

WYROK

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

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **28 stycznia 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **15 grudnia 2025 r.**

przez wykonawcy: **COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remonty odcinków dróg wojewódzkich z podziałem na części: Część A: DW 786, DW 789, DW 790, DW 793, DW 794. Część B: DW 919, DW 921 (WD-D/PN/250806/1)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach** [„Zamawiający”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj.:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia 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.**

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach 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”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Remonty odcinków dróg wojewódzkich z podziałem na części: Część A: DW 786, DW 789, DW 790, DW 793, DW 794. Część B: DW 919, DW 921 (WD-D/PN/250806/1).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 sierpnia 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 155 pod poz. 533519.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

5 grudnia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną w odniesieniu do części A i B zamówienia: wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu oferty COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu {dalej również: „Colas”} i zatrzymaniu wadium wniesionego przez tego wykonawcę.

15 grudnia 2025 r. Colas {dalej również: „Odwołujący”} wniósł odwołanie od czynności i zaniechań objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inny akt prawny}:

- 1.Art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 oraz przez art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego – przez bezprawne zatrzymanie Colasowi wadium pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Colas ze względu na rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia zatrzymania wadium.
- 2.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszych ofert i odrzucenia ofert Colas, ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Colas także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

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. Przy czym w niezbędnym zakresie odniesiono się również do nieuzasadnionych wniosków faktycznych i prawnych, które wyprowadzone zostały przez Odwołującego z podniesionych w uzasadnieniu odwołania faktów, przy jednoczesnym przemilczeniu lub umniejszeniu znaczenia faktów dla niego niewygodnych, bo niewpisujących się w przyjętą strategię procesową.

W odpowiedzi na odwołanie z 5 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:

Colas nie skarży wyboru najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy w żadnej z obu części, w których jego oferta została wpierv najwyżej oceniona przez Zamawiającego, który następnie wezwał Colas do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co ostatecznie zakończyło się zatrzymaniem wadium, gdy Colas w odpowiedzi na kolejne wezwanie nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych służących wykazaniu spełniania warunku udziału w tym postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Innymi słowy, odwołanie, w tym żaden z dwóch zawartych w nim zarzutów i skorelowanych z nimi żądań, nie zmierza do uzyskania przez Colas zamówienia w żadnej z dwóch części tego przetargu.

Powyższe fakty są niesporne, Odwołujący powołuje się bowiem na to, że miał realną szansę na uzyskanie tego zamówienia i w tym kontekście podkreślił w odwołaniu [dalej pisownia oryginalna za pkt VI.1.4], *...że jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp – renomowaną spółką budowlaną (o międzynarodowym charakterze grupy kapitałowej), która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia oraz która złożyła oferty w Postępowaniu na część A i B. Odwołujący aktywnie uczestniczył w Postępowaniu (m.in. zadając pytania do SWZ) oraz dołożył wszelkich niezbędnych starań i nakładów celem przygotowania i złożenia odpowiednich ofert w Postępowaniu, czynnie także odpowiadając na pytania i wnioski Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, korespondując z Zamawiającym i składając dokumenty i wyjaśnienia na jego wezwanie.*

Jednocześnie za niesporne należy uznać, że Odwołujący nie powołuje się na poniesienie szkody w związku z utratą możliwości uzyskania zamówienia w obu częściach w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia [dalej pisownia oryginalna za pkt VI.2.9 odwołania]: (...) *W przedmiotowej sprawie szkoda Odwołującego jest oczywista. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów spowoduje realną stratę, która będzie odpowiadać nie tylko kwocie wadium (przysporzenie Zamawiającego o wysokości łącznie 1 950 000 zł kosztem Odwołującego z tytułu bezprawnego zatrzymania wadium, ale również kosztom związanym z naruszeniem renomy i pozycji rynkowej COLAS i grupy kapitałowej, do której należy COLAS. W związku z powyższym, postawa Zamawiającego jest szkodliwa w znacznie większym rozmiarze, przekraczającym kwoty wadium.*

Kluczowe znaczenie w kontekście podstawy faktycznej obu zarzutów odwołania mają fakty związane z treścią odpowiednio oferty i wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez Colas odpowiednio 7 i 22 października 2025 r., gdyż przeczą twierdzeniu przez niego w odwołaniu, jakoby działał w dobrej wierze (co implikuje również dołożenie należytej staranności), kiedy 4 listopada 2025 r. zaczął powoływać się na nieuwzględnienie przy sporządzaniu oferty i następnie wyjaśnień jej ceny zmiany treści SWZ z 1 października 2025 r., polegającej na zmianie typów mieszanek bitumicznych, z których należy wykonać warstwy ścieralną, wiążącą i wyrównawczą dróg, co stanowi zasadniczy zakres rzeczowy i koszt robót objętych przedmiotem tego zamówienia. Otóż w treści zarówno oferty, jak i późniejszych wyjaśnień jej ceny Colas uwzględnił te zmiany treści opisu przedmiotu tego zamówienia, na których nieuwzględnienie zaczął się powoływać dopiero, gdy Zamawiający stwierdził, że roboty budowlane wskazane w wykazie wykonanych robót nie spełniają warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Oczywiście jest, że ta nagła wołta Colasa wynikała z przyjętej już wówczas taktyki, najwyraźniej z inspiracji obsługi prawnej, prezentowanej następnie w toku postępowania odwoławczego, a zmierzającej do wpisania się w negatywną przesłankę, o której mowa w art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, aby zapobiec wystosowaniu przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia złożonego wykazu robót (i dowodu ich należytego wykonania), które nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w tym przetargu.

W szczególności należy podkreślić, że w ramach analogicznych dla obu części zamówienia wyjaśnień ceny Colas złożył, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, załączniki nr 5 (lit. a-f w dla części A i lit. a-b dla części B) „Szczegółowe wyliczania poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego”, opracowane wg własnej metodologii specjalnie na potrzeby składanych wyjaśnień, a być może uprzednio również na potrzeby skalkulowania ceny oferty. Co istotne, każdy z załączników nr 5 (tj. 6 załączników dla części A i 2 dla części B) agreguje po kilkadziesiąt pozycji kosztorysów ofertowych (odrębnych dla każdej z dróg objętych remontem) do zaledwie trzech pozycji, dla których wyliczenia poprzedzone są wyróżnionym niebieskim kolorem tła opisem, zawierającym wskazanie typu mieszanki bitumicznej zgodnie z treścią oferty, czyli w sposób uwzględniający wspomnianą powyżej zmianę opisu przedmiotu zamówienia. Łącznie zatem 25 razy (załącznik 5f zawiera dwie pozycje nr 3) zostały wpisane oznaczenia mieszanek asfaltowych zgodnych z ostateczną wersją opisu przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem wyobrazić sobie, aby przy sporządzaniu tak uzewnętrznionej kalkulacji własnej Colas mógł nie zdawać sobie sprawę z tego, jakiego przedmiotu zamówienia i oferty dotyczą jego wyliczenia.

W konsekwencji, zważając że sporządzenie oferty przy dołożeniu należytej staranności musiało być poprzedzone indywidualną kalkulacją ceny, niewiarygodne są twierdzenia Colas, jakoby nie zidentyfikował prawidłowo na potrzeby

wykazania spełniania warunku udziału w tym postępowaniu, wymagającego doświadczenia w wykonaniu nawierzchni bitumicznych przy użyciu asfaltów wysokozmodyfikowanych, że chodzi tu o rodzaj mieszanki asfaltowej obejmującej typy mieszanek wyspecyfikowane w ramach opisu przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach nie jest w szczególności wiarygodne oświadczenie pracownika Colasa (datowane na 21 listopada 2025 r.), *nota bene* kierownika budowy z 20-letnim stażem zawodowym, jakoby błędnie uważał, że wskazane w celu wykazania spełniania tego warunku udziału roboty budowlane obejmowały wykonanie nawierzchni z wymaganego w tym postępowaniu rodzaju asfaltu.

Alternatywnie powyżej omówione fakty, wbrew konsekwentne deklarowanych w odwołaniu i na rozprawie dobrej wiary oraz należytej staranności przy podejmowanych w tym przetargu czynnościach, świadczą wręcz o rażącym niedbalstwie Colasa przy ubieganiu się o udzielenie tego zamówienia w dwóch spośród trzech jego części, biorąc pod uwagę uwarunkowania prawne, o których mowa poniżej.

Po pierwsze, na mocy art. 8 ust. 1 ustawy pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. z 2025 r. poz. 1071 ze zm.) {dalej również w skrócie „kc”}, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. W szczególności ponieważ ustawa pzp nie zawiera regulacji ani odnośnie cywilnoprawnego rozumienia winy, ani reguł wykładni oświadczeń woli i wiedzy, odnośnie tych kwestii znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego.

Po drugie, zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Co istotne, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy co do zasady uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, rażące niedbalstwo jako najcięższy z przypadków winy nieumyślnej oznacza zachowanie się w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie. Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (por. uzasadnienie wyroku z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Jednocześnie zestawienie art. 355 kc z przepisami Kodeksu cywilnego, w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa”, wskazuje na to, że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością (por. uzasadnienie wyroku z 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Po czwarte, spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodność treści oferty z warunkami zamówienia czy wykazanie braku rażącego zaniżenia ceny oferty co do zasady badane są na podstawie oświadczeń własnych wykonawców, co służy usprawnieniu i przyspieszeniu czynności zamawiającego. Jednocześnie właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jako profesjonalisty jest przedstawianie w tych oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stąd w powyżej ustalonych okolicznościach deklarowana przez Colasa w odwołaniu staranność i transparentność przy podejmowaniu czynności w tym przetargu, w tym powoływanie się na pozostawanie w usprawiedliwionym przekonaniu co do spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia i wyceny oferty przy uwzględnieniu opisu przedmiotu zamówienia, *de facto* stanowi przyznanie się do rażącego naruszenia tego wzorca. Treść oferty stanowi bowiem oświadczenie woli wykonawcy, że za określoną przez siebie cenę jest w stanie wykonać z należyłą starannością przedmiot zamówienia zgodnie z jego opisem i warunkami umowy. Natomiast składane na wezwanie i w celu rozwiania wątpliwości powziętych przez zamawiającego wyjaśnienia odnośnie treści złożonej oferty, w tym odnośnie adekwatności ceny w kontekście warunków zamówienia, stanowią wykładnię autentyczną uprzednio złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. Z kolei wykaz robót stanowi szczegółowe oświadczenie wiedzy, w jaki sposób wykonawca spełnia warunek udziału określony przez zamawiającego. Zatem dochowanie należytej staranności profesjonalisty wymaga, aby wykonawca składający ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, w oparciu o które zamawiający przeprowadza badanie i ocenę, upewnił się, czy deklarowane w nich okoliczności odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy w kontekście warunków zamówienia, o którego udzielenie się ubiega.

O rażącym niedbalstwie Colasa świadczy również sekwencja czynności związanych z wykazywaniem przez niego

spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia. Otóż gdyby nie zapobiegliwość Zamawiającego, który zadał sobie trud, aby wnikliwie zapoznać się z całą treścią 28-stronicowego dokumentu poświadczenia (wydanego 27 stycznia 2025 r. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku) należytego wykonania robót wskazanych w wykazie usług, mogłoby dojść do wyboru oferty Colasa w obu częściach zamówienia, w których została ona złożona. Zamawiający miał bowiem prawo działać w zaufaniu do solennego zapewnienia przez Colasa, w postaci wypełnionego druku załącznika nr 7 do SWZ – Wykaz robót do wykazania spełniania warunku zdolności technicznej, że spełnia w całej rozciągłości warunek opisany w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Następnie, *de facto* w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 4 listopada 2025 r. do wyjaśnienia (w trybie art. 128 ust. 4 pzp) w jaki sposób z tych podmiotowych środków dowodowych wynika potwierdzenie spełniania tego warunku, w tym samym dniu Colas powołał się na swój błąd, ale co do uprzednich wyjaśnień uzasadniających cenę oferty. Dopiero 14 listopada 2025 r., tj. w przedłużonym na jego wniosek terminie, Colas powołał się na błędne zinterpretowanie treści warunku udziału dotyczącego doświadczenia, jednocześnie podnosząc, że nie ma wymaganego doświadczenia i w związku z tym domagając się zaniechania wezwania do jego wykazania. Wreszcie, w odpowiedzi na wystosowane 17 listopada 2025 r. w trybie art. 128 ust. 1 pzp wezwanie Zamawiającego, w piśmie z 21 listopada 2025 r. Colas podniósł argumentację, którą *in extenso* powtórzył potem w uzasadnieniu odwołania. Obszerności tej argumentacji prawnej nie towarzyszyło jednak przedstawienie dowodów, które mogłyby przekonać Zamawiającego, że Colas w dobrej wierze przystąpił do przetargu. Zatem kontrfaktyczne jest twierdzenie przez Odwołującego, że działał transparentnie i proaktywnie, w dobrej wierze i zgodnie z zasadami współżycia społecznego (cokolwiek miałoby to znaczyć, gdyż nie zostało to objaśnione w odwołaniu).

