

WYROK

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

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **3 sierpnia 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 czerwca 2026 r.**

przez wykonawcę: **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa elementów systemu monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z ich konfiguracją i uruchomieniem*: (2814.1.2026.AC)

prowadzonego przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **KenBIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj.:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście 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

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie{dalej: „CZCSZ” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2026 r. poz. 793) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp” itp.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa elementów systemu monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z ich konfiguracją i uruchomieniem*: (2814.1.2026.AC).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 marca 2026 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 56 pod poz. 195045.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

18 czerwca 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania, tj. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KenBIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie{dalej: „Kenbit” lub „Przystępujący”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Integrated Solutions”, „IS” lub „Odwołujący”}.

29 czerwca 2026 r. Integrated Solutions wniósł odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i art. 16 pkt 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty KenBITu na skutek niezasadnego odrzucenia oferty IS [zarzut wynikowy].
2. Art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 462 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty na skutek niewłaściwej wykładni tego przepisu, oparcia się na hipotezach i wątpliwościach, jak również wadliwej interpretacji postanowień SWZ [zarzut główny].
- 3.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie ponownego wezwania IS do doprecyzowania zakresu zamówienia realizowanego osobiście przez niego oraz części, które zostaną zlecone podwykonawcy [zarzut alternatywny].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Unieważnienia odrzucenia oferty IS.
- 3.Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 4.Wezwania IS do złożenia udokumentowanych wyjaśnień, jakie elementy świadczenia będzie realizował osobiście oraz

za pomocą podwykonawcy.

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. Przede wszystkim w niezbędnym zakresie odniesiono się do nieuzasadnionych wniosków faktycznych i prawnych, które wyprowadzone zostały przez Odwołującego.

W datowanych na odpowiednio 13 i 3 lipca 2026 r. odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnieśli o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, które również uwzględniono i zrelacjonowano, jeżeli miały znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W zawiadomieniu z 18 czerwca 2026 r. Zamawiający następująco uzasadnił odrzucenie oferty Integrated Solutions na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp [pisownia oryginalna; podział na akapity i podkreślenia własne]:

W związku z wątpliwościami dotyczącymi oferty Wykonawcy w zakresie części zamówienia powierzonej Podwykonawcy Zamawiający w dniu 03.06.2026 r. wystąpił o wyjaśnienia treści oferty dotyczące zakresu rzeczowego prac powierzonego Podwykonawcy. Powyższe stanowiło konsekwencję określenia zarówno w Formularzu ofertowym, iż Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcy MAW TELECOM INTERNATIONAL S.A. dostawę sprzętu, oprogramowania, konfigurację, uruchomienie elementów systemu oraz szkolenie, co w istocie stanowi przedmiot zamówienia oraz określenia w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, iż „znaczna część” zamówienia będzie realizowana przez Podwykonawcę. W wyjaśnieniach treści oferty z dnia 08.06.2026 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego Wykonawca podtrzymał wcześniej zadeklarowany podział prac wskazując, iż powierza Podwykonawcy realizację wyodrębnionych technicznych elementów zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu koordynacji prac, integracji i odpowiedzialności za odbiory oraz nadzór techniczny i obsługę logistyczną i prawną.

Jednocześnie zaznaczenia wymaga, iż nie doszło do modyfikacji treści oferty, Wykonawca podtrzymał wskazany w ofercie podział prac nie określając procentowego czy ilościowego podziału prac, co mogłoby stanowić nieuprawnioną zmianę oferty lub prowadzenie negocjacji z Wykonawcą.

Podwykonawca MAW TELECOM INTERNATIONAL S.A. w podziale przedstawionym przez Wykonawcę INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o. realizuje dostawę sprzętu i oprogramowania, konfigurację, integrację, uruchomienie oraz szkolenie. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, którym jest dostawa elementów systemu monitorowania stanu środowiska elektromagnetycznego wraz z ich konfiguracją i uruchomieniem (moduł przewoźny, stacjonarny, urządzenie doreczne, oprogramowanie, szkolenie) uznać należy, iż właściwą stricte merytoryczną część przedmiotu zamówienia realizuje Podwykonawca, a Wykonawca skupia się na czynnościach dotyczących zarządzania realizacją zamówienia, koordynacji oraz obsługi logistycznej i prawnej. Wykonawca określa, iż w jego zakresie pozostaje nadzór techniczny nad realizacją zamówienia, nie precyzuje jednak w wyjaśnieniach treści oferty, na czym właściwie ów nadzór techniczny będzie polegał, skoro de facto „Wykonawcą technicznym i merytorycznym” zamówienia będzie Podwykonawca.

