Sygn. akt: KIO 2580/25
Sygn. akt: KIO 2582/25

WYROK

Warszawa, dnia 1.08. 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2025 r. przez Odwołującego:

1)**DTŚ S.A. z/s w Katowicach (**ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice) - sygn. akt: KIO 2580/25

2)**Prokom Consulting Sp. z o.o.** z/s w Sosnowcu (ul. Władysława Reymonta 30/1, 41200 Sosnowiec) - sygn. akt: KIO 2582/25

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** z/s w Warszawie - prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i AutostradOddział w Katowicach** (ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice)

Uczestnik po stronie Zamawiającego:

–**Prokom Consulting Sp. z o.o.** z/s w Sosnowcu (ul. Władysława Reymonta 30/1, 41200 Sosnowiec) - sygn. akt: KIO 2580/25

–**DTŚ S.A. z/s w Katowicach (**ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice) - sygn. akt: KIO 2582/25

orzeka:

1.Oddala odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2580/25 i w sprawie o sygn. akt: KIO 2582/25;

w sprawie o sygn. akt: KIO 2580/25

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **DTŚ S.A. z/s w Katowicach (**ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice) i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 2. 926 zł 83 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i:

2.2.zasądza na rzecz Zamawiającego: **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** z/s w Warszawie - prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i AutostradOddział w Katowicach** (ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice) od Odwołującegokwotę 2. 926 zł 83 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika;

w sprawie o sygn. akt: KIO 2582/25

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Prokom Consulting Sp. z o.o.** z/s w Sosnowcu (ul. Władysława Reymonta 30/1, 41200 Sosnowiec) i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 2. 926 zł 83 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i:

3.2.zasądza na rzecz Zamawiającego: **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** z/s w Warszawie - prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i AutostradOddział w Katowicach** (ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice) od Odwołującegokwotę 2. 926 zł 83 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 2580/25
Sygn. akt: KIO 2582/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2025 r. przez:

1)wykonawcę DTŚ S.A. z/s w Katowicach - Sygn. akt: KIO 2580/25

2)wykonawcę Prokom Coonsulting sp. z o.o. z/s w Sosnowcu - Sygn. akt: KIO 2582/25

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z/s w Warszawie prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych iAutostrad Oddział w Katowicach.Przedmiotem zamówienia jest „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78". Wewnętrzny identyfikator: O/KA.D3.2410.1.2024; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2024 r., nr publikacji ogłoszenia: 240103-2024, Numer wydania Dz.U. S: 80/2024..

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2025 r. odwołania na podstawie art. 544 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z
2024 r. poz. 1320) zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Sygn. akt: KIO 2580/25

Odwołujący podał: (...)

III. ZARZUTY.

W toku Postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niewskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, jakie legły u podstaw odrzucenia oferty PROKOM Consulting sp. z o.o. (dalej jako „Prokom"), tj. niewskazanie w piśmie informującym o przyczynach odrzucenia oferty Prokom, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW.

IV. ŻĄDANIA.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności, tj.: uzupełnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o wszystkie okoliczności, jakie wskazują na spełnienie przesłanek do odrzucenia oferty Prokom, a które zostały opisane w odwołaniu.

V.(...)

VI.INTERES I SZKODA.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Pomimo tego, że oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, to decyzja Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru ostatecznego, a wykonawca Prokom może skorzystać z przysługujących mu środków odwoławczych i kwestionować sposób, w jaki Zamawiający przeprowadził proces wyboru i oceny jego oferty. Jest to o tyle prawdopodobne, że oferta Prokom jest ofertą korzystniejszą cenowo od oferty Odwołującego, a wykonawca ten już raz wnosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym kwestionował decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący, na obecnym etapie Postępowania, nie ma więc pewności co do ostatecznej oceny czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu - w kontekście motywów wskazanych przez niego w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r., które w jego ocenie powinny być rozbudowane o dodatkowe okoliczności potwierdzające zasadność odrzucenia oferty Prokom. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zysku zakładanego z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od tego, że w ocenie Odwołującego uznanie przez Zamawiającego, że to właśnie oferta DTŚ jest najkorzystniejszą w Postępowaniu było zasadne, to jednak Zamawiający nie wskazał w opublikowanej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu wszystkich okoliczności świadczących o tym, że oferta Prokom powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. W tym aspekcie Odwołujący upatruje wadliwości działania Zamawiającego. Mając na uwadze regułę koncentracji środków ochrony prawnej i biegnący (od 12 czerwca 2025 r.) termin na zaskarżenie wadliwych czynności Zamawiającego, co do których Odwołujący ma wiedzę już na obecnym etapie, uznać należy, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą w Postępowaniu (tak między innymi orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3222/20 i KIO 3252/20)".

W uzasadnieniu stanowiska wykonawca DTŚ podał: (...)

VII. Niewykazanie przez Prokom spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

1.Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78".

2.W pkt 8.2.4. SWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie odnoszącym się do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, stawiając przed wykonawcami wymogi dotyczące:

a.doświadczenia Wykonawcy (pkt 8.2.4.1. IDW),

b.dysponowania odpowiednim Personelem (pkt 8.2.4.2. IDW).

3.Zgodnie z treścią przepisu art. 118 ust. 1 Pzp: Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego

części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
4.Wykonawca, który polega na zasobach podmiotu trzeciego, wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, co wynika z treści przepisu art. 118 ust. 3 Pzp.
5.Z kolei przepis art. 118 ust. 4 Pzp określa zakres zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, który określać ma w szczególności:
a.zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego
zasoby,
b.sposób i okres udostępnienia zasobów i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia,
c.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.
6.Jak przy tym podkreśla się w komentarzu do ustawy wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „Art. 118 ust. 4 Pzp określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis należy jednak czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 Pzp. Nie chodzi tu bowiem o jakiekolwiek zobowiązanie, ale o zobowiązanie osiągające przewidziany w Pzp cel, czyli potwierdzające, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Można ogólnie powiedzieć, że zobowiązanie powinno zawierać, oprócz podania stron, następujące treści: […] przedstawienie opisu przekazywanych zasobów (np. urządzeń, osób), pozwalającego co najmniej na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, co pokrywa się ze wskazanym w art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp „zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby”.” (H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. II, Warszawa 2023).
7.Prokom skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 118 Pzp i powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. spółki Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o. (dalej jako „Via Regia”) i w tym celu złożył wraz z ofertą zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W treści tego dokumentu wykonawca zawarł ogólne oświadczenie co do zakresu oddanych zasobów, wskazując następująco: „Oświadczam/-my, iż: a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:
•zdolność techniczna lub zawodowa, o której mowa w pkt 8.2.4.
•zdolność ekonomiczna lub finansowa, o której mowa w pkt 8.2.3”.
8.Pismem z dnia 5 września 2024 r., Zamawiający wezwał Prokom do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu osób i Wykazu usług.
9.Z treści Wykazu usług jednoznacznie wynikało, że Prokom wykazuje spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW (warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy) poprzez doświadczenie Via Regia, co było też spójne z treścią złożonego wraz z ofertą zobowiązania do oddania zasobów:

Lp.	Nazwa Wykonawcy, który bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót	Nazwa podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane	Pełna nazwa zadania i miejsce wykonania	Charakterystyka zadania, informacje potwierdzające spełnianie warunku opisanego w pkt 8.2.4.1 IDW (Tom I)	Data wykonania (dzień, miesiąc, rok)
1	*2*	*3*	*4*	*5*	*6*
1.	Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim (55002) przy ul. Klonowej 10	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65- 950 Zielona Góra	Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa autostrady A-18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11+860 do 33+760	Usługa polegająca na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania pn.: Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa autostrady A-18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11+860 do 33+760 polegająca na budowie oraz przebudowie drogi o klasie drogi A dwujezdniowej o wartości robót 311 189 047,21 zł (brutto) oraz budowa obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A (W ramach konsorcjum BI Via Regia Sp. z o.o. wykonała usługę nadzoru inwestorskiego nad robotami drogowymi w skład których wchodziła budowa oraz przebudowa drogi o klasie drogi A dwujezdniowej o wartości robót 311 189 047,21 zł (brutto) oraz budowa obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A)	21.11.2019 - 14.09.2022

Dowód: Pierwotny wykaz usług złożony przez Prokom (w aktach Postępowania)
10.Prokom przedłożył również Zamawiającemu wypełniony Wykaz osób. Z treści tego dokumentu wynikało z kolei, że Prokom samodzielnie wykazuje spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie odnoszącym się do dysponowania określonym Personelem (pkt 8.2.4.2 IDW). O zamiarze samodzielnego wykazywania spełnienia tego warunku przez Prokom świadczył przede wszystkim fakt, że Prokom powołuje się na bezpośrednie dysponowanie Personelem – poniżej fragment Wykazu osób (analogicznie adnotacje co do podstawy dysponowania zostały zawarte w

odniesieniu do pozostałych osób wymienionych w Wykazie osób):

Poz.	Imię i nazwisko	Funkcja	Opis doświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku opisanego w pkt 8.2.4.2 IDW (Tom I)	Podstawa dysponowania osobami
1	*2*	*3*	*4*	*5*
1	G.M.	Inżynier Kontraktu	Doświadczenie w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji zadania „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 791 na odcinku od DK1 do DK 78 Etap II" obejmującego nadzór nad przebudową Obiektu Budowlanego o wartości robót co najmniej 73 000 000,00 PLN netto 05.04.2019 r.- 29.09.2022 r. (41 miesięcy) Wartość robót powyżej 177 mln PLN netto. Stanowisko: Inżynier Kontraktu Doświadczenie przy realizacji Zadania "Zarządzanie i nadzór nad realizacją projektu pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 754 od km 1+912 do km 29+260" obejmującego roboty budowlane w ramach inwestycji polegających przebudowie Obiektu Budowlanego 14.10.2016 r. - 05.12.2018 r. (25 miesięcy) Stanowisko: Inżynier Kontraktu Doświadczenie przy realizacji Zadania "Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej - województwo podkarpackie w systemie zaprojektuj i wybuduj (5 odcinków, obiekty Inżynierskie nr 12, nr 88.1, nr 88.2, nr 90, nr 90.1, nr 91.1, nr 96)" obejmującego roboty budowlane w ramach inwestycji polegających przebudowie Obiektu Budowlanego	Dysponowanie bezpośrednie

Dowód: Wykaz osób złożony przez Prokom (w aktach Postępowania)

11.Zanim Zamawiający wezwał Prokom do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, to pismem z dnia 21 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny, m.in. w zakresie dotyczącym kosztów pracy Kluczowych Ekspertów, w tym Technologa, Głównego specjalisty ds. rozliczeń oraz Inżyniera Kontraktu.

12.Prokom odpowiedział na wezwanie do wyjaśnień ceny, a w kwestii kosztów związanych z zatrudnieniem Kluczowych Ekspertów wskazywał na to, że Personel ten będzie pochodził „z zasobów własnych" Prokom. Do wyjaśnień ceny zostały złożone oświadczania – deklaracje co do gotowości wykonania usługi w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej między innymi przez:

a.Pana G.M. – Inżyniera Kontraktu,

b.Pana T.R. – Głównego specjalistę ds. roszczeń,

c.Panią H.K. – Technologa.

Żadna z tych osób nie była Personelem Via Regia.

13.W świetle ogólnej treści zobowiązania do oddania zasobów, Zamawiający dokonał więc analizy treści wszystkich oświadczeń złożonych przez Odwołującego po to, aby zrekonstruować wolę Via Regia i dokonać wykładni treści złożonego zobowiązania, co doprowadziło Zamawiającego do konkluzji, że Via Regia udostępniła Prokom swoje doświadczenie w zakresie odnoszących się wyłącznie do warunku udziału w Postępowaniu dotyczącym doświadczenia Wykonawcy.

14.Na słuszność tej konkluzji wskazują następujące okoliczności:

a.brak jednoznacznego wskazania przez Via Regia w treści zobowiązania, że jej zaangażowanie w realizację zamówienia dokonywać się będzie także poprzez oddelegowanie ze swojego Personelu osób do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Technologa i Głównego specjalisty ds. rozliczeń – tylko w takim przypadku mielibyśmy bowiem do czynienia z realnym udostępnieniem zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia osób. Zamiast tego w treści zobowiązania widnieje ogólna deklaracja, że Via Regia weźmie udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez wykonywanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, wydawanie opinii, stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, udzielanie konsultacji, delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedze i doświadczenie, udzielenie wsparcia finansowego na potrzeby realizacji zamówienia w szczególności poprzez przejęcie spłaty bieżących zobowiązań finansowych, udzielanie pożyczeń, w razie konieczności przejęcie długu Prokom, co jednoznacznie wskazuje na oddanie przez Via Regia zasobów na potrzeby wykazania spełnia warunku dotyczącego wyłącznie doświadczenia Wykonawcy i warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej,

b.powołanie się w Wykazie osób i wyjaśnieniach na Personel własny Prokom.

15.Po ustaleniu zakresu udostępnionych Prokom zasobów Zamawiający zaczął proces weryfikacji, czy zasoby w postaci doświadczenia wykonawcy zostały przez Via Regia udostępnione w sposób realny, a w konsekwencji, czy wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW. W związku z tym Zamawiający zwrócił się do Prokom z prośbą o wyjaśnienie:

a. jaki był faktyczny zakres udziału (prac) Biura Inżynierskiego Via Regia sp. z

o.o. przy realizacji zadania pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarzadzanie kontraktem pn.: „Budowa autostrady A-18 Olszyna – Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11 + 860 do 33
+760”,
b. w jaki sposób Prokom zorganizuje swoją współpracę z Biurem Inżynierskim Via Regia sp. z o.o. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów przy realizacji zamówienia.
16.Pismem z dnia 8 października 2024 r. Prokom odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i w zakresie drugiego z pytań postawionych przez Zamawiającego wskazał następująco:
„Wykonawca zamierza zawrzeć z Via Regia Sp. z o.o. umowę o podwykonawstwo, w ramach której Via Regia Sp. z o.o. zostanie powierzone usługi nadzoru w branży drogowej oraz mostowej. W tym w szczególności nad robotami określonymi w pkt 1.3 OPZ ppkt 2 i 4, 13. Via Regia Sp. z o.o. będzie świadczył usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: • Inżynier Kontraktu,
•Główny specjalista ds. rozliczeń,
•Główny Inspektor Nadzoru specjalności drogowej,
•Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej,
•Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej.”.
17.W związku z odpowiedzią na wezwanie do udzielenia wyjaśnień Zamawiający doszedł do słusznego przekonania, że wyjaśnienia te wskazują na zmianę zakresu zasobów, jaki został udostępniony na etapie składania ofert przez Via Regia w ten sposób, że zakres ten został rozszerzony z zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia Wykonawcy na zasób w postaci wiedzy i doświadczenia Wykonawcy oraz dysponowanie Personelem o określonym doświadczeniu. Finalnie Zamawiający doszedł do przekonania, że powołanie się przez Prokom na zasoby Via Regia miało charakter pozorny a nie realny, a w konsekwencji, że Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa
w pkt 8.2.4.1. IDW i odrzucił ofertę Prokom m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 123 Pzp.
18.Czynność Zamawiającego z dnia 21 lutego 2025 r. została zaskarżona przez Prokom w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.
19.Wyrokiem z dnia 21 marca 2025 r., jaki został ogłoszony w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25 Krajowa Izba Odwoławcza co prawda uwzględniła odwołanie Prokom, ale nie ze względu na to, że nie podzieliła oceny, jakiej Zamawiający dokonał w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału przez Prokom (Izba potwierdziła bowiem, że udostępnienie zasobów przez Via Regia miało charakter pozorny, a Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW), ale doszła do przekonania, że decyzja o odrzuceniu oferty Prokom była przedwczesna i z tego względu nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Prokom, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie do Prokom wezwania na podstawie art. 122 Pzp. Taka procedura nie była wcześniej stosowana wobec Prokom. Powyższy wyrok Izby nie został zaskarżony przez żadną ze stron postępowania odwoławczego.
20.Z punktu widzenia zarzutu postawionego w niniejszym odwołaniu, kluczowym jest przytoczenie szerszego fragmentu uzasadnienia wyroku Izby, w którym Izba przedstawiła nie tylko swoją ocenę co do realności udostępnienia zasobów przez Via Regia i konsekwencji, jakie miało to dla oceny spełnienia przez Prokom warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW, ale także ustalenia co do zakresu powołania się przez Prokom na zasoby podmiotu trzeciego i wpływu tego zakresu na zastosowanie względem Prokom mechanizmu, o którym mowa w przepisie art. 122 Pzp.
21.Izba uzasadniła swoje stanowisko w następujący sposób:
„W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jednak odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp było przedwczesne. […] Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał za pomocą zasobów podmiotu trzeciego (Via Regia) spełniania warunku w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt 8.2.4.1. IDW). Odwołujący bowiem nie wykazał, że udostępnienie tego doświadczenia jest realne i wystarczające do realizacji zamówienia, a udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące sposobu przekazania tego zasobu są próbą rozszerzenia zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby. […]
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy G jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 73 mln PLN netto oraz budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I . W ocenie Izby zasadne jest
twierdzenie Zamawiającego, że z załączonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że spółka Via Regia nie będzie realizowała przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowy udziału w niniejszym

