

**WYROK**

Warszawa, dnia 29 grudnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Martyna Mieszkowska

Protokolant: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, COMPLEX Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miejska Bolesławiec, Urząd Miasta Bolesławiec,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, COMPLEX Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, COMPLEX Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu o odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika ww. wykonawcy, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, COMPLEX Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu 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 4963/25

**UZASADNIENIE**

Gmina Miejska Bolesławiec, Urząd Miasta Bolesławiec (dalej: „zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zagospodarowanie Ośrodka Wodno-Sportowego przy ul. Spacerowej 24 w Bolesławcu” (znak postępowania: (ZI-II.271.29.2025.DW) Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydane na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2024 r. pod numerem 463883-2025.

W dniu 7 listopada 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, COMPLEX Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

1. dokonania wadliwej czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania z dnia 31 października 2025 roku,
2. również dokonaniu wadliwej czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że rzekomo wszystkie złożone oferty przewyższają kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, mimo że z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający posiada środki na realizację tego zamówienia w wysokości co najmniej 43 mln

zł, a co za tym idzie oferta Odwołującego mieści się w przewidzianym budżecie, a zatem Zamawiający nie wykazał, aby nie mógł zwiększyć kwoty zadeklarowanej jako przeznaczona na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty,

2. w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 i art. 123 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty

Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący w sposób prawidłowy powołał się na zasoby podmiotów trzecich w tym postępowaniu, zagwarantował ich udział w realizacji zamówienia adekwatnie do udostępnionych zasobów, a zatem doszło do udostępnienia zasobów w sposób realny (stosownie do treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), a także Odwołujący nie dokonał jakiegokolwiek zmiany treści swojej oferty po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie przystąpienie do dalszego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że: „ (...) Jednak, jako że Odwołujący niniejszym odwołaniem kwestionuje czynność unieważnienia postępowania i zmierza do tego, aby unieważniono tę czynność i przystąpiono do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego – w ramach niniejszego odwołania Odwołujący kwestionuje również czynność swojego odrzucenia, która nie została przez Zamawiającego cofnięta ani unieważniona. W tym miejscu należy również przedstawić Wysokiej Izbie kontekst niniejszej sprawy, bowiem Zamawiający informując o odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 19 września 2025 roku nie dokonał rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, podczas gdy „przepisy art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 260 p.z.p. nakazują zamawiającemu informować wykonawców o odrzuceniu ich ofert dopiero z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania” (KIO 405/24). (...) Odnosząc się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz uzasadnienia tej czynności, Odwołujący wskazuje, że odrzucenie oferty Odwołującego dokonane przez Zamawiającego nie ma oparcia w przepisach ustawy Pzp. Z uzasadnienia odrzucenia wynika, że jego podstawą jest zmiana zakresu robót budowlanych, których wykonanie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom i że zakres ten jest szerszy niż wskazany w formularzu ofertowym. Nie jest zrozumiałe skąd Zamawiający wyciąga tego typu wnioski, skoro z treści wyjaśnień złożonych w dniu 4 września 2025 roku jednoznacznie wynika, że Wykonawca wyłącznie doprecyzował opis prac zleconych podmiotom trzecim w zobowiązaniach tych podmiotów, w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie zmienił treści formularza ofertowego w części dotyczącej zakresu jaki Odwołujący zamierza zlecić podwykonawcy. Ten zakres od początku wynikał z oferty Odwołującego, a w złożonych wyjaśnieniach – na prośbę samego Zamawiającego – Odwołujący wyłącznie doprecyzował i potwierdził co dokładnie należy rozumieć przez sformułowania znajdujące się w ofercie. Należy w tym miejscu wskazać, że do wyjaśnień z dnia 4 września 2025 roku Odwołujący załączył również poprawione zobowiązania podmiotów trzecich, przy czym - i co należy z całą stanowczością podkreślić – zakres udostępnionego zasobu (doświadczenie) pozostał bez zmian zgodnie z art. 123 ustawy Pzp. (...) Należy zatem podkreślić, że bez wątpienia Odwołujący nie zmienił ani zasobu, który przyjmuje od podmiotów trzecich (jest to bowiem doświadczenie wskazywane w celu spełnienia warunku), ani nie zmienił tych podmiotów, co powoduje, że Odwołujący – wbrew twierdzeniom Zamawiającego - nie popadł w jakąkolwiek sprzeczność z art. 123 ustawy Pzp. Jeśli zaś chodzi o możliwość poprawienia i uzupełnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego to ustawa Pzp wyraźnie dopuszcza taką możliwość, bowiem zobowiązanie podmiotu trzeciego jest podmiotowym środkiem dowodowym, co oznacza, że podlega uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu zaznaczyć również, że Zamawiający w tym postępowaniu nie wzywał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia czy poprawienia jakichkolwiek dokumentów, bowiem wezwanie z dnia 2 września 2025 roku oparte było o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, a nie ust. 1 - jak to błędnie wskazano w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący samodzielnie – w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego – załączył poprawione zobowiązania podmiotów trzecich, które nadal są spójne z treścią oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym. (...) Nie jest zatem zrozumiałe na jakiej podstawie Zamawiający twierdzi, że podmiot trzeci nie zrealizuje robót budowlanych w zakresie, w którym udostępnia swoje zasoby. To że podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i to w szerokim zakresie – adekwatnym do udostępnionych zasobów – wynika jednoznacznie z oferty, a także z zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie ma również żadnej sprzeczności pomiędzy treścią oferty a treścią zobowiązań – oświadczenia te nie muszą być identyczne co do swojej literalnej treści, a przecież co do sensu i zakresu są ze sobą spójne, bowiem podmiot trzeci deklaruje uczestnictwo w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez realizację części robót budowlanych. (...) wynika z tego, że w sytuacji, w której Odwołujący nie zaskarżyłby czynności odrzucenia swojej oferty to Zamawiający dokonałby następnie wyboru oferty Wykonawcy TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A., który złożył ofertę droższą niż Odwołujący (i przekraczającą budżet Zamawiającego). W sytuacji zaś kiedy Odwołujący skutecznie podważył czynność odrzucenia swojej oferty to Zamawiający z dużym prawdopodobieństwem unieważnił postępowanie z powołaniem na to, że oferta Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia przez Zamawiającego - czego nie mógłby zrobić, gdyby wraz z odrzuceniem dokonał wyboru oferty TAMEX, która byłaby ofertą