W związku z powyższym zachodzi wątpliwość, czy Wykonawca zachowuje rzeczywisty udział w realizacji zamówienia i czy nie doszło do naruszenia art. 462 ustawy Pzp stanowiącego, iż Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcy. Jednocześnie orzecznictwo KIO wskazuje, iż rozpatrując udział Podwykonawcy w realizacji zamówienia nie należy skupiać się wyłącznie na podziale stricte procentowym, ale istotne jest ustalenie, jakie konkretnie czynności wykonuje Wykonawca, a jakie Podwykonawca i czy czynności realizowane przez Wykonawcę stanowią rzeczywistą realizację zamówienia, czy są jedynie czynnościami sztucznie wykreowanymi, a zamówienie praktycznie realizowane jest przez Podwykonawcę. Jeżeli Podwykonawca realizuje wszystkie zasadnicze czynności stanowiące przedmiot zamówienia pozostawiając sobie nadzór i koordynację, dochodzi do naruszenia przepisów ustawy, zgodnie z którymi Zamawiający powierza realizację zamówienia Wykonawcy wybranemu w postępowaniu, który to może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia Podwykonawcy. Odnosi się do tego także definicja umowy o podwykonawstwo, która stanowi iż jest to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym zawarta między Wykonawcą a Podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą lub między dalszymi Podwykonawcami, na mocy której odpowiednio Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 07.12.2020 r. KIO 2971/20: „Izba wskazuje, iż podnoszone przez Wykonawcę (...) czynności jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac Podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od Podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń, nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu niniejszego zamówienia (...). Powyższe czynności mają charakter poboczny względem

zasadniczego przedmiotu zamówienia". Podobnie w wyroku z dnia 18.05.2018 r. KIO 862/18 Izba stwierdziła, iż „jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego tylko koordynuje realizację zamówienia publicznego, to należałoby uznać, że przekroczył dopuszczalną w świetle ustawy Pzp możliwość powierzenia Podwykonawcom zlecenia „części zamówienia”.

Izba w wyroku z dnia 14.03.2023 r. KIO 539/23 podkreśliła, „iż literalna wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że Podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że Wykonawca może powierzyć Podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27) ustawy Pzp definicją umowy o Podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez Podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie Podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego Podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany Wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych”.

Stanowiska Izby w tym zakresie potwierdzone zostały wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r. XXIII Zs 11/21, który stwierdził, iż „słusznie Izba zauważyła, iż czynności organizacyjno-koordynacyjne nie stanowią wykonywania zamówienia w kontekście istotnych dla sprawy przepisów ustawy. W tym kontekście nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych, takich jak powoływane przez A. i zakwalifikowane przez Izbę jako czynności „organizacyjno-koordynacyjne”. Nie stanowią one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym. Potwierdza to zasadność ustaleń Izby, iż zamówienie w całości realizowane będzie przez Podwykonawców, a nie przez wybraną w postępowaniu spółkę (...).”

W związku z powyższym omijanie oceny podziału zakresu prac do realizacji przez Wykonawcę i Podwykonawcę w kontekście jakościowym, który przekłada się na ustalenie faktycznego Wykonawcy zamówienia byłoby nieuprawnione i prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy. Oferta Wykonawcy zakłada niedopuszczalne powierzenie wykonania całego zamówienia Podwykonawcy, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (niezgodność z ustawą), a Zamawiający po stwierdzeniu, iż w ofercie określono wszystkie elementy zamówienia do realizacji Podwykonawcy – zobowiązany jest to badać zgodnie z przepisami ustawy. Zaznaczenia jednocześnie wymaga, iż Wykonawca INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o. powoływał się na własne doświadczenie (nie podmiotu trzeciego) sam wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a Podwykonawca miał jedynie realizować „znaczną część” prac.

Podkreślić należy, że w ramach przytoczonego uzasadnienia Zamawiający nie tylko wyczerpująco opisał przebieg badania oferty IS, ale przede wszystkim adekwatnie podał kluczowe okoliczności faktyczne i prawne, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu tej oferty. W szczególności z całokształtu treści uzasadnienia wynika, że podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ustawy pzp, wobec stwierdzenia naruszenia tego ostatniego przepisu. Zatem nie ma większego znaczenia niefortunne użycie w jednym miejscu frazy, która literalnie wskazuje jedynie na powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do rzeczywistego udziału IS w realizacji zamówienia, które implikowałoby naruszenie art. 462 ustawy pzp.

Ponieważ alternatywny zarzut i żądanie zasadzają się na przechodzeniu do porządku dziennego nad faktem, że kwestia zakresu udziału jedynego podwykonawcy, tj. MAW Telecom International S.A. {dalej również: „MAW Telecom”}, w realizacji tego zamówienia, była przedmiotem jednoznacznego wezwania Zamawiającego i wyjaśnień udzielonych przez IS, celowe jest przytoczenie *in extenso* tych ostatnich [pisownia oryginalna, pominięto wytluszczenia]:

I. Ogólny model realizacji zamówienia

1. Wykonawca realizuje zamówienie przy udziale Podwykonawcy wskazanego w Formularzu ofertowym, tj. MAW Telecom International S.A.

2. Przyjęty model realizacji obejmuje:

- powierzenie Podwykonawcy realizacji wyodrębnionych, technicznych elementów zamówienia,
- zachowanie przez Wykonawcę pełnej odpowiedzialności kontraktowej za wykonanie całości zamówienia,
- zapewnienie przez Wykonawcę nadzoru, koordynacji oraz integracji wszystkich prac.