Potwierdzeniem rażącego niedbalstwa Colasa, który uważa się za renomowanego przedsiębiorcę budowlanego należącego do grupy kapitałowej o ugruntowanej pozycji rynkowej, jest podnoszenie w odwołaniu, że dopiero 5 miesięcy po złożeniu oferty i 2 tygodnie po złożeniu wyjaśnień uzasadniających jej cenę był w stanie stwierdzić, że złożył ofertę niezgodną z warunkami tego zamówienia w kluczowym aspekcie przedmiotu zamówienia, który należało uwzględnić przy kalkulowaniu ceny oferty. Tymczasem w złożonych uprzednio Zamawiającemu wyjaśnieniach z powołaniem się na załączoną, jak sam to określił, szczegółową kalkulację ceny (co zdaje się było powodem zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa), Colas wielokrotnie zapewniał o adekwatności ceny jego oferty w kontekście opisu przedmiotu zamówienia [dalej pisownia oryginalna za pismami przewodnimi wyjaśnień z 22 października 2025 r.; podkreślenia własne]:

1. Ceny jednostkowe wszystkich elementów naszej oferty zostały skalkulowane rzetelnie i realnie na podstawie rynkowych lub wewnętrznych cen czynników produkcji. Oświadczamy, że nasza uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ wraz z załączonymi do niej dokumentami. Wyjaśniamy, że powyższe oświadczenie złożyliśmy także w formularzu ofertowym... [2 akapit na str. 1].
2. Dokonując rzetelnej kalkulacji dołączonej do oferty, potwierdzamy, iż jesteśmy w stanie zrealizować zamówienie za cenę wskazaną w ofercie, uwzględniając w niej zarówno ponoszone koszty jak i zysk, a zaoferowana przez nas cena nie jest ceną dumpingową ani rażąco niską w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego w SWZ. Tym samym poza sporem jest fakt, iż przedstawione przez nas elementy mające wpływ na cenę w sposób jednoznaczny uzasadniają jej wysokość i nie zachodzą przesłanki odrzucenia naszej oferty, a ewentualny zarzut rażąco niskiej ceny nie znajduje podstaw w treści oferty, dokumentacji postępowania ani przepisach prawa i orzecznictwie definiującym rażąco niską cenę jako cenę nierealistyczną, poniżej kosztów wytworzenia. (...) [ostatni akapit na str. 1].
3. Wskazane poniżej wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż działająca na naszą korzyść reguła rynkowa odnosząca się do efektu skali osiąganego przy realizacji dużej ilości zamówień i dzięki temu obniżenia kosztów oraz nasze duże doświadczenie w przedmiocie zamówienia i indywidualnie udzielone upusty wykluczają możliwość zakwalifikowania zaoferowanej przez nas ceny jako rażąco niskiej. Mając powyższe na uwadze niniejszym jeszcze raz potwierdzamy prawidłowość ceny zaproponowanej w naszej ofercie i oświadczamy, że jesteśmy w stanie zrealizować za podaną przez nas kwotę przedmiotowe zamówienie [2 akapit na 2 str.].
4. Kalkulując cenę ofertową mieliśmy na uwadze treść SWZ w przedmiotowym postępowaniu i zawarte w niej wytyczne do kosztorysowania. Ustalając cenę kierowaliśmy się głównie opisem przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodziły szczegółowe specyfikacje techniczne i przedmiar robót. Wykonawca dokonał całościowej wyceny przedmiotu zamówienia na własną odpowiedzialność i ryzyko, w oparciu o dokumentację załączoną do SWZ. (...) [4 akapit na str. 2].
5. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę. Na przedmiotowym zadaniu remontowym największy udział w wartości skalkulowanej oferty stanowią ceny istotnych pozycji kosztorysowych dla robót nawierzchniowych bitumicznych, wykonywanych siłami własnymi (stanowiące 84,02 % wartości złożonej oferty), które zostały oparte o indywidualne recepty mieszanek mineralno-asfaltowych, będące własnością firmy COLAS i zostały skalkulowane na aktualnych nośnikach cenowych materiałów składowych. Jako

dowód, w Załączniku nr 5a,b,c,d,e,f (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) zostały przedstawione ceny c poszczególnych warstw bitumicznych. (...) [1 akapit na str. 3].

6. Na czas realizacji zadania posiadamy zawarte umowy ramowe z dostawcami asfaltów kruszyw i pozostałych składowych, które jako spółka negocjujemy dla 12 wytwórni mas bitumicznych w Polsce w związku z czym oferta skalkulowana jest na realnych, bieżących, ale także dedykowanych dla Colas Polska kosztach, które do czasu zakończenia realizacji zadania nie ulegną zmianie, ponieważ jest to zagwarantowane w umowach. Wykorzystanie faktu iż prowadzimy działalność ogólnopolską i od tych cen uzyskujemy dodatkowe rabaty i promocje pozwalające dodatkowo obniżyć cenę mieszanek, jednak stanowią one tajemnicę handlową pomiędzy COLAS Polska Sp. z o.o., a dostawcami asfaltów. Mamy możliwość i korzystamy z dostaw od co najmniej dwóch rafinerii (UNI-BITUMEN (Lotos), Orlen) dostarczających asfalty do wytwórni mas bitumicznych, dlatego zawsze wybieramy oferty najkorzystniejsze do zakupu [2 akapit na str. 3].
7. (...) Istotnym czynnikiem kształtującym cenę ma fakt, iż COLAS dysponuje własną Wytwórnią Mas Bitumicznych placem składowym kruszyw drogowych zlokalizowanych w Zabrze przy ulicy Szyb Franciszek 7, czyli w niedalekiej odległości od placu budowy. (...) [ostatni akapit na str. 3]
8. Istotnym materiałem w kalkulacji są mieszanki mineralno-asfaltowe produkowane w naszych wytwórniach mas bitumicznych należących do grupy COLAS (...) Emulsja asfaltowa przyjęta do oferty, produkowana jest przez naszą wytwórnię emulsji w Trzebini, która jest jedna z trzech posiadanych wytwórni emulsji w Polsce 2 akapit na str. 4].
9. Podsumowując należy stwierdzić że COLAS posiada wszelkie niezbędne argumenty do składania korzystnych propozycji cenowych na realizację kontraktów drogowych. Ponadto pragniemy zaznaczyć, że od wielu lat jesteśmy wiarygodnym partnerem dla publicznych i prywatnych Inwestorów drogowych w województwie dolnośląskim [2 akapit na str. 5].
10. Reasumując informujemy, że w naszej ofercie przetargowej w ramach niniejszego postępowania zostały ujęte wszystkie koszty związane z realizacją zadania, jak również obliczona cena zapewni uzyskanie przez COLAS zysku, wobec czego nie istnieją podstawy do uznania jej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) [5 akapit na str. 5].
11. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż ceną jaką zaoferowaliśmy w złożonej ofercie jest ceną rynkową, realną. (...) [przedostatni akapit na str. 5].

Reasumując, późniejsze zaprzeczanie 11-krotnym zapewnieniom, w tym wskazującym na znaczenie dla ceny oferty mieszanek bitumicznych i potwierdzającym uwzględnienie przy wycenie opisu przedmiotu zamówienia, jest całkowicie niewiarygodne albo świadczy o rażącym niedbalstwie Colasa przy ubieganiu się o udzielenie tego zamówienia. Skoro poza wszelkim sporem jest, że powyższe zapewnienia padły w kontekście szczegółowej kalkulacji, sporządzonej odrębnie dla każdej z dróg podlegającej remontowi, która 25-krotnie identyfikuje typ mieszanek asfaltowych zgodnie z ostateczną wersją opisu przedmiotu zamówienia, przeciwnie twierdzenia podniesione wbrew tym faktom wymagały poparcia mocnymi dowodami, zdolnymi podważyć uprzednio złożone wyjaśnienia, które w sposób wszechstronny i niebudzący wątpliwości jednoznacznie wykazały, że cena oferty nie jest rażąco niska. Innymi słowy, ponieważ Colas sprostą ciężącemu na nim z mocy art. 224 ust. 5 ustawy pzp obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tym bardziej spoczywał na nim odpowiednio większy ciężar udowodnienia stanu rzeczy przeciwnego do poprzednio wykazanego. Abstrahując od tego, czy w tych okolicznościach było to w ogóle wykonalne, oczywiste jest, że Colas nie sprostą ciężarowi udowodnienia swoich nowych twierdzeń ani na etapie badania ofert przez Zamawiającego, ani w toku postępowania odwoławczego. Colas nie poparł bowiem swoich twierdzeń, po raz pierwszy podniesionych w piśmie do Zamawiającego z 4 listopada 2025 r., a następnie podtrzymanych w kolejnych pismach do Zamawiającego z 14 i 18 listopada 2025 r. oraz w uzasadnieniu odwołania, relewantnymi dowodami. O ile na etapie postępowania taki obowiązek wynika z art. 534 ust. 1 ustawy pzp, o tyle w toku badania oferty przez Zamawiającego z art. 5 Kodeksu cywilnego (stosowanego przez odesłanie art. 8 ust. 1 pzp) ustawy pzp. Przy czym zawarta w ustawie pzp regulacja jest uszczegółowieniem na potrzeby postępowania odwoławczego rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art. 5 kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Tymczasem pismo Colasa z 4 listopada 2025 r., na wstępie którego stwierdził, że po udzieleniu 22 października 2025 r. wyjaśnień stwierdził, że nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych ze zmianą opisu przedmiotu zamówienia odnośnie wymaganych mieszanek mineralno-asfaltowych, co naraża go na poniesienie straty, ma li tylko walor oświadczenia, którego prawdziwość nie została choćby uprawdopodobniona. W pierwszej kolejności Colas opisał pierwotną i ostateczną treść opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do typów mieszanek asfaltowych, z których mają być wykonane warstwy ścieralna, wiążąca i wyrównawcza remontowanych dróg. W tym celu zestawiał brzmienie pkt 3.1 Jezdnia z pkt 3 Zakres remontu przed i po zmianie z 1 października 2025 r., wskazał pozycje kosztorysów ofertowych (załączników do SWZ) dotyczących tego zakresu robót, wreszcie przedstawił ostateczne brzmienie opisu tych pozycji ze wskazaniem łącznej ilości mieszanek poszczególnych typów. Okoliczności te są niesporne, gdyż wprost

wynikają z dokumentacji zamówienia.

