

**WYROK**

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

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **2 lipca 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **4 czerwca 2025 r.**

przez wykonawcę: **OLEXBUD2 sp. z o.o. z siedzibą w Kątach** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa żłobka w Krzeszowicach w ramach programu MALUCH+* (WIT.271.8.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Krzeszowice** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A z siedzibą w Katowicach** [„Przystępujący”]

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtórny badaniu spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w dziale 9. pkt 4.1. SWZ, wzięcie pod uwagę, że Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia „Oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby składane na podstawie art. 118 ust. 3-4 oraz art. 125 ust. 5 ustawy Pzp UDOSTĘPNIENIE ZASOBÓW (art. 118 ust. 3-4)”, którego treść została uznana przez Zamawiającego za niewykazującą, że podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane, do których wykonania wymagane jest to doświadczenie.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
  - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy 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**

Gmina Krzeszowice {dalej: „Gmina” lub „Zamawiający”} 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 podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa żłobka w Krzeszowicach w ramach programu MALUCH+* (WIT.271.8.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 marca 2025 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00151953.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

30 maja 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej: „Dombud” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty złożonej przez OLEXBUD2 sp. z o.o. z siedzibą w Kątach {dalej również: „Olexbud2”} oraz zatrzymaniu wadium wniesionego przez tego ostatniego wykonawcę.

4 czerwca 2025 r. Olexbud2 {dalej również: „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 16 – przez odrzucenie oferty Olexbudu2, w sytuacji gdy: a) Olexbud2 wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, b) jako podstawę odrzucenia oferty wskazano okoliczności, które nie były przedmiotem wezwania do wyjaśnień, więc Olexbud2 nie miał możliwości ustosunkowania się do tych okoliczności, o których dowiedział się dopiero z informacji o odrzuceniu jego oferty [zarzut nr 1].

2.Art. art. 98 ust. 1 pkt 6 – przez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Olexbud2, pomimo że zaistniały okoliczności wyłączające możliwość zastosowania tej sankcji [zarzut nr 2].

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Ponownej weryfikacji oferty Olexbudu2 zgodnie z przepisami 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.

W odpowiedzi na odwołanie z 1 lipca 2025 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Jednocześnie Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

Przystępujący w ramach zgłoszenia przystąpienia z 11 czerwca 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania, jednakże na posiedzeniu przed Izbą nie zgłosił do protokołu sprzeciwu co do uznania przez Zamawiającego odwołania w zakresie drugiego zarzutu. Odnośnie zarzutu nr 1 na rozprawie poparł Zamawiającego, podnosząc okoliczności i wywodząc, jak to odnotowano poniżej, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Olexbud2 złożył wraz z ofertą wypełnione załączniki nr 2 i 2A do SWZ zawierające m.in. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a także wypełniony załącznik nr 6 do SWZ – „Oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby składane na podstawie art. 118 ust. 3-4 oraz art. 125 ust. 5 ustawy Pzp UDOSTĘPNIENIE ZASOBÓW (art. 118 ust. 3-4)” {dalej w skrócie: „zobowiązanie do udostępnienia zasobów”} w którego treści Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Olexbud” P.O. z Kąt {dalej: „Olexbud”} zobowiązało się do udostępnienia Olexbudowi2 wiedzy i doświadczenia w postaci wykazania spełnienia określonego w rozdziale 9. ust. 4. pkt 4.1. SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, w tym do wykonania w tym zakresie robót budowlanych jako podwykonawca Olexbudu2.