3. Powyższy model jest zgodny z:

- treścią oferty,
- wcześniejszymi wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji ceny,
- powszechną praktyką rynkową w realizacji złożonych zamówień technologicznych.

II. Szczegółowy zakres rzeczowy prac Podwykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca szczegółowo określa zakres prac powierzonych Podwykonawcy – zarówno dla zamówienia podstawowego, jak i objętego prawem opcji.

1. Zamówienie podstawowe (gwarantowane)

Podwykonawcy zostaną powierzone następujące elementy przedmiotu zamówienia:

1) Dostawa:

- dostawa urządzeń pomiarowych stanowiących elementy systemu monitorowania środowiska elektromagnetycznego,
- dostawa infrastruktury sprzętowej niezbędnej do funkcjonowania systemu,
- dostawa oprogramowania systemowego i aplikacyjnego.

2) Konfiguracja:

- konfiguracja wszystkich dostarczonych komponentów sprzętowych i programowych,
- przygotowanie środowiska do pracy zgodnie z wymaganiami OPZ.

3) Integracja i uruchomienie:

- integracja elementów systemu w docelowym środowisku Zamawiającego,
- uruchomienie systemu,
- przeprowadzenie testów funkcjonalnych i odbiorczych.

4) Szkolenia:

- przygotowanie i realizacja szkoleń dla użytkowników końcowych,

Zakres powyższy odpowiada wskazanemu wcześniej podziałowi zadań (dostawa, konfiguracja, uruchomienie, szkolenie) i stanowi jego rozwinięcie przedmiotowe.

2. Zamówienie objęte prawem opcji

W zakresie części opcjonalnej Podwykonawcy zostaną powierzone następujące elementy: 1) Dostawa:

- dostawa doręcznego urządzenia pomiarowego („finishing tool”) zgodnie z OPZ.

III. Zakres prac Wykonawcy

Dla pełnej jednoznaczności Wykonawca wskazuje, że poza zakresem Podwykonawcy pozostają w szczególności:

- zarządzanie projektem,
 - koordynacja prac wszystkich uczestników projektu,
 - integracja na poziomie zarządczym i organizacyjnym,
 - odpowiedzialność za odbiory końcowe,
- nadzór techniczny nad realizacją,
- obsługa logistyczna
- obsługa prawna.

Zakres ten jest zgodny z wcześniej przedstawionym podziałem ról w projekcie.

IV. Zapewnienie zgodności z ofertą i SWZ

Wykonawca jednoznacznie wskazuje, że:

1) Przedstawiony podział prac:

- jest spójny z treścią oferty,
- nie prowadzi do jej modyfikacji,
- stanowi jedynie doprecyzowanie zakresu rzeczowego.

2) Zakres powierzony Podwykonawcy:

- obejmuje elementy odpowiadające jego kompetencjom technicznym,
- został w pełni uwzględniony w kalkulacji ceny oferty,
- nie wpływa negatywnie na zdolność wykonania zamówienia.

3) Za realizację zamówienia:

- w pełnym zakresie odpowiada Wykonawca,
- zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SWZ.

Z powyższego opisu jednoznacznie wynika, że przedmiot świadczenia objęty ofertą (odpowiadający zakresowi przedmiotu zamówienia) miałby w całości zostać wykonany przez podwykonawcę. Dostawa komponentów sprzętowych i oprogramowania, ich integracja, konfiguracja i uruchomienia jako systemu, jego testy oraz przygotowanie i przeprowadzenie testów wyczerpuje bowiem zakres przedmiotu zamówienia określony w pkt II załącznika nr 6 do SWZ i § 1 ust. 1-3 załącznika nr 7 do SWZ.

Natomiast czynności wskazane jako leżące po stronie IS mają charakter uboczny i nie dotyczą *stricto* świadczeń na rzecz Zamawiającego, a ubocznych czynności wewnątrz IS, które nie są przedmiotem zobowiązania wykonawcy umowy w sprawie tego zamówienia. Innymi słowy, wykreowane na potrzeby obsługi realizacji umowy wewnątrz przedsiębiorcy czynności o charakterze organizacyjno-koordynacyjnym są irrelewantne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i Zamawiającego jako strony umowy.

Nie ma znaczenia zmiana i rozszerzanie w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie zakresu czynności, które miałyby być wykonywane przez IS, gdyż nie mogło to być przedmiotem oceny przez Zamawiającego złożonych

wyjaśnień [pisownia oryginalna]:

(...)

5.2.31. Wykonawca w treści wyjaśnień z dnia 08.06.2026 r. stwierdził jednoznacznie, że w jego zakresie prac pozostają: zarządzanie projektem, integracja na poziomie zarządczym i organizacyjnym, odpowiedzialność za odbiory końcowe, nadzór techniczny w tym obsługa gwarancyjna, obsługa logistyczna i prawna. Dodatkowo Wykonawca zachowuje pełną odpowiedzialność kontraktową za wykonanie całości zamówienia. Należy podkreślić, że są to czynności o charakterze technicznym, merytorycznym, organizacyjnym oraz decyzyjnym – a nie pobocznym. W tego typu projektach są to kluczowe elementy realizacji, determinujące powodzenie wdrożenia, co powoduje, że realizacja projektu bez tych czynności byłaby niemożliwa.