droższą niż oferta Odwołującego. W takiej sytuacji Zamawiający nie mógłby już powiedzieć, że nie posiada środków na dolozenie do oferty Odwołującego, skoro wcześniej wybrałby ofertę droższą. Jeśli jednak Zamawiający nie dokonał równoczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej to zostawia sobie otwartą drogę do unieważnienia postępowania z powołaniem na brak środków w sytuacji, gdyby oferta Odwołującego została przywrócona do postępowania. Należy zaznaczyć, że niniejsze postępowanie jest już drugim postępowaniem na ten sam przedmiot zamówienia. W pierwszym postępowaniu pn. Zagospodarowanie terenu OWS przy ul. Spacerowej 24 w Bolesławcu - etap II - nr postępowania: ZI-II.271.8.2025.DW również wszystkie złożone oferty przekraczały budżet Zamawiającego, przy czym oferta Odwołującego również była ofertą najkorzystniejszą cenowo. Zamawiający unieważnił to postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na brak środków. (...) W zakresie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania z dnia 31 października 2025 roku z powołaniem na art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący w całości kwestionuje tę czynność. Należy zaznaczyć – jak już wskazywano powyżej – że Zamawiający nie unieważnił postępowania po otwarciu ofert, które miało miejsce w dniu 22 sierpnia 2025 roku. Wręcz przeciwnie – Zamawiający prowadził postępowanie dokonując badania i oceny ofert, a co za tym podjął decyzję, że posiada dodatkowe środki ponad wskazany budżet (40 067 000,00 zł brutto), aby dolozyć do wysokości oferty wybranej. O tym, że Zamawiający posiadał i posiada środki na realizację tego zamówienia w kwocie co najmniej 43 mln zł (a zatem wyższej niż wartość oferty Odwołującego) świadczy jednoznaczne stanowisko Prezydenta Miasta Bolesławiec, który na XVIII Sesji Rady Miasta Bolesławiec w dniu 27 sierpnia 2025 roku opowiadając o inwestycji oraz otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie oświadczył, że „w budżecie mamy, planowaliśmy na to wydać 43 mln, więc drugi wykonawca zmieścił się w środkach przewidzianych”, dalej uzupełniono, że „drugi to znaczy drugi w tabelce, wykonawca z numerem 2” (...) (....) Odwołujący w tym miejscu wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Wysoką Izbę dowodu z nagrania z XVIII Sesji Rady Miasta Bolesławiec z dnia 27 sierpnia 2025 roku, które to nagranie (wideo oraz audio) znajduje się na oficjalnej stronie Miasta Bolesławiec. Jest to bardzo obszerne nagranie, natomiast fragment istotny dla niniejszej sprawy, tj. dotyczący niniejszej inwestycji oraz przeznaczonego na nią budżetu znajduje się w czasie od 3:45:45 do 3:47:40. (...) Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że Zamawiający ma środki przeznaczone na realizację tego zamówienia w wysokości co najmniej 43 mln zł brutto, tj. w wysokości pozwalającej na wybór oferty Odwołującego. W tym miejscu Odwołujący wskazuje również, że z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 40 721 076,00 zł netto z zamówieniami dodatkowymi, tj. 37 019 160,00 zł bez tych zamówień, co daje ok. 45 533 566,80 zł brutto. Z niezrozumiałego zatem powodu Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że na realizację zamówienia przeznacza tylko kwotę 40 067 000,00 zł brutto, skoro miał świadomość rynkowej wyceny zamówienia na ponad 45 mln zł brutto. Jak wynika z powyższego dowodu Zamawiający faktycznie jednak zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą niż podana przed otwarciem ofert, tj. co najmniej 43 mln zł brutto, co bardziej koresponduje z kwotą oszacowaną przed wszczęciem postępowania. (...) Dalej należy zaznaczyć, że Zamawiający unieważniając w dniu 31 października 2025 roku przedmiotowe postępowanie nie podał żadnych przyczyn, ani okoliczności wskazujących na to, że pomiędzy deklaracją Zamawiającego o posiadanych środkach w wysokości 43 mln zł, a unieważnieniem postępowania w dniu 31 października 2025 roku zaszły jakiegokolwiek zmiany. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie pełnej dokumentacji postępowania i nie znajdują się w niej żadne dokumenty, ani decyzje o tym, że Zamawiający dysponuje kwotą niższą niż wskazane jednoznacznie przez Zamawiającego 43 mln zł. Należy zatem stwierdzić, że dokumentacja taka nie istnieje i nie może zostać złożona czy wytworzona na dalszych etapach postępowania. (...) Tym samym nie doszło do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający w ogóle nie wskazał żadnej argumentacji, że „nie może zwiększyć kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty” – zupełnie pomijając ten fragment art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający skupił się wyłącznie na tym, że ceny złożonych ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie jest to jednak jedyna przesłanka o której stanowi art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem ustawodawca jednoznacznie wskazuje – „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty”, a w niniejszym postępowaniu istnieją jednoznaczne dowody potwierdzające, że Zamawiający może zwiększyć kwotę do wysokości 43 mln zł, bowiem takie środki zabezpieczył w swoim budżecie i oświadczył to publicznie.”

