

WYROK

Warszawa, dnia 24 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2025 r. przez wykonawcę **B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SIVA” B.K., Pl. Tysiąclecia Państwa Polskiego 1B/6, 14-100 Ostróda,** w postępowaniu prowadzonym przez: **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny w Olsztynie, ul. Mickiewicza 1, 10-959 Olsztyn,**

orzeka:

- 1.odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - 2.w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**
 - 3.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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 4049/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny w Olsztynie, ul. Mickiewicza 1, 10-959 Olsztyn, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. Adaptacja budynku położonego w Olsztynie przy ul. Kołobrzeskiej 38A na potrzeby nowej siedziby OR KRUS w Olsztynie” numer referencyjny: 1000-OP.261.2.1.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.07.2025 r., nr 2025/BZP 00349427/01.

W dniu 23.09.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SIVA” B.K., Pl. Tysiąclecia Państwa Polskiego 1B/6, 14-100 Ostróda (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której środki te zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego i potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 2)art. 123 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert, podczas gdy podmiot trzeci został wskazany jako podwykonawca na etapie składania ofert oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało podpisane przed terminem składania ofert,
- 3)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25.08.2025 r.,
- 4)art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy,
- 5)art. 98 ust. 6 ustawy Pzp poprzez wystąpienie do gwaranta z żądaniem wypłaty wadium w sytuacji, gdy nie upłynął termin na wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i nie wystąpiły przesłanki zatrzymania wadium, gdyż wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3)unieważnienia czynności wystąpienia do gwaranta o wypłatę wadium,
- 4)dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 26.09.2025 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA sp. z o.o., ul. Kołobrzeska 50H, 10-434 Olsztyn zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie nie zostało dokonane skutecznie, ponieważ ww. wykonawca wbrew wymogowi wynikającemu z art. 525

ust. 1 ustawy Pzp, w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia w żaden, nawet lakoniczny sposób, nie wskazał na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W tej sytuacji Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o niedopuszczenie ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika i pominęła jego argumentację zawartą w piśmie procesowym z dnia 13.10.2025 r. (ww. wykonawca nie stawiał się też na rozprawę).

W dniu 22.10.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Adaptacja budynku położonego w Olsztynie przy ul. Kołobrzeskiej 38 A na potrzeby nowej siedziby OR KRUS w Olsztynie”.

W rozdziale X specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w pkt 1.d) tiret pierwsze Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji i budynku użyteczności publicznej o kubaturze co najmniej 15.000,00 m³ i wartości min. 10.000.000,00 zł brutto każdy, a roboty te zostały wykonane należyście i ukończone prawidłowo.

W rozdziale XII pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał m.in., że *gdym Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniami, także oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby:*

b) 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 – jeżeli Wykonawca polega na zasobach lub sytuacji podmiotu trzeciego.”

W dniu 22.08.2025 r. Odwołujący złożył ofertę, do której nie dołączył żadnych dokumentów informujących o poleganiu na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, natomiast dołączył:

- oświadczenie (zał. nr 2) o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy: „*Paszkiewicz Firma Budowlana sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa w następującym zakresie Oddelegowanie pracowników godzinowych na etapie wykonawstwa min. 1 os/branże w charakterze zastępcy brygadzysty oraz pracowników fizycznych celem wykonania części prac oraz monitorowania tempa i techniki wykonywania robót. Doradztwo przez cały etap trwania robót*”,
- oświadczenie (zał. nr 3) o częściach, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, w którym ponownie wskazał tego samego podwykonawcę i zamiar powierzenia mu: „*Oddelegowanie pracowników godzinowych na etapie wykonawstwa min. 1 os/branże w charakterze zastępcy brygadzysty oraz pracowników fizycznych celem wykonania części prac oraz monitorowania tempa i techniki wykonywania robót. Doradztwo przez cały etap trwania robót*”.

W dniu 28.08.2025 r. Zamawiający, na podstawie ar. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 04.09.2025 r. Odwołujący złożył m.in. wykaz robót wraz z referencjami i protokołem odbioru wystawionymi dla spółki Paszkiewicz Firma Budowlana sp. z o.o., a także inne dokumenty dotyczące tej spółki jako podmiotu udostępniającego zasoby:

- oświadczenie (zał. nr 2) o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- zaświadczenie z ZUS,
- zaświadczenie z urzędu skarbowego,
- informację z KRS,
- zobowiązanie z dnia 14.08.2025 r. do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia podpisane podpisem kwalifikowanym w dniu 17.08.2025 r. o treści:

„1) *Udostępniam Wykonawcy niżej wymienione zasoby w następującym zakresie:*

Oddelegowanie pracowników godzinowych na etapie wykonawstwa min. 1 os/branże w charakterze zastępcy brygadzysty oraz pracowników fizycznych celem wykonania części prac oraz monitorowania tempa i techniki wykonywania robót. Doradztwo przez cały etap trwania robót.