5.2.32. Poszerzając powyższą argumentację należy wskazać, że Wykonawca fizycznie i prawnie realizuje dostawę: przyjmuje towar do magazynu, przeprowadza kontrolę jakości, sporządza dokumentację wymaganą przez SWZ, organizuje transport środkami własnymi do Zamawiającego i uczestniczy w odbiorach. To są realne, mierzalne elementy wykonania zamówienia, a nie jedynie „czynności poboczne”.

5.2.33. Ryzyko kontraktowe i logistyczne pozostaje po stronie Odwołującego (magazyn, transport, odbiory, odpowiedzialność za zgodność), co dowodzi, że wykonawca nie ogranicza się do roli „pośrednika”. Należy zwrócić uwagę, że podwykonawca nie ma kontaktu z Zamawiającym ani nie realizuje bezpośrednio dostaw – wszystko odbywa się przez Wykonawcę.

(...)

Co więcej, nowy opis w przeważającej mierze ponownie sprowadza się do sztucznego wykreowania czynności leżących po stronie Odwołującego i twierdzenia, że są one istotne. Tymczasem logistyka, koordynacja czy obecność przy odbiorze mogłyby zostać wykonane przez jakikolwiek podmiot, na czele z przedsiębiorcą specjalizującym się w logistyce. Czynności kontrolne także nie mają żadnego waloru merytorycznego dla Zamawiającego, a co najwyżej mogą potwierdzać wykonanie obsługi logistycznej. Pozostałe czynności również wchodzi w zakres deklarowanego przez Odwołującego procesu organizacji wykonania zamówienia przez podwykonawcę. Z kolei ani ryzyko kontraktowe (które z mocy prawa, tj. art. 462 ust. 8 ustawy pzp, obciąża wykonawcę), ani logistyczne (które wchodzi w zakres odpowiedzialności wykonawcy za należyte wykonanie zamówienia, o której mowa w art. 462 ust. 8 pzp), ani organizacyjno-zarządcze (cokolwiek miałyby to oznaczać) nie zmienia faktu powierzenia podwykonawcy wykonania całości zamówienia, tj. objętych przedmiotem zamówienia, do których spełnienia na rzecz Zamawiającego zobowiązuje umowa w sprawie tego zamówienia.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania także okoliczność, że organizacja szkolenia zostanie przeprowadzona przez producenta w centrum szkoleniowym, jak to zostało przewidziane w załączniku nr 1A do oferty IS. Stąd według Odwołującego rola podwykonawcy ogranicza się do sprzedaży samego szkolenia jako produktu, a prace organizacyjne sprowadzają się do poinformowania producenta o tym fakcie i rezerwacji terminu szkolenia. Aktualne stanowisko Odwołującego jest oczywiście sprzeczne z treścią jego oferty i wyjaśnień jej treści, gdzie wykonanie części zamówienia m.in. w zakresie szkolenia użytkowników końcowych zostało powierzone wskazanemu tam podwykonawcy MAW Telecom, który nie jest producentem komponentów oferowanego systemu. Niezależnie od powyższego nie ma znaczenia, czy i w jakim zakresie przedstawiciele producenta zostaną zaangażowani do przeprowadzenia szkoleń przez podwykonawcę, który według treści oferty i wyjaśnień odpowiada za ich przygotowanie oraz realizację na rzecz użytkowników końcowych.

Odwołujący wskazuje ponadto w uzasadnieniu odwołania, że w jego gestii, jako mieszczące się w ramach nadzoru technicznego i zarządzania projektem, leży kompleksowa obsługa gwarancyjna urządzeń i oprogramowania, a w celu terminowej realizacji zobowiązań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia dysponuje w dziale serwisu co najmniej dwiema osobami oraz utrzymuje zapas części zamiennych. Wyjątkiem ma być jedynie obsługa serwisu gwarancyjnego specjalistycznych urządzeń pomiarowych „finishing tool”, których fizyczna naprawa realizowana jest przez wyspecjalizowanego podwykonawcę.

Tymczasem w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu nigdzie nie zostało wskazane, że w ramach nadzoru technicznego IS będzie pełnił obsługę serwisową i gwarancyjną w jakimkolwiek zakresie. Wręcz przeciwnie, wszystkie czynności związane bezpośrednio z wykonaniem przedmiotu zamówienia miały być realizowane przez podwykonawcę, a gwarancyjną obsługę serwisową należy uznać za immanentnie związaną z dostarczonymi urządzeniami. Ponadto z wyjaśnień dotyczących ceny i załączonej do nich oferty wynika, że serwis gwarancyjny, w tym „buffer stock” części zamówienia, miała być zapewniona przez MAW Telecom. Co prawda wyjaśnienia te dotyczyły opcjonalnego zakresu zamówienia, jednak w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty IS dla obu zakresów wskazał, że dostawa urządzeń zostanie powierzona podwykonawcy. Innymi słowy, nie różnicował zakresu udziału MAW Telecom w odniesieniu do zamówienia podstawowego i opcjonalnego, co jest logiczne, gdyż urządzenie pomiarowe „finishing tool” występuje w obu.