postępowaniu. Podmiot ten zobowiązał się bowiem wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Zobowiązanie nie potwierdza, że będzie on świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej oraz brać udział w czynnościach określonych w OPZ. Z kolei pozostałe czynności, do których zobowiązał się ten podmiot (o charakterze opiniodawczo- doradczym) nie są wystarczające do realnego przekazania doświadczenia.
Ponadto, zdaniem Izby, przekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że z uwagi na specyfikę przedmiotowych usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, prawidłowe i skuteczne skorzystanie z doświadczenia zawodowego innego podmiotu w zakresie nadzoru powinno wiązać się również z bezpośrednim skierowaniem przez ten podmiot i zaangażowaniem do realizacji usługi co najmniej Personelu Kluczowego, a w szczególności Inżyniera Kontraktu. […] Odwołujący jednak przewidział do realizacji zamówienia personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z treści złożonego wykazu osób, w którym Odwołujący wskazał na bezpośrednie dysponowanie podanym w wykazanie personelem. Treść wykazu osób jest spójna ze złożonym zobowiązaniem spółki Via Regia, w którym co prawda wskazano na udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4. IDW, bez skonkretyzowania, że dotyczy to tylko podpunktu 1, jednak przy przedstawianiu sposobu udostępniania zasobów wskazano jedynie na delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Izby analiza łącznie złożonego wykazu osób oraz zobowiązania do udostepnienia zasobów prowadzi do wniosku, że personel kluczowy będzie zasobem własnym Odwołującego, zaś Via Regia, w celu przekazania swojego doświadczenia zapewni m.in. oddelegowanie pozostałych pracowników. Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej. Powyższe – zdaniem Izby – jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że to Via Regia zapewni członków personelu kluczowego, co można rozumieć wyłącznie jako oddelegowanie personelu tej spółki do realizacji zamówienia. […] Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania wymaganym doświadczeniem, jednak sankcje zastosowane przez
Zamawiającego były niezasadne. […] W ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Przepis ten jest bowiem przepisem szczególnym w stosunku do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (odnoszącego się generalnie do podmiotowych środków dowodowych), stosowanym w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, przepis art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest samodzielną i osobą przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełnienia warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ww. ustawy w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału. Tym samym zastosowanie art. 122 zawsze wiąże się z uzupełnieniem podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 tej ustawy (wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3152/24). W rozpoznawanej sprawie doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie zostało udostępnione w wystarczającym zakresie i w sposób realny, co odpowiada dyspozycji art. 122 ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla braku możliwości zastosowania tego przepisu. W ocenie Izby, nawet dostrzegając ograniczenie możliwości skuteczności zastąpienia Via Regia innym podmiotem ze względu na brak możliwości rozszerzenia zakresu zasobów w stosunku do treści oferty, przepis art. 122 ustawy Pzp, DAJE WYKONAWCY MOŻLIWOŚĆ WYKAZAN SAMODZIELNEGO SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, a Zamawiający nie może odstą takiego wezwania na podstawie własnych przewidywań co do tego, czy wykonawca będzie w stanie to zrobić. Dopiero nieskuteczne wezwanie w trybie art. 122 ustawy Pzp może być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2025 r., sygn. akt: KIO 763/25).
22.Izba przesądziła więc kolejno, że:
a.Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW bowiem doświadczenia Via Regia sp. z o.o. nie zostało udostępnione w wystarczającym zakresie i w sposób realny,
b.Prokom (już po złożeniu oferty i po otrzymaniu wezwania do wyjaśnień) podjął próbę rozszerzenia zakresu polegania na potencjale Via Regia sp. z o.o., co jest niedozwolone w myśl art. 123 Pzp,
c.Prokom powinien otrzymać możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt

8.2.4.1. IDW w trybie art. 122 Pzp, ale będzie mógł skutecznie skorzystać z tej procedury tylko poprzez wykazanie się własnym doświadczeniem.
23.Innymi słowy, Izba, uwzględniając odwołanie Prokom, nakazała zastosowanie względem Prokom procedury, o której mowa w art. 122 Pzp, ale jednocześnie wyraźnie zaznaczyła, że z uwagi na stan faktyczny sprawy, a przede wszystkim to, w jakim zakresie Prokom w momencie składania ofert powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i niemożność rozszerzenia tego zakresu po terminie składania ofert, skuteczne skorzystanie przez Prokom z procedury, o której mowa w art. 122 Pzp będzie wymagało wykazania się przez Prokom własnym doświadczeniem, które potwierdzałoby spełnienie warunku, o którym mowa 8.2.4.1. IDW.
24.Pismem z dnia 4 kwietnia 2025 r. Zamawiający, wykonując ww. wyrok Izby, unieważnił wybór oferty DTŚ jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, unieważnił czynność odrzucenia Prokom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 123 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz zawiadomił o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
25.Tego samego dnia, tj. 4 kwietnia 2025 r., skierował do Prokom wezwanie, „działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.1 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy wzywa do złożenia:
„1. podmiotowych środków dowodowych w pkt 10.8 lit c) Tom I IDW (SWZ) tj. wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy;
26.W dalszej części wezwania Zamawiający wskazał między innymi, że: „Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. czyli podmiot, który udostępnia zasoby Wykonawcy zobowiązał się w sposób ogólny i lakoniczny m.in. do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Z przedłożonych dokumentów nie wynika jaki faktycznie zakres w ramach pełnienia nadzoru miałby wykonywać ww. podmiot. Nie ulega wątpliwości, że warunkiem skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia nie jest zaangażowanie tego podmiotu do jakiekolwiek zakresu zamówienia, ale wykonanie usług w takim zakresie w jakim udostępniane zostało doświadczenie. Z kolei wskazane w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby doradztwo, konsultacje, wydawanie opinii, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, nie może zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia zapewnienia realności udostępnionego zasobu i należytego wykonania zamówienia, ponieważ nie gwarantują, że Wykonawcy zostaną rzeczywiście w pełni udostępnione zasoby niezbędne w tym zakresie do wykonania zamówienia. […] W konsekwencji Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. Zamawiający określi warunek odnoszący się do doświadczenia Wykonawcy w zakresie pełnienia nadzoru nad realizacją budowy lub przebudowy dróg lub ulic oraz pełnienia nadzoru nad realizacją budowy lub przebudowy dróg lub ulic oraz pełnienia nadzoru nad realizacją obiektu mostowego. Zamawiający wskazał również, że wykonawca w ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji. […] Wykonawca nie udowodnił, że stosunek łączący go z ww. podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów ww. zakresie. Potwierdza to również wyrok KIO z dnia 21.03.2025 r. sygn. akt. KIO 763/25, który odnosi się do przedmiotowego postępowania […]”.
27.Zamawiający, za wyrokiem Izby z dnia 21 marca 2025 r., ponownie wskazał, że z uwagi na zakres zasobów, jaki został udostępniony przez Via Regia sp. z o.o. i deklarowany przez spółkę sposób i zakres zaangażowania w realizację zamówienia, uznano, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW nie został spełniony. Wezwanie, skierowane do Prokom w dniu 4 kwietnia 2025 r., miało na celu stworzenie wykonawcy przestrzeni do tego, aby mógł on wykazać, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy.
28.Prokom nie skorzystał jednak z takiej możliwości. Zamiast bowiem przedstawić doświadczenie własne, potwierdzające spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW, Prokom ponownie powołał się na zobowiązanie podmiotu trzeciego – tym razem Specjalistycznego Biura Inwestycyjno- Inżynierskiego Prosta – Projekt (dalej jako „Prosta - Projekt”) – i ponownie podjął próbę rozszerzenia zakresu zobowiązania udzielanego przez podmiot trzeci, względem tego, co zostało zadeklarowane na etapie składania ofert, co wynika wprost z treści złożonego zobowiązania:
W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 SWZ:
•udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w

zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami w branży drogowej i mostowej;
•pełnienie nadzoru poprzez zarządzanie, pełnienie kontroli i nadzór inwestorski oraz współpraca ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji;
•udział we wszystkich czynnościach opisanych w OPZ;
•zapewnienie udziału w realizacji zamówienia osoby na stanowisko Inżyniera Kontraktu spełniającego wymagania określone w OPZ;
•oddelegowanie do realizacji zamówienia głównych inspektorów nadzoru w branży drogowej oraz mostowej i zapewnienie asystentów tych inspektorów;
•udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,
•wydawanie opinii, przygotowywanie dokumentów wymaganych w OPZ oraz umowie z inwestorem,
•stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, • udzielanie konsultacji.
Dowód: zobowiązania do oddania zasobów z dnia 14 kwietnia 2025 r. (w aktach Postępowania)
29.Mając na uwadze to, że już na kanwie sprawy rozpoznawanej pod sygnaturą akt: KIO 763/25 Izba wyraźnie wskazała, że rozszerzenie zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego po terminie składania ofert jest niedopuszczalne, o czym świadczy choćby następujący fragment uzasadnienia wyroku: „Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej. Powyższe – zdaniem Izby – jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy" to tym bardziej za nieskuteczną należy uznać próbę powtórzenia zakresu zobowiązania na etapie składania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie skierowane do Prokom w trybie art. 122 Pzp.
30.Zakres, w jakim wykonawca zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, kształtowany jest na etapie składania oferty i nie może być już później zmieniany, co wynika z licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Przede wszystkim jednak zostało to wyraźnie podkreślone w wyroku, jaki zapadł w sprawie KIO 763/25, którego ustalenia mają powagę rzeczy osądzonej i są wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i dla Prokom.
31.Z powyższego wyroku płynie jasny wniosek, że aby skutecznie wykazać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW, Prokom musiał (nie mogąc rozszerzyć już zobowiązania złożonego na etapie składania ofert) wykazać się własnym doświadczeniem, tj. musiałby (w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 122 Pzp) wykazać, że wymaganym doświadczeniem dysponuje samodzielnie. Z pierwotnego zobowiązania do oddania zasobów nie wynikał bowiem zamiar oddelegowania do realizacji zamówienia Kluczowego Personelu podmiotu udostępniającego zasoby (Prokom zamierzał w tym zakresie korzystać z własnego zasobu), co legło u podstaw uznania przez Izbę, że udostępnienie zasobów nie ma charakteru realnego, a w konsekwencji, że Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW. Będąc z kolei związanym zakresem udostępnienia zasobów, jakie wynikało z pierwotnie złożonego Zamawiającemu zobowiązania, jedynym sposobem, aby (w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 122 Pzp) skutecznie wykazać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, było powołanie się na własne doświadczenie.
32.Z takiej możliwości Prokom nie skorzystał. Zamiast tego podjął kolejną próbę rozszerzenia zakresu zobowiązania, co zostało dostrzeżone przez Zamawiającego i było przedmiotem wezwania do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2025 r., które, choć w zaistniałym stanie faktycznym, uznać należało za zbędne, potwierdziło (wraz z uzyskaną od Prokom odpowiedzią z dnia 28 kwietnia 2025 r.), że Prokom ponownie rozszerzył zakres zasobów. Świadczy o tym przede wszystkim to, że Prokom dokonał zmiany w treści formularza 3.6. i zastąpił Pana G.M. – osobę dedykowaną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu (będącego członkiem Personelu własnego Prokom) Panem A.P., który jest członkiem Personelu Prosta – Projekt.
Dowód: wezwanie Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2025 r. (w aktach Postępowania)
Dowód: wyjaśnienia Prokom z dnia 28 kwietnia 2025 r. (w aktach Postępowania)
Dowód: zmieniony Wykaz osób z dnia 28 kwietnia 2025 r. (w aktach Postępowania)
33.W sposób sprzeczny z art. 123 Pzp Prokom zmodyfikował więc zakres udostępnionych mu pierwotnie zasobów.
34.W piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. informującym o odrzuceniu oferty Prokom Zamawiający słusznie więc wskazywał, że „Wykonawca, który potwierdza w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu za pomocą własnego potencjału, nie może, po terminie składania ofert powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających po ograniczone jest do zakresu, w którym zasoby

składania ofert korzystał wykonawca na upływie tego terminu etapie z udostępnianych zasobów. Rozszerzenie zakresu prac zlecanych podwykonawcy będącemu podmiotem trzecim, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej lub zawodowej dla wykonawcy, o szerszy zakres niż wskazany w ofercie, jest niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy Pzp. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu podmiotu trzeciego realizacji zamówienia realizacji zamówienia po terminu rozszerzenia zakresu 763/25; składania korzystania wyrok KIO ofert czyli nie polegania na zasobach de facto w zakresie sposobu jest możliwa w sposób, który zasobów (tak m.in. r., prowadziłaby do podczas upływie z tych wyrok KIO z 21.03.2025 r. sygn. akt. KIO z 04.09.2024 sygn. akt akt KIO 281/23, KIO 283/23; wyrok KIO z dnia 2920/24; r. sygn. wyrok KIO z 15.2.2023 r., sygn. 18.03.2022 akt.: 510/22; wyrok KIO z dnia 13.07.2020 r., sygn. akt KIO 1174/20).", tyle tylko wnioski te przełożył na niewykazanie przez Prokom spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.2 IDW, czyli warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób i dysponowania osobą wskazaną na Inżyniera Kontraktu.".

35.DTŚ wskazuje jednak, że wszystkie te okoliczności, prawidłowo ustalone i wyjaśnione w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r., świadczą w pierwszej kolejności o tym, że Prokom nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW, czyli warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, którego to warunku dotyczyło przecież wezwanie z dnia 4 kwietnia 2025 r.

36.W ocenie Odwołującego niewyartykułowaną w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. podstawą do odrzucenia oferty Prokom było niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy i o ten aspekt pismo informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu czynności badania i oceny powinno zostać uzupełnione.

37.Okoliczność ta tym bardziej umacnia decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Prokom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29.07.2025 r.) podał: (...)

W ocenie Zamawiającego, w stanie faktycznym i prawnym sprawy Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zarzut przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu nie znajduje uzasadnienia w świetle stanu faktycznego i obowiązujących przepisów prawa, a w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zamawiający stoi na stanowisku, że niezależnie od braku podstaw merytorycznych odwołania, winno ono zostać oddalone z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego legitymacji do jego wniesienia. Zamawiający wskazuje, że skuteczne wniesienie odwołania przez Odwołującego uzależnione jest od łącznego spełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy, które Odwołujący musi wykazać na moment wniesienia odwołania. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2024 r., KIO 1205/24, zgodnie z którym „Izba podkreśla, że pierwszą z materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i choć ustawa nie wprowadza definicji tego pojęcia, to w oparciu o stanowiska doktryny oraz ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowiska należy wskazać, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. (…) Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Na kanwie zamówień publicznych, postępowania odwoławczego, szkoda co do zasady będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny."

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia ww. przesłanek skutecznego wniesienia odwołania, bowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania w Postępowaniu. Odwołujący w kontekście uzyskania tego konkretnego zamówienia jedynie w sposób zdawkowy wskazał że „na obecnym etapie Postępowania, nie ma więc pewności co do ostatecznej oceny czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu - w kontekście motywów wskazanych przez niego w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r., które w jego ocenie powinny być rozbudowane o dodatkowe okoliczności potwierdzające zasadność odrzucenia oferty Prokom". Zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO: „Wymaga podkreślenia, że celem wnoszenia środków ochrony prawnej jest uzyskanie przez wykonawcę zamówienia, w rozpoznawanym przypadku, wykonawca został wybrany w postępowaniu. (…) W ocenie Izby podnieść należy również, że sytuacja procesowa wykonawcy nie może być uzależniana od okoliczność ewentualnego wniesienia odwołania przez

innego wykonawcę w postępowaniu, co jest okolicznością zupełnie niezależną od wykonawcy, którego oferta została wybrana. W przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, do czasu wzruszenia tego wyboru, wykonawca którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą nie ma legitymacji do wnoszenia środka ochrony prawnej i nie zmienia tego fakt wniesienia odwołania przez innego wykonawcę. Przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy nie mogą być również interpretowane w zależności od działań innych podmiotów. Przyjęcie takiej koncepcji, którą w ocenie Izby należy odrzucić, prowadziłoby do tego, że w zależności od tego czy inny podmiot (wykonawca) złoży swoje odwołanie, taki byłby los odwołania wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu - tym samym: gdy żaden inny podmiot nie złoży odwołania to stwierdzane byłoby, że odwołujący nie spełnia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, a odwołanie nie jest rozpatrywane merytorycznie (i ponosi koszty odwołania), a w przypadku gdy również inny podmiot złożył odwołanie to odwołanie wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu, uznane zostałoby jako spełniające przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy oraz podlegałoby rozpoznaniu merytorycznemu (i w konsekwencji rozliczeniu kosztów zgodnie z wynikiem rozpoznania merytorycznego). Taka koncepcję należy odrzucić przy jednoczesnym wskazaniu, że dopiero wzruszenie skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej otwiera temu wykonawcy, który tą ofertę złożył, drogę do skutecznego złożenia środka ochrony prawnej." W wyroku z dnia 3 marca 2022 r., KIO 427/22, Izba stwierdziła, iż „przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania – w tym przypadku w ogóle brak podania – przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania".