Odmienne przedstawia się jednak sytuacja odnośnie drugiej, kluczowej części pisma, w której Colas sprecyzował wpływ na cenę jego oferty deklarowanego przez niego nieuwzględnienia omówionych wcześniej zmian opisu przedmiotu zamówienia. Polega to na zestawieniu w tabeli cen jednostkowych i wartości łącznej dla zagregowanych ilości poszczególnych typów mieszanek sprzed i po zmianie (co również wynika z dokumentów tego zamówienia) oraz podsumowaniu różnicy tych wartości łącznie dla obu części jako opiewającej na blisko 2 mln zł kwoty łącznego niedoszacowania kosztów. Przy czym dopiero w kolejnym piśmie z 14 listopada 2025 r. Colas wprost zawniósł, w kontekście podnoszonego w poprzednim piśmie rażącego zaniżenia ceny, o odrzucenie z tego powodu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp, wywodząc, że taka sytuacja podpada pod przesłankę art. 128 ust. 1 pzp, która skutkuje odstąpieniem od wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Ponieważ wyliczenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami (co nie uległo zmianie do zamknięcia rozprawy), w istocie twierdzenia te pojawiają się na zasadzie *deus ex machina*. Colas nie sprostował bowiem ciężarowi wykazania adekwatności przyjętych przez siebie założeń odnośnie wysokości cen jednostkowych dla poszczególnych typów mieszanek. A wydaje się, że przedstawienie stosownych dowodów nie powinno nastęrczać żadnych trudności w przypadku Odwołującego, który deklaruje, że jest renomowanym przedsiębiorcą budowlanym o dużym doświadczeniu. Jak już powyżej to wywiedziono, uprzednie wykazanie, że zaoferowanie wykonania robót przy zastosowaniu mieszanek bitumicznych zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, jeszcze zwiększyło ciężar dowodowy spoczywający na Odwołującym, aby mógł on skutecznie wykazać, że wbrew poprzednio złożonym wyjaśnieniom uzasadniającym cenę oferty, jest ona rażąco niska.

W konsekwencji kontrfaktyczne jest twierdzenie przez Colas w uzasadnieniu odwołania (w jeszcze bardziej perswazyjnej wersji w stosunku do pisma z 14 listopada 2025 r.), jakoby nie miało znaczenia uprzednie obalenie przez niego domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty. Co więcej, powoływanie się na to, że dopiero po złożeniu wyjaśnień uzasadniających cenę oferty uświadomił sobie swój błąd oraz *...lojalnie i transparentnie potwierdził i przedstawił wiarygodne, merytoryczne wyliczenia, że faktycznie w wycenie nie uwzględnił zmian do SWZ z dnia 1.10.2025 r., wprowadzających wymogi droższych mieszanek mineralno-asfaltowych...*, wskazuje na rażące naruszenie wzorca profesjonalnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Kuriozalne jest powoływanie się w tym kontekście przez Colas w uzasadnieniu odwołania (a uprzednio w piśmie z 21 listopada 2025 r.) na działanie *...zgodnie z wdrożoną w COLAS Polska procedurą ISO 9001:2015 oraz bardziej szczegółowo jej składową procedurą P.12 IDENTYFIKACJA WYMAGAŃ KLIENTA – USŁUGI, wg punktów 5.2.7, 5. oraz 5.2.11* [dokument P.12 został załączony do pisma z 21 listopada 2025 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa]. Otóż ten ostatni pkt reguluje tylko sposób rejestracji podpisanych umów i miejsce ich przechowywania, a pkt 5.2.7 dotyczy wewnętrznego przekazywania informacji o wygraniu przetargu wraz z dokumentami przetargowymi w celu przygotowania umowy. Z kolei pkt 5.2.8 zawiera opatrzoną wykrzyknikiem jednoznaczną uwagę: *W przypadku, kiedy wzór umowy jest dołączony do dokumentacji przetargowej jej przegląd odbywa się przed złożeniem oferty*, przy czym w zależności od bliżej niesprecyzowanego kryterium potrzeb ma tego dokonywać łącznie dwóch dyrektorów (względnie zamiast drugiego z nich menadżer) i dwa działy (w tym prawny). Oczywiście jest przy tym, że analiza przedmiotu umowy, czyli świadczenia, do którego spełnienia zobowiąże się wykonawca na warunkach określonych przez zamawiającego, na czele z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, ma tu kluczowe znaczenie. Co więcej, inne postanowienia tego dokumentu wręcz pogrążają Odwołującego jako działającego przy sporządzaniu oferty na potrzeby tego przetargu niezgodnie z wewnętrznymi procedurami systemu zarządzania jakością w organizacji, względnie świadczą o tym, że ten przyjęty i certyfikowany system w praktyce nie zdaje egzaminu. Otóż z pkt 5.2.3 lit. a wynika, że przegląd wymagań klienta, czyli w tym przypadku warunków zamówienia, obejmuje aż 3 etapy, w tym ze szczególnym uwzględnieniem wymaganego doświadczenia i referencji według opracowanego w tym celu odrębnego formularza [nie został załączony]. Przy czym jeden z tych etapów przeznaczony jest w całości na zgromadzenie informacji niezbędnych do sporządzenia kompletnej wyceny. Z kolei następny etap dotyczy zatwierdzenia oferty, co dla przetargów publicznych o wartości oferty złożonej w tym postępowaniu (łącznie dla części A i B), tj. wynoszącej ponad 50 mln zł, wymaga działania komisyjnego. W ramach tego etapu ponownie ma być sprawdzana przez osobę przygotowującą ofertę jej kompletność pod kątem wymagań przetargowych, a następnie osoba na wyższym szczeblu zatwierdza sposób wykazania doświadczenia i referencje przygotowane na potrzeby przetargu [por. pkt 5.2.4 lit. a i 5.2.4 lit. c].

Reasumując, obowiązująca w Colasie procedura identyfikacji wymagań klienta nie tylko nie usprawiedliwia popełnienia tak poważnych błędów w toku przygotowania oferty, zarówno co do wymaganego doświadczenia, jak i wycenianego świadczenia, a wręcz świadczy o rażącym niedbalstwie w tych kluczowych aspektach. Nie został bowiem osiągnięty założony cel tej procedury, jakim jest prawidłowe rozpoznanie wymagań klienta i analiza możliwości ich spełnienia na etapie przygotowania oferty, czemu miało służyć określenie zasad postępowania w trakcie, jak to określono, *dokonywania przeglądu wymagań dotyczących wyrobu* [por. pkt 1 na wstępie dokumentu P.12]. Na

marginesie, trudno wyobrazić sobie, aby *de facto* powoływanie się przez Colas bez skrupowania na nieskuteczność tej procedury nie miało znaczenia przy najbliższym audycie przez Centrum Certyfikacji Jakości Wojskowej Akademii Technicznej jako jednostki, która certyfikowała spełnianie przez Colas wymagań ISO 9001:2015 w zakresie realizacji kontraktów drogowych w zakresie budowy, modernizacji i remontów dróg, ulic, lotnisk i obiektów sportowych oraz produkcji i sprzedaży materiałów na potrzeby budownictwa drogowego [certyfikat stanowi załącznik nr 1 do pisma Colasa z 21 listopada 2025 r.].

Pismo z 14 listopada 2025 r. w przeważającej mierze obejmuje ustosunkowanie się do wystosowanego przez Zamawiającego 4 listopada 2025 r. wezwania do wyjaśnienia, w jaki sposób ze złożonego wraz z protokołem wykazu robót, obejmującego jedną pozycję, ma wynikać, że Colas ma wymagane w treści warunku doświadczenie, w tym w ułożeniu warstw bitumicznych na bazie asfaltów wysokozmodyfikowanych (na wniosek Colasa Zamawiający przesunął pierwotnie zakreślony termin).

Wyjaśnienia Colasa odnośnie tej kwestii sprowadzają do powołania się na błędne utożsamienie przez niego użytych przy wykonywaniu robót wskazanych w wykazie asfaltów modyfikowanych z wymaganymi w treści warunku udziału asfaltami wysokozmodyfikowanymi. Przy czym usprawiedliwieniem popełnienia tego błędu ma być fakt, że obydwa te lepszczą zaliczają się według terminologii normy EN 14023 do asfaltów modyfikowanych polimerami, a także stosunkowo krótka (tj. 15-letnia) historia korzystania z tych wysokozmodyfikowanych przy remontach dróg w Polsce. Ponadto Colas oświadczył, że ma na ukończeniu kilka przedsięwzięć z wykorzystaniem takiego asfaltu, w tym jedno o wartości przekraczającej próg ustalony w warunku udziału w tym postępowaniu (w piśmie podano nazwę i wartość tych zamówień publicznych). Jednocześnie Colas oświadczył, że nie spełnia tego warunku, gdyż jest dopiero w trakcie wykonywania dwóch zamówień przy użyciu wymaganego typu asfaltów. W kolejnym zaś piśmie z 21 listopada 2025 r. Colas wskazał z imienia i nazwiska odpowiedzialnego za ten błąd pracownika, załączając oświadczenie z 21 listopada 2025 r., w którym osoba ta przyznała się do omyłkowego poinformowania działu zamówień publicznych, że zadanie, które zostało potem wskazane w wykazie robót, obejmowało użycie asfaltów zmodyfikowanych. Stąd w przekonaniu Colasa pozostawał w błędnym, ale usprawiedliwionym powyższymi okolicznościami przekonaniu, że spełnia warunek wymagający doświadczenia w stosowaniu takiego asfaltu.

Jednakże poza wskazaniem w ten sposób przysłowiowego kozła ofiarnego, którego oświadczenie, jako pracownika pozostającego w stosunku podporządkowania pracodawcy, jest mało wiarygodne (nawet abstrahując od sprzeczności z omówionymi powyżej procedurami systemu zarządzania jakością w organizacji wg ISO 9001:2015), Colas nie przedstawił ani Zamawiającemu, ani następnie w toku postępowania odwoławczego wiarygodnych dowodów uprawdopodobniających tak deklarowany stan rzeczy. Odwołujący zaniechał choćby przedstawienia wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych odpowiadających w pozostałym zakresie treści warunku. Zamiast tego Colas ograniczył się do zażądania od Zamawiającego odstąpienia od wezwania do wykazania tego warunku z powołaniem się na argumentację prawną odnośnie stosowania art. 128 ust. 1 ustawy pzp (która następnie została powtórzona w uzasadnieniu odwołania).

Wspomniane już pismo z 21 listopada 2025 r., jako formalnie będące odpowiedzią na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania warunku dotyczącego doświadczenia, w przeważającej mierze sprowadza się do obszernego wywodu (powtórnego potem w uzasadnieniu odwołania) odnośnie celowości wykładni w orzecznictwie i doktrynie przesłanki zatrzymania wadium z art. 98 ust. 6 ustawy pzp oraz odniesieniu jej do sytuacji, w jakiej znalazł się Colas. Innymi słowy, Colas chciał przekonać Zamawiającego, że w opisywanych, jak potem w ramach uzasadnienia pierwszego zarzutu, uwarunkowaniach prawnych i faktycznych nie ma podstaw do zatrzymania wadium. Ponownie Colas nie poparł jednak swoich twierdzeń odnośnie pozostawania w usprawiedliwionym błędzie co do rzeczywistej treści warunku udziału w postępowaniu obiektywnymi i mocnymi dowodami, do których z pewnością nie zalicza się pisemne oświadczenie pracownika, który wziął całą winę na siebie, bo zapewne nie miał innego wyjścia.

Niezależnie od powyższego poza wszelkim sporem jest że w żadnym z omówionych powyżej trzech listopadowych pism Colas nie powołał się na to, że złożył ofertę lub wyjaśnienia pod wpływem błędu w znaczeniu wady oświadczenia woli, o której mowa w art. 84 Kodeksu cywilnego.

W ramach podsumowania powyższych ustaleń podkreślić należy, że Odwołujący, na którym z mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp spoczywał obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie sprostał temu. Po pierwsze, nie udowodnił, że działał w dobrej wierze i dołożył należytej staranności profesjonalisty przy podejmowaniu czynności, na czele ze złożeniem oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i wykazywaniem spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia. Po drugie, nie udowodnił, że obiektywnie rzecz biorąc nie spełnia warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy obowiązującego w tym przetargu. W konsekwencji nie wykazał, że wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia w tym zakresie podmiotowych środków dowodowych było zbędne i nieuzasadnione. Po trzecie, nie udowodnił, że ceny mieszanek asfaltowych, które określił w kosztorysie

ofertowym i potwierdził w uszczegółowionej w tym zakresie kalkulacji w ramach wyjaśnień dotyczących ceny oferty, są rażąco zaniżone, a zarazem ich poziom jest adekwatny dla mieszanek pierwotnie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw faktycznych, aby stwierdzić rażące zaniżenie ceny oferty złożonej przez Colas, czy uznać, że nieuczynienie zadość wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wynika z przyczyn nieleżących po stronie Colasa. Jednocześnie poza wszelkim sporem jest fakt, że to ostatecznie zaniechanie spowodowało brak możliwości wyboru oferty Colasa jako najkorzystniejszej w częściach A i B.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale [IX, gdzie mowa jest o odwołaniu właśnie oraz skardze na orzeczenia Izby do sądu powszechnego] przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przy czym poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała w art. 179 ust. 1. tożsame uregulowanie (z wyjątkiem omówionym poniżej), więc zachował aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle i stosowania tego przepisu popzp.