Odwołujący wskazał, że posiada interes i może ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym zajął stanowisko o następującej treści: „(...) W ocenie Zamawiającego za nieuprawnione należy uznać stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający „posiada dodatkowe środki ponad wskazany budżet (40 067 000 zł brutto), aby dolożyć do wysokości oferty wybranej.” ponieważ „prowadził postępowanie dokonując badania i oceny ofert”. Zamawiający zwraca również uwagę, że oferta Odwołującego z ceną 42 989 333,33 złotych, nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W postępowaniu nie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, a cena zaoferowana przez kolejnego wykonawcę (TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A., ul. Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa), przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia aż o 6 912 996,60 złotych. (...) Decyzja o wielkości kwoty, którą Zamawiający udostępnił przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jest jego autonomiczną decyzją. Podanie przez Zamawiającego kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 40 067 000,00 zł brutto nie Odpowiedź na odwołanie wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Zagospodarowanie terenu OWS przy ul. Spacerowej 24 w Bolestawcu - etap II - II”, oznaczenie sprawy: ZI-II.271.29.2025.DW, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nowak - Mosty sp. z o.o., ul. Kazimierza Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza - Lider oraz COMPLEX Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., ul. Tysiąclecia 39, 41-303 Dąbrowa Górnicza - Partner. Strona 7 z 23 stron stanowi naruszenia żadnych przepisów ustawy Pzp, tym bardziej, że sam ustawodawca przewiduje możliwość (a nie obowiązek) zwiększenia tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. (...) Dlatego mając także na względzie tak znaczącą różnicę (2 922 333,33 zł brutto) pomiędzy najniższą ceną (ceną zaoferowaną przez Odwołującego) a kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wystarczające było podanie w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że: „Złożono dwie oferty. Ceny wszystkich złożonych ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym zamawiający unieważnia postępowanie.” Cena zaoferowana przez kolejnego wykonawcę przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia aż o 6 912 996,60 złotych. (...) Zamawiający zauważa, że prawidłowe określenie, czy i w jakim zakresie podmioty udostępniające zasoby (w tym przypadku MIRBUD S.A. i oraz LAMSERWIS sp. z o.o.), na zdolnościach których wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizują roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą, odpowiada wykonawca (w tym przypadku Odwołujący). Przed złożeniem wraz z formularzem ofertowym (ofertą) zobowiązań MIRBUD S.A. oraz LAMSERWIS sp. z o.o., Odwołując powinien zweryfikować zobowiązania tych podmiotów, również w odniesieniu do tej części formularza ofertowego, w której sam Odwołujący wskazał, jakie części zamówienia powierzy tym podmiotom. Natomiast oświadczenie o części zamówienia, jakiej wykonanie Odwołujący powierza podwykonawcy zawarte w formularzu ofertowym ze względu na fakt, że ma dotyczyć zakresu bezpośredniego udziału (podwykonawstwa) podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu należy odczytywać literalnie. Co więcej, musi być tak sformułowane, by nie było żadnej wątpliwości co do zakresu robót budowlanych, jakie wykonają podmioty udostępniające zasoby MIRBUD S.A. oraz LAMSERWIS sp. z o.o. (...) W zaistniałej sytuacji wezwanie Odwołującego do zmiany treści formularza ofertowego w części dotyczącej zakresu robót budowlanych, jakie Odwołujący zamierza powierzyć MIRBUD S.A. oraz LAMSERWIS sp. z o.o., byłoby niedopuszczalnym wezwaniem do zmiany treści oferty. Wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót budowlanych, który wykona podwykonawca, który jest podmiotem, na którego doświadczeniu polega wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty, ponieważ bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy (tak w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., KIO 284/23). (...) Zamawiający zwraca również uwagę, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, jest ustawowym uprawnieniem Zamawiającego, w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie będzie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.”

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania oraz przedłożone przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania powołał dowód w postaci linku do nagrania z XVIII Sesji Rady Miasta Bolestawiec z dnia 27 sierpnia 2025 roku na wykazanie faktu wysokości budżetu przeznaczonego na wykonanie niniejszej inwestycji. Izba uznała, że powyższy dowód nie miał znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W rozdziale VI SWZ zamawiający zawarł postanowienia o następującej treści:

6.1. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

6.2. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

6.3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.

6.4. Powierzenie części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia."

Zgodnie z treścią rozdziału VIII pkt 8. 2. SWZ w odniesieniu zdolności technicznej lub zawodowejw zakresie doświadczenia określono, że: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto oraz

- dostawę i montaż przynajmniej jednej zjeżdżalni wodnej o długości ślizgu co najmniej 50 m wraz z technologią basenową wody i wieżą startową,

- budowę pełnowymiarowego boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy.

W myśl rozdziału X pkt 10.1.3 SWZ „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem JEDZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, tj. oświadczenia o których mowa w ust. 10.1."

W rozdziale X SWZ zamawiający wyszczególnił, że:

„11.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

11.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, składa 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.

11.3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

11.4. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe 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.

UWAGA: 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.

11.5 Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem JEDZ, także oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby."

Stosownie do rozdziału XIV pkt 14.3 SWZ „Ofertę składa się na formularzu ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć : Zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w ust. 11.2. SWZ – Załącznik nr 6."

Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający przed otwarciem ofert, udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 40 067 000 złotych.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

Tamex Obiekty Sportowe S.A. z ceną brutto 46.979.996, 66 zł

Odwołujący z ceną 42.989.333, 33 zł.

Pismem z dnia 2 września 2025 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w następującym zakresie: „Na podstawie art. 128 ust. 4 oraz art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, z późn. zm.) - w skrócie „ustawa Pzp”, Zamawiający żąda wyjaśnień dotyczących różnic pomiędzy:

1) w przypadku MIRBUD S.A. zgodnie z :

a) treścią ustępu 5 w formularzu ofertowym, w którym Odwołujący oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy MIRBUD S.A.: „Wykonanie części robót budowlanych związanych między innymi z budową boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy”, a

b) treścią punktu 3 w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby - MIRBUD S.A., w którym ten podmiot na pytanie „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 prace lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:” oświadczył: „Podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo wykonując część robót budowlanych związanych z robotami ziemnymi.”;

2) w przypadku LAMSERWIS sp. z o.o.: a) treścią ustępu 5 w formularzu ofertowym, w którym Odwołujący oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy LAMSERWIS sp. z o.o.: „Wykonanie części robót budowlanych związanych z technologią zjeżdżalni wodnych”, a b) treścią punktu 3 w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby – LAMSERWIS sp. z o.o., w którym ten podmiot na pytanie „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 prace lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:” oświadczył: „Podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo wykonując część robót budowlanych związanych ze zjeżdżalniami wodnymi.” oraz 3) treścią punktu 1 w zobowiązaniach podmiotów udostępniających zasoby i formularzu ofertowym (MIRBUD S.A. oraz LAMSERWIS sp. z o.o.), w których te podmioty udostępniające oświadczyły, że:

a) MIRBUD S.A.: „Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do użyczenia zasobów niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto, oraz budowę pełnowymiarowego boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie Zamawiającego.”

b) LAMSERWIS sp. z o.o.: „Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do użyczenia zasobów niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej dostawę i montaż przynajmniej jednej zjeżdżalni wodnej o długości ślizgu co najmniej 50 m wraz z technologią basenową wody i wieżą startową, czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie Zamawiającego.”