Jak wynika z powyższego, przesłanki wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowią samodzielne przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze materialnoprawnym, zatem brak ich spełnienia przez Odwołującego stanowi podstawę do oddalenia złożonego w niniejszej sprawie odwołania, bez konieczności odnoszenia się do zarzutu podniesionego w odwołaniu.

II. Niezależnie od powyższej kwestii związanej z brakiem legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, Zamawiający wyjaśnia, iż zarzut Odwołującego w przedmiocie braku wskazania w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych jakie legły u podstaw odrzucenia oferty PROKOM, uznać należy za całkowicie bezzasadny.

Zamawiający w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, precyzyjnie przedstawił uzasadnienie prawne i faktycznie odrzucenia oferty PROKOM.

Zgodnie z ww. pismem, oferta PROKOM została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp. Zamawiający oraz Odwołujący zgodnie uznają, że w ramach Postępowania PROKOM w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - rozszerzył zakres korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego ponad wynikający z treści oferty, poprzez wskazanie, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował usługi poprzez delegowanie do pracy Inżyniera Kontraktu, tj. osoby wymaganej w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ - co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. PROKOM nie mógł bowiem w ww. zakresie, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu udostępniającego, ponieważ na etapie składania ofert nie polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowania, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ppkt 2 TOM I IDW SWZ (tj. dotyczącego osób). Podkreślenia wymaga, że Izba w sprawie sygn. akt. KIO 763/25, do której odnosi się Odwołujący, nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie do PROKOM wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Izba w ww. wyroku stwierdziła, że PROKOM nie wykazał za pomocą zasobów podmiotu trzeciego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 1 TOM ISWZ, z uwagi na to, iż„(…) z załączonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że spółka Via Regia nie będzie realizowała przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu. Podmiot ten zobowiązał się bowiem wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Zobowiązanie nie potwierdza, że będzie on świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej oraz brać udział we czynnościach określonych w OPZ. Z kolei pozostałe czynności, do których zobowiązał się ten podmiot (o charakterze opiniodawczo-doradczym) nie są wystarczające do realnego przekazania doświadczenia (…)".

Wobec powyższego, działając zgodnie z ww. wyrokiem, Zamawiający skierował do PROKOM wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż podmiot użyczający zasobów nie zobowiązał się do wykonania zamówienia usług w takim zakresie, w jakim PROKOM wykazywał spełnienie warunku doświadczenia określonego w pkt 8.2.4 ppkt 1 TOM I SWZ za pomocą zdolności tego podmiotu.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym

przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu".
W tym miejscu należy dodać, że przepis art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania względem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, lecz określa sposób wykonania obowiązku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby. Przepis art. 122 ustawy Pzp wskazuje bezpośrednio na możliwość:
a ▪ zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
b ▪ wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Wybór w ww. zakresie należy do wykonawcy.
Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.
Z przytoczonej powyżej regulacji wynikają dwie zasady. Po pierwsze, w sytuacji gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich. Po drugie, nawet jeżeli wykonawca od początku polegał na określonych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich, to nie może po złożeniu oferty powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie. Co istotne w realiach sprawy, zakaz o którym mowa w art. 123 ustawy Pzp należy odnosić do sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Potwierdzeniem powyższego jest linia orzecznicza KIO, przykładowo wyroku z dnia2 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 883/24, Izba wskazała, że: „Zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wnioskówo dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa." Również w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., KIO 284/23, Izba wyjaśniła: „(…) W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wykładać mając także na uwadze art. 122 p.z.p., na gruncie którego: "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu". Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający - po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostepniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji przeciwnie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. (…)" Warto przy tym zaznaczyć, że art. 123 Pzp został wprowadzony do polskiego systemu zamówień publicznych w wyniku tezy przyjętej w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14). Trybunał Sprawiedliwości w ww. wyroku uznał, że wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie było przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.
Stanowisko wyrażone w ww. wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiejzachowuje swoją aktualność również na gruncie dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 122 i 128 ust. 1 ustawy Pzp. Podobne stanowisko wynika również z doktryny

prawniczej, a mianowicie:
-„(…) w okolicznościach określonych w art. 122 p.z.p. (...) wykonawcy przyznano uprawnienie da zmiany sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - może on wykazać dysponowanie zasobami innego [podmiotu] niż pierwotnie wskazany (...) lub też przedstawić zasoby własne do oceny. Ustawodawca nie dopuszcza natomiast możliwości zmiany sposobu wykazania spełnienia warunku w taki sposób, że wykonawca złożył wniosek lub ofertę bez powołania się na zasoby innego podmiotu, a w wyniku weryfikacji przez zamawiającego i uznania, że warunki nie są spełnione, i następującego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust 1 p,z,p. próbuje uzupełnić swój potencjał zasobami nowego podmiotu trzeciego (…)"
-„(…) Istotne jest, że jakiekolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach lub sytuacji. Takie rozwiązanie ustawowe stanowi konsekwencję stanowiska wyrażonego w wyroku TS z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt. (…)"
Jak wynika z powyższego, o ile zgodnie z art. 123 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, to jednak przepis ten wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa. Tym samym - wbrew twierdzeniom Odwołującego - Zamawiający w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w sposób pełny i precyzyjny przedstawił uzasadnienie prawne i faktycznie odrzucenia oferty PROKOM. W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp należy ocenić jako chybiony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienia zgłosił wykonawca: Prokom Consulting Sp. z o.o. z/s w Sosnowcu.

Sygn. akt: KIO 2582/25

Odwołujący podał: (...) składam odwołanie od:
1)czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty DTŚ S.A., w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;
2)czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ");
3)zaniechania czynności przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:
1)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty
Odwołującego z Postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ;
2)art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia
Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania;
3)powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego Odwołania, celem wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania.
Wnoszę także o:
1)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do Odwołania, celem wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania;
2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 763/25;
3)wyznaczenie do rozpatrzenia niniejszej sprawy 3-osobowego składu orzekającego;
4)zobowiązanie Zamawiającego oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia pisemnego stanowiska w sprawie zarzutów Odwołania w terminie umożliwiającym Odwołującemu zapoznanie się z tym stanowiskiem przed dniem terminu posiedzenia i rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą;

Odwołujący wskazał: (...) Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą na co wskazuje choćby treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności podejmowane przez Zamawiającego przed dokonaniem wyboru. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego, która została odrzucona z Postępowania – zostanie przywrócona do Postępowania i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ prezentuje najlepszy stosunek do kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę co najmniej w postaci utraconych korzyści – przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. (...)
W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

(...)
2.W pkt 8 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu:
„8. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU
8.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. 8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:
8.2.4.1 dotyczącej Wykonawcy:
Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu
(zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:
a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. G jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 73 mln PLN netto;
b)budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I. (…)
8.2.4.2 dotyczącej osób: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:
a)osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu: (…)
b)osoba proponowana do pełnienia funkcji Główny specjalista ds. roszczeń: (…)
c)osoba proponowana do pełnienia funkcji Technolog: (…).”
3.Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę.
4.Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył w SWZ możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich. W pkt 11.8. SWZ wskazano, że:
„Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składnia ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”
Dowód: SWZ – w aktach Postępowania
5.W Postępowaniu oferty złożyło 12 (dwunastu) wykonawców, w tym Odwołujący.
Dowód: zbiorcze zestawienie ofert – w aktach Postępowania
6.Odwołujący w ofercie zadeklarował że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego – Via Regia Sp. z o.o. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 SWZ. W pkt 5 Formularza Ofertowego zadeklarowano, że Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy realizację części zamówienia:
„ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:
Część nadzoru budowlanego”
7.Odwołujący do oferty dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego - Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o., w którym wskazano, że przedmiotem udostępnienia jest cały zasób w postaci zdolności technicznej i zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 SWZ (bez wskazania czy chodzi tutaj o wiedzę i doświadczenie czy też osoby zdolne do wykonania zamówienia). Przedmiotem udostępnienia od początku była zdolność techniczna i zawodowa, o której mowa w tym

przepisie.
8.W dokumencie wskazano również:
Zasoby zostaną wykorzystane jako:
-udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, (…)
-delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie (…).”
Dowód: oferta Odwołującego – w aktach Postępowania
9.Zamawiający w dniu 5 września 2024 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w pkt 8.2.4 SWZ.
Dowód: wezwanie z dania 5 września 2024 r. – w aktach Postępowania
10.Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług, w którym powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego polegające na realizacji inwestycji pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa autostrady A-18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11+860 do 33+760”.
11.Odwołujący przedstawił także Wykaz osób, w którym wskazał dysponowanie osobami:
a.Inżynier Kontraktu - p. G.M. - dysponowanie bezpośrednie;
b.Technolog - p. H.K. – dysponowanie bezpośrednie;
c.Główny Specjalista ds. roszczeń - p. T.R. - dysponowanie bezpośrednie.
Dowód: podmiotowe środki dowodowe Odwołującego – w aktach Postępowania
12.Zamawiający w dniu 2 października 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:
„[w] jaki sposób Wykonawca zorganizuje swoją współpracę z Biurem
Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów przy realizacji niniejszego zamówienia?”.
Dowód: wezwanie z dnia 2 października 2024 r. – w aktach Postępowania
13.Odwołujący w dniu 8 października 2024 r. udzielił odpowiedzi:
„Via Regia Sp. z o.o. zostaną powierzone usługi nadzoru w branży drogowej oraz mostowej. Via Regia Sp. z o.o. będzie świadczył usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.
Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: (i) Inżynier Kontraktu, (ii) Główny specjalista ds. rozliczeń, (iii) Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, (iv) Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, (v) Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej.
Via Regia Sp. z o.o. będzie brać udział we wszystkich czynnościach określonych w OPZ oraz wzorze umowy, na wszystkich etapach świadczenia usługi.”
Dowód: wyjaśnienia z dnia 8 października 2024 r. – w aktach Postępowania
14. Zamawiający w dniu 21 lutego 2025 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art.
226 ust. 1 pkt 2) lit. b), pkt 4 oraz pkt 10 ustawy Pzp.
Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2025 r. – w aktach Postępowania
15.Odwołujący w dniu 3 marca 2025 r. wniósł od ww. decyzji odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wyrokiem z dnia 21 marca 2025 r. o sygn. akt KIO 763/25 uwzględnione.
Dowód: akta KIO 763/25 – w aktach KIO
16.Izba w wyroku wskazała, że:
„W ocenie Izby zasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że z załączonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że spółka Via Regia nie będzie realizowała przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu. Podmiot ten zobowiązał się bowiem wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Zobowiązanie nie potwierdza, że będzie on świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej oraz brać udział we czynnościach określonych w OPZ. Z kolei pozostałe czynności, do których zobowiązał się ten podmiot (o charakterze opiniodawczo-doradczym) nie są wystarczające do realnego przekazania doświadczenia (…).”
17.Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2025 r. wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art.
122 ustawy Pzp Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego Via Regia Sp. z o.o. innym podmiotem. W wezwaniu wskazano, że: „Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. o.o. czyli podmiot, który udostępnia zasoby Wykonawcy zobowiązał się w sposób ogólny i lakoniczny m.in. do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Z przedłożonych dokumentów nie wynika jaki faktycznie zakres w ramach pełnieniu nadzoru miałby wykonywać ww. podmiot. Nie ulega wątpliwości, że warunkiem skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia nie

jest zaangażowanie tego podmiotu do jakiekolwiek zakresu zamówienia, ale wykonanie usług w takim zakresie w jakim udostępniane zostało doświadczenie. W konsekwencji Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika to z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. Zamawiający określi warunek odnoszący się do doświadczenia Wykonawcy w zakresie pełnienia nadzoru nad realizacją budowy lub przebudowy dróg lub ulic oraz pełnienia nadzoru nad realizacją obiektu mostowego. Zamawiający wskazał również, że wykonawca w ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji."
Dowód: wezwanie z dnia 4 kwietnia 2025 r. – w aktach Postępowania
18.Odwołujący pismem z dnia 14 kwietnia 2025 r. przedłożył m. in. nowe zobowiązanie innego podmiotu - Specjalistycznego Biura Inwestycyjno-Inżynierskiego PROSTA-
PROJEKT do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia. Z treści ww. Zobowiązania wynika, że Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTAPROJEKT zobowiązało się do:
a.udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami w branży drogowej i mostowej;
b.pełnienia nadzoru poprzez zarządzanie, pełnienie kontroli i nadzór inwestorski oraz współpraca ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji;
c.udziału we wszystkich czynnościach opisanych w OPZ;
d.zapewnienia udziału w realizacji zamówienia osoby na stanowisko Inżyniera
Kontraktu spełniającego wymagania określone w OPZ;
e.oddelegowania do realizacji zamówienia głównych inspektorów nadzoru w branży drogowej oraz mostowej i zapewnienia asystentów tych inspektorów;
f.udzielania stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,
g.wydawania opinii, przygotowywania dokumentów wymaganych w OPZ oraz umowie z inwestorem,
h.stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,
i.udzielanie konsultacji.
Dowód: korespondencja z dnia 14 kwietnia 2025 r. – w aktach Postępowania
19.Pismem z dnia 18 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i udzielenia odpowiedzi na pytania:
„(…) 1.1) na czym dokładnie będzie polegało stałe wsparcie merytoryczne, stałe doradztwo i udzielanie konsultacji udzielane przez Specjalistyczne Biuro
Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT na rzecz Wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia;
1.2)na czym dokładnie będzie polegało faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami w branży drogowej i mostowej przez Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskiego PROSTA-PROJEKT, w tym wskazanie jakiej części usługi to dotyczy;(…)".
1.3)wskazania jakich konkretnie stanowisk będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby (Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT) oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał przy realizacji niniejszego zamówienia (…)".
20.Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Inżyniera Kontraktu. Z treści nowego zobowiązania wynikało, iż Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno Inżynierskie PROSTAPROJEKT zapewni udział w realizacji zamówienia osoby na stanowisko Inżyniera Kontraktu spełniającego wymagania określone w OPZ. Z kolei z treści Wykazu osób przedłożonego przez Wykonawcę wraz z pismem z dnia 16 września 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 września 2024 r., skierowane 7 w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wynikało, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Kontraktu to p. G.M., a podstawę dysponowania w odniesieniu do ww. osoby określono jako „dysponowanie bezpośrednie".
Dowód: wezwanie z dnia 4 kwietnia 2025 r. – w aktach Postępowania
21.W odpowiedzi na powyższe, Wykonawca w piśmie z dnia 28 kwietnia 2025 r. oświadczył m. in.: „(…) Zakres personelu oddelegowanego do realizacji zamówienia został określony w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Podmiot trzeci zapewni wymaganych w pkt 2.1 OPZ: Inżyniera Kontraktu, Inspektorów Nadzoru specjalności inżynieryjnej: mostowej, drogowej oraz Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej: mostowej, drogowej. (…)
Wykonawca w załączeniu przesyła poprawiony Wykaz osób, który konwaliduje rozbieżności dostrzeżone przez Zamawiającego w treści wezwania do złożenia wyjaśnień. (…) Wyjaśniam jednocześnie, iż zakres czynności i obowiązków jaki będzie powierzony Inżynierowi Kontraktu jest tożsamy z zakresem przypisanym Inżynierowi Kontraktu wynikającym z OPZ, treści umowy oraz Warunków Kontraktu zawartego z Wykonawcą robót, tj. obejmujący pełnienie

nadzoru poprzez zarządzanie, pełnienie kontroli oraz współpraca ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji. Inspektorzy nadzoru branży drogowej i mostowej będą również posiadali zakres obowiązków oraz uprawnienia do wykonywania czynności takie jak Inżynier Kontraktu, z wyłączeniem uprawnień wynikających z Subklauzuli 3.5 [Określenia] Warunków Kontraktu (…)".