Równocześnie należy dodać, że samo utrzymywanie dwóch etatów serwisowych i magazynu części zamiennych (na co Odwołujący wskazuje dopiero w odwołaniu) zalicza się do działań logistyczno-administracyjnych, które nie dowodzą kompetencji technicznej IS do serwisowania specjalistycznego sprzętu, a co najwyżej potwierdzają zdolność organizacyjną do przyjmowania zgłoszeń reklamacyjnych i przekazywania ich dalej. Innymi słowy, tego typu działania mają charakter uboczny i dodatkowy w stosunku do świadczeń objętych bezpośrednio zakresem tego zamówienia.

Obecne twierdzenia Odwołującego nie mają więc nic wspólnego ze złożonymi przez niego uprzednio Zamawiającemu wyjaśnieniami. IS posłużył się w nich ogólnym określeniem „nadzór techniczny nad realizacją”, z czego obecnie Odwołujący bezpodstawnie stara się wywieść dodatkową treść. Nie jest prawdą stwierdzenie Odwołującego jakoby w wyjaśnieniach treści oferty wskazał, że pojęcie to obejmuje gwarancyjną obsługę serwisową. Użycie tego enigmatycznego pojęcia było jedynie próbą wykazania zaangażowania technicznego IS na minimalnym poziomie i to na etapie poprzedzającym czynności odbiorowe. Świadczy o tym również fakt przypisania sobie przez IS w wyjaśnieniach dotyczących ceny nadzoru technicznego nad realizacją zamówienia, zresztą w wymiarze jednego dnia roboczego. Zatem nadzór techniczny w ramach czynności zarządczo-koordynacyjnych nie dotyczy gwarancyjnej obsługi serwisowej.

Skoro ta sama oferta podwykonawcy obejmuje serwis gwarancyjny dla całości przedmiotu zamówienia, bez odrębnej wyceny dla poszczególnych jego elementów, brak podstaw, aby różnicować zakres czynności wykonywanych przez MAW Telecom zależnie od rodzaju urządzenia. Zwłaszcza że wszystkie z nich są tak samo specjalistyczne. Takie zróżnicowanie nie wynika z treści obu wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Natomiast odmienne twierdzenia Odwołującego wynikają z faktu, że zamówienie opcjonalne na urządzenie „finishing tool” było przedmiotem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie serwis gwarancyjny został wprost przypisany podwykonawcy. Tym samym Odwołujący nie mógłby obecnie wiarygodnie twierdzić, że zakres ten ma być wykonywany osobiście przez niego.

Z kolei list autoryzacyjny producenta LS Telecom (załącznik 5e do odwołania), wbrew odmiennemu twierdzeniu Odwołującego, potwierdza jedynie ogólną możliwość przeniesienia przez MAW Telecom zobowiązań serwisowych na inny podmiot, lecz nie wskazuje w tym kontekście wprost na IS. Tym bardziej nie jest to umowa, w której MAW Telecom (a tym bardziej producent) zobowiązuje się do czegokolwiek względem IS, a jedynie oświadczenie producenta kierowane do MAW Telecom, potwierdzające jego status dystrybutora. Dokument ten nie potwierdza zatem, jakoby Odwołujący miał faktycznie prawo, zasoby czy autoryzację serwisową do napraw sprzętu LS Telecom / NARDA. Ponadto dokument ten nie był udostępniony na etapie wyjaśnień oferty, więc nie ma on wartości dowodowej z punktu widzenia oceny czynności Zamawiającego.

Obecne stanowisko Odwołującego jest sprzeczne z treścią jego oferty i wyjaśnień odnośnie do zakresu podwykonawstwa. Skoro jednoznacznie wynika z nich, że IS nie wykonuje konfiguracji, uruchomienia ani szkolenia (to wszystko jest w zakresie podwykonawcy), więc niepodobniestwem jest, aby mógł realizować usuwanie usterek i wad specjalistycznego sprzętu pomiarowego i oprogramowania (LS OBSERVER CMS, systemy EM monitoring). Napraw gwarancyjna sprzętu tej klasy (analityzatory widma, systemy geolokalizacji emisji) wymaga wiedzy o konfiguracji, kalibracji i integracji systemu, a więc dokładnie tych kompetencji, które zostały przypisane MAW Telecom.

Z tych samych względów (tj. zarówno formalnych, jak i merytorycznych), co wskazane w kontekście uzasadnienia odwołania z treścią wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, nic nie wnoszą do sprawy opracowane i złożone przez Odwołującego: „Tabela porównawcza zakresu czynności IS vs. MAW Telecom” i „Rozszerzony zakres czynności po stronie IS”. W szczególności już tytuł drugiego z tych opracowań wskazuje, że jego treść wykracza ponad nie tylko wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu, ale i uzasadnienie odwołania. Z kolei pierwsze opracowanie sprowadza się do tabelarycznego ujęcia okoliczności podniesionych w uzasadnieniu odwołania, w tym wykraczających ponad złożone wyjaśnienia lub sprzeczne z ich treścią.