9 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 274 ust. 1 pzp Olexbud2, jako wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie. Innymi słowy, Zamawiający wezwał w ten sposób Olexbud2 do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Zzawartego w dziale 9. pkt 4.1. SWZ postanowienia wynika, że wymagane jest, aby wykonawca w okresie referencyjnym [dalej pisownia oryginalna]: *...wykonał dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie budynku kubaturowego w technologii tradycyjnej murowanej:*

- *budynek ten posiadał instalację: wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,*
- *kubatura tego budynku była nie mniejsza niż 1000 m<sup>3</sup>,*
- *uzyskano dla inwestycji decyzję pozwolenia na użytkowanie.*

*oraz*

*wykonał jedną robotę polegającą na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej o łącznej mocy min. 20 kW*

*Uwagi:*

1)*Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone.*

2)*Pod pojęciem „budowa, przebudowa, remont” rozumie się pojęcie zdefiniowane odpowiednio w art. 3 pkt. 6, 7a, 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.*

3)*Przez jedno zamówienie (jedną robotę budowlaną) Zamawiający rozumie jedną umowę. Zamawiający nie dopuszcza możliwości sumowania większej liczby umów o mniejszej wielkości w celu osiągnięcia warunku wskazanego powyżej.*

4)*(...)*

5)*Zamawiający uzna za spełniony warunek SWZ również w przypadku, gdy doświadczenie wykazane przez Wykonawcę obejmuje szerszy zakres robót budowlanych od wymaganych przez Zamawiającego.*

6)*Wykaz należy przygotować według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 „Wykaz robót budowlanych”.*

7)*(...)*

Na marginesie, nie przypadkiem w przepisach Prawa zamówień publicznych czy Prawa budowlanego mowa jest o „robotach budowlanych” w liczbie mnogiej, gdyż rzeczownik „roboty” użyty jest tu w znaczeniu zbiorowych prac mających na celu realizowanie jakiegoś przedsięwzięcia, w tym przypadku budowlanego. Natomiast rzeczownik „robotą” w liczbie pojedynczej występuje tylko języku potocznym i może oznaczać: 1) zespół czynności podejmowanych w celu wykonania czegoś, 2) rezultat czyjejś pracy, czyjegoś działania, 3) pracę jako źródło zarobku, 4) miejsce zatrudnienia

[patrz Słownik języka polskiego dostępny na]. Stąd, nie licząc cytatów, wszędzie indziej jest mowa o „robotach budowlanych” jako jedynej formy poprawnej językowo.

W określonym terminie Olexbud2 złożył m.in. wypełniony załącznik nr 4 do SWZ, tj. wykaz robót zawierający dwie pozycje obejmujące roboty budowlane wykonane przez Olexbud, a także dotyczące tych robót referencje.

18 kwietnia 2025 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy pzp wezwał Olexbud2, wskazując szczegółowo, w jakim zakresie dopatrył się niewykazania spełnienia warunku udziału określonego w dziale 9. pkt 4.1. SWZ przez roboty budowlane opisane w poz. 1 wykazu, do [dalej pisownia oryginalna]: *...uzupełnienia, poprawienia złożonych dokumentów potwierdzających postawione wymagania lub przedłożenie nowych dokumentów (złożenia nowego wykazu robót), z którego będzie wynikała informacja, że Wykonawca/podmiot udostępniający zasoby (...)* [dalej zacytowano brzmienie postanowienia określającego warunek]. Podkreślić należy, że w ramach tego wezwania Zamawiający nie zgłaszał żadnych wątpliwości odnośnie złożonego już wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów, wręcz nie zostało ono wspomniane w jakimkolwiek kontekście. Na rozprawie Zamawiający potwierdził ten stan rzeczy.

W określonym terminie Olexbud2 złożył w szczególności poprawiony wykaz robót budowlanych, obejmujący te same przedsięwzięcia budowlane, co w pierwotnie złożonym wykazie.

5 maja 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 pzp wezwał Olexbud do [dalej pisownia i podkreślenie oryginalne]: *...wyjaśnienia treści dokumentu tj. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w następującym zakresie:*

*W dokumencie wskazano w pkt. 3): „Podmiot udostępniający zasoby wykona roboty na zdolnościach których polega Wykonawca.”*

*Zamawiający wzywa do wyjaśnienia: jaki zakres robót w odniesieniu do pozycji/elementów wskazanych w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą wykona podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca?*