W doktrynie i orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające zaliczanie się do jednej z kategorii podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp. Każdy z podmiotów korzystających ze środków ochrony prawnej uregulowanych w ustawie pzp musi także bowiem wykazać kumulatywnie, że: po pierwsze – ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, po drugie – poniósł lub może ponieść szkodę, po trzecie – ta szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp, czyli zachodzi pomiędzy nimi tzw. adekwatny związek przyczynowy. Innymi słowy, konieczne jest wykazanie przez taki podmiot, że dzięki łącznemu spełnieniu tych tzw. materialnoprawnych przesłanek wniesienia środka ochrony prawnej jest do tego legitymowany (legitymacja czynna) [por. *Komentarz. Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r.]. Przy czym ukształtowała się tradycja, że każdy przypadek braku kumulatywnego zajęcia powyższych przesłanek określany jako brak po stronie wnoszącego odwołanie interesu w jego wniesieniu, co stanowi jednak pewne uproszczenie.

Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy pzp ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy, trzeba przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie i orzecznictwie panuje zgoda co do tego, że ponieważ przywołana definicja wykonawcy odzwierciedla dynamikę postępowania o udzielenie zamówienia, status wykonawcy zmienia się w zależności od etapu, na jakim to postępowanie się znajduje. Na pierwszym etapie będą to podmioty, które m.in. pobrały SWZ albo złożyły wniosek w przetargu ograniczonym lub w negocjacjach z ogłoszeniem, następnie podmiot, który złożył ofertę, a finalnie podmiot, który podpisał umowę z zamawiającym. Jeżeli odwołujący nie ma statusu wykonawcy na etapie postępowania, w którym wniósł odwołanie, nie ma uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej [por. P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, wyd. 2, 2024]. Innymi słowy, uprawnienie podmiotów mieszczących się w definicji wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej jest ściśle powiązane z ich aktywnością przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i na jego poszczególnych etapach, a także z ich bieżącą sytuacją w postępowaniu, które w określonym stanie faktycznym warunkują możliwość wykazania materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania. Status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma bowiem charakter ściśle związany z jego wolą wyrażaną na każdym etapie postępowania co do ubiegania się o udzielenie zamówienia [por. M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 7, 2026]. Jeszcze inaczej ujmując, status wykonawcy jest ściśle skorelowany z etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego następuje stopniowe ograniczanie kręgu podmiotów, które są definiowane jako wykonawcy. Od najszerszego, nieograniczonego kręgu podmiotów na etapie ogłoszenia o zamówieniu, po wąską grupę podmiotów, które złożyły oferty, by ostatecznie wykonawcą pozostał jedynie podmiot, który zawarł umowę i realizuje zamówienie [por. *Komentarz. Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2023 r.].

Wreszcie w doktrynie i orzecznictwie trafnie wywiedziono, że organ orzekający ocenia legitymację czynną danego podmiotu na moment wniesienia środka ochrony prawnej wyłącz-nie na podstawie informacji zawartych w odwołaniu lub skardze. Reprezentatywny w tej kwestii jest następujący wywód zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 3 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3777/23): *Obowiązek wykazania posiadania legitymacji czynnej spoczywa na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej: „Odwołujący (...) winien wykazać w jaki sposób działania lub zaniechania Zamawiającego których dotyczą podnoszone w niniejszym odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy – rzutowały na sytuację prawną Odwołującego skutkując poniesieniem lub możliwością poniesienia przez Odwołującego szkody. Izba nie może się*

domyślać wykazania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania czy tym bardziej z innego postępowania odwoławczego. Wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać spełnienie tych przesłanek, co oznacza że nie tylko musi wykazać że faktycznie one są spełnione ale w ogóle podnieść argumentację w tym zakresie (wyr. KIO z 3.3.2022 r., 427/22, tak też wyr. KIO z 26.10.2020 r., KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

Skoro odwołania mogą zawierać dowolną liczbę rzutów, wykonawca ma obowiązek wykazania legitymacji czynnej do podniesienia każdego z nich. Jak to wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt X Ga85/15, oddalającego skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Izby z 19 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2605/14, gdzie sąd podzielił argumentację uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz powołał się dodatkowo na inne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

(...)

Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiego kwestionowanego w odwołaniu zachowania zamawiającego – tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców (...) nie występuje. Izba wyraźnie wskazała bowiem, iż niezależnie od uznania bądź nieuznania zasadności powyższych zarzutów (zatem abstrahowała od zasadności zarzutów), w okolicznościach sprawy, gdy oferta odwołującego jest korzystniejszą, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy.

Podkreślić należy, iż taką interpretację przepisu art 179 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie potwierdziła w swoich orzeczeniach. Wystarczy przytoczyć wyrok KIO z dnia 2 września 2014 r. (sygn. KIO 1705/14), w którym wskazano „1. Interes wykonawcy, polegający na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, gdy jego oferta jest najkorzystniejszą, sprowadza się do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie (a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy). 2. Taki interes nie sprowadza się zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty wykonawcy, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu, zaś wykonawca nie był wykluczony. 3. Sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmiuszają do wyboru jego oferty w postępowaniu”. Orzeczenie to zapadło w podobnym stanie faktycznym, jak w niniejszej sprawie.

Podobne stanowisko KIO wyraziła w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1683/12) wskazując, iż nie można akceptować sytuacji kiedy odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzut, co do którego niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art 179 ust. 1 p.z.p., „podpina” pod niego szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia.

Powyższe przykładowo cytowane orzeczenia, na które powołała się również KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, wyraźnie wskazują zatem, iż wbrew zarzutom odwołania możliwa i dopuszczalna jest ocena przesłanki interesu i szkody odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów odwołania. Treść art 179 ust 1 ustawy Pzp nie zawiera zapisów, które uniemożliwiałyby taką ocenę. Tym samym interpretacja cytowanego powyżej przepisu zawarta w uzasadnieniu skargi jest wadliwa i nie znajduje uzasadnienia w orzecznictwie KIO.

O ile w odwołaniu wiele miejsca poświęcono przesłance interesu w uzyskaniu zamówienia, o tyle zawarte tam wywody teoretyczne z powołaniem się na orzecznictwo krajowe i unijne nie przystają do sytuacji Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący nie może się przy tym zdecydować, czy spełnia tę przesłankę, gdyż miał interes w uzyskaniu tego zamówienia w tym przetargu, czy też dlatego, że ma interes w uzyskaniu tego zamówienia w ewentualnym kolejnym przetargu na ten sam przedmiot zamówienia. Niezależnie od tego Odwołujący powołuje się na kategorię „interesu sensu largo”, który miałby się materializować w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, jeżeli Odwołujący twierdzi, że miał lub nawet ma interes w uzyskaniu tego zamówienia, nieadekwatne jest jednoczesne wskazywanie na enigmatyczny „interes sensu largo”. Jest on przy tym wywodzony z orzeczeń zapadłych kilkanaście i więcej lat temu, które już z racji upływu czasu i wielokrotnych zmian stanu prawnego, zarówno na szczeblu unijnym, jaki krajowym, utraciły aktualność. Tymczasem *de lege lata* nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że środki ochrony prawnej przysługują podmiotom wymienionym w art. 505 ust. 1 pzp jedynie w celu kwestionowania zgodności z przepisami ustawy pzp czynności lub zaniechań zamawiającego,

których negatywne skutki mają lub mogą mieć bezpośredni wpływ na sferę ich indywidualnych interesów (tj. możliwość pozyskania przez nich zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, będącej skutkiem tych niezgodnych z przepisami działań zamawiającego). Natomiast środki ochrony prawnej nie służą kontroli legalności wszystkich podejmowanych czynności lub zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zapewnieniu prawidłowego przebiegu postępowania. Jedynie Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców oraz organizacje wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 469 pkt 15 ustawy pzp) mają prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej w interesie zbiorowym, wyznaczonym celem i charakterem ich działalności. Dlatego też podmiotom tym przysługują środki ochrony prawnej tylko wobec ogłoszenia wszczynającego postępowania o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia, czyli na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia albo organizacji konkursu, który może mieć wpływ na sferę interesów wszystkich potencjalnych wykonawców lub uczestników konkursu [por. M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 7, 2026].

Wbrew temu, co wydaje się Odwołującemu, nie znajduje również oparcia w cytowanych przez niego obszernie wypowiedziach orzecznictwa unijnego i krajowego czy doktryny powoływanie się przez niego na potencjalną możliwość ubiegania się o udzielenie tego zamówienia w kolejnym przetargu. Abstrahując od faktu, że nic nie wskazuje na to, aby to zamówienie miało nie być udzielone w wyniku tego przetargu, rozpoznawane odwołanie nie zmierza do unieważnienia aktualnie prowadzonego postępowania. Wręcz przeciwnie, przedmiotem zaskarżenia nie jest wybór najkorzystniejszej oferty, który nastąpił po tym, jak Odwołujący nie dopuścił do wyboru jego oferty, a wniesione przez niego odwołanie zmierza wręcz do uzyskania *sui generis* potwierdzenia wyrokiem Izby uprawnienia do wycofania się z przetargu bez ponoszenia konsekwencji w postaci zatrzymania wadium.

Skoro poza wszelkim sporem jest, że Odwołujący złożył ofertę w przetargu, którego warunków również nie kwestionował, bezprzedmiotowe jest podnoszenie w odwołaniu [dalej pisownia oryginalna za pkt VI.6 odwołania], ... że *nawet w przypadku niezłożenia w ogóle oferty przez dany podmiot, TSUE dopuszcza istnienie interesu po jego stronie do wniesienia środka odwoławczego na zasadzie wyjątku, przy czym „to właściwy sąd krajowy powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku tych przepisów nie może mieć wpływu na prawo do skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych wykonawców*. Odwołujący nie oddał przy tym istoty stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „Trybunał” lub „TSUE”}, wynikającego orzeczeniu z 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17 (Amt Azienda Trasporti Mobilità SpA... v. Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA). Otóż zdaniem Trybunału udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może co do zasady stanowić, w świetle ART. 1 UST. 3 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) [Dz.Urz. L 395, 30/12/1989 str. 33], zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. L 335, str. 31) {dalej: „dyrektywa odwoławcza” lub „dyrektywa 89/665”}, przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu danego zamówienia lub grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonego niezgodnego z prawem charakteru decyzji o udzieleniu tego zamówienia. Przy braku złożenia oferty taki podmiot raczej nie może wykazać, że ma interes w zakwestionowaniu tej decyzji lub że poniósł szkodę, lub może ją ponieść z racji udzielenia tego zamówienia. Jednak w sytuacji gdy przedsiębiorca nie złożył oferty ze względu na to, że jego zdaniem w dokumentacji przetargowej lub w specyfikacji warunków zamówienia znajdowały się dyskryminujące go specyfikacje, stanowiące przeszkodę dla tego, by był on w stanie zrealizować wszystkie żądane świadczenia, przesadą byłoby żądać od niego, by – zanim będzie mógł użyć określonych w dyrektywie 89/665 procedur odwoławczych przeciwko takim specyfikacjom – złożył w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę, choć jego szanse uzyskania zamówienia są zerowe z racji istnienia tych specyfikacji [zob. też wyrok z 12 lutego 2004 r. C-230/02 (Grossmann Air Service), pkt 27-29].