(...) Z treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasoby jest zobowiązany wykonać roboty budowlane lub usługi, które zostały wykazane jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia odwołujący wskazał, że: „ W formularzu ofertowym zadeklarowano, że Mirbud wykona część robót budowlanych przewidzianych do realizacji w ramach całego zamówienia. Chodzi mianowicie o część obejmującą między innymi budowę boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy. Poprzez użycie w formularzu ofertowym zbioru otwartego (słowa: między innymi), wymieniony wprost w formularzu ofertowym zakres robót Mirbud nie jest do tych robót ograniczony. Podmiotowi temu zostaną zlecone wszystkie prace, dla których wymagane jest doświadczenie przytoczone poniżej.

Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do użyczenia zasobów niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo–rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto, oraz budowę pełnowymiarowego boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie zamawiającego.

W związku z wątpliwościami zasygnalizowanymi przez Zamawiającego, Wykonawca w oparciu o art. 123 PZP doprecyzował w zobowiązaniu PUZ opis prac lub usług, jakie zrealizuje Mirbud w ramach zamówienia. Zakres udostępnionego zasobu (doświadczenie) pozostał bez zmian zgodnie z art. 123 PZP. W załączeniu przedkładam zaktualizowane zobowiązanie Mirbud, z którego wynika, że w ramach zamówienia zrealizuje on następujący zakres prac lub usług: zakres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: doradztwo techniczne i zawodowe oraz uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie usług i robót, do których realizacji zostały udostępnione zasoby, w szczególności budowę obiektów użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych oraz budowę pełnowymiarowych boisk piłkarskich ze sztucznej trawy.

W formularzu ofertowym zadeklarowano, że Lamserwis wykona część robót budowlanych przewidzianych do realizacji w ramach całego zamówienia. Chodzi mianowicie o część obejmującą technologię zjeżdżalni wodnych. Na zakres ten składają się wszystkie specjalistyczne prace niezbędne do wybudowania prawidłowo działającej zjeżdżalni wodnej, tj. sama zjeżdżalnia, technologia wody basenowej oraz montaż wieży startowej. Lamserwis wykona wszystkie prace niezbędne do stworzenia dla Zamawiającego zjeżdżalni wodnej wyposażonej we wszystkie wymagane elementy, aby była ona zdalna do użytku. Podmiotowi temu zostaną zlecone wszystkie prace, dla których wymagane jest doświadczenie przytoczone poniżej. Lamserwis zobowiązał się do udostępnienia zasobu w zakresie:

udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej dostawę i montaż przynajmniej jednej zjeżdżalni wodnej o długości ślizgu co najmniej 50 m wraz z technologią basenową wody i wieżą startową, czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie Zamawiającego.

W związku z wątpliwościami zasygnalizowanymi przez Zamawiającego, Wykonawca w oparciu o art. 123 PZP doprecyzował w zobowiązaniu PUZ opis prac lub usług, jakie zrealizuje Lamserwis w ramach zamówienia. Zakres udostępnionych zasobów (doświadczenie) pozostał bez zmian zgodnie z art. 123 PZP. W załączeniu przedkładam zaktualizowane zobowiązanie Lamserwis, z którego wynika, że w ramach zamówienia zrealizuje on następujący zakres prac lub usług: zakres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: doradztwo techniczne i zawodowe oraz uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie usług i robót, do których realizacji zostały udostępnione zasoby.

Do wyjaśnień odwołujący dołączył: zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – MIRBUD S.A., a także zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – Lamserwis Sp. z o.o.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający podkreślił, że: „ (...) Z treści wyjaśnień udzielonych przez Mirbud oraz zaktualizowanego zobowiązania tego podmiotu wynika, że nastąpiła zmiana zakresu robót budowlanych, których wykonanie Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcy Mirbud i zakres ten jest szerszy niż wskazany formularzu ofertowym.

Z treści złożonego formularza ofertowego wynika, że Konsorcjum powierzy podmiotowi udostępniającemu zasoby: „Wykonanie części robót budowlanych związanych między innymi z budową boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy”.

Należy również zwrócić uwagę, że na gruncie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Ponadto na gruncie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp udział podmiotu udostępniającego w realizacji robót budowlanych polegający na doradztwie technicznym i zawodowym jest niedopuszczalny i nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do doświadczenia nabytego przez podmiot udostępniający. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku wyjaśnień dotyczących Lamserwis. (...) Z treści wyjaśnień Konsorcjum udzielonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 września 2025 r., oraz złożonych zaktualizowanych zobowiązaniach podmiotów udostępniających zasoby - Mirbud i Lamserwis, wynika, że dokonana zmiana zakresu prac, jakie wykonają te podmioty w stosunku do zakresu prac wykazanych w zobowiązaniach tych podmiotów złożonych wraz z ofertą oraz w stosunku do zakresów prac, jakie Konsorcjum zamierza powierzyć tym podmiotom wskazanych w formularzu ofertowym. (...) W pkt 6.3. SWZ Zamawiający wymagał, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego oświadczenie wykonawcy o powierzaniu części zamówienia podwykonawcom będącym podmiotami, na których zasoby wykonawca powołuje się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane w formularzu ofertowym stanowi treść oferty i nie podlega żadnym zmianom. Zmiana zakresu robót budowlanych, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy będącemu podmiotem, na którego

zasoby wykonawca powołuje się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiłaby zmianę treści oferty niedopuszczalną na gruncie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. (...) W związku z powyższym oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 i art. 123 ustawy PZP.

W zawiadomieniu o unieważnieniu niniejszego postępowania wskazano, że: „Zamawiający na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) — dalej „Pzp” informuje o unieważnieniu postępowania. Złożono dwie oferty. Ceny wszystkich ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym zamawiający unieważnia postępowanie.”

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będącego podstawą zarzutu nr 1 wskazanego w petitum odwołania.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Na podstawie 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 treścią rozdziału VIII pkt 8. 2. SWZ w odniesieniu zdolności technicznej lub zawodowejw zakresie doświadczenia określono, że: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto oraz

- dostawę i montaż przynajmniej jednej zjeżdżalni wodnej o długości ślizgu co najmniej 50 m wraz z technologią basenową wody i wieżą startową,
- budowę pełnowymiarowego boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy.

W wyniku dokonanych ustaleń oraz przy uwzględnieniu stanu faktycznego sprawy Izba stwierdziła, iż zamawiający zasadnie uznał, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 123 ustawy Pzp.

W ustępie 5 formularza ofertowego, odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy Mirbud S.A. następujące części zamówienia: „Wykonanie części robót budowlanych związanych między innymi z budową boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy”,

Zgodnie z treścią ustępu 5 w formularzu ofertowym, w którym odwołujący oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy Lamsewis Sp. z o.o. następujące części zamówienia: „Wykonanie części robót budowlanych związanych z technologią zjeżdżalni wodnych”.

W dalszej treści formularza ofertowego, odwołujący oświadczył: „Oświadczam/my, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego, polegam na zdolnościach następujących podmiotów udostępniających zasoby – MIRBUD S.A. w następującym zakresie: spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto oraz budowę pełnowymiarowego boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy, czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie Zamawiającego – LAMSERWIS sp. z o.o. w następującym zakresie: spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 8.2, punkt 4, podpunkt 4.1 tj. zakres związany z wykazaniem co najmniej 1 roboty budowlanej obejmującej dostawę i montaż przynajmniej jednej zjeżdżalni wodnej o długości ślizgu co najmniej 50 m wraz z technologią basenową wody i wieżą startową, czego dowód stanowią referencje, które zostaną przedstawione na wezwanie Zamawiającego”.

Ponadto, w pkt 3 zobowiązania Mirbud S.A. w sekcji: „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 prace lub usługi, których wskazane zdolności

dotyczą:" wskazał, że „podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo, wykonując część robót budowlanych związanych z robotami ziemnymi". Natomiast, w pkt 3 zobowiązania Lamserwis Sp. z o.o. w sekcji „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 prace lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:" określono, że: „Podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo wykonując część robót budowlanych związanych ze zjeżdżalnią wodnymi."

Mając na uwadze powyższe, zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 2 września 2025 r., zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących różnic pomiędzy:

Izba poparła stanowisko zamawiającego, że wskazanie w formularzu ofertowym i zobowiązaniach Mirbud S.A. oraz Lamserwis Sp. z o.o. (przed wezwaniem Odwołującego do udzielenia wyjaśnień) części zamówienia, które te podmioty wykonają („Wykonanie części robót budowlanych związanych między innymi z budową boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy" oraz „będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo wykonując część robót budowlanych związanych z robotami ziemnymi.") jest niedookreślone.

Jak wynika z formularza ofertowego oraz zobowiązań Mirbud S.A. i Lamserwis Sp. z o.o. należy uznać, że treść ww. dokumentów nie spełnia wymogu jednoznacznego i precyzyjnego określenia zakresu robót budowlanych, jakie miałyby zostać powierzone tym podmiotom. Należy wskazać, że ich treść nie pozwala na ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia, które miałyby być realizowane przez podmioty udostępniające zasoby, co w praktyce prowadzi do konieczności domyślania się przez zamawiającego, jaki zakres robót miałyby im przypadać.

Po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że zakres prac przewidzianych do realizacji przez Mirbud S.A. został określony w pkt 3 zobowiązania tego podmiotu „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 prace lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:". Ponadto, w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą zakres ten został określony poprzez stwierdzenie, iż „podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił rolę Podwykonawcy w oparciu o umowę o podwykonawstwo, wykonując część robót budowlanych związanych z robotami ziemnymi". Natomiast w nowym zobowiązaniu, przedłożonym przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami, Mirbud S.A. doprecyzował, że „zakres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: doradztwo techniczne i zawodowe oraz uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie usług i robót, do których realizacji zostały udostępnione zasoby, w szczególności budowę obiektów użyteczności publicznej o charakterze sportowo-rekreacyjnym wraz z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych oraz budowę pełnowymiarowych boisk piłkarskich ze sztucznej trawy".

Opierając się na powyższym, Izba oceniła powyższe zapisy łącznie, wskazując, że dopiero treść zobowiązania złożonego wraz z wyjaśnieniami zawiera szersze i bardziej szczegółowe określenie zakresu udziału Mirbud S.A. w realizacji zamówienia, podczas gdy pierwotne zobowiązanie miało charakter ogólny i ograniczało się do wskazania robót ziemnych, bez jednoznacznego odniesienia do pełnego zakresu robót, w kontekście których odwołujący powoływał się na doświadczenie tego podmiotu.

Odwołujący podał, że w formularzu ofertowym zadeklarowano powierzenie Lamserwis Sp. z o.o. części robót budowlanych przewidzianych do realizacji w ramach całego zamówienia, obejmującej technologię zjeżdżalni wodnych. W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący doprecyzował, że zakres ten miał obejmować wszystkie specjalistyczne prace niezbędne do wykonania prawidłowo funkcjonującej zjeżdżalni wodnej, tj. wykonanie samej zjeżdżalni, technologii wody basenowej oraz montaż wieży startowej, a także że Lamserwis Sp. z o.o. wykona wszystkie prace konieczne do oddania Zamawiającemu kompletnej, zdatnej do użytkowania zjeżdżalni wodnej, przy czym temu podmiotowi miały zostać zlecone wszystkie prace, dla których wymagane jest doświadczenie, na które odwołujący się powołuje. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że zgodnie z treścią zaktualizowanego zobowiązania Lamserwis sp. z o.o., złożonego wraz z wyjaśnieniami, zakres udziału tego podmiotu został określony jako „doradztwo techniczne i zawodowe oraz uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie usług i robót, do których realizacji zostały udostępnione zasoby".

Opierając się na powyższym, należy wskazać, że z treści wyjaśnień odwołującego oraz nowego zobowiązania Lamserwis sp. z o.o. wynikało, że podmiotowi temu miałyby zostać powierzone znacznie szerszy zakres prac, obejmujący w istocie wszystkie specjalistyczne roboty niezbędne do wybudowania kompletnej i w pełni funkcjonalnej zjeżdżalni wodnej, w tym wykonanie samej zjeżdżalni, technologii wody basenowej oraz montaż wieży startowej, a więc cały zakres prac, dla których wymagane było doświadczenie, na które odwołujący się powoływał. Izba uznała, że taka zmiana zakresu prac na etapie wyjaśnień nie może zostać uznana za dopuszczalne doprecyzowanie treści oferty, lecz

stanowi jej modyfikację w zakresie istotnym z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy wskazać, że oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym dotyczące części zamówienia, której wykonanie odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy, ma kluczowe znaczenie w sytuacji, gdy podwykonawca ten jest jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na to, że oświadczenie to dotyczy zakresu bezpośredniego udziału (podwykonawstwa) podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach wykonawca polega, powinno zostać sformułowane w sposób jednoznaczny, precyzyjny i niewywołujący żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu robót budowlanych, jakie będą realizowane przez Mirbud S.A. oraz Lamserwis Sp. z o.o.

W realiach niniejszej sprawy Izba uznała, że ewentualne wezwanie odwołującego do zmiany treści formularza ofertowego w części dotyczącej zakresu robót budowlanych przewidzianych do powierzenia Mirbud S.A. oraz Lamserwis sp. z o.o. stanowiłoby niedopuszczalne wezwanie do zmiany treści oferty. Wskazanie w ofercie podmiotu, któremu zostaną powierzone określone roboty budowlane, oraz precyzyjne określenie zakresu tych robót – w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie tego podmiotu w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu – stanowi bowiem istotny element treści oferty, gdyż bezpośrednio wpływa na sposób realizacji umowy.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym nie istniały podstawy do wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, albowiem prowadziłyby to do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, polegającej na modyfikacji oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym w zakresie dotyczącym robót budowlanych powierzonych podmiotom udostępniającym zasoby.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 września 2025 r., jak również z nowych (zaktualizowanych) zobowiązań Mirbud S.A. oraz Lamserwis sp. z o.o., wynika dokonanie zmiany zakresu prac przewidzianych do realizacji przez te podmioty w stosunku do zakresu określonego w zobowiązaniach złożonych pierwotnie wraz z ofertą, a także w stosunku do zakresu prac wskazanych w formularzu ofertowym.