22.Wraz z ww. pismem z dnia 28 kwietnia 2025 r. Odwołujący przedłożył nowy Wykaz osób na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ), dokonując zmiany osoby wskazanej wcześniej na stanowisko Inżyniera Kontraktu (tj. p. G.M.) i która stanowiła pierwotnie zasób własny Wykonawcy (tj. dysponowanie bezpośrednie). W treści nowego wykazu osób na stanowisko Inżyniera Kontraktu Wykonawca wskazał p. A.P., podstawa dysponowania w odniesieniu do ww. osoby - „poleganie na zasobach PUZ Prosta Projekt".

Dowód: korespondencja z dnia 28 kwietnia 2025 r. – w aktach Postępowania

23.Zamawiający w dniu 12 czerwca 2025 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 123 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że Odwołujący po terminie składania ofert rozszerzył zakres udostępnianych przez podmiot trzeci zasobów.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 czerwca 2025 r. – w załączeniu

24.W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że: „Wykonawca dokonał zmiany co do zakresu polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby i wykazał, że w odniesieniu do jednej z osób wymaganych w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca, po terminie składania ofert, rozszerzył zatem zakres w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, poprzez wskazanie, że podmiot trzeci będzie realizował usługi m.in. poprzez skierowanie do realizacji usługi Inżyniera Kontraktu, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp.W tym miejscu należy podkreślić, że z pierwszego złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. nie wynikało, że ww. podmiot zapewni i przekaże Wykonawcy pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach kluczowego personelu, w szczególności - Inżyniera Kontraktu. W złożonym wraz z ofertą zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. oświadczył, że zasoby ww. podmiotu zostaną wykorzystane jako: (cyt.): - udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, - udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, - wydawanie opinii, - stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, - udzielanie konsultacji, - delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, - udzielenie wsparcia finansowego na potrzeby realizacji zamówienia, w tym w szczególności poprzez przejęcie spłaty bieżących zobowiązań finansowych, udzielanie pożyczek, w razie konieczności przejęcie długu Wykonawcy (…)". Personel kluczowy, w tym Inżynier Kontraktu zgodnie z pierwszym wykazem osób i złożonym wraz z ofertą zobowiązaniem Via Regia, nie miał być zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym Wykonawcy. Tym samym PROKOM Consulting Sp. z o.o. - składając na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego - wskazał pierwotnie na bezpośrednie dysponowanie Inżynierem Kontraktu, tj. na stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a ww. osobą, na której dysponowanie Wykonawca się powołuje. Powyższe zaś oznacza, że w takim wypadku nie stosuje się art. 118 ustawy Pzp, gdyż w podanym przez Wykonawcę zakresie nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. (…) Wykonawca wykazał pierwotnie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu tj. poprzez dysponowanie bezpośrednie (czyli tzw. zasoby własne). Ponadto również treść odwołania z dnia 03.03.2025 r. złożonego przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu (dot. sygn. akt KIO 763/25) potwierdza to, że osoba na stanowisko Inżynier Kontraktu miała stanowić zasób własny Wykonawcy. Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Z przytoczonej powyżej regulacji wynikają dwie zasady. Po pierwsze, w sytuacji gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich. Po drugie, nawet jeżeli wykonawca od początku polegał na określonych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich, to nie może po złożeniu oferty, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie (tak m.in. wyrok KIO z dnia 27.11.2024 r., sygn. akt 4144/24, wyrok KIO z dnia 15.02.2023 r., sygn. akt 284/23). Wykonawca, który potwierdza w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu za pomocą własnego potencjału, nie może, po terminie składania ofert powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Rozszerzenie zakresu prac zlecanych podwykonawcy będącemu podmiotem trzecim, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej lub zawodowej dla wykonawcy, o szerszy

zakres niż wskazany w ofercie, jest niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy Pzp. Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłaby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów (…)

Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób i dysponowania osobą wskazaną na Inżyniera Kontraktu. Wykonawca nie mógł bowiem ww. zakresie, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego z uwagi na ograniczenie określone w art. 123 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp."

II.Uzasadnienie zarzutów Odwołania

25.Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Decyzja Zamawiającego została podjęta w oderwaniu od literalnego brzmienia przepisów ustawy Pzp oraz treści dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

26.Po pierwsze, przepis art. 123 ustawy Pzp stanowi, że:

„Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby." 27. W niniejszym stanie faktycznym ww. przepis nie zmaterializował się, gdyż Odwołujący nie rozszerzył zakresu zasobów podmiotów trzecich, na których polega względem zadeklarowanego pierwotnie w ofercie. Okoliczności niniejszej sprawy obrazuje poniższa tabela:

SWZ (warunek udziału w Postępowaniu):	Zobowiązanie do udostępnienia zasobów (pierwotne, dołączone do oferty)	Podmiotowe środki dowodowe:
Punkt 8.2.4. <u>zdolności technicznej lub zawodowej:</u> 8.2.4.1 dotyczącej Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem 8.2.4.2 dotyczącej osób: osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu: (…)	OŚWIADCZAM/-MY, iż: a)<u>udostępniam</u> <u>Wykonawcy ww. zasoby</u>, w następującym zakresie: **<u>zdolność techniczna lub zawodowa</u>**, o której mowa **w pkt 8.2.4**	Wykaz usług – doświadczenie podmiotu trzeciego (wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ) Wykaz osób – osoby oddelegowane przez podmiot trzeci ((wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.2 SWZ)

28.W niniejszym Postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, w której – zgodnie z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o., celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4 SWZ, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

29.Wraz z ofertą przedłożone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, którego treść – wbrew stanowisku Zamawiającego – nie ograniczała zakresu udostępnienia wyłącznie do wiedzy i doświadczenia, lecz odnosiła się wprost do całokształtu zasobów wymaganych na gruncie punktu 8.2.4.2 SWZ (który zawierał dwa podpunkty: 8.2.4.1 – warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia oraz 8.2.4.2 – osób zdolnych do wykonania zamówienia).

30.Z literalnego brzmienia zobowiązania Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. wynika m. in.: (i) zobowiązanie do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, (ii) deklaracja udziału w czynnościach określonych w OPZ (tj. także w czynnościach wymagających kwalifikacji personelu wskazanego w pkt 8.2.4.2 SWZ), (iii) zobowiązanie do delegowania pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, (iv) zapewnienie stałego wsparcia merytorycznego i doradczego, co w kontekście zamówienia o charakterze inżynierskim zakłada realne zaangażowanie personelu.

31.Treść zobowiązania nie zawiera żadnej klauzuli ograniczającej udostępnienie wyłącznie do wiedzy i doświadczenia – przeciwnie, podmiot udostępniający zadeklarował dostępność pełnego zaplecza kadrowego, funkcjonalnego i organizacyjnego. Jakakolwiek interpretacja nie znajduje uzasadnienia ani w treści złożonego zobowiązania, ani w obowiązujących przepisach ustawy Pzp.
32.Zamawiający – pomimo wyraźnych sformułowań użytych w zobowiązaniu – przyjął interpretację nieopartą na literalnej treści dokumentu, lecz wynikającą z domniemania, jakoby przedmiotem udostępnienia była jedynie „wiedza i doświadczenie". Tymczasem żadne postanowienie zobowiązania nie zawiera sformułowań ograniczających udostępnione zasoby wyłącznie do tych elementów. Wręcz przeciwnie – zakres udostępnienia obejmuje także personel o wymaganych kwalifikacjach oraz faktyczne, czynne uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.
33.Zgodnie z brzmieniem art. 123 ustawy Pzp, przesłanka zakazu późniejszego powoływania się na zdolności podmiotów trzecich odnosi się wyłącznie do tego, czy na etapie składania oferty Wykonawca: (i) w ogóle polegał na zasobach podmiotu trzeciego,
(ii) w jakim zakresie te zasoby miały być udostępnione, (iii) oraz czy ten zakres został wprost zadeklarowany w ofercie
34.W związku z tym ocena Zamawiającego, dokonana na podstawie innych dokumentów składanych po złożeniu oferty – takich jak wykaz osób, wyjaśnienia, uzupełnienia czy odpowiedzi na wezwania – jest nieadekwatna jako podstawa zastosowania art. 123 ustawy Pzp.
35.Po drugie, Zamawiający błędnie przyjął, że zakres udostępnienia nie obejmował personelu wymaganego w pkt 8.2.4.2 SWZ. Zobowiązanie złożone wraz z ofertą w sposób wyraźny i jednoznaczny obejmowało wszystkie wymagane zasoby, także osobowe.
36.Brak było podstaw do uznania, że Wykonawca po terminie składania ofert „rozszerzył" zakres udostępnienia zasobów – przeciwnie, dokonał jedynie doprecyzowania i formalnej konwalidacji dokumentacji, co było dopuszczalne w świetle art. 128 ustawy Pzp.
37.Odwołujący pragnie wskazać, iż ewentualna rozbieżność, która zaistniała w toku Postępowania – polegająca na błędnym określeniu podstawy dysponowania personelem w pierwotnie przedłożonym Wykazie osób (w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) – miała charakter wyłącznie techniczny i formalny, a nie merytoryczny. W Wykazie tym wskazano, że osoby przewidziane do pełnienia kluczowych funkcji (w tym Inżyniera Kontraktu) stanowią bezpośredni zasób własny Wykonawcy, podczas gdy – zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym i treścią zobowiązania podmiotu trzeciego – osoby te pozostają do dyspozycji Wykonawcy na podstawie udostępnionych zasobów kadrowych.
38.Błąd ten, jako niedopatrzenie natury formalnej, został niezwłocznie skorygowany w ramach procedury konwalidacyjnej, prowadzonej zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy
Pzp. W wyniku złożonych wyjaśnień oraz aktualizacji Wykazu osób, wskazano wprost, iż podstawą dysponowania kluczowym personelem jest poleganie na zasobach udostępnionych przez podmiot trzeci (PROSTA-PROJEKT), co jest zgodne zarówno z faktyczną strukturą organizacyjną realizacji zamówienia, jak i z treścią złożonego zobowiązania.
39.W toku ponownego badania i oceny ofert Odwołujący nie dokonywał żadnej zmiany zakresu zasobów, na których polegał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
40.Działania podejmowane przez Odwołującego w dalszym toku postępowania miały wyłącznie charakter doprecyzowujący i porządkujący, stanowiąc bezpośrednią odpowiedź na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 763/25 oraz konkretne wezwania Zamawiającego kierowane w trybie art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych.
41.Przykładowo: w pierwotnym zobowiązaniu podmiot trzeci Via Regia Sp. z o.o. zadeklarował udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W zobowiązaniu uzupełniającym PROSTA - PROJEKT doprecyzowano, że zakres ten obejmuje wykonywanie jako podwykonawca usług w branży drogowej i mostowej, co pozostaje całkowicie zgodne z treścią SWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia.
42.Również pierwotna deklaracja, że podmiot trzeci oddeleguje do realizacji zamówienia niezbędny personel, została w kolejnym zobowiązaniu rozwinięta o jednoznaczne wskazanie, że chodzi o Inżyniera Kontraktu, Głównych Inspektorów Nadzoru w specjalności drogowej i mostowej oraz ich asystentów – a więc dokładnie te osoby, których wymagał Zamawiający w pkt 8.2.4.2 SWZ.
43.Dodatkowo, pierwotne ogólne sformułowanie o wykonywaniu czynności określonych w OPZ zostało uzupełnione przez szczegółowe wyliczenie tych działań, obejmujących m. in. nadzór inwestorski, zarządzanie kontraktem, raportowanie i wsparcie techniczne. Istotne jest, że sposób wykorzystania zasobów nie uległ zmianie – zmianie uległa jedynie precyzja i czytelność opisu ich wykorzystania, dokonana zgodnie z literalnym brzmieniem wezwań Zamawiającego.
44.Uzupełniony dokument rozwiał tym samym wszelkie wątpliwości co do pierwotnych sformułowań, bez naruszania ram oferty ani zakresu udostępnienia zasobów. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że doszło do rozszerzenia zakresu zasobów w rozumieniu art. 123 ustawy Pzp.

45.Przepis ten odnosi się wyłącznie do zakresu udostępnianych zasobów, zadeklarowanego w momencie składania oferty – a zakres ten od początku obejmował zarówno wiedzę i doświadczenie, jak i osoby zdolne do wykonania zamówienia, co wynika wprost z literalnego brzmienia dokumentu.
46.Treść zobowiązania złożonego z ofertą jednoznacznie potwierdzała, że udostępnione zasoby mają charakter kompleksowy i obejmują komponent personalny.
47.Aktualnie wszystkie dokumenty potwierdzające zdolność podmiotową Odwołującego, w tym wykaz osób oraz złożone wyjaśnienia – wszystkie elementy pozostają ze sobą w pełni spójne, logicznie kompatybilne i zgodne z wymaganiami SWZ. W związku z tym jakiekolwiek wcześniejsze niejednoznaczności zostały skutecznie usunięte na etapie badania i oceny ofert, zgodnie z ustawowym mechanizmem umożliwiającym doprecyzowanie treści dokumentów.
48.Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:
a.KIO 883/24: „Przepis art. 123 p.z.p. wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania
warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa. W konsekwencji, oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (stanowiące oświadczenie wiedzy, a nie woli) może ulegać zmianom stosownie do okoliczności faktycznych, jak również podlega wyjaśnieniom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt, że oświadczenie tego rodzaju składane jest w formularzu oferty nie może przesądzać o charakterze tego oświadczenia, ponieważ uprawnienie wykonawcy do korzystania z podwykonawców doznaje ograniczenia jedynie w przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania niektórych części zamówienia."
49.W kontekście powyższego należy podkreślić, że ocena oferty Odwołującego powinna zostać dokonana w oparciu o aktualny i jednolity zestaw dokumentów, których treść – po dokonanych uzupełnieniach i wyjaśnieniach – w sposób jednoznaczny potwierdza spełnienie przez Odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie doświadczenia, jak i zdolności technicznej i zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia.
50.Po trzecie, niezwykle istotnym aspektem stanu faktycznego, który nie może zostać pominięty przy ocenie zasadności decyzji Zamawiającego, jest fakt, że kwestia rzekomego rozszerzenia zakresu udostępnionych zasobów była już przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania o sygn. akt KIO 763/25.
51.Zarówno z uzasadnienia tego orzeczenia, jak i z jego sentencji jednoznacznie wynika, że Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby doszło do niedopuszczalnego rozszerzenia zakresu udostępnienia zasobów po terminie składania ofert. Gdyby taka okoliczność rzeczywiście zaistniała i miała charakter materialnoprawny, skutkujący naruszeniem art. 123 Pzp, to Izba – dysponując pełnią kompetencji orzeczniczych – niewątpliwie odniosłaby się do niej w sposób stanowczy, a być może nawet orzekłaby o zasadności wcześniejszego odrzucenia oferty Odwołującego. Tak się jednak nie stało.
52.Wręcz przeciwnie – Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jedynie na jedną, konkretną i możliwą do usunięcia wadę formalną, a mianowicie na to, że treść pierwotnego zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała realnego i efektywnego dostępu do zasobów, o których mowa w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby, warunkiem skutecznego powołania się na zdolności podmiotu trzeciego było nie tylko formalne złożenie zobowiązania, ale również wykazanie realności i trwałości dostępu do udostępnianych zasobów – w tym personalnych.
53.W odpowiedzi na te wskazania, Odwołujący niezwłocznie i zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył nowe zobowiązanie, pochodzące od innego podmiotu trzeciego (PROSTA-PROJEKT), w którym w sposób pełny, jednoznaczny i literalnie zgodny z wytycznymi KIO wskazano: (i) że podmiot ten przekaże Odwołującemu do dyspozycji osoby niezbędne do realizacji zamówienia (Inżynier Kontraktu, inspektorzy, asystenci), (ii) że osoby te będą brały udział w realizacji kluczowych zadań zgodnie z OPZ i SWZ, (iii) oraz że zakres udostępnienia obejmuje nie tylko potencjał teoretyczny, lecz faktyczne wykonanie usług. Poprawiona treść zobowiązania stanowi więc bezpośrednią odpowiedź na zarzuty podniesione przez Izbę i jako takie nie może być interpretowane jako niedopuszczalne „rozszerzenie" zakresu udostępnienia, lecz jako konwalidacja istniejącej już deklaracji zgodnie z mechanizmami przewidzianymi przez przepisy ustawy.
54.W świetle powyższego, podejmowanie przez Zamawiającego kolejnej decyzji o odrzuceniu oferty na tej samej podstawie faktycznej, która została już rozstrzygnięta przez Izbę, stanowi de facto obejście mocy wiążącej wcześniejszego rozstrzygnięcia i godzi w zasadę stabilności orzeczeń oraz prawomocności czynności prawnych w postępowaniu przetargowym.
55.Po czwarte, w toku niniejszego postępowania przetargowego Odwołujący w sposób rzetelny i transparentny realizował wszystkie obowiązki proceduralne, odpowiadając terminowo i merytorycznie na każde z wezwań kierowanych przez Zamawiającego, w tym: (i) wezwanie z dnia 4 kwietnia.2025 r. wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp, (ii) oraz kolejne wezwanie z dnia 18 kwietnia 2025 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.
56.Obecnie jednak Zamawiający – całkowicie sprzecznie z własnym wcześniejszym postępowaniem – formułuje zarzut, jakoby działania Odwołującego naruszały art. 123 ustawy Pzp, uznając je za niedopuszczalną zmianę zakresu udostępnionych zasobów. Należy stanowczo sprzeciwić się takiemu podejściu, gdyż Odwołujący nie działał z własnej

inicjatywy, lecz w odpowiedzi na wyraźne wezwania Zamawiającego, a złożone dokumenty odpowiadały dokładnie zakresowi przedmiotowemu i formalnemu wskazanemu w treści tych wezwań. Zamawiający sam wezwał do uzupełnienia i doprecyzowania dokumentacji, która dziś rzekomo ma świadczyć o podstawie odrzucenia oferty.