Jak to powyżej ustalono, poza wszelkim sporem jest fakt, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż nie zaskarżył ani odrzucenia jego oferty z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie tego warunku wyboru najkorzystniejszej oferty, ani wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast Odwołujący błędnie uważa, że jego sytuacja wpisuje się w hipotezę normy wynikającej z art. 505 ust. 1 pzp wskazującej na wykonawcę, który miał interes w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem chodzi tu wyłącznie o sytuację, gdy wykonawca został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia na skutek czynności zamawiającego od których się odwołuje, a co najmniej wskutek okoliczności nieleżących po stronie tego wykonawcy. Natomiast poza wszelkim sporem jest fakt, że Odwołujący sam zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia, które mógłby uzyskać, gdyby uczynił zadość wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i wykazał spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia.

Trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 1 sierpnia 2019 r. sygn. KIO 1385/19, że [pisownia oryginalna]: (...) *Pomimo użycia przez ustawodawcę, w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia w regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, słowa „lub”, wskazać należy, iż ujęta w tym przepisie alternatywa ma na celu możliwość reakcji w ramach rozpoznania środka ochrony prawnej na dynamicznie zmieniającą się sytuację podmiotową wnoszącego odwołanie w ramach prowadzonego postępowania. Użyty tam zwrot „(...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (...)” nadaje tej instytucji bardziej elastyczny charakter umożliwiający przeciwdziałanie, z jednej strony nadużyciom podmiotu zamawiającego nakierowanym na pozbawienie wykonawcy prawa do drogi odwoławczej na skutek ingerencji tego pierwszego w tok postępowania, z drugiej strony umożliwia reakcję na zaniechania podmiotu odwołującego, które mogą go pozbawić interesu w uzyskaniu zamówienia (cofnięcie poszczególnych zarzutów, upływ terminu związania ofertą itp.). Otóż ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, choć jest dokonywana na etapie merytorycznego rozpoznania, ma miejsce na moment wniesienia odwołania. To na tę chwilę wykonawca winien wykazać się istnieniem tego interesu, którego to przymiotu może nie posiadać, zarówno na skutek jego sytuacji podmiotowej w postępowaniu (własnych zaniechań związanych np. z brakiem przedłużenia terminu związania ofertą, czy też ważności wadium), na skutek niewłaściwego postawienia zarzutów odwołania, czy wreszcie błędnego sformułowania jego żądań. Jednakże zmiana sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowana np. działaniami podmiotu zamawiającego, może, lecz nie musi, spowodować utratę legitymacji czynnej, jeżeli Izba w ramach merytorycznego rozpoznania uzna, że wnoszący odwołanie taki interes posiadał na moment wniesienia odwołania, lecz utracił go z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych. Stąd też konstrukcja instytucji uregulowanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest elastyczna umożliwiając właściwe reagowanie na zmieniającą się w postępowaniu sytuację. (...)*

W sytuacji Odwołującego, który nie zaskarżył odrzucenia jego oferty jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a wręcz domaga nakazania tej czynności jeszcze na dodatkowej podstawie faktycznej i prawnej, nic nie wnosi powoływane się na rzeczywiście aktualną interpretację interesu w uzyskaniu zamówienia, ujmowanego szerzej niż na tle dawniejszego, odmiennego brzmienia art. 179 ust. 1 popzp, tj. jako nie ograniczającego się wyłącznie do postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wnoszony jest środek ochrony prawnej, ale dotyczącego określonego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, jest to interes w uzyskaniu rozumiany jako możliwość pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim ostatecznie postępowaniu zostanie ono udzielone. Nie oznacza to jednak, że każdy podmiot, w tym taki, który był wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia w danym postępowaniu, ale prawomocnie utracił ten status (patrz dalsze rozważania dotyczące definicji wykonawcy), może powoływać się *de facto* na to, że będzie miał interes w uzyskaniu tego zamówienia w kolejnym postępowaniu. Źródłem nowej interpretacji interesu w uzyskaniu zamówienia jest bowiem orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które nie uzasadnia aż dalece idącego rozszerzenia legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W szczególności należy wziąć pod uwagę wyroki w następujących sprawach wydane: 4 lipca 2013 r. C-100/12 (Fastweb), 5 kwietnia 2016 r. C-689/13 (PFE), 21 grudnia 2016 r. C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich) i 11 maja 2017 r. C-131/16 (Archus i Gama). Z orzeczeń tych rzeczywiście wynika, że interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może również dotyczyć uzyskania zamówienia w przypadku ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako mieszczącego się w pojęciu „danego zamówienia”, które zostało użyte w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665. Jednakże dla TSUE istotne było, jaka jest relacja pomiędzy postępowaniami z odwołania oferenta kwestionującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz z odwołania wzajemnego wyłonionego oferenta zmierzającego do wykluczenia z postępowania oferenta wnoszącego odwołanie w postępowaniu głównym (taka procedura, w polskiej ustawie pzp zresztą nie występuje). Sądy krajowe sformułowały pytania prawne w sprawach, w których odwołania wzajemne zostały rozpoznane wcześniej niż wniosek główny, w wyniku czego wykonawca, który jako pierwszy zainicjował postępowanie odwoławcze, tracił legitymację do złożenia swojego odwołania. Trybunał uznał taką sytuację za sprzeczną z art. 1 ust. 3 dyrektywy odwoławczej (tak w orzeczeniach Fastweb i PFE), jako pozbawiającą wykonawcę prawa do złożenia odwołania. Odwołanie wzajemne wyłonionego oferenta nie może bowiem prowadzić do odrzucenia odwołania złożonego w postępowaniu głównym, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może doprowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (Fastweb, pkt 33). Innymi słowy, nawet jeżeli doszłoby do wykluczenia obu wykonawców, to ten który zainicjował postępowanie ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, ponieważ może dojść do unieważnienia postępowania i powtórzenia przetargu.

Wydane przez Trybunał orzeczenia w sprawach Fastweb oraz PFE stanowiły asumpt do wydania wyroku w sprawie C-131/16, który dotyczył następującej sytuacji. Sprawa przed sądem krajowym została zainicjowana przez oferenta, który został wykluczony z przetargu, co też zostało przez niego zaskarżone. Następnie oferent wniósł odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia. Z uwagi na uprawomocnienie się wykluczenia, sąd krajowy powziął

wątpliwość, czy oferent ten wciąż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i legitymację do kwestionowania decyzji o udzieleniu zamówienia. Odwołując się do przywołanego powyżej pkt 33 uzasadnienia wyroku Fastweb, sąd krajowy rozważał, czy pomimo ostatecznego wykluczenia oferenta zasada równego traktowania może jednak uzasadniać przyznanie takiemu wykluczonemu ostatecznie oferentowi prawo do wniesienia odwołania od tej decyzji, jeżeli jest ona korzystna tylko dla innego, rywalizującego z nim oferenta. Trybunał nie podzielił wątpliwości sądu krajowego. Uznał, że wynikające z dyrektywy 89/665 prawo do odwołania nie zostało w przepisach krajowych naruszone, a przedstawiona mu sprawa nie jest podobna do spraw Fastweb oraz PFE. Trybunał określił, że kwestia prawidłowości obu czynności zamawiającego (wyboru oferty i zaniechania odrzucenia oferty odwołującego) była w tamtych sprawach badana w ramach jednego postępowania odwoławczego, podczas gdy w rozpoznawanej sprawie wykonawca wniósł odwołanie najpierw od czynności wykluczającej go z postępowania, a następnie od decyzji o udzieleniu zamówienia, i to w ramach tego drugiego postępowania powołuje się na wady oferty wybranego oferenta.

Z kolei w sprawie, w której wydany został wyrok C-131/16 (Archus i Gama), zamawiający dokonał jednocześnie dwóch czynności (odrzuć ofertę jednego z oferentów oraz udzielił zamówienia drugiemu) i obie zostały zaskarżone przez odrzuconego oferenta. W związku z tym Trybunał przyjął, że nie można uznać, aby wykonawcy Archus i Gama zostali ostatecznie wykluczeni z postępowania. Wyrok został wydany w sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą, przy czym zamawiający podejmował czynności na podstawie art. 92 popzp w brzmieniu obowiązującym do 28 lipca 2016 r., zgodnie z którym zamawiający swoje obowiązki informacyjne dotyczące zarówno wykluczenia wykonawcy jak i wyboru najkorzystniejszej oferty realizował jednocześnie, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Co znów jest aktualne, gdyż art. 253 ust 1 ustawy pzp również nakłada na zamawiającego obowiązek równoczesnego poinformowania wykonawców, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zarówno o wyborze najkorzystniejszej oferty nowego prawa zamówień publicznych, jak i o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (*de lege lata* nie ma odrębnej czynności wykluczenia, a oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu jest odrzucana).

Reasumując, sytuacja Odwołującego, który uprzednio złożył ofertę i podmiotowe środki dowodowe w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie jego oferta została odrzucona, wnosi odwołanie zmierzające do odrzucenia tej oferty z dodatkowego powodu, a zarazem nie kwestionuje wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej, nie wpisuje się w szerokie ujęcie legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej wywiedzione w orzecznictwie TSUE. Podkreślić należy, że nawet w odniesieniu do sytuacji, gdy dwóch wykonawców domagało się wzajemnie wykluczenia konkurenta, Trybunał w pierwszej kolejności przyznał każdemu z nich interes w uzyskaniu bezpośrednio zamówienia w aktualnie toczącym się postępowaniu, jeżeli ostatecznie tylko jeden z nich zostanie wykluczony z tego postępowania. Dopiero w drugiej kolejności, choć zarazem samoistnie, Trybunał uznał, że nawet w sytuacji, gdyby obaj wykonawcy mieli zostać wykluczeni a postępowanie unieważnione, ich interes wyraża się w możliwości uzyskania tego zamówienia w kolejnym postępowaniu.

W sytuacji Odwołującego nic również nie wnosi uznanie za uprawnionego do wnoszenia środków prawnych wykonawcy, który co prawda nie kwestionuje czynności eliminującej go z postępowania o udzielenie zamówienia, ale jednocześnie domaga się odrzucenia wybranej oferty w celu doprowadzenia do unieważnienia tego postępowania, aby mieć szansę o ubieganie się o udzielenie tego samego zamówienia w kolejnym postępowaniu. Przy czym legitymacja takiego wykonawcy, który miał interes w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, w którym żąda odrzucenia wybranej oferty, jest ograniczona zawitym terminem do wniesienia odwołania. Innymi słowy, wykonawca ten nie będzie uprawniony do kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty, który nie zostanie dokonany równocześnie z odrzuceniem jego oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący bezpodstawnie powołuje się na bycie wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy pzp. Zgodnie z zawartą tam definicją wykonawca jest rozumiany jako osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Co znamienne, Odwołujący powołał się na to, że jest przedsiębiorcą budowlanym w branży drogowej i aktywnie uczestniczył w kolejnych fazach tego postępowania, a jednocześnie przeszedł do porządku dziennego faktem niezakwestionowania odrzucenia jego oferty. Tymczasem w ten sposób ostatecznie i prawomocnie utracił status wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnośnie konieczności wykazania statusu wykonawcy adekwatnie do etapu postępowania o udzielenie zamówienia, na którym jest wnoszone odwołanie, adekwatnie i nie tylko w kontekście okoliczności specyficznych dla rozpoznawanej wówczas sprawy wypowiedziała się Izba w uzasadnieniu postanowienia z 13 maja 2024 r. sygn. akt KIO 1368/24 [pisownia oryginalna; podkreślenia własne]: (...) *Izba nie kwestionuje obiektywnej możliwości realizacji przez Odwołującego tego rodzaju zamówień, jakich dotyczy to postępowanie. Jednak oceniając, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony, należy mieć na uwadze etap, na którym znajduje się postępowanie o zamówienie. Tylko na początkowym etapie, kiedy środki ochrony prawnej wnosi się na treść dokumentów zamówienia, w*

celu ustalenia, czy mamy do czynienia z podmiotem uprawnionym wystarczające jest wykazanie, że odwołujący „oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. Natomiast w sytuacji, gdy skarżone są czynności lub zaniechanie zamawiającego podjęte na późniejszym etapie postępowania, np. po terminie składania ofert, konieczne jest wykazanie przez odwołującego, że jest wykonawcą, który „ubiega się o udzielenie zamówienia lub złożył ofertę”. Przypomnienia również wymaga, że raz nabyty status wykonawcy może zostać następnie utracony na skutek różnych okoliczności, jakie mogą wystąpić w postępowaniu, w tym na skutek czynności lub zaniechań zamawiającego, wykonawcy, bądź na skutek okoliczności obiektywnych.