Reasumując, twierdzenia Odwołującego w postępowaniu odwoławczym nakierowane są wyłącznie na sztuczne przypisanie sobie wykonywania merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, pomimo że analiza pozostałego materiału dowodowego, na czele z ofertą i wyjaśnieniami dotyczącymi zakresu podwykonawstwa i ceny oferty, temu przeczą.

Niezależnie od powyższego osłabia wiarygodność stanowiska Odwołującego jednoczesne powoływanie się w uzasadnieniu odwołania na zaistnienie przeciwstawnych sytuacji, tj. zarówno twierdzenie o powierzeniu podwykonawcy jedynie części zamówienia, jak i powoływanie się na dopuszczalność powierzenia całości zamówienia podwykonawcy. Prowadzi to bowiem do wniosku, że Odwołujący wcale nie jest pewny, że wskazany przez niego w ofercie i wyjaśnieniach zakres podwykonawstwa nie może być poczytany za obejmujący całość zamówienia.

Odwołujący, na którym na mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp spoczywał ciężar wykazania swoich twierdzeń, w oczywisty sposób temu nie sprostał. W szczególności podlegały oddaleniu na rozprawie wnioski o przeprowadzenie dowodów z referencji wystawionych przez innych zamawiających (załączniki 5a-5d do odwołania), gdyż fakt realizacji przez MAW Telecom *...szeregu zadań na rzecz jednostek Resortu Obrony...* (jak to zostało określone w pkt 5.2.20.

uzasadnienia odwołania) nie był sporny. Co więcej, nie sposób nie zauważyć, że fakt występowania przez MAW Telecom jako wykonawcę podobnych zamówień niczego korzystnego dla Odwołującego nie dowodzi.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przy czym art. 462 ust. 2 pzp uprawnia zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców.

W aktualnym orzecznictwie art. 462 ust. 1 pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych co do tego, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z treści art. 462 ust. 1 ustawy jednoznacznie bowiem wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie części zamówienia. Jest to spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy pzp definicją umowy o podwykonawstwo, której istotą jest zobowiązanie się przez podwykonawcę względem wykonawcy do wykonania właśnie części zamówienia. Podkreśla się przy tym, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy pzp), a nie podwykonawcy. W konsekwencji dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy *de facto* prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Złożenie oferty przez wykonawcę miałoby bowiem charakter pozorny, gdyż faktycznym wykonawcą byłby inny podmiot, którego zdolność do wykonania zamówienia i oferta były badane i oceniane przez zamawiającego. W tym kontekście znaczenie mają nie tylko wskazane w uzasadnieniu odrzucenia uwarunkowania związane ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, ale również dotyczące braku zaistnienia podstaw wykluczenia, które co do zasady nie są badane w odniesieniu do podwykonawcy, a jedynie w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na jego zasoby (co nie miało miejsca w niniejszej sprawie).

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądowym adekwatnie przywołanym przez Zamawiającego. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 5 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 11/21 (oddalającym skargę na wyrok Izby z 7 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 2971/20, KIO 2976/20) Sąd Okręgowy w Warszawie, trafnie wywiódł, że [pisownia oryginalna]: *Nie ulega wątpliwości, że na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa (...) w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „any share of the contract it may intend to subcontract”, nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci „all of the contract”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. tejże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający *de facto* udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybrane mu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.*

Co istotne, jak wynika z uzasadnienia powyższego wyroku, zapadł on w zbliżonych okolicznościach faktycznych, jak ustalone w niniejszej sprawie [pisownia oryginalna]: *Skarżący odwołuje się jedynie do nieokreślonej „praktyki rynkowej”, podając jako przykład generalizujące stwierdzenia dotyczące praktyk branży budowlanej. Nie odnosząc się, m.in. do stanowiska Izby, która określając zakres, który można uznać za realizację przedmiotu zamówienia odnosi się do nabywanego przez wykonawcę doświadczenia, zakresu czynności zdefiniowanego w opisie przedmiotu zamówienia. Izba tymczasem zarówno prawidłowo rozważyła brzmienie przepisów ustawy wraz z ich interpretacją celowościową, jak również – oceniła twierdzenia i stanowisko prezentowane w postępowaniu przez Skarżącego. Słusznie Izba zauważyła, iż czynności organizacyjno-koordynacyjne nie stanowią wykonywania zamówienia w kontekście istotnych dla sprawy przepisów ustawy. W tym kontekście, nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych, takich jak powoływane przez A. i zakwalifikowane przez Izbę jako czynności „organizacyjno-koordynacyjne”. Nie stanowią one *de facto* świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym. Potwierdza to zasadność ustaleń Izby, iż zamówienie w całości realizowane będzie przez podwykonawców, a nie przez*

wybraną w postępowaniu spółkę (...). Co więcej, adekwatne w rozpoznawanej sprawie jest również stanowisko o braku znaczenia argumentacji powołującej się na praktykę biznesową.

