Sygn. akt: KIO 2650/25

WYROK

Warszawa, dnia 5 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Joanna Gawdzik-Zawalska
Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2025 roku przez wykonawcę DTŚ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: PROKOM CONSULTING SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Sosnowcu

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy PROKOM CONSULTING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Sosnowcu

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DTŚ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę i zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach na rzecz wykonawcy DTŚ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 g (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:……..
……..
…….

Sygn. akt: KIO 2650/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach,prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 na odc. w m. Zawiercie (Kromołów – Żerkowice)"", nr referencyjny: OKA.D-3.2410.3.2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2024 r. pod numerem: 402532-2024.

W postępowaniu tym wykonawca DTŚ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący" w dniu 27 czerwca 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 123 Pzp w zw. z art. 122 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 §1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PROKOM Consulting sp. z o.o. (dalej jako „Prokom") i uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą w

Postępowaniu pomimo tego, że Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW z uwagi na pozorne a nie faktyczne i realne udostępnienie mu zasobów przez podmiot trzeci.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Prokom jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
2.odrzucenie oferty Prokom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, o którym mowa w pkt. 8.2.4. IDW, Prokom 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.

Pismem z dnia 28 marca 2025 r., Zamawiający wezwał Prokom do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu osób i wykazu usług. Z treści złożonego w dniu 8 kwietnia 2025 r. 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 (zdaniem Odwołującego) z treścią złożonego wraz z ofertą zobowiązania do oddania zasobów.

Prokom przedłożył również Zamawiającemu wypełniony wykaz osób celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.2. IDW. Z treści tego złożonego wykazu osób wynikać miało rzekomo, że personel w postaci:

a. Inżyniera Kontraktu – G.M.,
b. Głównego specjalisty ds. roszczeń – T.R.,

są personelem Via Regia, który zostaje dopiero udostępniony Prokom. Odwołujący zarzucił, że ww. osoby w rzeczywistości nigdy nie były członkiem personelu Via Regia, a przekazanie Zamawiającemu takiej informacji miało na celu jedynie stworzenie mylnego wyobrażenia co do realnego udostępnienia zasobów przez Via Regia, wykreowane po terminie składania ofert, w związku z negatywnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, jaki zapadł sprawie o sygnaturze akt: KIO 763/25, której stronami był Prokom i Zamawiający (DTŚ była Uczestnikiem postępowania). Przedmiotem tamtej sprawy była między innymi kwestia oceny realności udostępnienia zasobów przez Via Regia m.in. w kontekście dysponowania osobami w ramach innego, równolegle prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że:

a. treść zobowiązania do oddania zasobów w obu sprawach ma analogiczną treść,
b. te same dwie osoby zostały ujęte w wykazie osób złożonych w obu postępowaniach celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.2 IDW. Jedyne co się zmienia to to, że niespodziewanie – osoby te nie są już personelem Prokom, a personelem Via Regia.

Odwołujący zarzucił, że zmiana sposobu działania Prokom (korzystanie z personelu podmiotów trzecich) ma charakter jedynie pozorny. W rzeczywistości, podobnie jak w postępowaniu dotyczącym nadzoru nad budową obwodnicy Kroczyc, kluczowy personel konsultanta (wykonawcy) zadania od początku, tj. od momentu złożenia oferty w postępowaniu do momentu wyboru oferty, był personelem własnym Prokom, co z kolei ma istotne znaczenie z punktu widzenie tego, czy wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW, czyli warunku związanego z doświadczeniem wykonawcy.