Nie sposób przy tym nie zauważyć, że Odwołujący popada w kolejną sprzeczność, gdy na potrzeby wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia wskazuje, że jest przedsiębiorcą oferującym wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, a zarazem w kontekście stawianych przez siebie zarzutów powołuje się na obiektywny brak zdolności do wykonania tego zamówienia, gdyż jak dotychczas nie nabył wymaganego od wykonawcy w tym postępowaniu doświadczenia.

W sytuacji Odwołującego, który utracił możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia z powodu okoliczności leżących po jego stronie, bezprzedmiotowe jest również powoływanie się na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia w kolejnym postępowaniu, w razie gdyby mimo niezakwestionowanego wyboru oferty najkorzystniejszej, z bliżej niesprecyzowanego powodu nie doszłoby do zawarcia umowy i bieżący przetarg zostałby unieważniony. Interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 pzp nie może być czysto hipotetyczny na moment wniesienia odwołania. Przede wszystkim tak szerokie ujęcie interesu w uzyskaniu zamówienia prowadziłoby *ad absurdum*, gdyż miałby go na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zarówno podmiot, który zaniechał złożenia oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w innych niż przetarg nieograniczony trybach konkurencyjnych) i przestał być wykonawcą, jak i podmiot, który utracił ten status na skutek czynności zamawiającego (odrzućcenia oferty, w tym na skutek wykluczenia z postępowania, czy niezakwalifikowania do dalszego etapu w trybach dwustopniowych), która nie została zaskarżona lub stała się ostateczna po prawomocnym oddaleniu odwołania. Innymi słowy, wbrew omówionej powyżej definicji wykonawcy i ponad potrzebę zapewnienia skutecznych środków odwoławczych od czynności lub zaniechań instytucji zamawiającej, powstałaby kategoria „wiecznego wykonawcy”.

Do takiego rezultatu prowadziłoby bowiem przyjęcie stanowiska Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 7 kwietnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 2/22, który uwzględnił skargę na postanowienie Izby o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp, czyli jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, za który został uznany przedsiębiorca w sytuacji, gdy jego oferta, pierw wybrana, prawomocnie została odrzucona (w związku z jego wykluczeniem), a odwołanie zmierzało do unieważnienia całego postępowania przez zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty. Co znamienne, w uzasadnieniu sąd odnotował odmienny pogląd TSUE, jednak błędnie uznał, że samo brzmienie art. 505 ust. 2 ustawy pzp każe zakwalifikować nawet taką sytuację jako wpisującą się w szeroko pojmowany interes wyrażający się w możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Umknęło jednak sądowi, że art. 505 ust. 1 ustawy pzp, w tym odnośnie wskazania, że środki ochrony prawnej przysługują również wykonawcy, który miał interes w uzyskaniu zamówienia, wprost implementuje art. 1 ust. 3 dyrektywy odwoławczej, zgodnie z którym państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Wyrażony w uzasadnieniu powyżej omówionego orzeczenia pogląd, na który skwapliwie powołano się w odwołaniu, jak dotychczas jest to odosobniony, gdyż nie został podzielony w późniejszym orzecznictwie ani Sądu Zamówień Publicznych, ani Krajowej Izby Odwoławczej, a przede wszystkim nie znajduje oparcia w orzecznictwie TSUE. Wręcz przeciwnie, wyrokiem z 5 listopada 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 97/24 Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił skargę na postanowienie Izby z 13 maja 2024 r. sygn. akt KIO 1368/24 o odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy pzp odwołania podmiotu, którego zarzuty zmierzały do odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy sam nie złożył oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego wcześniejsze odwołanie wobec treści SWZ zostało prawomocnie oddalone. W ramach generalnych wywodów prawnych w uzasadnieniu tego wyroku sąd powołał się m.in. na powyżej już przywołane, zgodne wypowiedzi doktryny i orzecznictwa co do dynamicznej zmiany statusu wykonawcy adekwatnie do etapu postępowania o udzielenie zamówienia, na jakim jest wnoszone odwołanie. Co prawda w ramach rozważań szczegółowych sąd uznał, że okoliczności rozpoznawanej sprawy są inne niż w sprawie sygn. akt XXIII Zs 2/22, jednak nie omieszczał oględnie dodać, że ocena sytuacji, która miała miejsce w tamtej XXIII Zs 2/22, nie jest w judykaturze jednolita i występują poglądy sprzeczne z poglądem wyrażonym przez sąd w tamtej sprawie.

Tymczasem, jak to już powyżej zaznaczono, w kontekście utraty przez podmiot legitymacji do odwołania się od wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej nie ma znaczenia, czy prawomocnie oddalone poprzednie odwołanie tego podmiotu (wówczas wykonawcy) dotyczyło warunków zamówienia czy odrzucenia jego oferty, gdyż obie sytuacje

rozumiane są przez TSUE jako ostateczne wykluczenie z postępowania. Taki wniosek wynika wprost z wyroku z 9 lutego 2023 r. C-53/22 (VZ v. CA). Analizując wcześniejsze orzecznictwo, Trybunał stwierdził bowiem, że wykonawca, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełniał przewidzianego w ogłoszeniu o przetargu warunku udziału, i którego skarga kwestionująca ten warunek została oddalona prawomocnym orzeczeniem przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia, nie ma statusu „podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665. Przy tym okoliczność, że w międzyczasie wykonawca ten podjął niezbędne działania w celu spełnienia warunku (wobec czego w przypadku unieważnienia postępowania, w którym nie mógł on uczestniczyć, i zorganizowania ponownego postępowania w oparciu o te same wymogi, mógłby on złożyć ofertę i uzyskać odnośne zamówienie) TSUE uznał za irrelewantną dla wykazania spełniania przesłanek materialnoprawnych korzystania z procedur odwoławczych. Trybunał podkreślił, że o tym, czy oferent ma legitymację procesową do zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia, decyduje nieostateczny charakter decyzji o wykluczeniu. Zgodnie bowiem z art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665 wykluczenie oferenta z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma charakter ostateczny, jeśli został on o nim powiadomiony i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. W konsekwencji TSUE uznał, że sytuacja wykonawcy, który nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełniał jednego z warunków udziału, i którego skargę kwestionującą zgodność z prawem tego warunku oddalono prawomocnym orzeczeniem przed wydaniem decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, nie różni się co do istoty pod względem jego ostatecznego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia od sytuacji oferenta wykluczonego ostatecznie z udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665. Dlatego też TSUE odróżnił taką sytuację od sytuacji, w której oferent, wobec którego nie wydano decyzji o ostatecznym wykluczeniu, kwestionuje zgodność z prawem dopuszczenia oferty innego oferenta lub kilku innych oferentów, a dopuszczalność jego własnej oferty również jest przedmiotem skargi, której prawomocnie nie rozpoznano.

W porównaniu do obszernych, choć bez związku z sytuacją Odwołującego, wywodów odnośnie różnych aspektów przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, poniesienie szkody zostało wprost utożsamione z kwotą zatrzymanego przez Zamawiającego wadium. Co charakterystyczne, Odwołujący jedynie ogólnikowo wskazuje na powiązanie tej szkody z przepisami wskazanymi na wstępie odwołania. Tymczasem niewykazanie legitymacji czynnej do zaskarżenia czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania wynika również z braku odniesienia się w odwołaniu do kwestii, czy i w jaki sposób zagrożony zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i wskazywana szkoda pozostają w adekwatnym związku przyczynowym.

Znajdująca na gruncie art. 505 ust. 1 pzp zastosowanie charakterystyczna dla prawa cywilnego teoria adekwatnego związku przyczynowego oznacza, że dla istnienia legitymacji czynnej konieczne jest, aby zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom Prawa zamówień publicznych, czego normalnym następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody. Normalne następstwo to zdarzenie typowe, spodziewane w zwykłej kolejności zdarzeń, które z reguły z danej okoliczności wynika. Skoro szkoda wynikać ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, legitymacja czynna związana być musi ze stworzeniem dla wykonawcy ponownej szansy na uzyskanie zamówienia, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. *Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchybienia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (por. wyr. KIO z 9.9.2010 r., KIO/UZP 1881/10, niepubl.; wyr. KIO z 22.11.2012 r., KIO 2396/12, niepubl.; wyr. KIO z 2.10.2012 r., KIO 1989/12, Legalis; wyr. KIO z 8.5.2012 r., KIO 829/12, niepubl.; wyr. KIO z 26.3.2012 r., KIO 495/12, Legalis)* Powyższe rozumienie normalnego związku przyczynowo-skutkowego znajduje oparcie także w stanowisku SN, który w uzasadnieniu wyr. z 19.6.2008 r. (V CSK 18/08) wskazał m.in., że następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (...) Jak wskazane zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15.3.2012 r., KIO 445/12, Legalis, „(...) oferta wnoszącego odwołanie – w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z odwołującym”. Podobny pogląd wyrażony został w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2.10.2012 r., KIO 1989/12, Legalis, gdzie podkreślone zostało, iż „(...) należy postulować powiązanie szkody wynikającej ze wskazywanego, w ramach składanego środka ochrony prawnej, naruszenia przepisów z możliwością uzyskania bądź nieuzyskaniem danego zamówienia, do którego wprost referuje przesłanka interesu” (wyr. KIO z 4.12.2015 r., KIO 2533/15, Legalis)[M. Śledziwska (red.), *Proces udzielania zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem*, Wyd. 2, Warszawa 2024].

Odwołujący nieprzypadkowo przeszedł do porządku dziennego nad obowiązkiem wykazania, że niemożność

uzyskania przez niego zamówienia pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanymi w niniejszej sprawie naruszeniami przepisów ustawy pzp, czyli jest normalnym następstwem czynności lub zaniechań Zamawiającego, których dotyczy odwołanie. Otóż o ile nieuzyskanie przez Odwołującego tego zamówienia jest bowiem normalnym następstwem odrzucenia jego oferty (jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania) przez Zamawiającego, o tyle akurat odwołanie nie dotyczy tej czynności, a wręcz pierwszy z zarzutów dotyczy zaniechania odrzucenia oferty jeszcze na innej podstawie prawnej. Również naruszenie przepisów objęte drugim zarzutem nie zmierza do uzyskania zamówienia, a jedynie do uniknięcia konsekwencji niewykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia. W konsekwencji o ile poniesiona przez Odwołującego szkoda w postaci kwoty wadium pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanym naruszeniem przepisu wskazanego przez Zamawiającego jako podstawa prawna zatrzymania wadium, o tyle tak wykazywana szkoda nie ma żadnego związku z wykazywaniem interesu w uzyskaniu zamówienia. Gdyby Odwołujący nie został wykluczony a jego oferta odrzucona, to właśnie z nim zostałaby bowiem zawarta umowa w sprawie tego zamówienia publicznego. Innymi słowy, wyłącznie te czynności Zamawiającego, od których Odwołujący się akurat nie odwołuje, stanowią *conditio sine qua non* nieuzyskania przez niego tego zamówienia. Odwołujący zdaje się zresztą doskonale zdawać sobie sprawę z istnienia powyższych uwarunkowań, gdyż nawet nie usiłuje wykazywać relewantnego dla wykazania legitymacji do wniesienia odwołania związku przyczynowego pomiędzy zaskarżonymi czynnościami Zamawiającego a szkodą wynikającą z nieuzyskania przez Odwołującego tego zamówienia.