W uzasadnieniu późniejszego wyroku z 26 lutego 2025 r. sygn. akt XXIII Zs 150/ 24 Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko co do zakazu powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy i skutków jego naruszenia przez wykonawcę [pisownia oryginalna]: *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (art. 462 ust. 1 ustawy PZP). Z wykładni literalnej art. 462 ust. 1 ustawy PZP wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień. (...)*

Prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy PZP jest następująca. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że nie może powierzyć wykonania całości. (...) Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę np. kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Odmienne interpretacja art. 462 ust. 1 ustawy PZP jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu. Taka interpretacja jest prezentowana w orzecznictwie (wyrok z 11.06.2014 r., KIO 1075/14; wyrok z 27.02.2020 r., KIO 299/20; wyrok z 7.12.2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20,; uchwała z 4.11.2016 r., KIO/KU 67/16, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5.05.2021 r., XXIII Zs 11/21.

Powyższe stanowisko orzecznictwa jest również postrzegane w doktrynie jako aktualnie jednolite [zob. pkt II.2 komentarza do art. 462 pzp M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 7, 2026].

Na szczególną uwagę zasługuje wywód zawarty w poświęconym tej kwestii artykule pt. *Uwarunkowanie podwykonawstwa w budowlanych zamówieniach publicznych* [opublikowanym w nr 1/2025 kwartalnika Prawo zamówień publicznych, str. 22; pisownia oryginalna, pominięto przypisy]: *Na aprobatę zasługuje natomiast ostatni z przedstawionych poglądów, dopuszczający powierzenie podwykonawcom jedynie części zamówienia. Przemawia za tym w szczególności wykładnia językowa, która wyraźnie odwołuje się do możliwości powierzenia „części zamówienia” „podwykonawcy”. Użycie liczby pojedynczej stanowi powszechnie stosowany sposób redagowania przepisów. Z samego zestawienia „części zamówienia” z użyciem w liczbie pojedynczej zwrotu „podwykonawcy” nie można bynajmniej wywodzić, że przepis ten wyraża ograniczenie swobody wykonawcy jedynie w odniesieniu do powierzenia wykonania zobowiązania wyłącznie jednemu podmiotowi. Wręcz przeciwnie – przepis ten wyraża wprost dopuszczalny zakres powierzenia („część zamówienia”) oraz podmiot, na rzecz którego może nastąpić owo powierzenie („podwykonawca”). Z treści PrZamPubl wynika zatem norma, w świetle której „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy” oraz „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom”. Interpretację tę wspiera również brzmienie PrZamPubl, który explicite posługuje się liczbą mnogą („podwykonawcom”) w zestawieniu z częścią zamówienia, użytą w liczbie pojedynczej.*

Pomimo że wyniki wykładni językowej nie powinny budzić wątpliwości, to zasadne jest sięgnięcie po pozostałe metody wykładni, aby przesądzić, że językowe znaczenie normy odpowiada intencjom ustawodawcy.

Z zawartej w PrZamPubl definicji umowy o podwykonawstwo wynika, że jej przedmiotem jest „część zamówienia”. W konsekwencji już z istoty umowy o podwykonawstwo można wywnioskować, że nie byłoby dopuszczalne powierzenie jednemu podwykonawcy realizacji całego zamówienia.

Powyższą interpretację potwierdza również wykładnia celowościowa. Należy bowiem uznać, że funkcją PrZamPubl jest zapewnienie należytego balansu między interesami wykonawcy polegającymi m.in. na dopuszczeniu jak najszerszego zakresu podwykonawstwa, a interesami zamawiającego w postaci m.in. zapewnienia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez wykonawcę wybranego zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, niepodlegającego wykluczeniu oraz spełniającego określone warunki podmiotowe. Zamawiający nie ma bowiem możliwości badania sytuacji podmiotowej podwykonawców w szerszym zakresie, niż wynikający z PrZamPubl, tj. w zakresie podstaw wykluczenia (i to też w oznaczonych przypadkach).

Nie sposób przyjąć, aby z perspektywy zamawiającego wystarczające było ograniczenie się przez wybranego wykonawcę do nadzorowania prac podwykonawców. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady swobodnego udziału osób trzecich przy wykonywaniu zobowiązania. Jest to zarazem źródło ustawowego - w rozumieniu KC – obowiązku osobistego świadczenia „części zamówienia”.

Za taką interpretacją przemawia wykładnia historyczna, a zwłaszcza odwołanie się do brzmienia ZamPublU, który został uchylony na mocy ustawy z 8.11.2013 r. W świetle tego przepisu wykonawca był upoważniony do powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom z wyjątkiem sytuacji, gdy przez wzgląd na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzegł, że część lub całość zamówienia nie może być realizowana przy udziale podwykonawców. Na gruncie tego przepisu nie było zatem sprecyzowane, czy kompetencja wykonawcy do posłużenia się podwykonawcami

dotyczy całości czy części prac. Wyraźne przesądzenie tej kwestii w PrZamPubl (a wcześniej w ZamPublU) sugeruje, że ograniczone zostało prawo wykonawcy do angażowania podwykonawców do części zamówienia.