57.Tym samym należy uznać, że Zamawiający własnym działaniem – poprzez kierowanie wezwań o określonej treści – niejako kreował sytuację, która dziś jest przez niego instrumentalnie wykorzystywana jako rzekoma podstawa zarzutu rozszerzenia zakresu zasobów. Takie postępowanie jest nieakceptowalne w świetle zasady lojalności kontraktowej, uczciwej konkurencji i transparentności postępowania (art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp).

58.Nie sposób zaakceptować sytuacji, w której wykonawca działający w dobrej wierze, zgodnie z literalnym brzmieniem wezwań i intencją Zamawiającego, zostaje postawiony w stan naruszenia, który powstał jedynie wskutek zmiennej interpretacji dokumentów przez sam organ. Tego rodzaju brak jednolitości w działaniu Zamawiającego nie tylko narusza zasadę zaufania do instytucji publicznych, ale również tworzy stan prawnej niepewności, który wprowadza wykonawcę w pułapkę proceduralną, podnosząc ryzyko jego wyeliminowania z postępowania na podstawie błędnej, wtórnej interpretacji czynności, które pierwotnie zostały przez Zamawiającego zainicjowane.

59.Po piąte, w niniejszym stanie faktycznym nie sposób ustalić, jakie rzeczywiste oczekiwania miał Zamawiający. Pierwotnie złożony przez Odwołującego Wykaz osób zawierał informację, że osoby w nim wskazane będą stanowić jego zasób własny. Okoliczność ta stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 21 lutego 2025 r. Następnie Odwołujący dokonał zmiany treści dokumentów oraz dostosował go do wytycznych KIO oraz wymagań Zamawiającego wskazując, że personel wskazany w Wykazie stanowić będzie personel podmiotu trzeciego – to również spotkało się z dezaprobatą Zamawiającego i stanowiło podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego decyzją z dnia 12 czerwca 2025 r. Pojawia się zatem pytanie: jaki sposób dysponowania personelem powinien zostać wskazany w Wykazie osób, aby Zamawiający nie widział podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania?

60.Wobec powyższego zasadnym staje się twierdzenie, że działanie Zamawiającego miało charakter kierunkowy, zmierzający nie do obiektywnej weryfikacji spełniania warunków udziału, lecz do wykreowania podstaw formalnych umożliwiających eliminację oferty Odwołującego, niezależnie od treści przedstawionych dokumentów. Praktyka taka pozostaje w rażącej sprzeczności z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, w tym zasadą proporcjonalności, transparentności oraz uczciwej konkurencji, i skutkuje istotnym naruszeniem interesu prawnego Wykonawcy.

61.Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający, kierując do Odwołującego wezwania w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i żądając szczegółowych informacji w zakresie sposobu wykorzystania podmiotu trzeciego oraz charakteru przewidywanej współpracy podwykonawczej, istotnie przekroczył ustawowe granice badania podmiotowej zdolności wykonawcy. Żaden z obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie wymaga bowiem, aby już na etapie składania oferty Wykonawca przedstawiał szczegółowy opis struktury przyszłej współpracy z podmiotem trzecim, w tym określał treść planowanej umowy podwykonawczej, zakres powierzonych zadań czy precyzyjne ramy organizacyjne realizacji zamówienia. Tego rodzaju informacje należą do sfery wykonawczej zamówienia i jako takie ulegają konkretyzacji dopiero na etapie zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne. Takie natomiast informacje były wymagane przez Zamawiającego i które obecnie stanowią podstawę podjętej przez Zamawiającego decyzji. Zamawiający od samego początku dążył do tego, aby pozyskać od Odwołującego – nawet pośrednio – dane i oświadczenia, które pozwolą mu dostosować stan faktyczny sprawy do podjętej już wcześniej decyzji co do odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania.

62.Samo oświadczenie wykonawcy w zakresie zamiaru powierzenia określonych części zamówienia podwykonawcy nie stanowi elementu treści oferty, a zatem może podlegać modyfikacjom zarówno w toku postępowania przetargowego, jak i na dalszym etapie realizacyjnym. W konsekwencji, fakt doprecyzowania lub uszczegółowienia sposobu, w jaki zasoby podmiotu trzeciego będą wykorzystywane przez wykonawcę w ramach zamówienia, nie może być traktowany jako modyfikacja treści oferty. Odwołujący działał w granicach dopuszczalnych przez przepisy prawa, składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, a złożone informacje miały charakter uzupełniający, a nie korygujący treść oferty.

63.Zarzuty formułowane przez Zamawiającego, jakoby Odwołujący dopuścił się niedopuszczalnej zmiany lub rozszerzenia oferty przez przedstawienie zaktualizowanego zobowiązania podmiotu trzeciego i wykazu osób, nie mają zatem podstawy prawnej. Działania te pozostają w pełni zgodne z ustawowym mechanizmem przewidzianym w art. 128 ustawy Pzp, a ich celem było jedynie dostosowanie opisu faktycznego do oczekiwań interpretacyjnych Zamawiającego, nie zaś dokonanie istotnej ingerencji w deklarację ofertową. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o zarzut rzekomej modyfikacji treści oferty jest całkowicie niezasadne i stanowi wyraz nadinterpretacji przepisów prawa.

64.W świetle przedstawionej argumentacji należy stanowczo stwierdzić, że w toku postępowania nie doszło do rozszerzenia zakresu udostępnianych zasobów w rozumieniu art. 123 ustawy Pzp. Odwołujący już na etapie składania oferty zadeklarował poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie zarówno doświadczenia, jak i personelu.

Wszelkie późniejsze działania miały charakter wyłącznie doprecyzowujący i były podejmowane w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego oraz w wykonaniu wytycznych KIO. Złożone dokumenty nie zmieniły treści oferty, lecz jedynie uzupełniły istniejące deklaracje w granicach dopuszczalnych przez art. 128 ustawy Pzp.

65.Twierdzenie Zamawiającego o niedopuszczalnej modyfikacji jest zatem bezzasadne i nie znajduje oparcia w stanie faktycznym ani prawnym. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy i wymaga uchylenia.

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 522 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady Postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 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 nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 25.07.2025 r.) podał: (...) W ocenie Zamawiającego zarzuty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia w świetle stanu faktycznego i obowiązujących przepisów prawa, a w konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający w piśmie z dnia 12 czerwca

2025 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, precyzyjnie przedstawił uzasadnienie prawne i faktycznie odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z ww. pismem, oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że budowana przez Odwołującego narracja oparta jest na założeniu, że złożone pierwotnie wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego - Biura Inżynierskiego Via Regia sp. z o.o. (dalej jako: „Via Regia") dotyczyło całości zasobu w postaci zdolności technicznej i zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 TOM I SWZ, a zatem, zdaniem Odwołującego, w realiach sprawy nie sposób twierdzić, że w ramach Postępowania doszło do jakiegokolwiek rozszerzenia zakresu zasobów podmiotów trzecich na których Odwołujący polega, względem zakresu zadeklarowanego pierwotnie w ofercie. W ocenie Zamawiającego ww. stanowisko Odwołującego należy uznać za błędne, nie tylko mając na uwadze całokształt dokumentacji zgromadzonej w Postępowaniu, lecz przede wszystkim z uwagi na fakt, iż kwestia ta stanowiła już przedmiot oceny KIO w uprzednim postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt 753/25 (co Odwołujący pomija w treści odwołania, przedstawiając w sposób wyrywkowy stan przedmiotowej sprawy), o czym szerzej poniżej.

Warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności dotyczącej wykonawcy został określony w pkt 8.2.4 ppkt 1 TOM I SWZ, natomiast w zakresie zdolności dotyczącej osób- odrębnie w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ. Jak już wskazano powyżej, wbrew stanowisku Odwołującego, z treści pierwszego złożonego wraz z ofertą zobowiązania Via Regia oraz złożonych w toku Postępowania przez Odwołującego oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych wynika jednoznacznie, że Odwołujący nie polegał na zdolnościach ww. podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowania, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ (tj. warunku dotyczącego osób). W treści zobowiązania Via Regia został skonkretyzowany zakres, w jakim Odwołujący zamierzał skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, tj.:

udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji, wydawanie opinii, stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, udzielanie konsultacji, delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie i udzielenie wsparcia finansowego na potrzeby realizacji zamówienia, w tym w szczególności poprzez przejęcie spłaty bieżących zobowiązań finansowych, udzielanie pożyczek, w razie konieczności przejęcie długu Wykonawcy (...)".

Z powyższego wynika, że zobowiązanie Via Regia nie obejmowało przekazania przez ww. podmiot do wykonania przedmiotowego zamówienia pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach personelu kluczowego - w zakresie zdolności dotyczącej osób (tj. dysponowania Ekspertami kluczowymi) Odwołujący samodzielnie spełniał przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący na etapie składania ofert przewidział do realizacji usługi personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z:

1.Pisma Odwołującego z dnia 8 lipca 2024 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2024 r., skierowane w trybie m.in. art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Odwołujący w ww. piśmie wprost oświadczył, że:

(...) Wykonawca posiada kandydatów do podjęcia pracy na powyższych zasadach, a dowody dołączono do niniejszego pisma [12], [13]. " (...) Kandydat będzie zatrudniony przez Wykonawcę w ramach umowy cywilno - prawnej o współpracy (B2B) w ramach prowadzonej własnej, jednoosobowej działalności gospodarczej(...)".

2.Wykazu osób przedłożonego przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 16 września 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 września 2024 r. skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w ww. Wykazie wskazał osoby na stanowiska Ekspertów kluczowych, tj. Inżynier Kontraktu, Technolog, Główny Specjalista ds. roszczeń, będących jego zasobem własnym, a mianowicie:

a)Inżynier Kontraktu: p. G.M. - podstawa dysponowania: dysponowanie bezpośrednie (...);

b)Technolog: p. H.K. — podstawa dysponowania: dysponowanie bezpośrednie;

c)Główny Specjalista ds. roszczeń: p. T.R. - podstawa dysponowania dysponowanie bezpośrednie.

3. Odwołania z dnia 3 marca 2025 r. złożonego uprzednio przez Odwołującego w Postępowaniu, rozpatrywanego przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 763/25. Odwołujący w ww. odwołaniu wskazał:

„(...) Planowany sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego jest zgodny z oświadczeniami zawartymi w innych dokumentach: (...) Wykazem osób - wskazano w nim, że osoby wskazane na stanowiska Inżynier Kontraktu, Technolog oraz Główny Specia/ista ds. roszczeń będą stanowić personel własny Odwołującego (...)",

„(...) wskazał w Wykazie osób, że będzie dysponował Inżynierem Kontraktu,

Technologiem oraz Specjalistą ds. rozliczeń w sposób bezpośredni (...)",

„(...) W tym Postępowaniu Personelem Kluczowym nie są inspektorzy nadzoru w branżach drogowej i branży mostowej. Inspektorzy ci stanowią pozostały personel, o którym mowa w pkt 2.1 OPZ (...); (...) W zobowiązaniu do udostępnienia zasobów Via Regia Sp. z o.o. zobowiązała się do oddelegowania do realizacji zamówienia pozostałego personelu.

Powyższe potwierdza, że Odwołujący na etapie składania ofert nie przewidywał polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie osób - Ekspertów kluczowych, o których mowa w pkt. 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ (tj. Inżynier Kontraktu, Technolog, Główny Specjalista ds. roszczeń). Odwołujący, składając na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, powoływał się na stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Odwołującym, a ww. osobami.

Co istotne, ww. kwestia została już w sposób jednoznaczny przesądzona przez KIO, która w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 marca 2025 r. wydanego w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 763/25 stwierdziła:

„(...) udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące sposobu przekazania tego zasobu są próbą rozszerzenia zakresu polegania na potencjale podmiotu

udostępniającego zasoby (...)" „Odwołujący jednak przewidział do realizacji zamówienia personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z treści złożonego wykazu osób, w którym Odwołujący wskazał na bezpośrednie dysponowanie podanym w wykazie personelem. Treść wykazu osób jest spójna ze złożonym zobowiązaniem spółki Via Regia, w którym co prawda wskazano na udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 IDW, bez skonkretyzowania, że dotyczy to tylko podpunktu 1, jednak przy przedstawieniu sposobu udostępnienia zasobów wskazano jedynie na delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Izby analiza łącznie złożonego wykazu osób oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów prowadzi do wniosku, że personel kluczowy będzie zasobem własnym Odwołującego, zaś Via Regia, w celu przekazania swojego doświadczenia, zapewni m.in. oddelegowanie pozostałych pracowników. " „Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej. Powyższe - zdaniem Izby - jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że to Via Regia zapewni członków personelu kluczowego, co można rozumieć wyłącznie jako oddelegowanie personelu tej spółki do realizacji zamówienia". „Uprawnione jest zatem twierdzenie, że na etapie składania oferty Odwołujący nie przewidywał takiego sposobu realizacji zamówienia, który został przyjęty dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego, w celu odparcia twierdzeń strony przeciwnej (...)"

Podsumowując powyższe, twierdzenia Odwołującego, że w niniejszym przypadku nie nastąpiło rozszerzenie zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby względem zadeklarowanego pierwotnie w ofercie, stanowią wyłącznie przyjętą strategię procesową i są sprzeczne z rzeczywistym stanem faktycznym. Ponadto kwestia ta stanowiła już przedmiot oceny KIO (co zdaniem Zamawiającego celowo jest pomijane przez Odwołującego), przyznając w tym zakresie rację Zamawiającemu, uznając jednakże czynność Zamawiającego dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego za przedwczesną: „W ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. "

W następstwie ww. wyroku KIO, Zamawiający:
1)pismem z dnia 4 kwietnia 2025 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 21 lutego 2025 r. oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej Odwołującego,
2)przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym pismem z dnia 4 kwietnia 2025 r. skierował do Odwołującego wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp do złożenia dokumentów w zakresie wskazanym w ww. piśmie, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 ppkt 1 TOM I SWZ.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 14 kwietnia 2025 r. przedłożył m. in. nowe zobowiązanie innego podmiotu - Specjalistycznego Biura Inwestycyjno-Inżynierskiego PROSTA-PROJEKT do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia.
Z treści ww. zobowiązania wynika, że Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno- Inżynierskie PROSTA-PROJEKT zobowiązało się do:
(...)
- udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami w branży drogowej i mostowej;
- pełnienia nadzoru poprzez zarządzanie, pełnienie kontroli i nadzór inwestorski oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji;
- udziału we wszystkich czynnościach opisanych w OPZ;
- zapewnienia udziału w realizacji zamówienia osoby na stanowisko Inżyniera Kontraktu spełniającego wymagania określone w OPZ;
- oddelegowania do realizacji zamówienia głównych inspektorów nadzoru w branży drogowej oraz mostowej i zapewnienia asystentów tych inspektorów;
- udzielania stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,
- wydawania opinii, przygotowywania dokumentów wymaganych w OPZ oraz umowie z inwestorem,stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotu zamówienia,
- udzielania konsultacji. (...)".