Odwołujący przytoczył treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2025 r., jaki zapadł w sprawie o sygn. akt: KIO 763/25 wskazując, że w niniejszej sprawie, wobec tożsamego brzmienia treści zobowiązania Via Regia, jakie zostało złożone wraz z ofertą w postępowaniu, zasadnym jest zarzucenie, że na potrzeby niniejszego postępowania Via Regia również nie zobowiązała się do realizowania usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW. W szczególności Via Regia nie zobowiązała się świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej, których dotyczył warunek i nie zobowiązała się brać udziału w czynnościach określonych w OPZ, jakie w ramach zamówienia będzie miał wykonywać wykonawca zadania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podnoszone przez niego kwestie zostały dostrzeżone przez Zamawiającego. W związku z tym, mając na uwadze treść wyroku, jaki zapadł w sprawie KIO 763/25, Zamawiający wezwał Prokom do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp. Zamawiający wzywa do wyjaśnień i odniesienia się do wskazanych przez niego aspektów w szczególności jak należy rozumień w niniejszym przypadku wskazane w wykazie osób sformułowanie: „poleganie na poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. z o.o." Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w wykazie osób złożonym w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robot oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78 (nr. Postępowania: O/KA.D-3.2410.1.2024) Wykonawca wskazał: - p. G.M. – na stanowisko Inżynier Kontraktu, - p. T.R. – na stanowisko Główny specjalista ds. roszczeń gdzie w odniesieniu do ww. osób, jako podstawę

dysponowania wskazano „dysponowanie bezpośrednie". Wobec powyższego, Zamawiający wezwał również do złożenia wyjaśnienia i wskazania z jakich powodów w odniesieniu do ww. osób w niniejszym postępowaniu, wskazano podstawę „poleganie na poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. z o.o." natomiast w innym postępowaniu pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78" wskazano na „dysponowanie bezpośrednie"" .

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Prokom ponownie, analogicznie jak w przypadku prowadzonego równolegle przez Zamawiającego postępowania dotyczącego nadzoru nad budową obwodnicy Kroczyc, wyjaśniał, że:

a. zakres udostępnienia zasobów obejmuje nie tylko doświadczenie Via Regia, ale też personel, zastrzegając, że jeżeli Zamawiający ma zastrzeżenia w tym zakresie co do sposobu sformułowania treści zobowiązania, to powinien skierować do Prokom wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp,

b. osoby wskazane w wykazie – w tym Prezes Zarządu Prokom – nie stanowią zasobu własnego Prokom, tylko personel podmiotu trzeciego (tu: Via Regia),

c. jednoczesne udostępnienie potencjału przez osoby wskazane w wykazie osób dwóm różnym podmiotom (raz: Via Regia, raz Prokom) na potrzeby dwóch równolegle toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie jest niczym zaskakującym, a wynika z tego, że osoby te prowadzą jednoosobowe działalności gospodarcze i mają swobodę w działaniu,

d. Via Regia będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca wykonując cześć prac określonych w OPZ i będzie zaangażowana we wszystkie zadania określone w OPZ oraz we wzorze umowy na wszystkich etapach zamówienia,

e. „Podmiot trzeci zatrudni i oddeleguje do realizacji zamówienia Inżyniera Kontraktu i inne osoby z Kluczowego Personelu, w tym głównego inspektora nadzoru branży drogowej, inspektora nadzoru branży mostowej oraz ich asystentów. Zasady współpracy zostały uzgodnione pomiędzy Wykonawcą a B.I. Via Regia sp. z o.o. w Protokole z negocjacji sporządzonego na etapie sporządzania oferty w który stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień".

Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom Prokom i doszedł do słusznego przekonania, że Prokom „nie wykazał w niniejszym postępowaniu za pomocą zasobów podmiotu trzeciego (Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o.) spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt. 8.2.4 ppkt 1 TOM I IDW) i osób (pkt 8.2.4. ppkt 2 TOM II IDW) ponieważ Wykonawca nie wykazał, że dysponowanie zasobami ww. podmiotu jest realne (rzeczywiste) i wystarczającego do realizacji niniejszego zamówienia".