Wreszcie prezentowana w tym opracowaniu interpretacja PrZamPubl jest uzasadniona systemowo i zgodna z nakazem interpretacji przepisów w sposób najbardziej przychylny prawu unijnemu. Angielska wersja dyrektywy posługuje się przy tym sformułowaniem „any share of the contract it may be intend to subcontract to third parties”, które można przeciwstawić pojęciu „all of the contract”, co również sugeruje możliwość „dysponowania” przez wykonawcę jedynie częścią zamówienia.

Niezależnie od powyższego, argumentem za zakazem powierzenia całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom może być również treść uzasadnienia rządowego projektu ustawy, na mocy której wprowadzono do porządku prawnego ZamPublU, którego treść była identyczna, jak PrZamPubl. W uzasadnieniu projektu wskazano bowiem, że „wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom wykonania części zamówienia”.

Nie ma przy tym znaczenia, czy powierzenie całości zamówienia ma nastąpić na rzecz jednego czy kilku podwykonawców. Przywołane w uzasadnieniu stanowisko przedstawiciela doktryny, że w przypadku powierzenia wykonania poszczególnych części zamówienia dwóm lub większej liczbie podwykonawców, dopuszczalne jest, aby łącznie podwykonawstwo dotyczyło całości zamówienia, jest odoosobnione. Przede wszystkim nic nie wnosi do sprawy, która nie dotyczy oceny prawnej takiego stanu faktycznego (poza wszelkim sporem jest fakt wskazania jednego podwykonawcy).

Nie jest również uprawnione twierdzenie, że jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia (kluczowych zadań, o których mowa w art. 60 ustawy pzp), nie ma przeszkód, aby wykonawca powierzył wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Tymczasem brak wskazania przez zamawiającego zakresu zamówienia przeznaczonego do osobistego wykonania (kluczowych zadań) oznacza jedynie swobodę wykonawcy w powierzeniu części (a nie całości) zamówienia podwykonawcy.

Nie ma także racji Odwołujący wskazując, że oświadczenie w zakresie podwykonawstwa może ulegać dowolnym zmianom. Wykonawca nie może po terminie składania ofert naprawić jej wadliwości w zakresie określenia zakresu podwykonawstwa. Dotyczy to nie tylko przypadku, gdy zamawiający przewidział obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, ale także niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Oświadczenie wykonawcy o zakresie podwykonawstwa podlega weryfikacji zamawiającego z uwagi na art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, gdyż przepis ten przewiduje obowiązek odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia każdej niezgodności oferty z ustawą. Taką niezgodnością jest zarówno oświadczenie przewidujące powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy, gdyż narusza art. 462 ust. 1 pzp, jak i powierzenie podwykonawcy kluczowej części zamówienia wbrew zastrzeżeniu jej do osobistego wykonania przez wykonawcę, gdyż narusza art. 60 pzp. Podkreślić przy tym należy, że ponieważ z odwołania nie wynika, aby IS mógł i zamierzał zmieniać podwykonawcę, bezprzedmiotowe jest powoływanie się na niewiążący charakter oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa. Niezależnie od tego z przywołanych w [pkt 5.2.5.-5.2.7.] uzasadnieniu odwołania fragmentów uzasadnień orzeczeń Izby nie wynika, aby dotyczyły sytuacji, w której z treści oferty wynika, że całość zamówienia zostanie powierzona podwykonawcy.

Z art. 223 ust. 1 ustawy pzp wynika, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian tej treści (z wyjątkiem poprawiania omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp).

Alternatywny zarzut naruszenia powyższego przepisu jest niezasadny, wręcz bezprzedmiotowy w ustalonych powyżej okolicznościach, tj. w sytuacji, gdy Zamawiający wzywał w trybie art. 223 ust. 1 pzp, a Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień w kwestii podziału pomiędzy nim jako wykonawcą a wskazanym podwykonawcą zakresu zamówienia. Co więcej, wobec jednoznacznego oświadczenia o powierzeniu podwykonawcy *de facto* wykonania zamówienia w zakresie odpowiadającym całości przedmiotu zamówienia, nie było konieczności wyjaśniania tej treści oferty.

W konsekwencji nie mogło dojść do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 czy art. 16 pkt 1 ustawy pzp, gdyż wybór oferty nastąpił według kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach tego zamówienia, tj. oferta Przystępującego była najkorzystniejsza w sytuacji, gdy oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona. Tym samym czynności te nie naruszają zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zresztą z odwołania nie wynika, na czym miałyby polegać naruszenie art. 16 pkt 1 pzp.

Ustalony powyżej zakres i sposób sprecyzowania zawartych w odwołaniu zarzutów oraz próba ich rozszerzenia na rozprawie, czyli już po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, czyni uzasadnionym zwrócenie również uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika tego postępowania, która odróżnia je od typowego spornego postępowania cywilnego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

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

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

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiodł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiodł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w

zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

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 (według złożonego do przed zamknięciem rozprawy rachunku), 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 i § 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.