Wobec powyższego, Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2025 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rozbieżności dotyczących dysponowania osobą wskazaną na stanowisko Inżyniera Kontraktu. Z treści nowego zobowiązania wynikało bowiem, iż Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT *zapewni udział w realizacji zamówienia osoby na stanowisko Inżyniera Kontraktu spełniającego wymagania określone w OPZ". Z kolei z treści Wykazu osób przedłożonego uprzednio przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 16 września 2024 r. wynikało, że Inżynierem Kontraktu będzie p. G.M., a podstawę dysponowania w odniesieniu do ww. osoby określono jako „dysponowanie bezpośrednie*".
Ponadto Zamawiający ww. pismem wezwał Odwołującego do wyjaśnienia:
„(...) 1.1) *na czym dokładnie będzie polegało stałe wsparcie merytoryczne, stałe doradztwo i udzielanie konsultacji udzielane przez Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT na rzecz Wykonawcy prz realizacji niniejszego zamówienia; 1.2) na czym dokładnie będzie polegało faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami w branży drogowej i mostowej przez Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskiego PROSTA-PROJEKT, w tym wskazanie jakiej części usługi to dotyczy(...)"; 1.3) wskazania jakich konkretnie stanowisk będzie dotyczyło udostępnienie personelu przez podmiot udostępniający zasoby (Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno- Inżynierskie PROSTA-PROJEKT) oraz wskazanie szczegółowych czynności i ic zakresu, które personel ten będzie wykonywał przy realizacji niniejszego zamówienia* (...)".
W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący w piśmie z dnia 28 kwietnia 2025 r. oświadczył m.in.
„(…) *Zakres personelu oddelegowanego do realizacji zamówienia został określony w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Podmiot trzeci zapewni wymaganych w pkt 2.1 OPZ: Inżyniera Kontraktu, Inspektorów Nadzoru specjalności inżynieryjnej: mostowej, drogowej oraz Asystentów Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej: mostowej, drogowej.* (...) *Wykonawca w załączeniu przesyła poprawiony Wykaz osób, który konwaliduje rozbieżności dostrzeżone przez Zamawiającego w treści wezwania do złożenia wyjaśnień.* (...) *Wyjaśniam jednocześnie, iż zakres czynności i obowiązków jaki będzie powierzony Inżynierowi Kontraktu jest tożsamy z zakresem przypisanym Inżynierowi Kontraktu wynikającym z OPZ, treści umowy oraz Warunków Kontraktu zawartego z Wykonawcą robót, tj. obejmujący pełnienie nadzoru poprzez zarządzanie, pełnienie kontroli oraz współpraca ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji. Inspektorzy nadzoru branży drogowej i mostowej będą również posiadali zakres obowiązków oraz uprawnienia do wykonywania czynności takie jak Inżynier Kontraktu, z wyłączeniem uprawnień wynikających z Subklauzuli 3.5 [Określenia] Warunków Kontraktu* (...)".
Wraz z ww. pismem Odwołujący z własnej inicjatywy złożył nowy Wykaz osób dokonując zmiany osoby wskazanej

pierwotnie na stanowisko Inżyniera Kontraktu oraz podstawy dysponowania w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ. Odwołujący w treści nowego Wykazu osób na stanowisko Inżyniera Kontraktu wskazał p. A.P., a jako podstawę dysponowania - „poleganie na zasobach PUZ Prosta Projekt".

Mając na uwadze powyższe, kierując się obowiązującymi przepisami ustawy PZP oraz orzecznictwem (w tym wyrokiem KIO z dnia 21 marca 2025 r, t KIQ 763/25) Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego nie powinno ulegać wątpliwości, że Odwołujący rozszerzył zakres korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego ponad wynikający z treści oferty, z uwagi na wskazanie, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował usługi poprzez delegowanie do pracy Inżyniera Kontraktu, tj. osoby wymaganej w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Z przytoczonej powyżej regulacji wynikają dwie zasady. Po pierwsze, w sytuacji gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich. Po drugie, nawet jeżeli wykonawca od początku polegał na określonych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich, to nie może po złożeniu oferty powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie.

Potwierdzeniem powyższego jest linia orzecznicza KIO, przykładowo w wyroku (...) KIO 284/23, Izba wyjaśniła: (...) W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wykładać mając także na uwadze art, 122 p.z.p., na gruncie którego: "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu". Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostepniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji w przeciwnie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego, Ograniczenie dotyczy czasu uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.(...)"

Również w wyroku z dnia 18 marca 2022 r., KIO 510/22, Izba zwróciła uwagę, iż: (...) Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Podkreślić w tym miejscu należy, że to wykonawca - jako podmiot profesjonalny ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy PZP złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność (...)". Podobne stanowisko zostało również wyrażone m.in. w wyrokach KIO: (...) KIO 763/25; (...), KIO 2920/24; z (...), KIO 1174/20.

Jak wynika z powyższego, zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłaby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów, co miało miejsce w niniejszym Postępowaniu. Warto przy tym zaznaczyć, że art. 123 Pzp został wprowadzony do polskiego systemu zamówień publicznych w wyniku tezy przyjętej w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14).

Trybunał Sprawiedliwości w ww. wyroku uznał, że wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie było przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Podobne stanowisko wynika również z doktryny prawniczej, a mianowicie: (...) w okolicznościach określonych w art. 122 p.z.p. (...) wykonawcy przyznano uprawnienie da zmiany sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - może on wykazać dysponowanie zasobami innego [podmiotu] niż pierwotnie wskazany (...) lub też przedstawić zasoby własne do oceny. Ustawodawca nie dopuszcza natomiast możliwości zmiany sposobu wykazania spełnienia warunku w taki sposób, że wykonawca złożył wniosek lub ofertę bez powołania się na zasoby innego podmiotu, a w wyniku weryfikacji przez zamawiającego i uznania, że warunki nie są spełnione, i następującego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust 1 p,z,p. próbuje uzupełnić swój potencjał zasobami nowego podmiotu trzeciego „(...) Istotne jest, że jakiekolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach lub sytuacji. Takie rozwiązanie ustawowe stanowi konsekwencję stanowiska wyrażonego w wyroku TS z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt. Niezależnie od powyższego, nie sposób uznać za prawidłowe twierdzenie Odwołującego, jakoby: „(...) samo oświadczenie wykonawcy w zakresie zamiaru powierzenia określenia części zamówienia podwykonawcy nie stanowi elementu treści oferty, a zatem może podlegać modyfikacjom zarówno w toku postępowania przetargowego, jak i na dalszym etapie realizacyjnym” Wyjaśnić należy- że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowany jest odmienny pogląd, zgodnie z którym zakres wskazany do realizacji przez podmiot udostępniający zasoby jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia, tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert (tak m.in. wyrok (...) KIO 281/23; wyrok (...) KIO 1174/20). W rezultacie nie może ulegać wątpliwości, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Co istotne, treść oferty to nie tylko formularz ofertowy, lecz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z tym formularzem. Na gruncie przepisów Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy zatem rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu, że działania podjęte przez Odwołującego po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert „miały wyłącznie charakter doprecyzowujący i porządkujący", bowiem „ewentualna rozbieżność, która zaistniała w toku Postępowania polegająca na błędnym określeniu podstawy dysponowania personelem w pierwotnie przedłożonym Wykazie osób (w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) - miała charakter wyłącznie techniczny i formalny, a nie merytoryczny”. W ocenie Zamawiającego ww. twierdzenia Odwołującego stanowią wyłącznie próbę "ratowania sytuacji" na etapie postępowania odwoławczego. Raz jeszcze należy przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 21 marca 2025 r., KIO 763/25, zgodnie z którym: „Uprawnione jest zatem twierdzenie, że na etapie składania oferty Odwołujący nie przewidywał takiego sposobu realizacji zamówienia, który został przyjęty dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego, w celu odparcia twierdzeń strony przeciwnej. Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego musi być jednoznaczne i nie może być przedmiotem interpretacji czy domniemania. Odwołujący pierwotnie nie polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ, samodzielnie wykazując jego spełnienie. Okoliczność ta została wprost wyartykułowana w uprzednim wyroku KIO wydanym w ramach prowadzonego Postępowania. Zatem w świetle obowiązujących przepisów Odwołujący nie może, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ. Nieuprawnione są również twierdzenia Odwołującego, z których wynika, że:

(...) Zamawiający własnym działaniem - poprzez kierowanie wezwań o określonej treści niejako kreował sytuację, która dziś jest przez niego instrumentalnie wykorzystywana jako rzekoma podstawa zarzutu rozszerzenia zakresu zasobów”.

- „Nie sposób zaakceptować sytuacji, w której wykonawca działający w dobrej wierze, zgodnie z literalnym brzmieniem wezwań i intencją Zamawiającego, zostaje postawiony w stan naruszenia, który powstał jedynie wskutek zmiennej interpretacji dokumentów przez sam organ. Tego rodzaju brak jednolitości w działaniu Zamawiającego nie tylko narusza zasadę zaufania do instytucji publicznych, ale również tworzy stan prawnej niepewności, który wprowadza wykonawcę w pułapkę proceduralną, podnosząc ryzyko jego wyeliminowania z postępowania na podstawie błędnej, wtórnej interpretacji

czynności, które pierwotnie zostały przez Zamawiającego zainicjowane. ”
Biorąc pod uwagę treść wezwań kierowanych przez Zamawiającego, takie twierdzenia stanowią - ponownie - interpretację własną Odwołującego i są sprzeczne z rzeczywistym stanem faktycznym. Co więcej, gdyby przyjąć argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, należałoby uznać, że Odwołujący z uwagi na niejednoznaczną treść składanych w ramach Postępowania dokumentów - może dowolnie zmieniać składane w toku Postępowania dokumenty i oświadczenia, lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne, umożliwiając tym samym przyjęcie dowolnej, korzystnej dla siebie interpretacji, w zależności od sytuacji występującej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Za niezrozumiałe należy uznać czynienie Zamawiającemu zarzutu, jakoby „podejmowanie przez Zamawiającego kolejnej decyzji o odrzuceniu oferty na tej samej podstawie faktycznej, która została już rozstrzygnięta przez Izbę, stanowi de facto obejście mocy wiążącej wcześniejszego rozstrzygnięcia i godzi w zasadę stabilności orzeczeń oraz prawomocności czynności prawnych w postępowaniu przetargowym”, skoro zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21 marca 2025 r., KIO 763/25:
- kwestia rozszerzenia przez Odwołującego zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby została jednoznacznie przez KIO przesądzona na niekorzyść
Odwołującego,
- Izba wprost zobowiązała Zamawiającego do skierowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp.
W ocenie Zamawiającego treść odwołania świadczy o tym, że Odwołujący traktuje ww. orzeczenie w sposób wybiórczy, przytaczając jedynie korzystne dla siebie twierdzenia i wnioski KIO, pomijając natomiast okoliczności, które z punktu widzenia jego interesów zostały rozstrzygnięte w sposób jednoznacznie dla niego niekorzystny, co zdaniem Zamawiającego nie powinno zasługiwać na ochronę prawną.
Końcowo odnosząc się do zarzutu, jakoby Zamawiający kierując do Odwołującego wezwanie do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przekroczył ustawowe granice badania zdolności Odwołującego, wymaga wskazania, że ww. przepis daje Zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, w szczególności, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości odnośnie treści przedłożonych mu oświadczeń i innych dokumentów wymienionych ww. przepisie, co w realiach sprawy nastąpiło.
Reasumując, wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2025 r. uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego, w tym działań podjętych na podstawie wskazań i twierdzeń KIO wyrażonych w uprzednim wyroku wydanym w ramach Postępowania, w związku z czym wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, w tym zasady poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienia zgłosili wykonawcy: DTŚ S.A. z/s w Katowicach. W piśmie procesowym z dnia 25.07.2025 r. podał: (...) składam niniejsze pismo procesowe, wnosząc o:
1)odrzucenie odwołania Prokom na podstawie art. 528 pkt 4 Pzp w związku tym, że u podstaw zarzutów stawianych przez Odwołującego legła okoliczność, która została już rozstrzygnięta prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, jaki został wydany w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25, tj. kwestia zakresu zasobów, jaki został Odwołującemu udostępniony w ramach zobowiązania do oddania zasobów złożonego przez niego wraz z ofertą; względnie (w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku z pkt 1)
2)oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.
II.Jednocześnie, na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp, wnoszę o przeprowadzenie przez Izbę dowodu z akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25 na okoliczność:
1.przebiegu tamtego postępowania odwoławczego;
2.twierdzeń i zarzutów podnoszonych przez Prokom w tamtej sprawie,
3.rozstrzygnięcia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie i ustaleń, co do zakresu zasobów, jaki został udostępniony Odwołującemu (i na jaki Odwołujący się powołał) na etapie składania ofert w Postępowaniu.
III.Ponadto wskazuję na następujące okoliczności przemawiające za bezzasadnością odwołania:
1.Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 123 Pzp poprzez odrzucenie oferty Prokom w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ. Równolegle Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2.Oba zarzuty zawarte w odwołaniu są jednak niezasadne.
3.Okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że w pkt 8.2.4 IDW Zamawiający postawił warunki udziału w Postępowaniu

dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, które dotyczyły dwóch aspektów:
a.Pkt 8.2.4.1 IDW – doświadczenie wykonawcy,
b.Pkt 8.2.4.2 IDW – dysponowanie odpowiednio wykwalifikowanym personelem.
4.Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu zasobów, tj. zobowiązanie Via Regia sp. z o.o. (dalej jako „Via Regia"), przy czym wbrew twierdzeniom zawartym w przedmiotowym odwołaniu, zakres udostępnionych przez Via Regia zasobów został ograniczony wyłącznie do doświadczenia Via Regia, i nie obejmował (jak twierdzi Odwołujący) udostępnienia personelu Via Regia.
5.Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 4 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu w przypadku gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Odwołujący w sprawie KIO 763/25 powoływał się na te same okoliczności tj. na zakres zasobów udostępnionych Odwołującemu przez podmiot trzeci.
6.Zamawiający już przy (pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej) doszedł przekonania, że składane Zamawiającemu w toku Postępowania wyjaśnienia wskazują na zmianę zakresu zasobów, jaki został udostępniony Prokom na etapie składania ofert przez Via Regia w ten sposób, że zakres ten został rozszerzony z zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawcy na zasób w postaci wiedzy i doświadczenia Wykonawcy oraz dysponowanie Personelem o określonym doświadczeniu. Zamawiający doszedł do przekonania, że powołanie się przez Prokom na zasoby Via Regia miało charakter pozorny a nie realny, a w konsekwencji, że Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW. W dniu 21 lutego 2025 r. Zamawiający odrzucił więc ofertę Prokom m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 123 Pzp.
7.Wyżej wymieniona czynność Zamawiającego została zaskarżona przez Odwołującego w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a w toku postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała m.in. kwestię związaną z tym, jaki był faktyczny zakres zasobów, na jaki Prokom powołał się na etapie składnia ofert. Było to bowiem konieczne dla ocenienia realności zasobów, na które powołał się Prokom.
8.Wyrokiem z dnia 21 marca 2025 r., jaki został ogłoszony w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25, Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała następująco: „W ocenie Izby zasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że z załączonego do oferty zobowiązania wynika jednoznacznie, że spółka Via Regia nie będzie realizowała przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowy udziału w niniejszym postępowaniu. Podmiot ten zobowiązał się bowiem wyłącznie do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Zobowiązanie nie potwierdza, że będzie on świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej oraz brać udział w czynnościach określonych w OPZ. Z kolei pozostałe czynności, do których zobowiązał się ten podmiot (o charakterze opiniodawczo- doradczym) nie są wystarczające do realnego przekazania doświadczenia.
Ponadto, zdaniem Izby, przekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że z uwagi na specyfikę przedmiotowych usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, prawidłowe i skuteczne skorzystanie z doświadczenia zawodowego innego podmiotu w zakresie nadzoru powinno wiązać się również z bezpośrednim skierowaniem przez ten podmiot i zaangażowaniem do realizacji usługi co najmniej Personelu Kluczowego, a w szczególności Inżyniera Kontraktu. […] Odwołujący jednak przewidział do realizacji zamówienia personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z treści złożonego wykazu osób, w którym Odwołujący wskazał na bezpośrednie dysponowanie podanym w wykazanie personelem. Treść wykazu osób jest spójna ze złożonym zobowiązaniem spółki Via Regia, w którym co prawda wskazano na udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4. IDW, bez skonkretyzowania, że dotyczy to tylko podpunktu 1, jednak przy przedstawianiu sposobu udostępniania zasobów wskazano jedynie na delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Izby analiza łącznie złożonego wykazu osób oraz zobowiązania do udostepnienia zasobów prowadzi do wniosku, że personel kluczowy będzie zasobem własnym Odwołującego, zaś Via Regia, w celu przekazania swojego doświadczenia zapewni m.in. oddelegowanie pozostałych pracowników. Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej. Powyższe – zdaniem Izby – jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że to Via Regia zapewni członków personelu kluczowego, co można rozumieć wyłącznie jako oddelegowanie personelu tej spółki do realizacji zamówienia. […]

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania wymaganym doświadczeniem, jednak sankcje zastosowane przez Zamawiającego były niezasadne. […]" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2025 r., sygn. akt: KIO 763/25).