Izba zważyła, że w zaistniałych w rozpoznawanej sprawie okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący nie wykazał, a wręcz obiektywnie nie było to możliwe, legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę. Brak legitymacji czynnej do podniesienia tego zarzutu stanowi konieczną a zarazem wystarczającą przesłankę do oddalenia w tym zakresie odwołania

Niezależnie od powyższego zarzut ten jest również niezasadny merytorycznie, gdyż Odwołujący sprostował obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażącej ceny, jak tego wymaga art. 224 ust. 5 ustawy pzp, a w konsekwencji Zamawiający nie mógł naruszyć art. 224 ust. 6 ustawy pzp, gdyż prawidłowo ocenił, że złożone mu przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę.

Izba zważyła ponadto, że ustawa pzp nie przewiduje uprawnienia wykonawcy do uchylenia się od skutków złożenia oferty wykonania świadczenia zgodnie z warunkami zamówienia za określoną cenę czy od skutków niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, art. 219 ust. 2 pzp stanowi, że do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę, więc *a contrario* nie może już uczynić tego po upływie tego terminu.

Tym niemniej ustawa pzp nie zawiera przepisu wprost odnoszącego się do wad oświadczenia woli, a według art. 8 ust. 1 pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Wydaje się zatem, że nie jest wykluczone stosowanie w odniesieniu do oświadczeń woli wykonawcy czy zamawiającego przepisów art. 82-88 kc zawartych w dziale IV Wady oświadczenia woli (art. 82-88).

Biorąc pod uwagę ustalone okoliczności, tj. konsekwentne powoływanie się przez Odwołującego na pozostawanie w błędzie co do istotnych faktów wynikających z dokumentów tego zamówienia, rozważenia wymaga zastosowanie przepisów o błędzie jako wady oświadczenia woli uregulowanej w art. 84 i art. 88 kc.

Hipoteza normy prawnej wynikającej z art. 84 § 1 i 2 kc w odniesieniu do czynności prawnych odpłatnych (a taką jest niewątpliwie oferta wykonania zamówienia za określoną cenę) dopuszcza uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego innej osobie (w tym przypadku zamawiającemu), jeżeli błąd był istotny i zaistniała jedna z dwóch sytuacji. Błąd został wywołany przez adresata oświadczenia woli, chociażby bez jego winy, albo gdy osoba ta wiedziała o błędzie lub mogła z łatwością go zauważyć. Jednocześnie art. 88 § 1 określa, że uchylenie się od skutków oświadczenia woli, które zostało złożone innej osobie pod wpływem błędu, następuje przez oświadczenie złożone tej osobie na piśmie. Z kolei art. 88 § 2 kc zakreśla na skorzystanie z tego uprawnienie roczny termin od wykrycia błędu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że uchylenie się od skutków złożonego oświadczenia woli nie może być dorozumiane czy domniemywane, a Odwołujący w pismach skierowanych do Zamawiającego nie oświadczył wprost, że korzysta z takiego uprawnienia.

Niezależnie od powyższego oczywiste jest, że nie zaszła żadna z dwóch przesłanek uprawniających do uchylenia się od skutków oświadczenia woli. Zamawiającemu nie sposób przypisać bowiem ani wywołania po stronie Odwołującego błędnego wyobrażenia o tym, czego dotyczy wymagane doświadczenie i co jest przedmiotem zamówienia, ani możliwości zauważenia tego, że Odwołujący nie ma wymaganego doświadczenia i wycenił inny przedmiot zamówienia niż wprost wynikający z treści jego oferty, która następnie została dodatkowo potwierdzona w

złożonych wyjaśnieniach co do sposobu skalkulowania ceny tej oferty. O ile zatem w subiektywnej opinii Odwołującego błędy, na których popełnienie się powołuje, są usprawiedliwione, o tyle obiektywnie nie stanowią one wady oświadczenia woli w rozumieniu art. 84 § 1 kc.

W konsekwencji nie ma znaczenia, że błąd, na który mógłby powołać się Odwołujący, biorąc pod uwagę podnoszone przez niego w pismach do Zamawiającego i odwołaniu okoliczności, potencjalnie podpadałby pod zawartą w art. 84 § 2 kc definicję błędu istotnego jako uzasadniającego przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści.

Izba zważyła również, że w zaistniałych w rozpoznawanej sprawie okolicznościach faktycznych i prawnych wątpliwe jest również, czy Odwołujący wykazał legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 ustawy pzp oraz (przez art. 8 ust. 1 pzp) w zw. z art. kc, tj. bezpodstawnego i bezprawnego zatrzymania wadium.

W uzasadnieniu postanowienia z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13 Sąd Najwyższy w następujący sposób odniósł się do kwestii legitymacji do wnoszenia odwołania na czynność zatrzymania wadium, biorąc również pod uwagę przepisy określające, kiedy Izba może uwzględnić odwołanie i co może w związku z tym nakazać zamawiającemu [pisownia oryginalna; podkreślenia własne]:

Sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 k.p.c.). Pogląd o dopuszczalności sądowego dochodzenia roszczenia o zwrot wadium bez konieczności czy potrzeby uprzedniego wykorzystywania przez powoda środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. został wyrażony w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego bądź wprost bądź pośrednio - przez nie kwestionowanie faktu przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie zainicjowanej pozwem o zasądzenie równowartości wadium i merytorycznego rozstrzygnięcia sporu przez sądy powszechne (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl., z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12).

Pogląd ten jest aktualny także pod rządami znowelizowanych przepisów p.z.p. (por. wyrok z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12, niepubl.), które nie dają podstaw do przyjęcia, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, że w przypadku zatrzymania przez zamawiającego wadium na podstawie 46 ust. 4 a p.z.p. uczestnik postępowania ma obowiązek, pod rygorem odrzuceniu pozwu, uprzedniego wykorzystania drogi odwoławczej przed K.I.O.

Art. 179 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W świetle przytoczonych regulacji trudno przyjąć, aby wykluczony uczestnik przetargu, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie chce odzyskać wadium, miał interes w rozumieniu art. 179 ust p.z.p. w złożeniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Interes ten wynika bowiem z obiektywnej potrzeby doprowadzenia przez skarżącego do wydania przez K.I.O. określonego rozstrzygnięcia przewidzianego w art. 192 p.z.p., potrzeby stanowiącej konsekwencję utraty możliwości uzyskania przez skarżącego zamówienia lub możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Interes ten pozostaje w integralnym związku z tokiem postępowania o udzielenie zamówienia, o czym świadczy art. 192 ust. 2 p.z.p. przewidujący, że K.I.O. uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu. Uwzględnić ponadto należy katalog rozstrzygnięć, które K.I.O. może wydać w wyniku odwołania, zawarty w art. 192 ust. 3 p.z.p. stosownie do którego uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać

unieważnienie czynności zamawiającego; albo

2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

a) unieważnić umowę; albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo

3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Przytoczony przepis nie przewiduje możliwości wydania przez K.I.O. rozstrzygnięć odnoszących się bezpośrednio do żądania zasądzenia od zamawiającego na rzecz wykluczonego wykonawcy zatrzymanego wadium, co czyni wątpliwym cel wnoszenia oraz skuteczność odwołań opartych jedynie na argumentie bezpodstawności zatrzymania wadium, a to wobec braku wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponieważ obowiązująca ustawa pzp zawiera analogiczne uregulowania odnośnie legitymacji do wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1), zatrzymania wadium z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który nie uzupełnił na odrębne wezwanie oświadczeń lub dokumentów (art. 98 ust. 6 pkt 1), wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia jako koniecznej przesłanki uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1), definicji zamówienia publicznego (art. 6 pkt 18), wariantów rozstrzygnięć uwzględniających odwołanie (art. 554 ust. 3), powyższe rozważania Sądu Najwyższego nie straciły na aktualności.

Zauważyć należy, że o ile powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy nie odmawia Izbie kognicji w rozstrzyganiu takich zarzutów, o tyle wskazuje, że ze względu na skoncentrowanie się podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej jedynie na interesie materialnym związanym z zatrzymaniem wadium, bez kwestionowania czynności eliminujących go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, właściwa jest droga sądowa bez potrzeby korzystania z drogi odwoławczej. Wiąże się to również z tym, że zaskarżenie samej czynności zatrzymania wadium i postawienie skorelowanego z nim żądania jego zwrotu nie ma wpływu na wynik postępowania, którego wypełnienie stanowi warunek *sine qua non* uwzględnienia odwołania i jednocześnie powoduje brak legitymacji czynnej po stronie wnoszącego odwołanie.

Powyższe oznacza zatem, że zatrzymanie przez podmiot zamawiający wadium kreuje pomiędzy wykonawcą a zamawiającym określony stosunek cywilnoprawny (np. nienależne świadczenie), którego dochodzenie, czy też ustalenie, winno odbywać się na drodze powództwa cywilnego przed sądem powszechnym. Izba w ramach swojej kognicji może ewentualnie unieważnić czynność, która stała się podstawą zatrzymania wadium, o ile jej unieważnienie lub nakazanie wykonania w jej miejsce czynności zastępczej, będzie zmierzało do uzyskania przez odwołującego zamówienia i jednocześnie będzie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe wywody wskazać należy, że przez sposób skonstruowania odwołania, tj. na skutek nieobjęcia zaskarżeniem odrzucenia swojej oferty, Odwołujący utracił prawo do uzyskania rozstrzygnięcia w postaci uwzględnienia wniesionego środka ochrony prawnej. Spowodowane to jest zarówno brakiem legitymacji czynnej po jego stronie, ocenianej na moment wniesienia odwołania, jak również brakiem wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia ewentualnego uwzględnienia zarzutu ujętego w odwołaniu. O ile Odwołujący miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, utracił go na skutek niezaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej skutkiem wyeliminowania z postępowania jego oferty. Inaczej rzecz ujmując, zatrzymanie wadium było wynikiem innych czynności podjętych przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania. Wyeliminowanie tych czynności z obrotu prawnego było nie tylko uprawnieniem, a obowiązkiem Odwołującego, aby uczynić zadość wymaganiom ustawy pzp kreującym uprawnienie do skorzystania z drogi odwoławczej. W sytuacji Odwołującego konieczne było objęcie zaskarżeniem odrzucenia jego oferty, aby mógł wykazać legitymację czynną do wniesienia odwołania.

W orzecznictwie Izby ukształtowała się praktyka, że stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania prowadzi do jego oddalenia, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania na podstawie de lege lata art. 528 pkt 2 ustawy pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Jednocześnie skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Trafność tego stanowiska, uzasadnionego chociażby względami ekonomiki procesowej, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie drugiej instancji na tle analogicznej regulacji zawartej w poprzedniej ustawie pzp z 2004 r.: ...*prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie zo-stał wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wy-lączenie*

już z tego względu [zob. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 5 maja 2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08]. Wydaje się, że nie budzi ono również zastrzeżeń w doktrynie, przynajmniej w aspekcie zbędności merytorycznego.

Niezależnie od powyższego zarzut bezpodstawnego i bezprawnego zatrzymania wadium przez Zamawiającego jest również niezasadny merytorycznie.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy przedmiotem sporu jest zastosowanie następującej normy prawnej wynikającej z powyższego przepisu oraz wskazanych w nim innych przepisów ustawy pzp (art. 128 ust. 1, art. 57 pkt 1): jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (w tym przypadku warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy), nie złożył ich z przyczyn leżących po jego stronie, co spowodowało brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej [hipoteza], zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami [sankcja].