W określonym terminie Olexbud2 złożył pisemne wyjaśnienia, że [dalej pisownia oryginalna]: *...w treści zobowiązania podano, że podmiot udostępniający zasoby wykona roboty „na zdolnościach których polega Wykonawca”, chodzi o fakt, że podmiot ten posiada doświadczenie oraz kompetencje, które są niezbędne do realizacji określonych prac budowlanych w ramach zamówienia. Zdolności te są wynikiem wcześniejszych realizacji inwestycji o podobnej skali i charakterze, a ich wykorzystanie w tym przypadku zapewnia wysoką jakość wykonywanych robót oraz zgodność z wymaganiami Zamawiającego. Dodatkowo, podmiot ten działa w ramach współpracy z Wykonawcą, którego rola polega na nadzorowaniu całości prac i koordynacji działań w tym udziału w wykonaniu prac w celu zdobycia doświadczenia. Zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, w odniesieniu do pozycji/elementów wskazanych w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą, będzie następujący: wykonanie robót w zakresie części robót budowlanych związanych z realizacją w/w Inwestycji tj. wykonanie: robót przygotowawczych i ziemnych, fundamentów, izolacji i docieplenia ścian fundamentowych, robót murarskich, dachu.*

W zawiadomieniu z 8 marca 2025 r. Zamawiający opisał, zrelacjonowany powyżej tylko w niezbędnym zakresie, przebieg badania spełnienia przez Olexbud2 warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w rozdziale 9. ust. 4. pkt 4.1. SWZ.

Brzmienie uzasadnienia faktycznego w zakresie wyводу Zamawiającego odnośnie powodów odrzucenia oferty Olexbudu [pisownia i wytłuszczenia oryginalne; podkreślenia własne]:

*Zamawiający skierował zapytanie oczekując od Wykonawcy wskazania w sposób precyzyjny zakresu prac, jaki wykona podmiot trzeci. Zamawiający wezwał do wskazania tego zakresu odnosząc się do pozycji wskazanych w kosztorysie ofertowym.*

*W odpowiedzi na pismo Wykonawca oświadczył: (...)*

*W odpowiedzi jw. Wykonawca nie wskazał pełnego zakresu robót odpowiadającego warunkom udziału w postępowaniu, które zostały wskazane w zobowiązaniu.*

*Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu Wykonawca wykonał dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie budynku kubaturowego w technologii tradycyjnej murowanej:*

**•budynek ten posiadał instalację: wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,**

**•kubatura tego budynku była nie mniejsza niż 1000 m<sup>3</sup>,**

**•uzyskano dla inwestycji decyzję pozwolenia na użytkowanie.**

oraz

**•wykonał jedną robotę polegającą na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej o łącznej mocy min. 20 kW.**

*Zgodnie ze wskazaniem w zobowiązaniu, roboty te powinny zostać wykonane przez Podmiot udostępniający zasoby, ponieważ Wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie całego warunku jw. 8 W*

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu, niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych robót lub usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. W myśl art. 118 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia.

Tym samym, ponieważ Wykonawca nie wskazał, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował część dotyczącą instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji oraz instalacji fotowoltaicznej, co było elementem warunku udziału w postępowaniu, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Takie podejście znajduje także odzwierciedlenie w najnowszym orzecznictwie KIO: np. w wyroku z 17 lutego 2020r. (sygn. akt KIO 201/20) Izba wskazała: „w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia – prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci, zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi”.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3761/21) gdzie uznała wprost, że: „podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego”.

Wykonawca nie wskazał że Podmiot udostępniający zasoby – P.O. Przedsiębiorstwo Robot Budowlanych „OLEXBUD” wykona instalację fotowoltaiczną oraz wentylację i klimatyzację, które to roboty powinien wykonać Podmiot udostępniający zasoby.

Wykonawca był świadomy, że podmiot trzeci nie będzie zaangażowany w realizację zakresu robót wentylacji mechanicznej, klimatyzacji oraz instalacji fotowoltaicznej w związku z tym był również świadomy, że podmiot trzeci warunków udziału nie spełnia w jego Imieniu, ponieważ nie będzie zaangażowany w realizację pełnego zakresu warunku a tego nakazuje przepis.