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że:

a. twierdzenia Prokom co do zakresu zobowiązania zawarte w piśmie z dnia 16 kwietnia 2025r. nie znajdują potwierdzenia w przedłożonym do oferty zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, którego Prokom nie może na obecnym etapie zastąpić lub modyfikować oświadczeniem własnym,

b. Via Regia zobowiązała się do wykonania jedynie części zakresu zamówienia,

c. z treści złożonego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasoby będzie faktycznie zaangażowany we wszystkie zadania określone w OPZ, a w dodatku treść zobowiązania nie wskazuje, jaki będzie faktyczny zakres podwykonawstwa – w szczególności nie wskazano, że Via Regia będzie podwykonawcą w zakresie nadzoru nad robotami branży drogowej i mostowej, do których odnosił się warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW,

d. z treści zobowiązania nie wynika wcale, że Via Regia zatrudni i oddeleguje do realizacji zamówienia m.in. Inżyniera Kontraktu, Głównego specjalistę ds. roszczeń i Technologa – wręcz przeciwnie, z treści zobowiązania wynika wprost, że Via Regia oddeleguje „pozostałych pracowników posiadających wiedzę i doświadczenie", co (jak słusznie podkreślił Zamawiający) nie jest równoznaczne z delegowaniem i zatrudnieniem Kluczowego Personelu przez Via Regia,

e. czynności doradcze i konsultacje wprost wskazane w treści zobowiązania do oddania zasobów nie mogą zostać uznane za wystarczające z punktu widzenia zapewnienia realności udostępnionego zasobu i należytego wykonania zamówienia, ponieważ nie gwarantują, że Prokom zostaną faktycznie udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia.

Ostatecznie Zamawiający doszedł do przekonania, że „analiza przedłożonego do oferty zobowiązania prowadzi do wniosku, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. nie będzie realizował przedmiotowej usługi w pełnym zakresie odpowiadającym warunkom udziału w niniejszym w postępowaniu.". Odwołujący w pełni zgadza się nie tylko z ww. argumentami podniesionymi przez Zamawiającego co do zakresu udostępnienia zasobów, a w konsekwencji co do braku realności udostępnienia zasobów, ale także z oceną rzekomego dysponowania przez Via Regia personelem w postaci Pana G.M. (Inżynier Kontraktu) i Pana T.R. (Główny specjalista ds. roszczeń), które Zamawiający uznał za pozorne.

W ocenie Odwołującego najlepszym dowodem na potwierdzenie, że w rzeczywistości, w momencie składania ofert, Prokom nie zamierzał korzystać z zasobów Via Regia co do personelu i że Pan G.M. oraz Pan T.R. w

rzeczywistości nigdy nie był personelem Via Regia jest to, że na potrzeby składania wyjaśnień ceny, oświadczenia co do uzgodnionych stawek i gotowości pełnienie określonych obowiązków deklarowali wobec Prokom, na papierze firmowym Prokom, podobnie jak pozostali członkowie personelu. Od początku bowiem intencją Prokom było korzystanie z własnej kadry, tak samo, jak w przypadku postępowania dotyczącego nadzoru nad budową obwodnicy Kroczyc.

W dalszej części odwołania, Odwołujący wskazał, że konsekwencją konkluzji, do jakiej doszedł Zamawiający, było skierowanie do Prokom wezwania w trybie art. 122 Pzp.

Prokom odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w ten sposób, że zastąpił zasoby Via Regia zasobami spółki Prokom Construction sp. z o.o. Wykonawca przedłożył więc Zamawiającemu nowe zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że treść zobowiązania Prokom Construction znacząco różni się od treści zobowiązania, jakie złożyła Via Regia.

Co więcej, w ślad za tym zobowiązaniem, został również przez Prokom przedłożony nowy wykaz osób i tym razem Pan G.M. wskazany jest jako zasób Prokom Construction, co tylko podkreśla pozorność działań Prokom.

Odwołujący zarzucił, że Prokom ponownie w tym postępowaniu podjął próbę rozszerzenia zakresu zobowiązania do oddania zasobów po terminie składania ofert:

a. po raz pierwszy próbował to zrobić odpowiadając na wezwanie do wyjaśnień, jakie w tym zakresie skierował do niego Zamawiający,

b. a drugi raz – w odpowiedzi na wezwanie skierowane do Prokom w trybie art. 122 Pzp. Takie działanie jest działaniem niedopuszczalnym, na co już zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w powołanym wcześniej wyroku z dnia 21 marca 2025 r., o sygnaturze akt: KIO 763/25.