2) *Sposób wykorzystania udostępnionych przez podmiot trzeci zasobów:*

a) *Podwykonawstwo*

b) *Konsultacje i doradztwo w zakresie nieobjętym podwykonawstwem,*

3) Charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem trzecim:

Umowa z podwykonawcą

4) Przewidywany okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia:

Od dnia przekazania placu budowy do dnia podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru przedmiotu zamówienia. Potwierdzam jednocześnie, że jako podmiot udostępniający powyższe zasoby wezmę udział w realizacji niniejszego zamówienia jako podwykonawca”

W dniu 09.09.2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do „uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających treść oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą. Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 123 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. Zgodnie ze złożonym wraz z ofertą oświadczeniem Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z zapisami Rozdziału X SWZ Wykonawca powinien wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji budynku użyteczności publicznej o kubaturze co najmniej 15.000,00 m³ i wartości min. 10.000.000,00 zł brutto każdy, a roboty te zostały wykonane należyście i ukończone prawidłowo”.

W dniu 10.09.2025 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in.:

„Twierdzenie zawarte w piśmie Zamawiającego, jakoby Wykonawca na etapie składania oferty nie polegał na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jest sprzeczne z jednoznaczną treścią dokumentów złożonych wraz z ofertą w dniu 22 sierpnia 2025 r. Po pierwsze, integralną część oferty stanowił Załącznik nr 3 do SWZ – „Informacja o częściach zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom”. W dokumencie tym Wykonawca w sposób jawny i niebudzący wątpliwości wskazał firmę: „Paszkiewicz Firma Budowlana sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” jako podmiot, któremu zamierza powierzyć realizację części zamówienia, precyzując jej zakres oraz szacując jej wartość na 30% całości zamówienia. Dokument ten stanowi bezpośredni i jednoznaczny dowód na to, że fundamentem złożonej oferty była współpraca z ww. podmiotem.

Po wtóre, kluczowym dowodem potwierdzającym, że poleganie na zasobach podmiotu trzeciego nie było decyzją podjętą po terminie składania ofert, jest „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby”, wystawione przez Paszkiewicz Firma Budowlana sp. z o.o.. Dokument ten, choć omyłkowo niezalączony do pierwotnej oferty i uzupełniony w dniu 4 września 2025 r., został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 14 sierpnia 2025 r., a więc na osiem dni przed upływem terminu składania ofert. Potwierdza to w sposób niepodważalny, że formalne porozumienie i zobowiązanie do udostępnienia zasobów było elementem przygotowania oferty od samego początku. (...)

Jesteśmy świadomi, że w Załączniku nr 2 do SWZ („Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału”) znalazło się standardowe oświadczenie o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jednakże w świetle przywołanych powyżej, konkretnych i szczegółowych informacji zawartych w Załączniku nr 3, oświadczenie to należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską, która powstała w wyniku niedopatrzenia przy wypełnianiu formularzy. (...)

W tej sytuacji zastosowanie znajduje art. 128 ust. 1 PZP, który nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy. Zobowiązanie podmiotu trzeciego jest klasycznym przykładem takiego dokumentu. W konsekwencji, wezwanie z dnia 28 sierpnia 2025 r. oraz nasza odpowiedź z dnia 4 września 2025 r., w ramach której uzupełniliśmy brakujące zobowiązanie, stanowiły prawidłową realizację procedury naprawczej przewidzianej przez ustawodawcę. (...)

W dniu 19.09.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał: „Zamawiający określił w dokumentach zamówienia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie, z którego wynikało, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. 28 sierpnia 2025 r. Wykonawca, w terminie do 4 września 2025 r., został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty dostarczone w wyznaczonym terminie nie potwierdziły treści oświadczenia złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą. Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na zdolność, sytuację podmiotu udostępniającego zasoby. 9 września 2025 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w

terminie do 11 września 2025 r. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych, tym samym nie wykazał, że spełnia określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu”.