W związku z tym w momencie wezwania przez Zamawiającego z art. 128 ust. 1 mógł stosownie do regulacji z art. 122 zmienić podmiot trzeci lub samodzielnie wykazać spełnienia warunków.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) c) ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Zamawiający ponadto zwraca uwagę na zapisy art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”. Niedopuszczalne jest powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia (np. powierzenie 90% zakresu rzeczowego robót budowlanych). Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście wskazanego przepisu. W przypadku powierzenia przez wykonawcę wykonania znaczącej części zamówienia podwykonawcy, zamawiający biorąc po uwagę zakres rzeczowy robót budowlanych, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, powinien dokonać oceny czy de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy.

W wyroku z dnia 5 maja 2021 r. XXIII Zs 11/21, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że ustawodawca w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Sąd zwrócił również uwagę, że „wykładnia literalna 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 wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.”

Z przepisu art. 118 ust. 4 ustawy pzp wynika, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby o którym mowa w

ust. 3, musi potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W powyższym zakresie stan faktyczny sprawy należy uznać za niesporny, bo wynikający wprost z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z SWZ oraz innych omówionych powyżej dokumentów, które zostały sporządzone przez Zamawiającego [wezwanie do uzupełnienia i wezwanie do wyjaśnień] lub Odwołującego [pierwotny i poprawiony wykaz robót, złożone wyjaśnienia] w toku badania przez Zamawiającego, czy Olexbud2 spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, tj. czy złożone przez tego ostatniego w tym celu podmiotowe środki dowodowe to wykazują.

Jednakże kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy ma również niesporny fakt, że Zamawiający poprzestał na wezwaniu Olexbudu2 do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego, czyli do wykładni oświadczenia woli Olexbudu. Jednakże wbrew temu, co najwyraźniej wydawało się Zamawiającemu, ta czynność nie mogła zakończyć procesu badania spełniania przez Olexbud2 warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, w sytuacji gdy wykazanie tego warunku oparte jest na oświadczeniu woli podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Olexbud2 doszedł do wniosku, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest wadliwe [patrz pierwszy podkreślony powyżej fragment], jednak pomimo tego, że okoliczność ta nie była dotychczas podstawą wezwania Olexbudu2 do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Zaznaczyć należy, że uczynienie zadość takiemu wezwaniu może polegać wyłącznie na przesłaniu przez Olexbud2 poprawionego oświadczenia woli Olexbudu co do posiadanych zdolności, sposobu ich wykorzystania przez Olexbud2 i zakresu robót budowlanych, który zrealizuje Olexbud2 jako podwykonawca.

Ponieważ Zamawiający zaniechał wezwania do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, bez znaczenia jest przekonanie Zamawiającego, jakoby w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia jego wątpliwości wystosowane na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp, Olexbud2 miał złożyć nie tylko wyjaśnienia, ale zastąpić Olexbud2 innym podmiotem albo wykazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału dotyczący doświadczenia [patrz drugi podkreślony powyżej fragment]. Zamawiający przeszedł w ten sposób do porządku dziennego nad tym, że wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, w tym ewentualne wystosowanie żądania w oparciu o art. 122 ustawy pzp, nigdy nie może być zastąpione wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ma błędne wyobrażenie o relacji tych przepisów, skoro wytluszczoną czcionką wyróżnił tam następujące zdanie [pisownia oryginalna]: *Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 122 Pzp, wskazanego na stronie 6 odwołania, Zamawiający wskazuje, że wyczerpanie dyspozycji z art. 122 ustawy pzp, następuje poprzez skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp* [patrz ostatni akapit na str. 4.] Innymi słowy, Zamawiający oczywiście błędnie zrównuje skutki zastosowania art. 128 ust. 1 pzp i art. 128 ust. 1 pzp, choć wyłącznie pierwszy z tych przepisów reguluje instytucję wezwania do uzupełnienia składanych przez wykonawcę dokumentów podmiotowych. Jednocześnie brzmienie kolejnych zdań tego samego akapitu odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia (w tym przypadku poprawienia) zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdyż nie wiadomo na jakiej podstawie uważa, wbrew powyżej ustalonym faktom, byłoby to niedopuszczalne drugie wezwanie w tym samym zakresie, którego dotyczyło wezwanie wystosowane uprzednio w trybie tego przepisu.