9.Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku, jaki zapadł w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25, przesądziła, że czytając łącznie wszystkie dokumenty, jakie w toku Postępowania Odwołujący złożył Zamawiającemu (nie tylko treść zobowiązania, ale także wykaz osób, wykaz usług, wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny) należy dojść do przekonania, że na etapie składania ofert Odwołujący powołał się na zasoby Via Regia wyłącznie w zakresie dotyczącym doświadczenia Via Regia i wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW.

10.Tymczasem w ramach przedmiotowego odwołania Prokom raz jeszcze podnosi te same twierdzenia, co w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25, powołuje się na te same argumenty i próbuje doprowadzić do sytuacji, w której Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszej sprawie miałaby orzec co do rzekomo odmiennego zakresu udostępnionych przez Via Regia zasobów niż zakres, jaki ustalony został w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym. Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionował ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i nie kierował skargi do Sądu Zamówień Publicznych. Wyrok jest więc wyrokiem prawomocnym.

11.Przystępujący zwraca uwagę na tę kwestię i w konsekwencji domaga się odrzucenia odwołania Prokom z tego względu, że kwestia związana z zakresem udostępnionych pierwotnie przez Via Regia zasobów jest podstawą całej koncepcji zastąpienia podmiotu Via Regia innym podmiotem – Specjalistycznym Biurem Inwestycyjno- Inżynierskim Prosta- Projekt (dalej jako „Prosta- Projekt"), z jaką mieliśmy do czynienia po unieważnieniu (w następstwie wyroku z dnia 21 marca 2025 r., sygn. akt KIO 763/25) przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Prokom i po skierowaniu do Prokom wezwania w trybie art. 122 Pzp.

12.Należy bowiem zwrócić uwagę, że w wyroku z dnia 21 marca 2025 r. Krajowa Izba Odwoławcza, po ustaleniu zakresu zasobów, na jaki Prokom powołał się na etapie składania ofert, wskazywała, że Odwołujący podjął niedozwoloną próbę rozszerzenia tego zakresu już po złożeniu oferty, w odpowiedzi na wątpliwości podnoszone przez Zamawiającego i kierowane do Prokom wezwania do udzielenia wyjaśnień.

13.Prokom podjął więc analogiczną próbę rozszerzenia zakresu udostępnionych zasobów po otrzymaniu od Zamawiającego wezwania z dnia 4 kwietnia 2025 r., które Zamawiający skierował do niego w trybie art. 122 Pzp, z tą różnicą, że obecnie rozszerzenie zakresu zasobów odnosi się do zasobów innego podmiotu (już nie Via Regia tylko Prosta- Projekt).

14.Na powyższą okoliczność słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, ponownie podejmując czynność odrzucenia oferty Prokom, o której poinformował w dniu 12 czerwca 2025 r.

15.W związku z tym, że Przystępujący równolegle złożył własne odwołanie, w którym domaga się uzupełnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o wszystkie okoliczności, jakie wskazują na spełnienie przesłanek do odrzucenia oferty Prokom, a które zostały opisane w odwołaniu, to z uwagi na ekonomikę postępowania (i połączenie obu odwołań do wspólnego rozpoznania), nie będzie powielał argumentacji zawartej w uzasadnieniu złożonego przez siebie odwołania, wnosząc o jej uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą także przy rozpoznawaniu odwołania Prokom.

16.W tym miejscu Przystępujący jedynie w sposób syntetyczny wskaże, że nawet jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza doszłaby do przekonania, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania Prokom, to odwołanie to powinno zostać oddalone z uwagi na bezpodstawność zarzutów w nim zawartych.

17.Raz jeszcze należy podkreślić, że Odwołujący ponownie, w sposób sprzeczny z art. 123 Pzp, zmodyfikował zakres udostępnionych mu pierwotnie zasobów, na które powoływał się, składając ofertę w Postępowaniu.

18.I choć Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie Prokom w sprawie KIO: 763/25, nakazała zastosowanie względem Prokom procedury, o której mowa w art. 122 Pzp, to jednocześnie wyraźnie zaznaczyła, że z uwagi na stan faktyczny sprawy, a przede wszystkim to, w jakim zakresie Prokom w momencie składania ofert powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i niemożność rozszerzenia tego zakresu po terminie składania ofert, skuteczne skorzystanie przez Prokom z procedury, o której mowa w art. 122 Pzp będzie wymagało wykazania się przez Prokom własnym doświadczeniem, które potwierdzałoby spełnienie warunku, o którym mowa 8.2.4.1. IDW.

19.Z takiej możliwości Prokom nie skorzystał. Nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDWZ i zamiast tego ponownie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i ponownie podjął próbę rozszerzenia zakresu zobowiązania, jakie zostało pierwotnie złożone wraz z ofertą, w obawie przed tym, że Zamawiający uzna, że powołanie się na zasoby podmiotu w postaci doświadczenia bez jednoczesnego korzystania z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu (w świetle wyroku w sprawie KIO 763/25) zostanie ponownie uznane przez Zamawiającego za pozorne. Z tego właśnie powodu Prokom podjął próbę rozszerzenia zakresu udostępnionych zasobów także o korzystanie z personelu podmiotu udostępniającego zasoby, co Zamawiający dostrzegł i w

konsekwencji podjął słuszną decyzję o ponownym odrzuceniu oferty Prokom.

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO lub Izba) ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

W odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 2580/25 wykonawcaDTŚ S.A. z/s w Katowicach wskazał na naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp podnosząc (...) *niewskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, jakie legły u podstaw odrzucenia oferty PROKOM Consulting sp. z o.o. (dalej jako „Prokom"), tj. niewskazanie w piśmie informującym o przyczynach odrzucenia oferty Prokom, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW*".

W odwołaniu o sygn. akt KIO 2582/25wykonawca PROKOM Consulting Sp. z o.o. z/s w Sosnowcu (wykonawca Prokom) wobec odrzucenia jego oferty podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp wskazując, że Zamawiający niezasadnie przyjął, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ. W tym odwołaniu wykonawca kwestionując także wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy DTŚ S.A. z/s w Katowicach wskazał na naruszenie art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp podnosząc (…) *zaniechanie przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców*".

Izba wobec wniosków Uczestników o odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 2580/25 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp oraz odwołania o sygn. akt: KIO 2582/25 na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzpstwierdziła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu.

Wykonawca Prokom - Uczestnik po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2580/25 -wobec odwołania o sygn. akt: KIO 2580/25na posiedzeniu wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. W tym przypadku stwierdził, że podniesiony w odwołaniu zarzut niewskazania w piśmie informującym o przyczynach odrzucenia oferty wykonawcy Prokom, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW jest zarzutem spóźnionym albowiem te okoliczności mogły być wskazane na etapie pierwszej decyzji z dnia 21.02. 2025 r., która także dotyczyła podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Prokom.

W myśl wskazanego art. 528 pkt 3 ustawy Pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 3)*odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*; (...)

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp podniesiony w odwołaniu z dnia 23 czerwca 2025 r. o sygn. akt KIO 2580/25 dotyczy ustaleń Zamawiającego podanych w decyzji z dnia 12 czerwca 2025 r., które to ustalenia są oparte na rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 21.03. 2025 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 736/25. W odwołaniu z dnia 23.06.2025 r. którego dotyczy to orzeczenie wykonawca DTŚ nawiązując do decyzji z dnia 12.06.2025 r. m.in. w punkcie 35 i 36 podał: „ 35. (...) *wszystkie te okoliczności, prawidłowo ustalone i wyjaśnione w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r., świadczą w pierwszej kolejności o tym, że Prokom nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW, czyli warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, którego to warunku dotyczyło przecież wezwanie z dnia 4 kwietnia 2025 r. 36. W ocenie Odwołującego niewyartykułowaną w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. podstawą do odrzucenia oferty Prokom było niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy i o ten aspekt pismo informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu czynności badania i oceny powinno zostać uzupełnione*".

Tym samym wskazany wniosek Uczestnika Prokom o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 nie podlega uwzględnieniu.

Wykonawca DTŚ – Uczestnik po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2582/25 -wobec odwołania o sygn. akt: KIO 2582/25w piśmie procesowym z dnia 25.07. 2025 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp

W myśl art. 528 pkt 4 Pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;(...)*

Odwołanie dotyczy czynności oceny oferty wykonawcy Prokom wykonanej w związku z wyrokiem KIOz dnia 21.03.2025 r. sygn. akt KIO 763/25. W tym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła – jak wskazano w sentencji w punkcie 1 - odwołanie wniesione przez wykonawcę PROKOM Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu nakazała Zamawiającemu: *„unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp*; (...) O wykonanej czynności i następnie o odrzuceniu oferty Odwołującego

wykonawca został powiadomiony w piśmie z dnia 12.06.2025 r. W tym piśmie Zamawiający podał, że oferta wykonawcy PROKOM Consulting Sp. z o.o., (...)*po powtórzeniu czynności badania i oceny, zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 123 ustawy Pzp*". Następnie w części „Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty" wskazał (...) *W związku z wyrokiem KIO z dnia 21.03.2025 r. sygn. akt: KIO 763/25, pismem z dnia 04.04.*
2025 r., Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę - PROKOM Consulting Sp. z o.o. do złożenia dokumentów w zakresie wskazanym ww. piśmie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.1 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy. (...) Odwołanie tym samym dotyczy czynności o której wykonawca PROKOM został poinformowany pismem z dnia 12.06.2025 r.

Tym samym wskazany wniosek Uczestnika DTŚ o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 nie podlega uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2582/25

Izba rozpoznając w pierwszej kolejności zarzuty z odwołania w sprawie KIO 2582/25, miała na uwadze dokumentację z tego postępowania oraz akta sprawy o sygn. akt: KIO 736/25 i wyrok z dnia 21 marca 2025 r. Krajowej Izby Odwoławczej z jego uzasadnieniem wydany w tej sprawie od odwołania wniesionego przez wykonawcę DTŚ m.in. na odrzucenie oferty wykonawcy DTŚ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp, z powodu niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 8.2.4 SWZ.W uzasadnieniu decyzji z dnia 12.06.2025 r. Zamawiający wskazał na następujące okoliczności:
(1)(str 4) (...) *Wykonawca złożył ofertę w niniejszym postępowaniu powołując się ww. zakresie na zasoby podmiotu udostępniającego -Biura Inżynierskiego Via Regia. Z analizy przedłożonych dokumentów wynikało, że Wykonawca nie wykazał za pomocą zasobu podmiotu trzeciego (Biura Inżynierskiego Via Regia) spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (tj. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy pkt 8.2.4.1 TOM I IDW - SWZ). Wykonawca nie udowodnił, że stosunek łączący go z ww. podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów ww. zakresie*".
(2)(str 7) *Wraz z ww. pismem z dnia 28.04.2025 r. Wykonawca przedłożył nowy wykaz osób na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ), dokonując zmiany osoby wskazanej wcześniej na stanowisko Inżyniera Kontraktu (tj. p. G.M.) i która stanowiła pierwotnie zasób własny Wykonawcy (tj. dysponowanie bezpośrednie). W treści nowego wykazu osób na stanowisko Inżyniera Kontraktu Wykonawca wskazał p. A.P., podstawa dysponowania w odniesieniu do ww. osoby - „poleganie na zasobach PUZ Prosta Projekt". Jak wynika z powyższego, po terminie składania ofert, Wykonawca dokonał zmiany co do zakresu polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby i wykazał, że w odniesieniu do jednej z osób wymaganych w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca, po terminie składania ofert, rozszerzył zatem zakres w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, poprzez wskazanie, że podmiot trzeci będzie realizował usługi m.in. poprzez skierowanie do realizacji usługi Inżyniera Kontraktu, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. W tym miejscu należy podkreślić, że z pierwszego złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. nie wynikało, że ww. podmiot zapewni i przekaże Wykonawcy pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach kluczowego personelu, w szczególności - Inżyniera Kontraktu.* (....)
(3)(str 8) *Personel kluczowy, w tym Inżynier Kontraktu zgodnie z pierwszym wykazem osób i złożonym wraz z ofertą zobowiązaniem Via Regia, nie miał być zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym Wykonawcy. Tym samym PROKOM Consulting Sp. z o.o. -składając na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego - wskazał pierwotnie na bezpośrednie dysponowanie Inżynierem Kontraktu, tj. na stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a ww. osobą, na której dysponowanie Wykonawca się powołuje. Powyższe zaś oznacza, że w takim wypadku nie stosuje się art. 118 ustawy Pzp, gdyż w podanym przez Wykonawcę zakresie nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. Również wcześniejsze wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w toku postępowania w piśmie z dnia 08.07.2024 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2024 r., skierowane w trybie m.in. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych prowadzą do wniosku, że personel skierowany do realizacji zamówienia, w szczególności Inżynier Kontraktu stanowi zasób własny Wykonawcy.*(...)
(4) (str 9) (...) *w zakresie zdolności dot. osób - dysponowania Inżynierem Kontraktu, Wykonawca wykazał pierwotnie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu tj. poprzez dysponowanie bezpośrednie (czyli tzw. zasoby własne). Ponadto również treść odwołania z dnia 03.03.2025 r. złożonego przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu (dot. sygn. akt KIO 763/25) potwierdza to, że osoba na stanowisko Inżynier Kontraktu miała stanowić zasób własny Wykonawcy.*(...)

(5) (str 9/10) (...) *Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłaby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów (...) Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób i dysponowania osobą wskazaną na Inżyniera Kontraktu. Wykonawca nie mógł bowiem ww. zakresie, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego z uwagi na ograniczenie określone w art. 123 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp*". str 9/10

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 marca 2025 r. w jego sentencji stwierdziła, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu (...) *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp*". W uzasadnieniu orzeczenia w szczególności podała:

str 12 (...) *W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jednak odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp było przedwczesne. Z kolei odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp było niezasadne. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał za pomocą zasobów podmiotu trzeciego (Via Regia) spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt 8.2.4.1. IDW). Odwołujący bowiem nie wykazał, że udostępnienie tego doświadczenia jest realne i wystarczające do realizacji zamówienia, a udzielone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące sposobu przekazania tego zasobu są próbą rozszerzenia zakresu polegania na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby"*.

str 13 (...) *zdaniem Izby, przekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że z uwagi na specyfikę przedmiotowych usług nadzoru nad realizacją robót budowlanych, prawidłowe i skuteczne skorzystanie z doświadczenia zawodowego innego podmiotu w zakresie nadzoru powinno wiązać się również z bezpośrednim skierowaniem przez ten podmiot i zaangażowaniem do realizacji usługi co najmniej Personelu Kluczowego, a w szczególności Inżyniera Kontraktu. Jak bowiem wskazał Zamawiający: Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie sprawowany przez m.in. osoby wykazane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. Personel Kluczowy). Celem zapewnienia należytego wykonania Usługi, wykonawca jest zobowiązany zapewnić na etapie realizacji Umowy osoby wskazane w wykazie osób i formularzu kryteria pozacenowe, legitymujące się odpowiednim doświadczeniem. Wymagania dotyczące Personelu Kluczowego zostały podane w Tomie I, Rozdziale 1, SWZ. Na czele Zespołu Konsultanta stać będzie Inżynier Kontraktu, który będzie działał zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w Warunkach Kontraktu zatytułowanych „Warunki Ogólne Kontraktu - Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 19 (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils), jak również będzie pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego zgodnie z przepisami polskiego prawa i postanowieniami odpowiednich pozwoleń na prowadzenie robót, a także wspierać Zamawiającego we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Projektu (pkt 1 i pkt 2 SWZ TOM III). Powyższe nie było zresztą kwestionowane w zarzutach podniesionych w odwołaniu. Odwołujący jednak przewidział do realizacji zamówienia personel kluczowy będący jego zasobem własnym, co jednoznacznie wynika z treści złożonego wykazu osób, w którym Odwołujący wskazał na bezpośrednie dysponowanie podanym w wykazie personelem. Treść wykazu osób jest spójna ze złożonym zobowiązaniem spółki Via Regia, w którym co prawda wskazano na udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 IDW, bez skonkretyzowania, że dotyczy to tylko podpunktu 1, jednak przy przedstawieniu sposobu udostępnienia zasobów wskazano jedynie na delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Izby analiza łącznie złożonego wykazu osób oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów prowadzi do wniosku, że personel kluczowy będzie zasobem własnym Odwołującego, zaś Via Regia, w celu przekazania swojego doświadczenia zapewni m.in. oddelegowanie pozostałych pracowników. Następnie, w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących sposobu zorganizowania współpracy z Via Regia w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów, Odwołujący wskazał, że: Via Regia Sp. z o.o. będzie również odpowiedzialna za zapewnienie i koordynację pracy następujących członków personelu: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. rozliczeń, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej, Inspektor Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, Asystent Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej mostowej, drogowej. Powyższe – zdaniem Izby – jest próbą powołania się na zasób podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż wskazany we wcześniej przedstawionych dokumentach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. Personel kluczowy, zgodnie z wykazem osób i złożonym zobowiązaniem Via Regia, nie miał być bowiem zasobem udostępnionym przez ten podmiot, ale zasobem własnym wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że to Via Regia*

zapewni członków personelu kluczowego, co można rozumieć wyłącznie jako oddelegowanie personelu tej spółki do realizacji zamówienia."

