceny w związku z wystąpieniem obiektywnych czynników budzących wątpliwości co do posiadanego doświadczenia oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania.

W nawiązaniu do przedstawionych powyżej zarzutów, odwołujący wskazał żądanie rozstrzygnięcia polegającego na:

- uwzględnieniu odwołania;
- nakazaniu zamawiającemu unieważnienia czynności podjętej 6 marca 2026 r., polegającej na wyborze oferty DOIT w części nr 5 postępowania jako najkorzystniejszej;
- nakazaniu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności, w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy DOIT, względnie wezwanie do wyjaśnień w oparciu o art. 223 lub 224 Pzp.

Odwołujący odnosząc się do kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia wyjaśnił, że zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy DOIT w części nr 5 postępowania 6 marca 2026 r. Pomimo odrzucenia oferty odwołującego wskutek wyroku KIO 5237/25,

w przypadku przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 5 postępowania w sposób prawidłowy, oferta DOIT podlegałaby odrzuceniu, zaś pozostałe oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu, znacznie przekraczają cenowo kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach części nr 5, co prowadziłoby do unieważnienia postępowania w tej części. Wobec tego, w ocenie odwołującego, brak rozpatrzenia odwołania i jego uwzględnienia skutkowało dla niego szkodą, przez nieuzyskanie zamówienia, które winien uzyskać. Odwołujący wskazał, że mógłby zatem z powodzeniem ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach nowego postępowania wszczętego w części nr 5 przez zamawiającego. Co również istotne, w zależności od dalszych losów postępowania, odwołujący poinformował, że rozważa wniesienie skargi na ww. orzeczenie Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 5237/25. Termin na wniesienie skargi upływał 26 marca 2026 r.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca DOIT Sp. z o.o. z siedzibą w Wilkanowie.

22 kwietnia 2026 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której zawarł stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

23 kwietnia 2026 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę DOIT Sp. z o.o. z siedzibą w Wilkanowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Tym samym Izba nie uwzględniła stanowisk zamawiającego i przystępującego wskazujących na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Podmioty te twierdziły, że odwołujący nie pozostaje uczestnikiem rywalizacji o udzielenie zamówienia, albowiem jego sytuacja procesowa została ukształtowana w sposób eliminujący go z dalszego udziału

w postępowaniu w wyniku wyroku o sygn. akt KIO 5237/25. W konsekwencji, ich zdaniem, odwołujący nie posiadał oferty podlegającej ocenie w ramach aktualnego etapu postępowania, a tym samym nie mógł uzyskać zamówienia niezależnie od wyniku przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Skład orzekający nie zgodził się z powyżej opisaną argumentacją. Okolicznością bezsporną było to, że oferta odwołującego została odrzucona w konsekwencji wykonania przez zamawiającego wyroku z 31 stycznia 2026 r. o sygn. akt KIO 5237/25. Przy czym bezspornym było również to, że odwołujący wniósł skargę na powyżej wymienione orzeczenie (na moment rozpoznania sprawy skarga nie została rozstrzygnięta). Powyższe oznaczało, że wyrok stanowiący podstawę czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, nie był prawomocny, a odwołujący za pomocą prawem przewidzianych środków podjął działania mogące zmienić niekorzystne dla niego orzeczenie. W związku z tym nie można było uznać, że odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu lub nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 17 kwietnia 2026 r., w tym w szczególności:
  - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”);
  - ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
  - złożone przez przystępującego podmiotowe środki dowodowe w tym przede wszystkim wykaz wykonywanych usług oraz załączone do niego referencje;
  - zawiadomienie z 3 marca 2026 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w części nr 5 zamówienia;
- 2) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ zamawiający określił w następujący sposób warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

*a) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie:*

*➤ co najmniej dwa zamówienia, których głównym przedmiotem jest utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych o wartości minimum 400 000,00 zł brutto każde;*

*Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.*

Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został zmodyfikowany przez opublikowanie 16 września 2025 r. *Odpowiedzi na pytania do treści specyfikacji warunków zamówienia*. Zgodnie z dokonaną zmianą dopuszczalne stało się wykazanie doświadczenia przez przedstawienie dwóch odrębnych umów: jednej obejmującej utrzymanie terenów zewnętrznych o wartości minimum 200 000,00 zł oraz drugiej obejmującej utrzymanie terenów wewnętrznych o wartości minimum 200 000,00 zł.

10 października 2025 r. upłynął termin składania ofert. W zakresie części nr 5 wpłynęły cztery oferty:

- odwołującego – cena 4.620.986,76 zł brutto;
- przystępującego – cena 4.942.539,96 zł brutto;
- Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. – cena 5.262.045,39 zł brutto;
- Impel Facility Services Sp. z o.o. – cena 5.817.849,14 zł.

14 listopada 2025 r. jako najkorzystniejsza została wybrana oferta odwołującego. Czynność tą zaskarżył przystępujący przez wniesienie odwołania 24 listopada 2025 r. Izba uwzględniła odwołanie i wyrokiem z 30 stycznia 2026 r. w sprawie o sygn. akt KIO 5237/25 nakazała m. in. odrzucenie oferty odwołującego.