W ww. sprawie Izba doszła więc do przekonania, że:

a. Prokom nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4.1. IDW bowiem doświadczenia Via Regia 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, 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.

Zdaniem Odwołującego, dokładnie ten sam schemat działania powinien zastosować Zamawiający względem Prokom w niniejszym postępowaniu, tzn. Zamawiający powinien był umożliwić Prokom skorzystanie z procedury, o której mowa w art. 122 Pzp (i to Zamawiający uczynił), ale zastosowanie tej procedury nie mogło prowadzić do rozszerzenia zakresu zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, względem zakresu udostępnionego na etapie składania ofert. Takie działanie stanowiłoby bowiem naruszenie przepisu art. 123 Pzp. Innymi słowy, Zamawiający powinien był dostrzec, że mając na uwadze ograniczenia wynikające z przepisu art. 123 Pzp i własną ocenę co do zakresu udostępnionego Prokom pierwotnie przez Via Regia zasobu, jedyną możliwością skutecznego wykazania przez Prokom, że spełnia on warunek, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDWZ, było wykazanie się doświadczeniem własnym.

Pismem z dnia 30 lipca 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca PROKOM CONSULTING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Sosnowcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 30 lipca 2025 r. Uczestnik postępowania ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 na odc. w m. Zawiercie (Kromołów – Żerkowice).

W formularzu ofertowym w pkt. 5 Uczestnik postępowania wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom *część nadzoru budowlanego*. Uczestnik postępowania w celu wykazania spełniania warunków udziału, o których mowa w pkt 8.2.4. oraz 8.2.3. specyfikacji warunków zamówienia (Tom I Informacja dla wykonawców wraz z formularzami). Uczestnik postępowania przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią zobowiązania Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. (dalej: „Via Regia") zobowiązała się do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, a mianowicie: zdolności techniczne lub zawodowe oraz zdolności finansowe i ekonomiczne. W treści zobowiązania wskazano sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania zasobów, tj.:

Zasoby zostaną wykorzystane jako:

- 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 13 lutego 2025 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert, w tym m.in. oferty Uczestnika postępowania - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uczestnik postępowania na czynność odrzucenia oferty wniósł odwołanie. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 669/25. Wyrokiem z dnia 13 marca 2025 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie. Zamawiający mając na uwadze treść wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 669/25, pismem z dnia 26 marca 2025 r. zawiadomił wykonawców o:

1) unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 13.02.2025 r. tj. oferty złożonej przez Wykonawcę: DTŚ S.A. ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice numer KRS: 0000027591 REGON: 271755642 NII 6340012519

2) unieważnieniu czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. oferty złożonej przez Wykonawcę: PROKOM Consulting Sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41–200 Sosnowiec numer KRS: 0001051056 REGON:526071814 NIP: 6443576475

3) przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 28 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Uczestnika postępowania do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu: *(…)*

(c) wykaz usług (…)

(d) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (…)

Uczestnik postępowania wraz z pismem z dnia 7 kwietnia 2025 r. przedłożył wymagane podmiotowe środki dowodowe. W wykazie osób Uczestnik postępowania wskazał: G.M. (Inżynier Kontraktu), T.R. (Główny specjalista ds. roszczeń) oraz J.C. (Technolog), wskazując podstawę dysponowania: *poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. z o.o.*

Pismem z dnia 11 kwietnia 2025 r. Zamawiający, w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień, wskazując w treści:

1.

W formularzu wykaz osób w kolumnie dotyczącej podstawy dysponowania Wykonawca wskazał „poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. o.o." w odniesieniu do:

a) p. G.M. wskazanego na stanowisko Inżynier Kontraktu,

b) p. T.R. wskazanego na stanowisko Główny specjalista ds. roszczeń

c) p. J.C. wskazanego na stanowisko Technolog

Z zobowiązania załączonego do oferty nie wynika, aby B.I. Via Regia Sp. o.o. udostępniło

Wykonawcy osoby wskazane na stanowisko Inżyniera Kontraktu, Główny specjalista ds. roszczeń, Technologa.

Jednocześnie zgodnie z odpisem z KRS, p. G.M. pełni funkcję Prezesa Zarządu

PROKOM Consulting Sp. o.o.

Wobec powyższego, Zamawiający wzywa do wyjaśnień i odniesienia się do powyższych aspektów w szczególności jak należy rozumieć w niniejszym przypadku wskazane w wykazie osób sformułowanie: „poleganie na poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. o.o."

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w wykazie osób złożonym w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78" (nr postępowania: O/KA.D-3.2410.1.2024) Wykonawca wskazał:

- p. G.M. - na stanowisko Inżynier Kontraktu;

- p. T.R. - na stanowisko Główny specjalista ds. roszczeń

gdzie w odniesieniu do ww. osób, jako podstawę dysponowania wskazano „dysponowanie bezpośrednie".

Wobec powyższego, Zamawiający wzywa również do złożenia wyjaśnienia i wskazania z jakich powodów w odniesieniu do ww. osób w niniejszym postępowaniu pn.: Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa obwodnicy Poręby i Zawiercia w ciągu drogi krajowej nr 78 na odc. w m. Zawiercie (Kromołów – Żerkowice)", wskazano podstawę „poleganie na poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. o.o." natomiast w innym postępowaniu pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78" - wskazano na „dysponowanie bezpośrednie".

2.

W treści zobowiązania Biura Inżynierskiego Via Regia Sp. z o.o. załączonego do oferty, wskazano, że ww. podmiot zamierza udostępnić PROKOM Consulting Sp. z o.o. swoje zasoby w zakresie: „zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4, zdolność ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w pkt 8.2.3.", a także, że zasoby ww. podmiotu zostaną wykorzystane jako: „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".

Z kolei w pkt 5 w formularzu ofertowym, PROKOM Consulting Sp. z o.o. wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy „część nadzoru budowlanego".

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa do odniesienia się do powyższych aspektów, w szczególności:

- W jakim konkretnie zakresie Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. będzie faktycznie uczestniczyć przy realizacji przedmiotowego zamówienia?

- W jaki sposób Wykonawca zorganizuje swoją współpracę z Biurem Inżynierskim Via Regia Sp. z o.o. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazywanych zasobów przy realizacji niniejszego zamówienia?

Pismem z dnia 16 kwietnia 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do wezwania, wskazując, m.in.: (…)

*Zgodnie z treścią zobowiązania dołączonego do oferty, B.I. Via Regia sp. z o.o. udostępniła Wykonawcy zasoby m.in. w postaci **zdolności technicznej lub zawodowej** o której mowa **w pkt 8.2.4 SWZ** Punkt ten obejmuje zarówno zdolności dotyczące Wykonawcy (ppkt 1), jak i dotyczące osób (ppkt 2) wymienionych w ppkt a) do c). Są to kolejno: Inżynier Kontraktu, Główny specjalista ds. roszczeń oraz Technolog.*

***Wykaz osób, w którym wskazano iż podstawą ich dysponowania jest poleganie na zasobach PUZ – Via Regia sp. z o.o. jest więc zgodny z treścią zobowiązania**. Z zobowiązania do udostępniania zasobów jasno i wyraźnie wynika, że przedmiotem udostępnienia są zasoby (w całości) dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, a nie jej pojedyncze części i zakresy. Dokumenty składające się na treść oferty powinny być badane i oceniane zgodnie z ich literalnym, dosłownym brzmieniem. Zamawiający nie posiada uprawnienia do nadawania im brzmienia, które nie zostało wyartykułowane wprost w treści dokumentu.*

Dalej Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień „jak należy rozumieć w niniejszym przypadku wskazane w wykazie osób sformułowanie: „poleganie na poleganie na zasobach PUZ – B.I. Via Regia Sp. o.o."

Wykonawca wyjaśnia, że sformułowanie należy rozumieć dokładnie tak, jak ono brzmi. Osoby te będą stanowić personel podmiotu trzeciego – dysponowanie pośrednie. (…)

W niniejszym postępowaniu wszystkie wymienione osoby znajdują się w dysponowaniu B.I. Via Regia sp. z o.o., która udostępnia je w ramach udzielonego Wykonawcy wsparcia. Bez znaczenia jest, iż w innych postępowaniach osoby te były w bezpośrednim dysponowaniu Wykonawcy lub innych Wykonawców. Nie ma znaczenia również, iż Pan G.M. jest Prezesem Zarządu Wykonawcy. Wszystkie wymienione w wykazie osoby prowadzą własne jednoosobowe działalności gospodarze i w sposób swobodny mają prawo dysponować swoim potencjałem bez obowiązku współpracy z jednym podmiotem. Taką swobodę posiadają również Wykonawcy, niezależnie od tego, w jakiej roli występują w danym

postępowaniu. Wyjaśniam, iż osoby wskazane w wykazie osób w ramach niniejszego postępowania swój potencjał oddały do dysponowania B.I. Via Regia sp. z o.o, a ta z kolei udostępnia je Wykonawcy zgodnie z podpisanym zobowiązaniem. Okoliczność, iż w innym postępowaniu przetargowym założono inną strukturę organizacyjną oraz zasady współpracy z podmiotem trzecim, nie wpływa w żaden sposób na badanie zdolności podmiotowej w przedmiotowym przetargu. Każde postępowanie stanowi odrębne zamówienie, a przedmiotem badania i oceny są wyłącznie dokumenty, które zostały złożone w ramach konkretnego przetargu. (…)

Wykonawca zamierza powierzyć, zgodnie z deklaracją zawartą ww. zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, ***podmiotowi trzeciemu świadczenie usługi nadzoru. Podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca wykonując część prac określonych w OPZ. Podmiot trzeci będzie zaangażowany we wszystkie zadania określone w OPZ oraz wzorze umowy na wszystkich etapach zamówienia oraz w ramach każdego z zadań.*** *(…)*

Pełnienie nadzoru, zgodnie z treścią SWZ, polegało będzie na zarządzaniu, pełnienie kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji. B.I. Via Regia sp. z o.o. będzie brał udział we wszystkich czynnościach opisanych w OPZ.

Podmiot trzeci zatrudni i oddeleguje do realizacji zamówienia Inżyniera Kontraktu i inne osoby z Kluczowego Personelu, w tym głównego inspektora nadzoru branży drogowej, inspektora nadzoru branży mostowej oraz ich asystentów. Zasady współpracy zostały uzgodnione pomiędzy Wykonawcą a B.I. Via Regia sp. z o.o. w Protokole z negocjacji sporządzonego na etapie sporządzania oferty a który stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Pismem z dnia 20 maja 2025 r. Zamawiający, w oparciu o art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp, wezwał Uczestnika postępowania, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4 ppkt. 1 TOM I IDW SWZ (w zakresie dotyczącym Wykonawcy) oraz warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4. ppkt. 2 TOM I IDW SWZ (w zakresie dotyczącym osób), do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in.: wykazu usług oraz wykazu osób.

W odpowiedzi na wezwanie, Uczestnik postępowania przedłożył zobowiązanie PROKOM Construction Sp. z o.o. (dalej: „Prokom Construction"), w którym wskazano:

Zasoby zostaną wykorzystane jako:

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w pkt 8.2.4 SWZ:

- ***faktyczny udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne wykonanie zamówienia 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;***
- ***faktyczny udział i zaangażowanie we wszystkich zadaniach określonych w OPZ oraz we wzorze umowy na wszystkich etapach zamówienia;***
- ***zatrudnienie i delegowanie do realizacji zamówienia: Inżyniera Kontraktu, Technologa, Głównego specjalisty ds. roszczeń, 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.***
- ***zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:***

Podwykonawstwo w ww. zakresie, których wskazane zdolności dotyczą –świadczenie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi, w tym nad robotami drogowymi i mostowymi.

Z kolei w wykazie osób Uczestnik postępowania wskazał: G.M. (Inżynier Kontraktu), K.P. (Główny specjalista ds. roszczeń) oraz W.S. (Technolog), wskazując podstawę dysponowania: *poleganie na zasobach PUZ – Prokom Construction Sp. z o.o.*

Pismem z dnia 17 czerwca 2025 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybrana została oferta złożona przez: PROKOM Consulting Sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41–200 Sosnowiec.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, choć nie wszystkie podnoszone zarzuty Odwołujący zdołał wykazać.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca*

ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

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*.

Rację miał Odwołujący wskazując, że z treści zobowiązania Via Regia nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby faktycznie będzie zaangażowany we wszystkie zadania określone w specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami. Podmiot udostępniający zasoby w zobowiązaniu wskazał wprost, że wykona tylko część zakresu zamówienia – nie wskazując przy tym o jaką część chodzi (w wyjaśnieniach Uczestnik postępowania również wskazywał, że podmiot trzeci zrealizuje część zamówienia). Dalej, podmiot udostępniający zasoby nawet nie wspomniał, że będzie świadczyć usługi nadzoru w branży mostowej i drogowej. Nie wspomniał również i o tym, że zatrudni i oddeleguje do realizacji zamówienia: Inżyniera Kontraktu, Technologa, Głównego specjalisty ds. roszczeń, głównych inspektorów nadzoru w branży drogowej oraz mostowej i zapewnienie asystentów tych inspektorów. Te elementy pojawiły się dopiero w zobowiązaniu Prokom Construction. Porównując zobowiązanie Via Regia z zobowiązaniem Prokom Construction Izba stwierdziła, że Uczestnik postępowania rozszerzył zakres wsparcia, który miałby otrzymać od podmiotu udostępniającego zasoby. Zdaniem składu orzekającego dokonana zmiana jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 ustawy Pzp.

Zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby w oparciu o art. 122 ustawy Pzp nie oznacza, że kolejny podmiot może zmienić zakres realizacji zamówienia, których wskazane zdolności dotyczą. Inaczej rzecz ujmując, skoro wraz z ofertą Uczestnik postępowania przedłożył zobowiązanie Via Regia w zakresie jak w zobowiązaniu, to w odpowiedzi na wezwanie z art. 122 ustawy Pzp wykonawca nie może przedłożyć zobowiązania nowego podmiotu w szerszym zakresie.

Skład orzekający w niniejszej sprawie doszedł do podobnych wniosków jak skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 763/25, który zwrócił uwagę, że *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. (…). 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.* Wobec tożsamej treści zobowiązania Via Regia powyższe ma zastosowanie również w niniejszej sprawie. Przy czym, Zamawiający, co było bezsporne, skierował do Uczestnika postępowania wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, Uczestnik postępowania zastąpił Via Regia innym podmiotem, przedkładając nowe zobowiązanie, z którego wynika szerszy zakres zasobów w stosunku do treści oferty. W konsekwencji ofertę Uczestnika postępowania należało odrzucić.

Odnosząc się do wykazu osób, zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał pozorności udostępnienia. Twierdzenia Odwołującego były w tym zakresie lakoniczne, gołosłowne nie poparte żadnym materiałem dowodowym. Odwołujący nie zaprzeczył, że pan Molicki prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, co za tym idzie może on w jej ramach nawiązywać współpracę z różnymi podmiotami, w tym zarówno z Uczestnikiem postępowania stając się jego zasobem własnym, jak również stając się zasobem podmiotu udostępniającego zasoby. Sam ten fakt, choć może budzić wątpliwości, nie oznacza pozorności udostępnienia zasobów. Powyższe nie miała jednak wpływu na rozstrzygnięcie, bowiem ofertę Uczestnika postępowania i tak należało odrzucić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..….

……..…

……..….