str 15 (...) *Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego dysponowania wymaganym doświadczeniem, jednak sankcje zastosowane przez Zamawiającego były niezasadne. Po pierwsze, niezrozumiałe jest odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, z powołaniem się na niezgodność z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że skutkiem takiego sposobu powołania się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie odpowiada dyspozycji ww. przepisu, jest niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zdaje się jednak nie dostrzegać, że w sytuacji, gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, ustawa wprost przewiduje konieczność skierowania do wykonawcy wezwania czy to na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy też – w przypadku polegania na zasobach innego podmiotu – na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Wobec takich regulacji ustawowych nie sposób wywodzić zakazu takiego wezwania z zasady niezmienności oferty. Ponadto wskazać należy, że jeśli Zamawiający wywodzi niezgodność oferty z ustawą z próby niezgodnego z art. 123 ustawy Pzp rozszerzenia zakresu polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego, to również takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę. Biorąc pod uwagę, że przepisy ustawy nie określają sankcji związanych z takim działaniem wykonawcy, za jedyny skutek niezgodności takiego działania z art. 123 ustawy Pzp można uznać jego nieskuteczność. Oznacza to, że jeśli wykonawca postępuje w sposób niezgodny z ww. przepisem, to spełnianie warunku nie może być uznane za wykazane, a konsekwencją takiej sytuacji jest obowiązek skierowania do wykonawcy stosownego wezwania, a dopiero w przypadku niewykazania warunku na skutek takiego wezwania – odrzucenie oferty. Brak jest natomiast podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą. W ocenie Izby obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Odwołującego wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Przepis ten jest bowiem przepisem szczególnym w stosunku do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (odnoszącego się generalnie do podmiotowych środków dowodowych), stosowanym w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, przepis art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest samodzielną i osobną przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ww. ustawy w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie potwierdza spełniania warunku udziału. Tym samym zastosowanie art. 122 zawsze wiąże się z uzupełnieniem podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 tej ustawy (wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3152/24). W rozpoznawanej sprawie doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie zostało udostępnione w wystarczającym zakresie i w sposób realny, co odpowiada dyspozycji art. 122 ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla braku możliwości zastosowania tego przepisu. W ocenie Izby, nawet dostrzegając ograniczenie możliwości skuteczności zastąpienia Via Regia innym podmiotem, ze względu na brak możliwości rozszerzenia zakresu zasobów w stosunku do treści oferty, przepis art. 122 ustawy Pzp, daje wykonawcy możliwość wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie może odstąpić od takiego wezwania na podstawie własnych przewidywań co do tego, czy wykonawca będzie w stanie to zrobić. Dopiero nieskuteczne wezwanie w trybie art. 122 ustawy Pzp może być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego*".

Mając na uwadze powyższe orzeczenie Zamawiający pismem z 4 kwietnia 2025 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 21 lutego 2025 r. oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ i skierował do wykonawcy wezwanie (pismo z dnia 4.04.2025 r.) na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp do złożenia dokumentów w zakresie wskazanym w ww. piśmie, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 ppkt 1 TOM I SWZ. W tym wezwaniu podał:

(...) *w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.1 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy, wzywa do złożenia:*

1.*podmiotowych środków dowodów wskazanych w pkt. 10.8 lit c) Tom I IDW (SWZ) tj.: wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy*; (...)

(...) *W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w pkt 8.2.4.1 TOM I IDW SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy*: „*Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:*

a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. G jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 73 mln PLN netto;

b)budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I.

(…)".

PROKOM Consulting Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby pochodzące od Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. W złożonym zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazał, że zamierza udostępnić Wykonawcy swoje zasoby m.in. w zakresie *„zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4*". Z treści zobowiązania wynika m.in., że zasoby ww. podmiotu zostaną wykorzystane jako (cyt.):

-udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi, - udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia,

-wydawanie opinii,

-stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia,

-udzielanie konsultacji,

-delegowanie pozostałych pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, - udzielenie wsparcia finansowego na potrzeby realizacji zamówienia, w tym w szczególności poprzez przejęcie spłaty bieżących zobowiązań finansowych, udzielanie pożyczek, w razie konieczności przejęcie długu Wykonawcy (…)".

Pismem z dnia 05.09.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca przekazał m.in. Wykaz usług, w którym wykazał zadanie pn.: „*Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa autostrady A-18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odc. 2 od km 11+860 do 33+760".* Z treści ww. Wykazu oraz załączonych referencji z dnia 07-07-2023 r. wynika, że ww. zadanie to zadanie realizowane przez Konsorcjum: Lider - AYESA Polska Sp. z o.o. i Partner - Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o.

Jak wynika z powyższego, Wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołał się w całości na zasoby podmiotu trzeciego, co jest równoznaczne z tym, że to wyłącznie podmiot trzeci posiada doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia. Z analizy przedłożonego do oferty zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. o.o., który posiada doświadczenie w realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu. Twierdzenia Wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 08.10.2024 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 02.10.2024 r. skierowane w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie znajdują potwierdzenia w przedłożonym zobowiązaniu. Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. o.o. czyli podmiot, który udostępnia zasoby Wykonawcy zobowiązał się w sposób ogólny i lakoniczny m.in. do wykonania części zakresu zamówienia (części usług w zakresie nadzoru). Z przedłożonych dokumentów nie wynika jaki faktycznie zakres w ramach pełnieniu nadzoru miałby wykonywać ww. podmiot. Nie ulega wątpliwości, że warunkiem skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia nie jest zaangażowanie tego podmiotu do jakiekolwiek zakresu zamówienia, ale wykonanie usług w takim zakresie w jakim udostępniane zostało doświadczenie. Z kolei wskazane w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby doradztwo, konsultacje, wydawanie opinii, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, nie może zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia zapewnienia realności udostępnionego zasobu i należytego wykonania zamówienia, ponieważ nie gwarantują, że Wykonawcy zostaną rzeczywiście w pełni udostępnione zasoby niezbędne w tym zakresie do wykonania zamówienia. Doradztwo, konsultacje, wydawanie opinii nie stanowią w ocenie Zamawiającego potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia wtakim zakresie, jaki wynika to z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. Zamawiający określi warunek odnoszący się do doświadczenia Wykonawcy w zakresie pełnienia nadzoru nad realizacją budowy lub przebudowy dróg lub ulic oraz pełnienia nadzoru nad realizacją obiektu mostowego. Zamawiający wskazał również, że wykonawca w ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji. Stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten zrealizuje usługi do realizacji których wymagane są zdolności, tj. w zakresie objętym przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu. Dopuszczalność polegania na zasobie ww. zakresie została zatem uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca, nie wykazał w niniejszym przypadku za pomocą zasobu podmiotu trzeciego (Biura Inżynierskiego Via Regia) spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt 8.2.4.1 TOM I IDW). Wykonawca nie udowodnił, że stosunek łączący go z ww. podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów ww. zakresie. (...)

Dalej w tym wezwaniu Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 21.03.2025 r. sygn. akt. KIO 763/25, cytując treść uzasadnienia, w części dotyczącej wezwania oraz wskazał na art. 122 ustawy Pzp podając, że zgodnie z tym przepisem: *„Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu".*

Izba mając na uwadze powyższe okoliczności, zgodziła się z ustaleniami Zamawiającego podanymi w decyzji z dnia 12 czerwca 2025 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy Prokom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp. Odwołujący rozszerzył zakres korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego ponad wynikający z treści oferty, z uwagi na wskazanie, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował usługi poprzez delegowanie do pracy Inżyniera Kontraktu, tj. osoby wymaganej w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ, co w świetle art. 123 ustawy Pzp było niedopuszczalne. Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Tak jak zasadnie wskazywał Zamawiający, (1) w sytuacji gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich oraz (2) nawet jeżeli wykonawca od początku polegał na określonych zdolnościach lub sytuacji podmiotów trzecich, to nie może po złożeniu oferty powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie. Co prawda w zobowiązaniu wskazano na pkt 8.2.4 IDW, jednakże zarówno ustalenia Zamawiającego jak i Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 736/25 wskazują, że udostępnieniu nie podlegał zasób opisany w *pkt 8.2.4.2 IDW.* Wykonawca Prokom przedkładając nowy Wykaz osób dążył do zmiany treści zobowiązania, które pierwotnie złożone z ofertą nie obejmowało zdolności technicznej dotyczącej osób. Potwierdził, to Wykaz osób z 13.09. 2025 r. złożony w odpowiedzi na wezwanie z 5.09.
2024 r., w którym wykonawca Prokom jako podstawę dysponowania osobą – Kierownika kontraktu wskazuje na dysponowanie bezpośrednie, a w Wykazie z 28.04.2025 r. wskazując na zmianę osoby – Kierownika kontraktu wskazał na zasób podmiotu udostępniającego - Specjalistycznego Biura Inwestycyjno- Inżynierskiego PROSTA-PROJEKT. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że „ działania podjęte przez Odwołującego po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert „*miały wyłącznie charakter doprecyzowujący i porządkujący*", albowiem ewentualnej rozbieżności polegającej na błędnym określeniu podstawy dysponowania personelem w pierwotnie przedłożonym Wykazie osób (w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) - nie można uznać za wyłącznie techniczny i formalny, a nie merytoryczny. Tak jak podkreślił Zamawiający powołując się na uzasadnienie do wyroku KIO wykonawca Prokom pierwotnie nie polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ppkt 2 TOM I SWZ, samodzielnie wykazując jego spełnienie. Izba zwraca uwagę, że treść wezwania z dnia 4.04.2025 r. ani wezwania następne nie zostały przez wykonawcę zaskarżone. Wezwanie z 4 kwietnia 2025 r. odnosi się bezspornie tylko co do potwierdzenia warunku z *pkt 8.2.4.1. IDW.* Z tego wezwania niewątpliwie wynika, że wezwany wykonawca DTŚ mógł albo wykazać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, w tym przypadku Konsorcjum: Lider - AYESA Polska Sp. z o.o. i Partner - Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. potwierdza spełnienie warunku w zakresie *pkt 8.2.4.1 IDW,* albo, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym przedłożone przez wykonawcę DTŚ w odpowiedzina to wezwanie zobowiązanie innego podmiotu - Specjalistycznego Biura Inwestycyjno- Inżynierskiego PROSTA-PROJEKT o innej treści niż Konsorcjum do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia nie mogło zmienić treści zobowiązania pierwotnie złożonego wraz z ofertą co do warunku opisanego w punkcie 8.2.4. 2. IDW. Także zarzuty - argumentacja odwołania z 23.06. 2025 r. o przekroczeniu granicy - podnoszone do wezwań poprzedzających decyzję z dnia 12.06.
2025 r. o odrzuceniu oferty nie były przede wszystkim z przyczyn formalnych, określonych art. 528 pkt 3 Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Można tylko zauważyć, że wezwania – wobec nowych argumentów wynikających z pism wykonawcy – miały na celu ustalenie czy dokumenty przedkładane przez wykonawcę Prokom na potwierdzenie warunku z punktu 8.2.4., zarówno w zakresie pppkt 1 i ppkt 2 - nie są sprzeczne z normą z art. 123 Pzp i z art. 122 Pzp.
W konkluzji Izba stwierdza brak podstaw faktycznych i prawnych do podważania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy Prokom na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w związku z 123 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2580/25

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wykonawca DTŚ ma legitymacjęprocesową wymaganą art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Niewątpliwie oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, jednakże decyzja

Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru ostatecznego, a wykonawca Prokom skorzystał – wnosząc odwołanie z 23.06.
2025 r. sprawa: KIO 2582/25 - z przysługujących mu środków odwoławczych, kwestionując sposób, w jaki Zamawiający przeprowadził proces wyboru i oceny jego oferty. Odwołujący zatem, wnosząc odwołanie także 23.06.2025 r. nie mógł mieć pewności co do ostatecznej oceny czynności podjętych przez Zamawiającego. Wykonawca wnosząc odwołanie uznał bowiem, że w decyzji z dnia 12 czerwca 2025 r. Zamawiający nie uwzględnił wszystkich okoliczności potwierdzających zasadność odrzucenia oferty Prokom świadczących o tym, że oferta Prokom powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. W tym aspekcie Odwołujący upatruje wadliwości działania Zamawiającego. Tym samym Odwołujący – jak wskazywał - może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zysku zakładanego z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawcy Prokom i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Odwołujący – jak wskazywał – miał na uwadze (...) *regułę koncentracji środków ochrony prawnej i biegnący (od 12 czerwca 2025 r.) termin na zaskarżenie wadliwych czynności Zamawiającego, co do których Odwołujący ma wiedzę już na obecnym etapie, uznać należy, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą w Postępowaniu* (...).

Podnosząc zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w punkcie IVwykonawca DTŚ domagając sięuwzględnienia odwołania wniósł o uzupełnienie (...) *informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o wszystkie okoliczności, jakie wskazują na spełnienie przesłanek do odrzucenia oferty Prokom, a które zostały opisane w odwołaniu*".

Izba mają na uwadze argumentację do podnoszonego zarzutu zgodziła się z Zamawiającym, że oferta PROKOM została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp, również z tego powodu, że wykonawca Prokom - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - rozszerzył zakres korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego ponad wynikający z treści oferty – pierwotnego zobowiązania. Na powyższe Zamawiający wskazał na str 7 uzasadnienia decyzji nawiązując do pisma wykonawcy z 28.04.2025 r. W tym uzasadnieniu – co było już cytowane - mianowicie podał: (...) *Wraz z ww. pismem z dnia 28.04.2025 r. Wykonawca przedłożył nowy wykaz osób na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ), dokonując zmiany osoby wskazanej wcześniej na stanowisko Inżyniera Kontraktu (tj. p. G.M.) i która stanowiła pierwotnie zasób własny Wykonawcy (tj. dysponowanie bezpośrednie). W treści nowego wykazu osób na stanowisko Inżyniera Kontraktu Wykonawca wskazał p. A.P., podstawa dysponowania w odniesieniu do ww. osoby - „poleganie na zasobach PUZ Prosta Projekt". Jak wynika z powyższego, po terminie składania ofert, Wykonawca dokonał zmiany co do zakresu polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby i wykazał, że w odniesieniu do jednej z osób wymaganych w świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca, po terminie składania ofert, rozszerzył zatem zakres w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, poprzez wskazanie, że podmiot trzeci będzie realizował usługi m.in. poprzez skierowanie do realizacji usługi Inżyniera Kontraktu, co jest niedopuszczalne w świetle art. 123 ustawy Pzp. W tym miejscu należy podkreślić, że z pierwszego złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. nie wynikało, że ww. podmiot zapewni i przekaże Wykonawcy pracowników wskazanych na konkretne stanowiska w ramach kluczowego personelu, w szczególności - Inżyniera Kontraktu.* (....)

Izba zwraca też uwagę na str 9 i 10 uzasadnienia decyzji cytowanej powyżej „*Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłaby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów (...) Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.2 TOM I IDW (SWZ) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób i dysponowania osobą wskazaną na Inżyniera Kontraktu. Wykonawca nie mógł bowiem ww. zakresie, po terminie składania ofert, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego z uwagi na ograniczenie określone w art. 123 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 123 ustawy Pzp*"

Tym samym - wbrew twierdzeniom Odwołującego - Zamawiający w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. zawierającym informację o odrzuceniu oferty wykonawcy Prokom wskazał także na okoliczność, której dotyczy odwołanie. Izba też zwraca uwagę, że uzasadnieniu odwołania wykonawca DTS potwierdził, jak w punkcie 35 – że (...) *wszystkie te okoliczności, prawidłowo ustalone i wyjaśnione w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r., świadczą w pierwszej kolejności o tym, że Prokom nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW, czyli warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, którego to warunku dotyczyło przecież wezwanie z*

dnia 4 kwietnia 2025 r." Jednocześnie w punkcie 36 stwierdzając, że: „*W ocenie Odwołującego niewyartykułowaną w piśmie z dnia 12 czerwca 2025 r. podstawą do odrzucenia oferty Prokom było niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia wykonawcy i o ten aspekt pismo informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu czynności badania i oceny powinno zostać uzupełnione"* nie sprecyzował jak powinien brzmieć jego zdaniem ten aspekt pisma.

W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp należało ocenić jako niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji wyroku.

.....