11 lutego 2026 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części nr 5 zamówienia z 14 listopada 2025 r.

17 lutego 2026 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył m. in. wykaz wykonanych usług oraz referencje. W treści wykazu usług przystępujący wskazał:

L.P.	Podmiot na rzecz, którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane	Data wykonania	Przedmiot wykonanej usługi	Wartość wykonanych usług
1	ZAKŁAD SPRZĄTANIA WNĘTRZ JÓZEF JANKOWSKI „MOP83” SP. Z O.O.	OD 18.07.2025 – TRWA NADAL	KOMPLEKSOWE UTRZYMANIE CZYSTOŚCI POWIERZCHNI WEWNĘTRZNYCH, TERENÓW ZIELONYCH ORAZ TERENÓW UTWARDZONYCH	Wartość usługi od 18.07.2025 do 31.01.2026r. wynosi 2 490 483,85 Zł BRUTTO
2	CONTACT SP. Z O.O.	01.06.2025 30.09.2026	UTRZYMANIE CZYSTOŚCI POWIERZCHNI WEWNĘTRZNYCH ORAZ TERENÓW ZEWNĘTRZNYCH	Wartość usługi od 01.06.2025 do 31.01.2026r wynosi 1 032 642,51 Zł BRUTTO

Przystępujący wraz wykazem złożył referencje:

- z 4 lutego 2026 r. wystawione przez CONTACT Sp. z o.o.;

- z 10 lutego 2026 r. wystawione przez Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP83” Sp. z o.o.

Zamawiający nie wzywał przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ani do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

6 marca 2026 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w zakresie części nr 5 postępowania. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt lit. b Pzp.

31 marca 2026 r. odwołujący wniósł skargę na wyrok z 30 stycznia 2026 r. w sprawie o sygn. akt KIO 5237/25.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2, 5 i 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

2) *została złożona przez wykonawcę:*

a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub*

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub*

c) *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;*

(...)

5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

(...)

8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;*

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

2) *przejrzysty;*

- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;*

- art. 18 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.;*

- art. 223 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.*

*Nie dopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.;*

- art. 224 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich*

*istotnych części składowych.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Pierwszy zarzut dotyczył zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5 Pzp z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia oraz złożenia przez wykonawcę, który nie wykazał się posiadaniem wymaganego doświadczenia. W ocenie składu orzekającego istota tego zarzutu sprowadzała się do stwierdzenia, że przystępujący nie spełnił warunku udziału

w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ. W kontekście tego zarzutu Izba ustaliła, że przystępujący na wezwanie złożył podmiotowe środki dowodowe

w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, tj. wykaz usług i referencje, które zostały przez zamawiającego ocenione pozytywnie. Przy czym, co bardzo istotne, okolicznością bezsporną było to, że zamawiający nie zastosował wobec przystępującego procedury wynikającej z art. 128 ust. 1 Pzp w związku z powyżej wymienionymi podmiotowymi środkami dowodowymi. Z art. 128 ust. 1 Pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu, jeśli nie zastosuje procedury wynikającej z art. 128 ust. 1 Pzp. Innymi słowy, jeśli zamawiający stwierdzi, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu to powinien dać szansę takiemu wykonawcy na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie tego kwestionowanego warunku. Taką szansą jest właśnie zastosowanie art. 128 ust. 1 Pzp. Dopiero po wyczerpaniu procedury z art. 128 ust. 1 Pzp, tj. mimo zastosowania tego przepisu wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub złożone przez niego dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzą spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy.

Dyspozycja wynikająca z art. 128 ust. 1 Pzp miała kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia pierwszego zarzutu, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący nie mógł skutecznie domagać się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że zamawiający nie zastosował wobec przystępującego art. 128 ust. 1 Pzp. Odwołujący podnosząc zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu powinien skoncentrować się przede wszystkim na wykazaniu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp i dążyć do jego zastosowania przez zamawiającego. Tymczasem odwołujący z pominięciem ww. przepisu, od razu dążył do zastosowania bardzo daleko idącej sankcji wobec oferty przystępującego, jaką niewątpliwie jest odrzucenie oferty. Takie działanie odwołującego nie znalazło uznania ze strony składu orzekającego i skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp. Potwierdzenia nie mógł znaleźć również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ przesłanka odrzucenia wymieniona w tym przepisie nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt II.1. *petitum* odwołania.

Z dość podobnych powodów Izba oddaliła drugi zarzut. Zarzut ten dotyczył zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przesłanka odrzucenia oferty wymieniona w tym przepisie odnosi się do zagadnienia rażąco niskiej ceny. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu miało to, że zamawiający nie wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny (okoliczność bezsporna). Zgodnie natomiast z treścią art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z przepisu tego wynika jednoznaczny wniosek – zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę dopiero po przeprowadzeniu procesu wyjaśnień. Oznacza to, że zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę bez wezwania do wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 224 ust. 1 Pzp.