W konsekwencji Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 oraz art. 123 ustawy Pzp było zasadne i zgodne z przepisami prawa.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Przesłankę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, udostępnionej zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp najpóźniej przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Skoro ustawodawca w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp dopuścił możliwość zwiększenia tej kwoty, to jednocześnie pozostawił decyzję w tym zakresie wyłącznej kompetencji zamawiającego.

Zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku podejmowania jakichkolwiek działań zmierzających do zwiększenia tej kwoty. Tym samym zamawiający jest uprawniony do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w każdym etapie jego prowadzenia, o ile ziszczy się przesłanka określona w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający – działając zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp – przed otwarciem ofert udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 40 067 000,00 zł. W przedmiotowym postępowaniu ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców przekraczały wskazaną kwotę. Cena oferty złożonej przez odwołującego przewyższała ją o kwotę 2 922 333,33 zł.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym podstawy do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty nie mogą stanowić wypowiedzi osób uczestniczących w XVIII Sesji Rady Miasta Bolesławiec, albowiem nie stanowią one czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Decyzja co do wysokości kwoty ujawnionej przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania pozostaje autonomiczną decyzją zamawiającego.

Na rozprawie odwołujący przedłożył dowody w postaci aktu notarialnego, a także transkrypcji wypowiedzi II zastępcy Prezydenta miasta p. Roberta Rzepnickiego na wykazanie faktu posiadania przez zamawiającego kwoty 43 000 000 zł. na wykonanie przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że powyższe dowody nie miały znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Izba uznała ponadto, iż zamawiający nie jest zobowiązany do przedstawiania jakichkolwiek dowodów potwierdzających podejmowanie prób pozyskania dodatkowych środków finansowych lub innych źródeł finansowania jako warunku skutecznego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. w wyrokach z dnia 2 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1250/21, oraz z dnia 9 października 2023 r., sygn. akt KIO 2792/23.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów ustawy Pzp, na które powoływał się odwołujący w treści wniesionego odwołania

W myśl art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

3. Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.

Przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakłada na zamawiającego obowiązek poinformowania wykonawców, którzy złożyli oferty, w jednym zawiadomieniu, o wyborze najkorzystniejszej oferty – z podaniem informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym dokonanych czynności.

Jednocześnie należy zauważyć, że żaden przepis ustawy Pzp nie przewiduje negatywnych konsekwencji prawnych dla zamawiającego w sytuacji, gdy zawiadomienie wykonawców o odrzuceniu ofert, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, zostanie dokonane w odrębnym piśmie, niezwłocznie po podjęciu czynności odrzucenia oferty, jeszcze przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Ustawa Pzp nie ustanawia bowiem sankcji nieważności ani bezskuteczności czynności zamawiającego w przypadku niedochowania jednoczesności przekazania informacji, o których mowa w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp.

W ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż art. 253 ust. 1 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości poinformowania wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcy lub wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, w terminie wcześniejszym, tj. niezwłocznie po dokonaniu czynności odrzucenia oferty, w odrębnym zawiadomieniu, a nie dopiero w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Takie działanie zamawiającego pozostaje zgodne z zasadami przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców i nie narusza przepisów ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2092/22 Izba jednoznacznie zajęła następujące stanowisko: „(...) Izba nie podziela takiej interpretacji art. 253 ust. 1 ustawy pzp, że skoro według tego przepisu niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający ma poinformować wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu zarówno o tej czynności, jak i o ofertach odrzuconych, zamawiający nie może dokonywać tych czynności sukcesywnie. W przekonaniu składu orzekającego Izby takie procedowanie jest jak najbardziej dopuszczalne, a co najmniej ani art. 253 ust. 1, ani żaden inny przepis ustawy pzp nie przewiduje dla zamawiającego negatywnych skutków prawnych związanych z rozdzieleniem dokonania czynności wymienionych w tym przepisie. Istotne znaczenie ma natomiast dochowanie wynikającego z art. 253 ust. 1 in fine obowiązku każdorazowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności, której dotyczy zawiadomienie. O ile w ten sposób dochodzi do zróżnicowania terminów na wniesienie środków ochrony prawnej, o tyle wykonawca, którego oferta została odrzucona, ma możliwość zakwestionowania tej czynności, a tym samym doprowadzenia do sytuacji, w której jego oferta będzie brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty.”

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust.1 ustawy Pzp przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy § 8 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....