Jako uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Zamawiający wskazał: „Zgodnie z art. 226 ust. 2 lit. c) PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zgodnie z art. 123 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”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu dotyczącego wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione z uchybieniem terminu. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w dniu 09.09.2025 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania na tę czynność Zamawiającego upłynął w dniu 15.09.2025 r. (art. 509 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym niniejsze odwołanie z dnia 23.09.2025 r. w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego, wg Odwołującego, wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zostało wniesione z uchybieniem terminu wynikającego z ww. przepisu. W rezultacie odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu przede wszystkim należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

1. 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.
2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, 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.

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.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub

podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że do złożonej oferty Odwołujący nie dołączył żadnych dokumentów, które w jakikolwiek sposób wskazywałyby, że planuje on wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu przy pomocy podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby.

W szczególności nie można przyjąć, że Odwołujący zasygnalizował zamiar polegania na zdolnościach innego podmiotu poprzez wskazanie w załącznikach nr 2 i nr 3 na chęć powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy. Wskazanie podwykonawcy nie oznacza automatycznie polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ nie każdy podwykonawca musi być takim podmiotem. Możliwa jest sytuacja, w której wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a mimo to ma zamiar powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim wypadku podwykonawca nie udostępnia wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia żadnych zasobów w celu wykazania spełniania warunków udziału, a pojawia się dopiero na etapie realizacji zamówienia w celu wykonania powierzonych robót/usług. Nie można zatem w niniejszej sprawie przyjąć, że samo wskazanie podwykonawcy oznaczało, że jest on również podmiotem udostępniającym Odwołującemu zasoby, za pomocą których Odwołujący ma zamiar wykazać spełnienie warunku udziału, bo takie automatyczne utożsamianie podwykonawcy z podmiotem udostępniającym zasoby nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Nie można także zgodzić się z Odwołującym, że o traktowaniu podwykonawcy jako podmiotu udostępniającego zasoby świadczyło „użycie sformułowania charakterystycznego dla użyczenia zasobu wiedzy i doświadczenia: „doradztwo przez cały etap trwania robót”. Po pierwsze, ww. sformułowanie nie zawiera żadnych słów potwierdzających zamiar korzystania z zasobów innego podmiotu. Po drugie, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp udostępnienie zasobów musi polegać na wykonywaniu robót lub usług, do wykonania których zdolności podmiotu udostępniającego zasoby są wymagane. Oznacza to, że podmiot udostępniający zasoby musi zobowiązać się do wykonania jako podwykonawca takich robót lub usług, które wchodzą w zakres zamówienia i zostały opisane w warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie wykonawca wykazuje za pomocą tych zasobów. Natomiast nie może udostępniać zasobów w postaci „doradztwa”, jeśli przedmiot zamówienia i warunek udziału nie mają żadnego związku z doradztwem. Innymi słowy: „doradztwo” mogłoby być sposobem udostępnienia zasobów w przypadku zamówienia i warunku doświadczenia dotyczącego wykonywania usług doradczych, natomiast „doradztwo” nie może być sposobem udostępnienia zasobów w przypadku robót budowlanych, bo roboty nigdy nie polegają na doradzaniu. Być może Odwołujący w swojej argumentacji odnosi się do „starej” ustawy Pzp z 2004 r. w wersji obowiązującej od 22.12.2009 r. (ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591), kiedy to wprowadzono nowy wówczas przepis art. 26 ust. 2b, który przewidywał możliwość korzystania z zasobów innych podmiotów i w początkowym okresie jego obowiązywania faktycznie powoływano się często na zasoby w postaci wyłącznie „doradztwa”, co nie miało zwykle nic wspólnego z rzeczywistym przedmiotem zamówienia. Praktyka ta jednak ostatecznie została uznana za naganną zarówno w orzecznictwie, jak i przez doktrynę i ww. art. 26 ust. 2b został uchylony w 2016 r. Kolejne uchwalane w tym zakresie przepisy przewidywały już możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów tylko pod warunkiem, że podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (czyli będą podwykonawcami tych robót lub usług). Tym samym praktyka powoływania się na „doradztwo” (bez zobowiązania do podwykonawstwa) od dawna nie jest już dopuszczalna i nie ma podstaw do uznania jej w tej sprawie za „charakterystyczną” i potwierdzającą zamiar korzystania z zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący powołuje się też na zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które zostało podpisane 17.08.2025 r., tj. na 5 dni przed upływem terminu składania ofert. Izba rozumie, że ww. okoliczność ma dowodzić, że już przed złożeniem oferty Odwołujący miał zamiar opierać się na zdolnościach innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że zobowiązanie to zostało złożone dopiero w dniu 04.09.2025 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, natomiast ani w ofercie ani w żadnym dołączonym do niej dokumencie nie było śladu o tym, że Odwołujący zamierza korzystać z