Powyższe ustalenia istotnie wpływały na rozstrzygnięcie przedmiotowego zarzutu, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący nie mógł skutecznie domagać się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na to, że zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny. Odwołujący podnosząc zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien skoncentrować się przede wszystkim na wykazaniu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp i dążyć do jego zastosowania przez zamawiającego. Tymczasem odwołujący z pominięciem ww. przepisu, od razu dążył do odrzucenia oferty przystępującego. Takie działanie odwołującego nie znalazło uznania ze strony składu orzekającego i skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt II.2. *petitum* odwołania.

W tym miejscu Izba zdecydowała się przejść bezpośrednio do zarzutu czwartego, który miał charakter zarzutu ewentualnego i dotyczył naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp miał charakter zarzutu ewentualnego wobec zarzutu pierwszego, który nawiązywał do niespełnienia przez przystępującego warunku udziału

w postępowaniu. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie mógł podlegać uwzględnieniu, ponieważ odwołujący zastosował niewłaściwą podstawę prawną. Odwołujący wskazał bowiem na naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp, który dotyczy wyjaśnień treści oferty. Tymczasem zarzut podstawowy, do którego referował przedmiotowy zarzut ewentualny dotyczył warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie jest oceniane przez zamawiającego na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych. W odniesieniu do zagadnienia poprawienia, złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zastosowanie znajduje, wskazywany już przy okazji pierwszego zarzutu, przepis art. 128 ust. 1 Pzp. W konsekwencji odwołujący powinien postawić zarzut referujący do tego przepisu, a nie do art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący dopiero na rozprawie zdawał się sugerować, że przedmiotowy zarzut ewentualny dotyczył naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, wskazując w tym zakresie na treść opisu skarżonych czynności przedstawiony w pkt I.3. *petitum* odwołania. Izba uznała, że powyżej przedstawiona argumentacja odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. W opisie zarzutów zawartym w pkt II *petitum* odwołania jak i w uzasadnieniu odwołania przedstawionym w pkt 2 nie została określona jakakolwiek argumentacja lub wskazanie odnoszące się do dyspozycji wynikającej z art. 128 ust. 1 Pzp. Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący za pomocą argumentacji przedstawionej na rozprawie próbował w sposób niedopuszczalny rozszerzyć zakres zarzutu. Takie działanie było sprzeczne z treścią art. 555 Pzp.

Przy czym zarzut ten i tak nie mógł zostać uwzględniony z uwagi na zasadę rozkładu ciężaru dowodu. Nie mogło ulegać wątpliwości, że to na odwołującym, jako na podmiocie wywodzącym skutki prawne z wniesionego odwołania, spoczywał ciężar dowodu w zakresie potwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w swojej argumentacji skupił się wyłącznie na formułowaniu wątpliwości wobec podmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego (wykazu usług i referencji). W ocenie składu orzekającego odwołujący nie wykazał, że zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy powinien zakwestionować dokumenty złożone przez przystępującego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Co więcej w treści tych dokumentów wynikało, że zamawiający słusznie postąpił uznając, że przystępujący spełnił ww. warunek udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp miał charakter zarzutu ewentualnego wobec zarzutu drugiego, który dotyczył rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. W zakresie tego zarzutu Izba stwierdziła, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu. W tym kontekście należało zwrócić uwagę, że na rozprawie odwołujący sygnalizował zastosowanie w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasady odwróconego ciężaru dowodu, o której mowa w art. 537 Pzp. Izba nie zgodziła się z argumentacją odwołującego w tym zakresie

i uznała, że odwrócony ciężar dowodu dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co nałożyło na niego obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 Pzp). Jeśli zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień w zakresie ceny, to w przypadku zarzutu podnoszonego przez konkurencyjnego wykonawcę wskazującego, że jednak zamawiający powinien był to uczynić zastosowanie znajdzie art. 534 ust. 1 Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie wiarygodnych

i przekonujących środków dowodowych, które poprzę jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego – w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy bezsporne było, że zamawiający nie wzywał przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zatem ciężar dowodu w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp spoczywał na odwołującym. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił ogólnikową i gołosłowną argumentację, która w żaden sposób nie przekonała Izby do zasadności zarzutu. Odwołujący prezentując kwestie merytoryczne zwrócił uwagę tylko na jedną pozycję kosztową z oferty przystępującego, dotyczącą sprzętania na polecenie koordynatora (pkt 2.9. uzasadnienia odwołania). Izba stwierdziła, że odwołujący

w ten sposób nie wykazał zasadności zarzutu, ani nawet tego, że ww. pozycja kosztowa stanowiła istotną część składową ceny z oferty przystępującego.

Izba oddaliła zatem zarzut ewentualny podniesiony w pkt II.4. *petitum* odwołania.

Trzeci zarzut, w ocenie składu orzekającego, był wynikowy względem pozostałych zarzutów, przede wszystkim zarzutów podstawowych. Tym samym oddalenie wcześniejszych zarzutów skutkowało również oddaleniem zarzutu podniesionego w pkt II.3. *petitum* odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....