Zatrzymanie wadium z odsetkami w razie nieuczynienia zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń zostało wprowadzone w drodze nowelizacji (Dz.U. z 2009 r. nr 206, poz. 1591, wejście w życie 22 grudnia 2009 r.). Jednak pierwotne brzmienie przepisu było jeszcze bardziej rygorystyczne, gdyż przewidywało zatrzymanie wadium w przypadku nieuczynienia zadość wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia, a wykonawca mógł temu zapobiec wyłącznie wtedy, gdy udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Innymi słowy, zatrzymanie wadium nie było uwarunkowane wpływem na wynik postępowania w uniemożliwienie w ten sposób wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Ponadto wprost zostało wskazane, że ciężar udowodnienia wystąpienia okoliczności ekskulpacyjnej spoczywa na wykonawcy. Natomiast obowiązujące od 19 października 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232) brzmienie art. 46 ust. 4a popzp było już analogiczne do art. 108 ust. 6 pkt 1 pzp. W konsekwencji należy to uwzględniać przy powoływaniu się na dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 46 ust. 4a popzp, który w pełni aktualny jest w odniesieniu do ostatecznego brzmienia tego przepisu.

O ile uzasadnienie odwołania wskazuje na wyroki Sądu Najwyższego (w tym przytoczenie fragmentów uzasadnienia jednego z wyroków), które mają znajdować potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych i w doktrynie, o tyle dotyczą one albo kwestii oczywistych, albo takich, które są również inaczej interpretowane w orzecznictwie i doktrynie, albo są bezprzedmiotowe w ustalonych dla rozpoznawanej sprawy. Przy czym zarówno zacytowane wypowiedzi orzecznictwa, jak i znakomita większość wyroków wskazanych z daty i sygnatury, w tym wszystkie powołane wyroki Sądu Najwyższego, zostały wydane na tle pierwotnego brzmienia art. 46 ust. 4a popzp, co nie zostało uwzględnione w wywodach Odwołującego.

Zatem oczywiste jest, że przepisy przewidujące zatrzymanie wadium mają charakter restrykcyjny i sankcyjny, więc nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a zamawiający nie może tworzyć warunków do późniejszego zatrzymania wadium [por. cytaty z uzasadnień wyroków Sądu Najwyższego z 10 maja 2013 r. ICSK 422/12 i 7 lipca 2011 r. II CSK 675/10 w pkt 3.1.2-3.1.3 uzasadnienia odwołania]. Przy czym w rozpoznawanej sprawie taka okoliczność nie miała miejsca i wydaje się to być bezsporne, skoro Odwołujący potwierdza, że błędnie odczytał treść, zarówno warunku udziału w postępowaniu, jak opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast budzi już wątpliwości jednoczesne wskazywanie przez Odwołującego na potrzebę wykładni celowościowej, tj. uwzględniającej, że celem omawianej regulacji było zapobieżenie znikom wykonawców [por. pkt 3.1.5 uzasadnienia odwołania]. Takiej przesłanki art. 108 ust. 6 pkt 1 pzp (art. 46 ust. 4a popzp) nie zawiera, a przepis ten jest jednoznaczny, co czyni zbędnym odwoływanie się do innych metod wykładni niż literalna. O ile nie budzi wątpliwości, że taki był cel wprowadzenia przepisu o zatrzymaniu wadium w sytuacji zarówno nieuczynienia zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, jak i braku wyrażenia zgody na poprawienie tzw. innej omyłki (również objętej art. 46 ust. 4a popzp i art. 98 ust. 6 pkt 1 pzp), o tyle uzasadnienie projektowanych przepisów nie stanowi wykładni autentycznej ustawodawcy [por. pkt 3.1.6 uzasadnienia odwołania], z oczywistych względów (dotyczy przyszłej regulacji i prezentuje uzasadnienie wnioskodawcy postulującego jej wprowadzenie).

Zdaniem Izby znacznie bardziej adekwatne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, nie tylko z racji uwzględnienia w nich porównawczo również analogicznego do aktualnego stanu prawnego (aczkolwiek oba orzeczenia dotyczą przede wszystkim art. 46 ust. 4a popzp w pierwotnym brzmieniu), są uchwała Sądu Najwyższego i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w których uzasadnieniach wywiedziono, jak to poniżej zostało zacytowane [pisownia

oryginalna; podkreślenia własne].

Uchwała Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2017 r. sygn. akt III CZP 27/17:

(...)Tradycyjne funkcje wadium (zabezpieczające, kompensacyjne) zostały w prawie zamówień publicznych rozszerzone (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 listopada 2008 r., SK 62/06, OTK-A 2008, nr 9, poz. 155 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.). Ma ono zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dyscyplinować oferentów, zapewniać ich lojalne współdziałanie z zamawiającym i przeciwdziałać wypaczeniu wyniku procedury zamówieniowej (funkcja sankcyjna i dyscyplinująca). Przyjęcie, że art. 46 ust. 4a sankcjonuje tylko całkowitą bierność wykonawcy nie zapewni realizacji celów zamierzonych przez ustawodawcę.

Nie przekonuje pogląd, że wykonawcy będą narażeni na niebezpieczeństwo subiektywnej oceny przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie do zatrzymania wadium zaistnieje tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia), są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca został zasadnie o nie wezwany i obiektywnie nie potwierdzają zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego. Nie ma podstaw do przyjęcia, by sankcja utraty wadium mogła zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który – działając w dobrej wierze – doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu (por. uzasadnienie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2010 r., P 47/11, OTK - A 2012, nr 5, poz. 57). Wprawdzie decyzję o zatrzymaniu wadium podejmuje jednostronnie zamawiający, ale następnie podlega ona weryfikacji przez sąd.

Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach tego postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu.

Jednak wykonawca działający w dobrej wierze może podjąć skuteczną obronę przed zatrzymaniem wadium, wykazując że nie złożenie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie. Do okoliczności ekskulpujących wykonawcę będą należały okoliczności obciążające zamawiającego np. określenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania. Za okoliczność egzoneracyjną można również uznać sytuację, w której treść złożonych dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze. Większość zagrożeń związanych ze stosowaniem art. 46 ust. 4a p.z.p. można wyeliminować, nie przez wąskie rozumienie wymienionej w nim przesłanki braku złożenia oświadczeń i dokumentów, lecz staranną i szczegółową ocenę czy wadliwa odpowiedź nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ponadto nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., uzasadnia zatrzymanie wadium, ponieważ ocenie w kontekście zawinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania i wpływu tego uchybienia na przebieg postępowania przetargowego.

(...)

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 stycznia 2019 r. sygn. akt VI ACa 923/17:

(...)

Stosując właściwy przepis sąd okręgowy – jak się zdaje – antycypował nowe rozwiązanie legislacyjne, uzależniając zastosowanie imperatywnej regulacji ustawowej od warunku, którego ustawodawca nie przewidział. Warunek ten sąd wyprowadził z uzasadnienia projektu ustawy. Dopuszczalność takiego zabiegu jest wątpliwa, bo wola ustawodawcy winna wynikać z tekstu ustawy. To tekst ustawy jest nośnikiem intencji ustawodawcy (art. 87 Konstytucji RP; por. T. Stawecki, P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 1999, s. 123 i nast.). Tym niemniej, orzecznictwo dosyć często sięga do uzasadnienia projektu ustawy w celu rozwikłania wątpliwości, na jakie napotka się w procesie wykładni przepisu. Czyni się tak wówczas, gdy zawodzą inne metody wykładni, w szczególności zaś wykładnia językowa i systemowa. Wówczas poszukuje się sensu rozwiązania legislacyjnego (aksjologii przepisu) w uzasadnieniu projektu ustawy. W tym przypadku potrzeba taka nie istnieje, bo przepis jest jasny: zamawiający ma prawo (dosłownie „zatrzymuje”) zatrzymać wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Nie powinno być wątpliwości co do tego, że celem tego przepisu jest zapobieganie zmomom cenowym, ale udział w takiej zmowie nie jest elementem hipotezy tego przepisu. W art. 46 ust. 4a p.z.p. ustawodawca nie sankcjonował udziału w

zmowie cenowej, ale stworzenie warunków jej istnienia. Dzieje się tak nie bez powodu. Chodzi przecież o tajne działania uczestników przetargu, zachowania penalizowane (vide: art. 305 k.k.), których ujawnienie może przysparzać poważnych trudności. Dlatego właśnie przedmiotem oceny są czyny (działania), które sprzyjają powstaniu zмовы cenowej i to bez względu na to, czy faktycznie mogły mieć wpływ na wynik konkursu (w tym duchu w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17). Aktualnie rozwiązanie to zostało „zmiękczone” przez ustawodawcę, bo odpowiedzialność uczestnika konkursu uzależnia się od braku możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zmiana ta jest jednak pośrednio dowodem na to, że wcześniej zbliżony warunek nie był elementem hipotezy normy prawnej zakodowanej w treści art. 46 ust. 4a p.z.p.: w przeciwnym razie nowelizacja byłaby zbyteczna.

Patrząc na sprawę z tej perspektywy uznać należy, że pozwany miał prawo zatrzymać uzyskane od powódki wadium. Jednocześnie ocenić trzeba, że działanie Skarbu Państwa – (...) nie może uchodzić za nadużycie prawa podmiotowego z przyczyn, na które powołał się sąd okręgowy. Ustawodawca liczy się z tym, że zamawiający – zatrzymując wadium – uzyska korzyść majątkową kosztem wykonawcy i będzie mógł zatrzymać wadium nawet wtedy, gdy nie poniósł żadnej szkody. Nie można zatem stosować art. 5 k.c. wyłącznie w oparciu o te podstawy, bo byłoby to jednoznaczne z uznaniem, że to przepis ustawy jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie sąd apelacyjny nie dostrzegł żadnych innych momentów, które pozwoliłyby na negatywną ocenę zachowania pozwanego i na uznanie, że nie powinno ono korzystać z ochrony, pomijając już fakt, że do przypadku wadium doszło z mocy samego prawa. Na żadną z takich okoliczności powodowa spółka się zresztą nie powołuje. Co więcej, cała sytuacja jest wynikiem wyjątkowej niefrasobliwości powódki. Przypomnieć trzeba, że powódka nie tylko nie zareagowała na wezwanie do usunięcia braków oferty, ale nie uzupełniła ich nawet po terminie – nie dając dowodu tego, że w ogóle spełniała warunki udziału w przetargu. W żadnym stopniu wina co do tego, że wezwanie pozwanego nie zostało zrealizowane, nie może obciążać strony bierniej. To powódka nie zadbała o to, by wskazać pozwanemu skuteczne kanały komunikacyjne.

(...)

Na marginesie jedynie warto zauważyć, że ocena sądu pierwszej instancji co do ryzyka naruszenia interesów organizatora przetargu nosi znamiona dowolności. Zgodzić się trzeba z apelującym, że wyeliminowanie z przetargu jego zwycięzcy mogłoby doprowadzić do skutku, przed którym chroni art. 46 ust. 4a p.z.p. Tym bardziej, że – jak już nadmieniono – powódka nawet nie próbowała wykazać, że spełniała warunki udziału w przetargu. Nie podjęła żadnych czynności – ani w toku postępowania przetargowego, ani przed sądem, by wykazać, że przystąpiła do przetargu w dobrej wierze. Całkowita bierność uczestnika przetargu jest kwalifikowana jako podstawa przypadku wadium nawet w tych judykatach, w których zajęto stanowisko zbliżone do stanowiska sądu okręgowego (zob. uzasadnienia wyroków: Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 roku, II CSK 448/12 i Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2014 r., I ACa 1356/13).

Podsumowując, w ustalonych okolicznościach faktycznych i prawnych Zamawiający prawidłowo zatrzymał wadium Odwołującego na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp, a w konsekwencji nie naruszył żadnej z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia określonych w ustawie pzp.

Wskazanie na wstępie odwołania jako również naruszonego również art. 17 ust. 1 ustawy pzp nie zostało nigdzie rozwinięte, a ponadto trudno wyobrazić sobie, na czym miałyby polegać w sytuacji braku zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wreszcie oczywiście niezasadne jest wskazywanie na naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego [pkt 4.4 uzasadnienia odwołania], gdyż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznaczałoby, że przepis art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp sam w sobie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Zatem nie można stawiać Zamawiającemu zarzutu, że dokonując czynności nakazanej tym przepisem, uczynił ze swego prawa użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Odwołanie nie zawiera zresztą konkretyzacji ani sprzeczności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem zatrzymania wadium przez Zamawiającego, ani naruszonych przez niego zasad współżycia społecznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), 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.