zasobów innego podmiotu. Gdyby Odwołujący nie dołączył do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, ale mimo to w samej ofercie lub innym dołączonym do niej dokumencie wskazał na zamiar korzystania z zasobów innego podmiotu, można byłoby uznać, że w istocie powołał się na zdolności innego podmiotu i dopuszczalne jest wezwanie go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia samego tylko zobowiązania. Ale raz jeszcze należy podkreślić, że sytuacja w tej sprawie była inna: ani w ofercie ani w złożonych wraz z nią dokumentach nie było żadnej wzmianki świadczącej o zamiarze wykazania spełnienia warunku udziału za pomocą zasobów innego podmiotu, a zobowiązanie tego podmiotu i inne dotyczące go dokumenty zostały złożone dopiero w dniu 04.09.2025 r., tj. po terminie składania ofert. Tymczasem w świetle art. 123 ustawy Pzp po upływie terminu składania ofert wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli nie polegał na tych zasobach na etapie złożenia oferty. Zamawiający nie mógł więc uznać zobowiązania i innych dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby za potwierdzające spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, skoro zostały one złożone dopiero po upływie terminu składania ofert i tym samym dopiero po upływie tego terminu Odwołujący po raz pierwszy zasygnalizował zamiar korzystania z zasobów innego podmiotu. Nie zmienia tego fakt podpisania zobowiązania przez podmiot udostępniający zasoby 5 dni przed upływem terminu składania ofert. Liczy się bowiem nie termin podpisania zobowiązania przez ww. podmiot, ale termin ujawnienia przez wykonawcę, że zamierza korzystać z zasobów tego podmiotu.

Skoro zatem Odwołujący dopiero po upływie terminu składania ofert zgłosił zamiar oparcia się na zdolnościach innego podmiotu, Zamawiający nie mógł ocenić spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu za pomocą zasobów tego podmiotu, stąd też słusznie wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia właściwych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku samodzielnie przez Odwołującego. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:

- po pierwsze, Odwołujący nie wniósł we właściwym terminie odwołania na czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentów, tym samym zaakceptował tę czynność i wiążące się z nią skutki,
- po drugie, Odwołujący wezwany do uzupełnienia dokumentów nie uzupełnił ich, tj. nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego samodzielnie warunku udziału w postępowaniu, a jedynie złożył wyjaśnienia.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, gdyż dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby nie mogły zostać przyjęte, bo zamiar korzystania z zasobów takiego podmiotu został ujawniony dopiero po upływie terminu składania ofert, a dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału samodzielnie przez Odwołującego nie zostały uzupełnione w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co jednoznacznie wypełnia przesłankę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Powyższe prowadzi również do wniosku, że Zamawiający był uprawniony do wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. Ziszcza się bowiem przesłanka przewidziana w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, tj. brak złożenia przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazano już wyżej, Odwołujący nie złożył takich środków, mimo że był o nie wzywany (złożył tylko wyjaśnienia).

Przy czym należy podkreślić, że w odwołaniu Odwołujący uzasadnił naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp tylko w ten sposób, że nie wystąpiła przesłanka niezłożenia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ złożył te środki („*Mając na uwadze fakt, iż wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego wskazanego w treści oferty, nie wystąpiła przesłanka zatrzymania wadium wskazana w treści uzasadnienia o zatrzymaniu wadium. Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe zatem nie można wykazać, aby została spełniona przesłanka – nie złożył podmiotowych środków dowodowych*”). Odwołujący nie podnosił natomiast w treści odwołania argumentacji dotyczącej celu ustanowienia art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp i jego wykładni, zwłaszcza w świetle działań podejmowanych przez Odwołującego i zmierzających do uzyskania zamówienia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Oznacza to, że zarzut to nie tylko przepisy wraz z krótkim opisem zamieszczane zwyczajowo we wstępnej części odwołania (petitum), ale także cała dalsza argumentacja, czyli okoliczności faktyczne i prawne zawarte zwykle w uzasadnieniu tego odwołania. I tylko tak rozumiane zarzuty zawarte w odwołaniu podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Jeżeli zatem odwołujący na dalszym etapie postępowania odwoławczego np. w kolejnych pismach procesowych lub na rozprawie, będzie chciał podnieść nową argumentację (czyli nowe okoliczności faktyczne lub prawne) niezawartą wcześniej w odwołaniu, argumentacja ta nie będzie mogła być wzięta przez Izbę pod uwagę, gdyż stanowi już nowe