Niezależnie od tego powoływanie się przez Zamawiającego na art. 122 ustawy pzp jest przedwczesne i bezprzedmiotowe, gdyż dotychczasowy przebieg badania spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia wskazuje, że Olexbud2 nie zamierza w tym celu ani zastępować Olexbudu innym podmiotem, ani tym bardziej powoływać się na własne doświadczenie, którego najwyraźniej nie ma. Dodatkowo świadczy o tym załączona do Odwołania (a uprzednio do wystosowanego przez Olexbud2, w reakcji na zawiadomienie o odrzuceniu oferty, do Zamawiającego 3 czerwca 2025 r. pisma) umowa przedwstępna, zawarta 1 kwietnia 2025 r. pomiędzy Olexbudem2 a Olexbudem.

Jednocześnie podkreślić należy, że podstawa faktyczna zarzutu w uzasadnieniu odwołania została oparta na rzeczywistym przebiegu badania spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia, a odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Olexbudu 2 za niewykazanie spełnienia tego warunku. Nie ma zatem znaczenia, że na wstępie odwołania literalnie został wskazany jako naruszony przez Zamawiającego art. 222 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp. Brak wymienia w ramach zwięzłego określenia zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp, który również został wskazany przez Zamawiającego jako podstawa prawna odrzucenia oferty Olexbudu2, nie ma znaczenia w sytuacji, gdy w rzeczywistości taka kwalifikacja prawna w ustalonych powyżej okolicznościach była

bezpředmiotowa. Przede wszystkim sformułowanie zarzutu na wstępie wraz z okolicznościami opisanymi w ramach jego uzasadnienia nie pozostawia wątpliwości, że zarzut zawarty w odwołaniu dotyczy jednej i tej samej czynności odrzucenia oferty, której prawidłowość została zakwestionowana.

Wreszcie wypada zauważyć, że nie wiadomo czemu służyć miały teoretyczne wywody Zamawiającego odnośnie wyprowadzanego w doktrynie i orzecznictwie z przepisu art. 462 ust. 1 ustawy pzp zakazu powierzenia przez wykonawcę wykonania zamówienia w tak szerokim zakresie, że należałoby to poczytać za zmierzające do niedopuszczalnego faktycznego udzielenia zamówienia temu podwykonawcy [patrz w szczególności trzeci podkreślony powyżej fragment]. Z tej obszernej części uzasadnienia odrzucenia nie wynika bowiem, czy i co konkretnie stwierdził Zamawiający w odniesieniu do Olexbudu2 w kontekście przywoływanych i omawianych przepisów ustawy pzp. Co więcej, jak wynika ze wspomnianej umowy przedwstępnej, Olexbud ma otrzymać za wykonane w ramach podwykonawstwa roboty budowlane, w tym stanu surowego (obejmujących również instalacji wentylacji mechanicznej, klimatyzacji oraz instalacji fotowoltaicznej), przygotowawczych i ziemnych, fundamentowych wraz z izolacjami przeciwwilgociowymi oraz termicznymi, murarskich i dachu, a także za nadzorowanie całości prac i koordynacji działań, w tym udziału w wykonywaniu prac w celu zdobycia przez Olexbud2 doświadczenia, wynagrodzenie w wysokości 1.170.000,00 zł netto, podczas gdy cena oferty Olexbudu 2 złożonej Zamawiającemu wynosi 5.445.229,03 zł (4.427.015,47 zł netto) [patrz § 1 ust. 1 i § 2 pkt 3)].

Nic nie wnosi do sprawy złożone na rozprawie opracowanie pt. „Zakres robót, który wykona podmiot udostępniający zasoby – wg treści wyjaśnień oraz kosztorysu ofertowego Olexbud sp. z o.o. (wraz z załączonym wyciągiem z „Kosztorysu ofertowego uproszczonego” z oferty Olexbudu2), gdyż jego konkluzje należało poczytać za pogląd Przystępującego odnośnie zakresu robót, do których wykonania powinien zobowiązać się Olexbud w poprawionym zobowiązaniu do udostępnienia Olexbudowi 2 zasobów. W sytuacji, gdy Olexbud2 nie był jeszcze wzywany do poprawienia złożonego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia mu przez Olexbud zasobów, wysnute przez Przystępującego na podstawie porównania treści wyjaśnień i kosztorysu ofertowego są przedwczesne.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Normy prawne wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c ustawy pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodofiania temu formalnemu obowiązkowi, wykonawcę należało uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy, zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że złożony, uzupełniony lub poprawiony w wyniku wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełnienia tych warunków, czy to ze względu na niewłaściwą treść, czy z powodu niedochowania wymaganej formy, względnie z obu tych powodów jednocześnie. Nie ma przy tym znaczenia, czy wykonawca obiektywnie rzecz biorąc mógłby spełnić te warunki, gdyby złożył inne, inaczej sformułowane lub we właściwej formie dokumenty lub oświadczenia.

Skoro *de lege lata* ustawodawca zrezygnował z przesłanki niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie najbardziej zbieżny zakres zastosowania ma norma wynikająca z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c. Hipoteza tej normy obejmuje bowiem sytuację niezłożenia przez wykonawcę w przewidzianym terminie, czyli m.in. zakreślonym w stosownym wezwaniu zamawiającego, podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Gdyby w tym kazuistycznie sformułowanym przepisie chodziło tylko o niezłożenie w ogóle podmiotowego środka dowodowego, zbędne byłoby dookreślenie, że chodzi o niepotwierdzający spełnienia warunków podmiotowy środek dowodowy. Odmienne niż w innych przepisach ustawy pzp, gdzie mowa jest o podmiotowym środku dowodowym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. brzmienie art. 124 pkt 2 ustawy pzp) czy podmiotowym środku dowodowym [żądany] w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (por. § 9 ust. 1 rozporządzenia wydanego na mocy delegacji z art. 128 ust. 6 ustawy pzp). Tym niemniej rezygnacja ustawodawcy z jednoznacznego rozróżnienia niespełnienia od niewykazania spełnienia warunku udziału spowodowała w praktyce, że wielu zamawiających na wszelki wypadek w obu tych sytuacjach wskazuje jako podstawę prawną zarówno lit. b, jak i c art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, tak jak uczynił to również Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W ustalonych powyżej okolicznościach potwierdził się zarzut dotyczący bezprawnego odrzucenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, gdyż pomimo niezrealizowania okoliczności objętej hipotezą tej normy prawnej, z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego uprzedniego wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do poprawienia podmiotowego środka dowodowego w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów, Zamawiający dokonał czynności, o której mowa w dyspozycji tej normy prawnej. Jak już powyżej ustalono, prawidłowa

kwalifikacja prawna czynności odrzucenia oferty Odwołującego wyczerpuje się w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, więc nie ma żadnego znaczenia, że w odwołaniu nie wspomniano o tym, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał również na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp.

Z art. 266 ustawy pzp wynika bowiem, że do postępowań poniżej progów unijnych znajduje zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innego powodu lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W doktrynie [patrz np. M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 6, 2025, komentarz do art. 128 pzp] i orzecznictwie zgodnie wskazuje się na następującą wykładnię tego przepisu, w tym odnośnie jego relacji z art. 128 ust. 4 pzp.

Po pierwsze, art. 128 ust. 1 ustawy pzp jest bowiem transpozycją do polskiego porządku prawnego regulacji unijnej, ujętej w art. 56 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Po drugie, użycie w art. 128 ust. 1 pzp kategorię sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowania tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów (zob. także uzasadnienie wyroku Izby z 7 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1642/22). Natomiast art. 128 ust. 4 pzp przewiduje jedynie możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów określonych w tym przepisie. Żądanie złożenia wyjaśnień ma więc charakter fakultatywny, choć w przypadku wystąpienia obiektywnej potrzeby żądania wyjaśnień zamawiający zobligowany jest jednak do wystosowania takiego żądania. *Izba wielokrotnie oceniając dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazywała na obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania (por. wyrok z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1335/20, czy też wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20). Również w orzecznictwie sądów powszechnych potwierdzano konieczność przeprowadzenia badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem obowiązku wynikającego z brzmienia art. 26 ust. 3 Ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19, w którym sąd podkreślił potrzebę oceny istnienia podstaw do uruchomienia procedury naprawczej powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z 1 marca 2018 r., sygn. akt I CSK 657/17)]z uzasadnienia wyroku z 20 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 981/23].*

Po trzecie, w konsekwencji brak zastosowania przez zamawiającego art. 128 ust. 1 pzp powoduje, że odrzucenie oferty z powodu okoliczności określonych w art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp, bez wcześniejszego wezwania do złożenia, poprawienia, uzupełnienia (a w uzasadnionych przypadkach dodatkowo również wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 pzp) oświadczeń lub dokumentów określonych w art. 128 ust. 1 pzp, jest przedwczesne i niezgodne z przepisami ustawy pzp. Jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu powyżej wspomnianego wyroku z 20 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 981/23, który zapadł w zbieżnych w tym zakresie okolicznościach faktycznych: *...Zamawiający w sposób nieprawidłowy podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy, tj. bez wcześniejszego umożliwienia Wykonawcy uzupełnienia dokumentów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazując na dwukrotne złożenie tego samego zobowiązania podmiotu trzeciego pomija, iż nie nastąpiło to w trybie uzupełnienia dokumentu na wezwanie, w którym Zamawiający wskazałby na przyczyny, dla których złożony dokument nie mógł być przyjęty, jako potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone zostało w ofercie, a następnie na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co nie może być utożsamiane z trybem przewidzianym w art. 128 ust. 1 Ustawy czy też art. 122 Ustawy.*

Po czwarte, wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów wymienionych w art. 128 ust. 1 pzp może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Jednakże wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie, poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niedochowania któregoś z tych wymogów, w szczególności w

przypadku nieprecyzyjnego lub niekompletnego wezwania, możliwe (a nawet konieczne) jest ponowienie tej czynności przez zamawiającego. Natomiast wezwanie do wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych można wystosować wielokrotnie, nawet w odniesieniu do tego samego braku dokumentu czy oświadczenia. Jednocześnie wezwanie do wyjaśnień, jako oparte o odrębną podstawę prawną (tj. art. 128 ust. 4 pzp) nie może być poczytane za wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 128 ust. 1 pzp, nawet jeżeli dotyczyło tych samych okoliczności.

Jak powyżej ustalono, Zamawiający błędnie uznał, że wystosowanie wezwania dotyczącego stwierdzonych przez niego braków wykazu i referencji oraz wezwanie do wyjaśnienia treści zobowiązania do udostępnienia zasobów oznacza niedopuszczalność wezwania do poprawienia tego ostatniego z powodów, które opisał w ramach wezwania do wyjaśnienia treści tego podmiotowego środka dowodowego.

Reasumując, w ustalonych powyżej okolicznościach potwierdził się zarzut, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b oraz c ustawy pzp ofertę Odwołującego, gdyż okazało się, że jest to działanie co najmniej przedwcześnie.

W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, gdyż nie przeprowadził postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Przede wszystkim działanie Zamawiającego należy uznać za nieodpowiadające zasadom przejrzystości i proporcjonalności wyrażonym w art. 16 pkt 1 i 3 pzp. Odrzucenie oferty w ustalonych powyżej okolicznościach było oczywiście nieproporcjonalne do stwierdzonych uchybień, do których usunięcia Zamawiający miał obowiązek wezwać.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz jego uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), ale z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, 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 Zamawiającego.