zarzuty. Tym samym po wniesieniu odwołania odwołujący może jedynie składać dowody na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu (do zamknięcia rozprawy – art. 535 ustawy Pzp) i odnosić się do stanowiska zamawiającego lub przystępującego po stronie zamawiającego. Nie może natomiast rozszerzać swojej argumentacji faktycznej i prawnej zawartej w odwołaniu, np. z tego powodu że dopiero po wniesieniu odwołania zorientował się, że dobrze byłoby podnieść kolejny argument lub dobrze byłoby zmienić coś w dotychczasowej argumentacji. Takie nowe lub zmienione argumenty stanowią w istocie nowe zarzuty, które zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie mogą być przez Izbę rozpoznane. Dlatego niezwykle istotne jest, aby odwołujący pisząc odwołanie ujął w nim wszystkie argumenty faktyczne i prawne w sposób przemyślany, ponieważ na dalszych etapach postępowania odwoławczego nie będą one mogły być już zmieniane czy rozszerzane. Argumenty te, rozumiane jako zarzuty, stają się bowiem wiążące zarówno dla odwołującego, jak i dla Izby.

Powyższa zasada po pierwsze, ma na celu niedopuszczenie do sytuacji, w której odwołujący przedstawiając nowe zarzuty po wniesieniu odwołania w istocie wydłużałby sobie ustawowy termin na jego wniesienie. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że jeśli zamawiający np. dopiero na rozprawie dowiadywałby się o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, uniemożliwiłoby mu to przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego zakaz rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu ma charakter nie tylko formalny, ale służy też respektowaniu zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Powyższe znajduje potwierdzenie w konsekwentnym orzecznictwie Izby i sądów, w tym np. w wyroku z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24, w który Sąd Okręgowy stwierdził: *„Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (...). Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP”.*

Reasumując, w świetle art. 555 ustawy Pzp Izba rozpoznaje tylko zarzuty zawarte w odwołaniu, co oznacza, że okoliczności faktyczne i prawne podnoszone przez odwołującego już po złożeniu odwołania, jako nowe zarzuty, nie mogą zostać przez Izbę rozpoznane. Dlatego Izba pominęła nowe zarzuty dotyczące celu ustanowienia art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp i jego wykładni, zwłaszcza w świetle działań podejmowanych przez Odwołującego, ponieważ zarzuty te nie były zawarte w odwołaniu.

Jedynie na marginesie Izba nadmienia, że wyrok KIO 1885/24 (błędnie powoływany przez Odwołującego jako KIO 1805/24, choć były to sprawy połączone) dotyczył odmiennego stanu faktycznego, w którym wykonawca już w ofercie oświadczył, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu, a sporną kwestią była ocena przez Zamawiającego treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. W tej sprawie natomiast Odwołujący nie wskazał w ofercie zamiaru korzystania z zasobów innego podmiotu i w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie uzupełnił wymaganych dokumentów. Dlatego stanowisko Izby w sprawie KIO 1885/24 nie jest adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Ponadto uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22.06.2017 r. o sygn. akt III CZP 27/17 dotyczy sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty lub oświadczenia, ale z ich treści nie wynikało potwierdzenie spełnienia warunków, natomiast uchwała to nie daje podstaw do przyjęcia, że w sytuacji niezłożenia wymaganych dokumentów zamawiający (przy zachowaniu pozostałych przesłanek zawartych w tym przepisie, ale niepodniesionych w treści odwołania w tej sprawie) miałby nie mieć prawa do zatrzymania wadium.

Reasumując, Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący nie ujawnił na etapie składania oferty zamiaru polegania na zdolnościach innego podmiotu, to w świetle art. 123 ustawy Pzp nie było podstaw do uznania, że spełnił on warunek udziału w postępowaniu dzięki korzystaniu z zasobów innego podmiotu, nawet jeśli zobowiązanie tego podmiotu zostało podpisane przed upływem terminu składania ofert. Skoro następnie Odwołujący nie uzupełnił też na wezwanie dokumentów potwierdzających samodzielne spełnianie przez niego warunku udziału, to ziściły się przesłanki zarówno odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), jak i zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie zostało oddalone.

Ponadto Izba oddaliła zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ oferta nie została odrzucona na tej podstawie prawnej. Izba uznała też za omyłkę wskazane w podsumowaniu odwołania naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia nie

zostało przez Zamawiającego unieważnione.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 1 i ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca