

**WYROK**

Warszawa, 02 czerwca 2026 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 04 maja 2026 r. przez wykonawcę Drogbud Lublin sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Poniatowa,  
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Garden Designers sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Drogbud Lublin sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Drogbud Lublin sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Poniatowa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Drogbud Lublin sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie rzecz zamawiającego Gminy Poniatowa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Poniatowa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 2058/26**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Poniatowa- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym, pn. „*Zachowanie walorów przyrodniczych Doliny Dziesięciu Stawów w Poniatowej*”.

04 maja 2026 roku, wykonawca Drogbud Lublin sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego – najkorzystniejszej pod względem kryteriów (ceny i gwarancji) spośród ofert nieodrzuconych, pomimo że oferta spełniała wymagania SWZ, podmioty trzecie udostępniające zasoby posiadały wymagane doświadczenie potwierdzone referencjami, a uzupełnione zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych P.B. (dalej: „P.P./PRD”) potwierdzało realne udostępnienie zasobów w zakresie robót brukarskich;
- 2) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, która – przy prawidłowej ocenie – winna uzyskać najwyższą liczbę punktów w obu kryteriach oceny ofert (łącznie 100 pkt: cena 60 pkt, gwarancja 40 pkt), gdyż oferta Odwołującego opiewała na kwotę 2 207 850,00 zł brutto z 60-miesięcznym okresem gwarancji, co przy prawidłowym zastosowaniu wzoru oceny ofert dałoby wynik 100 punktów, przy cenie niższej o 28 163,64 zł od oferty wybranej;
- 3) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przed odrzuceniem oferty, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zakresu podwykonawstwa P.P. wynikającego z treści zobowiązania – zamiast skierować zapytanie wyjaśniające, które rozwiązałoby wątpliwość bez uszczerbku dla postępowania i bez konieczności stosowania dotkliwej sankcji odrzucenia oferty, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego  
w sposób przedwczesny i nieproporcjonalny, bez wezwania Wykonawcy do wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niezłożenia dokumentów potwierdzających te warunki, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunku z pkt 6.1.4.1 SWZ za pośrednictwem zgłoszenia w terminie jako podmiotu udostępniającego zasoby P.P., którego doświadczenie brukarskie wynikało z referencji przekraczających progi warunku (wystawionych przez: Zarząd Dróg Powiatowych w Krasnymstawie – chodnik o długości 1524 m / nawierzchnia z kostki brukowej o powierzchni 3429 m<sup>2</sup> oraz Gminę Lublin - chodnik o długości 1497,6 m oraz nawierzchnia z kostki brukowej o powierzchni 3137,40 m<sup>2</sup>),  
a uzupełnione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z 08 kwietnia 2026 r. odpowiadało

wymaganiom art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia zawiera odrębne elementy brukarskie o łącznej długości ok. 730 mb (ścieżka dydaktyczna 415,3 mb, dojście dla niepełnosprawnych 51,5 mb, alejka 264,0 m) - co wynika z rozdziału 6.1.4.1 SWZ oraz § 1 ust. 2 projektu umowy (Załącznik nr 2 do SWZ). Ponadto oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia zostały złożone w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego;

2.art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 123 ustawy Pzp, przez błędną, rozszerzającą wykładnię art. 123 ustawy Pzp, polegającą na uznaniu za niedopuszczalne doprecyzowania opisu zakresu podwykonawstwa w zobowiązaniu, podczas gdy:

- a)art. 123 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie sposobu spełniania warunków udziału (zakresu zdolności), a nie zakresu podwykonawstwa;
- b)zakres zdolności P.P. (doświadczenie brukarskie wskazane w lit. a) zobowiązania) był niezmienny od momentu złożenia oferty;
- c)zmiana opisu (lit. d zobowiązania) stanowiła doprecyzowanie sposobu korzystania z zasobu, nie zaś rozszerzenie samego zasobu;
- d)Odwołujący w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp złożonym z ofertą wyraźnie wskazał, że polega na zasobach P.P. w zakresie spełnienia warunku z pkt 6.1.4.1 SWZ – zakres polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego był zatem określony od początku i niezmienny.

3.art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 121 ustawy Pzp, przez jego nadmiernie rygorystyczną i nieuzasadnioną treścią przepisu wykładnię, wedle której podmiot udostępniający zasoby musi wykonać całość prac brukarskich objętych zamówieniem, podczas gdy przepis wymaga jedynie, by podmiot trzeci wykonał roboty budowlane, do realizacji których wymagane są udostępniane zdolności – co nie musi oznaczać 100% zakresu takich robót; przy czym Zamawiający w SWZ (pkt 25.8) wyraźnie nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez Wykonawcę (zgodnie z art. 60 i art. 121 ustawy Pzp); Tymczasem Zamawiający w praktyce formułuje właśnie taki wymóg w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert. Ponadto warunek z pkt 6.1.4.1 SWZ sformułowany był z użyciem alternatywy łącznej „lub”, co oznacza, że wystarczające jest doświadczenie w jednej z wymienionych kategorii robót brukarskich;

4.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania

i proporcjonalności), przez zastosowanie nieproporcjonalnej sankcji w postaci odrzucenia oferty wobec formalnej nieścisłości redakcyjnej w jednym dokumencie – zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby P.P. (lit. d zobowiązania P.P.), przy jednoczesnym pominięciu rzeczywistej, materialnej zdolności Odwołującego do wykonania zamówienia, potwierdzonej powiązaniem osobowym

i kapitałowym z podmiotem udostępniającym zasoby, a także przy pominięciu faktu,

że referencje P.P. przekraczają wymagania warunku; sankcja odrzucenia oferty jest rażąco nieproporcjonalna do charakteru stwierdzonego uchybienia, które nie powodowało żadnego ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia;

5.art. 223 ust. 1 PZP, a także 16 pkt 1-3 PZP i art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz 65 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (zarzut ewentualny), przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści zobowiązania P.P., które budziło wątpliwości Zamawiającego co do zakresu podwykonawstwa i umożliwiłoby ustalenie rzeczywistego zamiaru stron bez uszczerbku dla zasad postępowania; w zobowiązaniu (lit. a) wskazującym doświadczenie brukarskie jako zasób przy aspekcie wynikającym ze zobowiązania (lit. d) - ograniczającym podwykonawstwo do „wykonanie balustrad przy schodach oraz części prac brukarskich” stanowiła sygnał błędu redakcyjnego, który powinien był skłonić Zamawiającego do zastosowania trybu wyjaśniającego.

W konsekwencji doprowadziło to do dopuszczenia w postępowaniu zaniechań

i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania w sposób proporcjonalny oraz zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. W przypadku uznania tego zakresu za nieprecyzyjny, Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu i

niepodlegającej odrzuceniu;

- 4) ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu podwykonawstwa P.P. wynikającego z treści zobowiązania złożonego z ofertą, a następnie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Jednocześnie odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wydruku CEiDG Przedsiębiorstwa Robót Drogowych P.B. na fakt: powiązania osobowo-kapitałowego podmiotu udostępniającego zasoby z Odwołującym oraz przedmiotu działalności Przedsiębiorstwa Robót Drogowych P.B. wynikającego z kodów PKD.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 2 207 850,00 zł brutto z 60-miesięcznym okresem gwarancji i była cenowo korzystniejsza od oferty wybranej (Garden Designers Sp. z o.o.: 2 236 013,64 zł brutto). Różnica cenowa wynosi 28 163,64 zł na korzyść Odwołującego. Oferta ta mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2 238 606,77 zł brutto, udostępnionej przed otwarciem ofert zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp). Wskutek bezprawnego odrzucenia oferty Odwołujący poniósł realną stratę w postaci braku możliwości zawarcia umowy o wartości 2 207 850,00 zł brutto oraz utraty spodziewanego zysku z realizacji zamówienia. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, uzyskałaby ona najwyższą liczbę punktów w kryterium ceny (60 pkt) oraz maksymalną liczbę punktów w kryterium gwarancji (40 pkt), co daje łącznie 100 punktów. Oferta Garden Designers Sp. z o.o. uzyskałaby wówczas:  $(2\,207\,850,00 / 2\,236\,013,64) \times 60 = 59,24$  pkt w kryterium ceny + 40 pkt w kryterium gwarancji = 99,24 pkt. Oferta Odwołującego byłaby zatem ofertą najkorzystniejszą. Legitymacja Odwołującego jest w pełni zasadna

w świetle art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie przepisów przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W związku z powyższym ma interes w uzyskaniu danego zamówienia

i poniósł szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego korzyści wynikających z uzyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego (uczestnika), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego i uczestnika (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

SWZ w pkt 6.1.4 określa warunki zdolności technicznej lub zawodowej:

a) pkt 6.1.4.1 – co najmniej 2 roboty budowlane, każda obejmująca budowę lub przebudowę ciągu pieszego lub alejek lub ścieżek lub placu z kostki brukowej o łącznej długości nie mniejszej niż 450 mb lub powierzchni nie mniejszej niż 1 500 m<sup>2</sup>;

b) pkt 6.1.4.2 – co najmniej jedna robota budowlana obejmująca nasadzenia min. 2 000 szt. drzew lub krzewów lub bylin, w tym roślinności wodnej lub przybrzeżnej.

Zamawiający dopuścił wykazanie tych zakresów w ramach jednego lub odrębnych zamówień.

Z oświadczenia złożonego przez odwołującego w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że odwołujący nie spełnia warunków udziału samodzielnie. Do oferty dołączono zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych P.B. – deklarowane w zakresie zdolności technicznej dla warunku z pkt 6.1.4.1 SWZ. W złożonym z ofertą zobowiązaniu podmiot ten wskazał,

że jako podwykonawca zrealizuje „wykonanie balustrad przy schodach”. Zobowiązanie Drabika Pawła P.W. DRABIK było złożone z ofertą pierwotną (26.02.2026 r.) i dotyczyło zakresie lit. d): „wykonanie nasadzeń”, co odpowiada warunkowi pkt 6.1.4.2 SWZ, a jego zakres podwykonawstwa był prawidłowy i nie był kwestionowany przez Zamawiającego. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia uzupełniono w odpowiedzi na wezwanie z 08 kwietnia 2026 r., natomiast referencje od Zakładu Usługowego „EKO-PARK” A.G. potwierdzają 3 000 nasadzeń, w tym roślinności wodnej, co pokrywa warunek pkt 6.1.4.2 SWZ co do liczby i rodzaju.

Pismem z 02 kwietnia 2026 r. zamawiający wezwał odwołującego – działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp – do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

W wezwaniu wskazano na dwa elementy istotne z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp.:

- brak oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia oraz
- niezgodność zobowiązania Przedsiębiorstwa Robót Drogowych P.B. z art. 118 ust. 2 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przedłożył doprecyzowane zobowiązanie P.P., w którym zakres udziału podmiotu trzeciego doprecyzowano z „wykonania balustrad przy schodach” na „wykonanie balustrad przy schodach oraz części prac brukarskich” oraz oświadczenie P.P. o braku podstaw do wykluczenia, Wykaz robót (Załącznik nr 7 do SWZ) zawierający roboty P.P. na rzecz: Powiat Krasnostawski i Gmina Lublin.

27 kwietnia 2026 r. Zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert, w której:

a) jako najkorzystniejszą wskazał ofertę Garden Designers Sp. z o.o. (2 236 013,64 zł brutto, gwarancja 60 miesięcy; 100 punktów);

b) odrzucił ofertę Drogbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 123 Pzp.

Uzasadniając swoją decyzję zamawiający wskazał, że „Zgodnie z treścią 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 treścią 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.

W rozdziale 6.1.4 SWZ wskazano warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (...).

Z oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp wynika, że Wykonawca nie spełnia warunków wskazanych w rozdziale 6.1.4 samodzielnie. Ze złożonych przez Wykonawcę oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby oraz zobowiązań o których mowa w art. 118 ustawy pzp wynika, że polega w tym zakresie na zdolnościach podmiotów Przedsiębiorstwo Robót Drogowych P.B. (który to podmiot zobowiązał się do oddania Wykonawcy do dyspozycji zasobów w zakresie zdolności technicznej wskazanych w 6.1.4.1 SWZ) oraz Drabik Paweł P.W. DRABIK (który to podmiot zobowiązał się do oddania Wykonawcy do dyspozycji zasobów w zakresie zdolności technicznej wskazanych w 6.1.4.2 SWZ).

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. Podmiot trzeci, powinien więc wykonać prace określone w specyfikacji warunków zamówienia, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 17 marca 2021 roku, KIO 512/21 „podmiot trzeci ma zrealizować roboty budowlane w takim zakresie, dla którego jego zdolności były wymagane, tj. jaki zakres jest pokrywany z jego zasobów. Konieczny zakres realizacji przez podmiot trzeci, jak i zakres możliwego powołania się na zasoby innego podmiotu w konkretnych okolicznościach każdorazowo zależy od brzmienia warunków udziału w postępowaniu”.

W zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby Przedsiębiorstwo Robót Drogowych P.B. wskazano, że jako podwykonawca zrealizuje on roboty budowlane w następującym zakresie: - wykonanie balustrad przy schodach, a więc udział ten obejmuje ograniczony zakres, który jest węższy od zakresu warunku udziału w postępowaniu. Wskazany zakres stanowi **ok. 0,38%** wartości całości prac objętych przedmiotem (wartość przyjęta zgodnie z kosztorysem inwestorskim) zamówienia i nie obejmują elementów dotyczących wykonania ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonania dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonania alejki - utwardzenia ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej.

Ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wskazującej zakres prac do wykonania przez podmiot udostępniający zasoby wynika, że kluczowe elementy takiej jak: wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej o wartości łącznej **ok. 38,41%** całości przedmiotu zamówienia wykona samodzielnie wykonawca nieposiadający odpowiedniego doświadczenia.

Brzmienie obu opisanych wyżej dokumentów (oświadczenia, o którym mowa w art. 125 oraz zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby) wskazuje na niezgodność sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu z treścią art. 118 ust. 2 ustawy. Wynika z nich, że podmiot udostępniający zasoby nie wykona robót budowlanych, do realizacji których udostępniane zdolności są wg treści SWZ wymagane. Skoro zatem Wykonawca powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę ciągu pieszego lub alejek lub ścieżek lub placu z kostki brukowej, to stosownie do powyżej zacytowanego przepisu, podmiot trzeci powinien realizować roboty budowlane obejmujące wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Zamówienie nie może być realizowane przez podmiot, który nie posiada doświadczenia. Skoro Zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, to Wykonawca powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada i w takim właśnie zakresie (wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej) powinien brać udział w realizacji zamówienia (por. KIO 3056/23).

Mając na uwadze powyższe Zamawiający pismem z dnia 02.04.2026 r. wezwał Wykonawcę do poprawienia dokumentów które mają potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu (oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy pzp lub zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby) w sposób uwzględniający treść art. 118 ust. 2 ustawy pzp, ale także zgodny z treścią art. 123 ustawy pzp.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że wykonawca w wykonaniu wezwania mógł w terminie określonym przez zamawiającego zastąpić podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem treści art. 123 ustawy pzp.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 09.04.2026 r. do godz. 10.00 Wykonawca nadal korzystał z podmiotu udostępniającego zasoby oraz przekazał poprawione zobowiązanie, z którego wynika, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowych P.B. jako podwykonawca zrealizuje roboty budowlane w następującym zakresie:

- wykonanie balustrad przy schodach oraz części prac brukarskich.

W ocenie Zamawiającego poprawione zobowiązanie przedstawione na wezwanie nie stanowi o realnym udostępnieniu zdolności podmiotu trzeciego w wymaganym zakresie.

Z poprawionego zobowiązania wynika, że część prac brukarskich tj. wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej wykona samodzielnie wykonawca nieposiadający odpowiedniego doświadczenia.

Zamawiający wskazuje, że wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 118 ust. 2 ustawy musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem Zamawiającego. Wykonawca ma zaś obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie będzie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 2245/17).

Wykonawcy przysługuje jedna szansa na sanowanie braków w tych dokumentach. Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp więcej niż raz. Jeśli wymagane dokumenty nie zostały złożone bądź zawierają braki, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy. Wykonawca nie skorzystał z możliwości samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał tym samym spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdza, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt.2) lit. b) oraz lit. c) ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią 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.

Wg tez doktryny (np. komentarz Gawrońska-Baran Andrzeła i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, patrz LEX/el. 2023) cyt. „z komentowanego przepisu (art. 123 ustawy PZP) wynika zakaz powoływania się przez wykonawcę po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert 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. Takie rozwiązanie ustawowe stanowi konsekwencję stanowiska wyrażonego w wyroku TS z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt. W ocenie Trybunału wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających. Taką zmianę należy traktować jako istotną zmianę oferty. Kluczowe dla stanowiska Trybunału jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą podmiotową po stronie wykonawcy. Wskazany kierunek rozumowania prezentowała w swoich uwagach w tej sprawie także Komisja Europejska.

Istotne jest, że jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach lub sytuacji.

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie Zob. wyrok KIO z 18.03.2022 r., KIO 510/22.

Powyższą wykładnię przepisów art. 123 ustawy Pzp potwierdza także orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO 284/23) cyt. „w ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 p.z.p., na gruncie którego: "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu".

Analogiczną wykładnię treści art. 123 ustawy Pzp wynikającą z jej literalnego brzmienia oraz wykładni celowościowej przyjmuje zamawiający.

W związku z powyższym zamawiający wnioskował o poprawienie ww. dokumentów w sposób zgodny z ww. uwagami oraz treścią art. 118 ustawy pzp z zastrzeżeniem treści art. 123 ustawy pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca zmienił zakres udostępnianych zasobów z „- wykonanie balustrad przy schodach” na „- wykonanie balustrad przy schodach oraz części prac brukarskich”.

W efekcie w dokumentach składanych na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP Wykonawca jednoznacznie oświadczył, że zamierza powołać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie terminu składania ofert w zakresie w jakim nie polegał na etapie składania ofert (wykonawca w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału złożonym wraz z ofertą wskazał, że podmiot udostępniający zasoby wykona balustrady przy schodach). Informacja o tym, że „podmiot udostępniający swoje zasoby będzie wykonywał balustrady przy schodach oraz część prac brukarskich” w sytuacji, gdy z pierwotnego zobowiązania złożonego z ofertą wynikało, że wykona on tylko balustrady przy schodach. Wskazuje na to, że Wykonawca zamierza powołać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby w zakresie w jakim nie polegał na etapie składania ofert co jest sprzeczne z celem regulacji art. 123 ustawy Pzp. W efekcie obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy jako niezgodnej z przepisami art. 123 ustawy Pzp”.

Odwolujący wskazał, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez Zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, przy czym dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, sposobu i okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu

zamówienia oraz tego, czy i w jakim zakresie podmiot trzeci, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału

w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą, a z treści zobowiązania musi wynikać bezspornie, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami trzecimi gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, konsekwentnie stał na stanowisku, że podmiot trzeci P.P. powinien jako podwykonawca wykonać całość prac brukarskich objętych zamówieniem, tj. ścieżkę dydaktyczną (415,3 mb), dojście dla niepełnosprawnych (51,5 mb) i alejkę (264,0 m). Taka wykładnia nie znajduje podstaw w treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp ani w treści SWZ. Przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przepis nie precyzuje, że podmiot trzeci musi wykonać całość takich robót – wymaga jedynie, by wykonał roboty, do realizacji których wymagane są udostępniane zdolności. *Ratio legis* tego przepisu jest zapewnienie realnego transferu doświadczenia poprzez faktyczne zaangażowanie podmiotu posiadającego to doświadczenie w wykonanie robót budowlanych, których to doświadczenie dotyczy – nie zaś wymuszenie wykonania przez podmiot trzeci 100% robót danego rodzaju.

Warunek pkt 6.1.4.1 SWZ sformułowany był z użyciem alternatywy łącznej „lub”: doświadczenie miało obejmować budowę lub przebudowę ciągu pieszego lub alejek lub ścieżek lub placu z kostki brukowej. Zamawiający nie wymagał doświadczenia we wszystkich tych kategoriach jednocześnie – wystarczyło doświadczenie w jednej z nich. Z wykładni tego warunku w zestawieniu z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że podmiot trzeci winien wykonywać te roboty budowlane, do których wymagane są udostępniane zdolności – a więc co najmniej jeden z elementów wymienionych alternatywnie. Nie jest natomiast konieczne, by podmiot trzeci wykonał wszystkie elementy brukarskie zamówienia. Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że w świetle tak skonstruowanego warunku względem opisu przedmiotu zamówienia – roboty, do których „wymagane są” zdolności z warunku doświadczenia, obejmują 450 mb liniowych prac brukarskich (ciągi pieszego lub alejki lub ścieżki), a nie całość prac brukarskich objętych zamówieniem; alternatywa łączna „lub” oznacza, że doświadczenie (zdolności) „wymagane jest” tylko do wykonania jednego z tych elementów, tj. co najmniej jeden z tych elementów powinien wykonać podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający w warunku nie wymagał doświadczenia w wykonaniu każdego z tych elementów – wymienił je alternatywnie i nie może więc domagać się, aby wszystkie prace brukarskie, przy wszystkich elementach, wykonał podmiot udostępniający zasoby. Stanowisko to w pełni odpowiada realiom niniejszej sprawy i podważa rygorystyczną interpretację Zamawiającego dotyczącą art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, wymagając wykonania całości prac brukarskich przez podmiot trzeci, w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert sformułował wymóg, który nie wynika ani z ustawy Pzp, ani z treści SWZ, ani z orzecznictwa powołanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z utrwalonym

w orzecznictwie KIO stanowiskiem (wyroki KIO 1323/21, KIO 978/21), zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby w wykonanie wąskiego zakresu prac może wypełniać wymóg realności udostępnienia doświadczenia, choć nie musi – oceny tej dokonuje zamawiający stosownie do okoliczności sprawy, biorąc pod uwagę nie tylko procentowy udział podmiotu trzeciego, ale i prężność, charakter i złożoność powierzanych robót.

Powyższe ma szczególne znaczenie w kontekście sformułowania warunku SWZ. Wymaganie wykonania łącznie ok. 730 mb jest żądaniem ponad miarę i wykracza ponad literalną treść zarówno przepisu ustawy Pzp, jak i samego warunku SWZ. Ponadto, jak wprost wynika z pkt 25.8 SWZ, Zamawiający nie wymagał osobistego wykonania kluczowych zadań przez Wykonawcę w rozumieniu art. 60 i art. 121 ustawy Pzp. W praktyce jednak, narzucając obowiązek wykonania całości prac brukarskich przez podmiot trzeci, Zamawiający formułuje taki właśnie wymóg pod pozorem stosowania art. 118 ust. 2 ustawy Pzp – co jest wewnętrznie sprzeczne z treścią własnej dokumentacji postępowania. Skoro Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, nie może następnie wymagać, by podmiot trzeci wykonał całość prac brukarskich, co *de facto* prowadzi do tego samego skutku.

Roboty brukarskie stanowią jeden z kilku elementów zamówienia, obok robót zieleniarskich, montażu elementów małej architektury, montażu wysp pływających, tuneli dla płazów i gadów, budek lęgowych czy schronów dla nietoperzy. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie te elementy łącznie. Zamawiający ocenił wartość prac brukarskich na ok. 38,41% całości zamówienia – co oznacza, że pozostałe 61,59% wartości zamówienia obejmuje roboty, przy których doświadczenie brukarskie nie jest wymagane. Wymaganie, by podmiot trzeci wykonał całość prac brukarskich, jest zatem nieproporcjonalne do celu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut sformułowany przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert dotyczący naruszenia art. 123 ustawy Pzp opiera się na założeniu, że wskazanie w uzupełnionym zobowiązaniu P.P. „części prac brukarskich” oznacza powołanie się po terminie składania

ofert na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie szerszym niż wynikający z oferty. Założenie to jest błędne i opiera się na rozszerzającej, nieuzasadnionej literalnym brzmieniem przepisu wykładni. Art. 123 ustawy Pzp zakazuje powoływania się po upływie terminu składania ofert na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na tych zdolnościach. Przepis odwołuje się do pojęcia „zdolności lub sytuacji” –

a zatem do zakresu zdolności, nie do zakresu podwykonawstwa. Rozróżnienie to ma fundamentalne znaczenie dla prawidłowej oceny dopuszczalności uzupełnienia dokumentów w niniejszej sprawie. W realiach niniejszej sprawy:

1) Zakres zdolności P.P. (doświadczenie brukarskie, tj. roboty obejmujące budowę ciągów pieszych/alejek/ścieżek z kostki brukowej) był wskazany w ofercie od samego początku: w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (Załącznik nr 5 do SWZ) wyraźnie zaznaczono, że Odwołujący polega na zasobach P.P. w zakresie warunku pkt 6.1.4.1 SWZ (doświadczenie brukarskie), zaś w zobowiązaniu (lit. a) wskazano „doświadczenie w realizacji robót (zdolności technicznych)”. Zakres zdolności nie uległ zmianie – zarówno w wersji pierwotnej, jak i uzupełnionej zobowiązania (lit. a) brzmi identycznie.

2) Zakres podwykonawstwa (lit. d zobowiązania) uległ doprecyzowaniu – z „wykonania balustrad przy schodach” na „wykonanie balustrad przy schodach oraz części prac brukarskich”. Zmiana ta dotyczy wyłącznie zakresu podwykonawstwa, a więc elementu wskazanego w art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp (określającego, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane), nie zaś „zakresu zdolności” w rozumieniu art. 123 ustawy Pzp.

Zakazowi z art. 123 ustawy Pzp nie podlega zatem zmiana opisu zakresu podwykonawstwa, gdy rodzaj udostępnianego zasobu (zdolności) pozostaje niezmienny. Odwołujący nie powołał się po terminie składania ofert na nowe zdolności ani na nowy podmiot – powołał się na te same zdolności tego samego podmiotu, jedynie precyzując zakres jego udziału w realizacji zamówienia.

Wykonawca w ofercie nie złożył oświadczenia o zakresie zamówienia dla podwykonawców i Zamawiający nie żądał takiego oświadczenia od Wykonawcy na etapie składania oferty. Nie mogło więc dojść do zmiany oferty przez zmianę zakresu podwykonawstwa, ponieważ tego podwykonawstwa Wykonawca nigdzie nie zadeklarował w ofercie. Ponadto Wykonawca

w oświadczeniu z art. 125 PZP wyraźnie wskazał, że w zakresie warunku w całości polega na podmiocie trzecim – więc zasadna wydaje się być konstatacja, że zakres polegania na podmiocie trzecim nie uległ zmianie względem zadeklarowanego w ofercie.

Odwołujący wskazuje, że prawidłowe rozumienie granic niezmienności oferty po terminie jej składania wymaga precyzyjnego rozróżnienia między zakresem zdolności a zakresem podwykonawstwa. W niniejszej sprawie zakres zdolności P.P. – doświadczenie brukarskie wskazane w lit. a zobowiązania – pozostał niezmienny od chwili złożenia oferty. Zmienił się wyłącznie opis zakresu podwykonawstwa w lit. d zobowiązania, co mieści się w granicach dopuszczalnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie powołał się na nowe zdolności ani na nowy podmiot – powołał się na te same zdolności tego samego podmiotu, jedynie precyzując zakres jego udziału w realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosi, że sformułowanie pierwotnego zobowiązania P.P. wskazujące wyłącznie „wykonanie balustrad przy schodach” jako zakres podwykonawstwa przy jednoczesnym wskazaniu doświadczenia brukarskiego jako zasobu stanowi błąd redakcyjny, a nie świadome ograniczenie zakresu polegania na zasobach. Nie należy jednak tracić z pola widzenia wyjątkowej okoliczności faktycznej, która zasadniczo odróżnia niniejszą sprawę od typowych stanów faktycznych: Pan P.B. jest jednocześnie Prezesem Zarządu i większościowym udziałowcem (80%) Drogbud Lublin Sp. z o.o. oraz właścicielem i jedynym reprezentantem P.P. (jednoosobowa działalność gospodarcza, co potwierdza odpis z CEIDG dołączony do odwołania). Tożsamość osobowa zarządzającego Wykonawcą i podmiotu udostępniającego zasoby niesie doniosłe skutki dla oceny realności udostępnienia zasobów. Skoro ta sama osoba kieruje obydwojema podmiotami, zarzut „fikcyjności” lub „formalności” udostępnienia zasobów odpada w sposób materialny.

Racjonalnie działający podmiot, który jest jednocześnie Prezesem Wykonawcy w formie Sp. z o.o. i właścicielem działalności gospodarczej specjalizującej się w robotach brukarskich, nie ograniczyłby świadomie udziału tej firmy wyłącznie do montażu balustrad (0,38% wartości zamówienia). Zachodzi zatem uzasadnione domniemanie, że użycie wyłącznie sformułowania „balustrady przy schodach” w lit. d) zobowiązania było nieintencjonalnym błędem redakcyjnym, a nie celowym wyznaczeniem granicy podwykonawstwa. Wewnętrzna niespójność zobowiązania (lit. a) wskazujący doświadczenie brukarskie jako zasób przy pkt d) ograniczającym podwykonawstwo do balustrad) jest sama w sobie dowodem na błąd redakcyjny.

Cel art. 118 ust. 2 ustawy Pzp – zapewnienie realnego transferu doświadczenia do realizacji zamówienia – zostaje w tej konkretnej konfiguracji personalnej (powiązaniu osobowo-kapitałowym) spełniony niezależnie od formalnej treści

zobowiązania: P.B. jako Prezes Zarządu kieruje realizacją zamówienia, a jego doświadczenie zawodowe w robotach brukarskich jest tym samym inherentnie, nieoderwalnie zaangażowane w wykonanie robót brukarskich w ramach zamówienia. Ocena realności udostępnienia zasobów powinna uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne, w tym strukturę właścicielską i personalną podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

Zamawiający uznał, że sformułowanie „część prac brukarskich” (wskazane w uzupełnionym zobowiązaniu P.P.) oznacza jedynie pewien ułamek, fragment, urywek lub kawałek całości prac brukarskich objętych zamówieniem. Taka interpretacja jest nieuprawniona.

Zamawiający, mając wątpliwości co do zakresu „części prac brukarskich”, powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a nie bezrefleksyjnie odrzucać ofertę. Zamiast tego Zamawiający przyjął interpretację najbardziej niekorzystną dla Odwołującego, co narusza zasadę proporcjonalności i zasadę dbałości o osiągnięcie najlepszych wyników zamówienia oraz powoduje naruszenie art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz 65 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.

Charakter stwierdzonego przez Zamawiającego uchybienia – niezależnie od jego prawidłowej kwalifikacji prawnej – polegał na tym, że w dokumentach złożonych z ofertą zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego nie odpowiadał w pełni zakresowi warunku doświadczenia. Kwestia ta należy do kategorii braków uzupełnialnych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zasadnie zastosował art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do uzupełnienia. W odpowiedzi Odwołujący przedłożył uzupełnione zobowiązanie wskazujące „balustrady przy schodach oraz część prac brukarskich”. Ocena tego uzupełnienia przez Zamawiającego powinna uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne.

Odwołujący podniósł zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, mając wątpliwości co do zakresu podwykonawstwa P.P. wynikającego z treści pierwotnego zobowiązania złożonego z ofertą, powinien był – przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty – rozważyć zastosowanie trybu wyjaśniającego w celu ustalenia rzeczywistego zamiaru stron.

Podmiot udostępniający swoje zasoby wykonawcy odwołującemu ustanowił następujące zobowiązanie (wersja nr 2 – uzupełniona w wyniku wezwania zamawiającego):

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stan faktyczny sprawy nie budzi wątpliwości. Okolicznością sporną jest natomiast sposób dokonanej przez zamawiającego oceny złożonego przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego (udostępniającego swoje zasoby), jego warstwy merytorycznej oraz możliwości uzupełniania o dodatkowe treści (zwiększenie zakresu udostępnienia zasobów).

Zgodnie z przepisem 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.

Przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę, że z art. 123 ustawy Pzp wynikają dwa istotne ograniczenia dla wykonawców: po pierwsze nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w przypadku, gdy składając ofertę wykonawca zadeklarował, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a po drugie nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie.

W wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 284/23 Izba dokonała oceny drugiego przypadku – tj. sytuacji, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, doszło do rozszerzenia zakresu powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego względem zadeklarowanego w ofercie. W ww. sprawie okoliczność, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby wraz z informacją o powierzeniu wykonania części zamówienia podmiotowi udostępniającemu zasoby nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w robotach budowlanych, nie była sporna. Zamawiający uznał dokumenty dotyczące podwykonawcy (podmiotu udostępniającego zasoby) za nieprawidłowe i wezwał wykonawcę do uzupełnienia, a wezwanie to nie zostało zaskarżone. Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca znacząco rozszerzył zakres robót, które miałby wykonywać jako podwykonawca – podmiot udostępniający zasoby, w stosunku do tych wskazanych w ofercie, zmieniając pierwotnie wskazane prace wykończeniowe na roboty budowlane polegające na wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz, co w ocenie Izby doprowadziło do istotnej zmiany zakresu robót, nie było bowiem wątpliwości, że nowe roboty nie mieszczą się w kategorii prac wykończeniowych. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba zwróciła uwagę,

iz „wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który używa wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane.” Izba wskazała, iż „dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p. (...). Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 p.z.p (...). Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający - po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę, 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji - przeciwieństwo do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń

z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych podwykonawcy, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy (...) o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p.”.

Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, gdzie ocenie Izby podlegała sytuacja, w której odwołujący

w formularzu oferty oraz dokumentach złożonych wraz z ofertą skonkretyzował zakres, w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, przy czym zakres ten ograniczył

w stosunku do tego, jaki wynikał z brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu orzeczenia wskazano: „Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który zdaje się bagatelizować treść Formularza oferty, w tym złożone w nim jednoznaczne w swej treści oświadczenia co do zakresu, w jakim zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego i spójny z tym oświadczeniem w swojej treści, złożony wraz z ofertą, dokument w postaci zobowiązania (...) określającego w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować prace objęte przedmiotem zamówienia. Trafne są z kolei spostrzeżenia i wywód zamawiającego zawarty w piśmie informującym (...) o odrzuceniu jego oferty, który wskazuje, że skoro odwołujący deklaruje, że wykona swoje zamówienie

z udziałem podwykonawcy, który będzie udostępniał mu swoje zasoby w takim zakresie,

w jakim zostało to wskazane w treści Formularza oferty, a zakres ten ogranicza się wyłącznie do uruchomienia, to nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tego podwykonawstwa a w konsekwencji zadeklarowanie, że inny podmiot, którym ma zamiar zastąpić ten wskazany przez niego w ofercie - zrealizuje większą, niż pierwotnie deklarowana część zamówienia”. Izba szczególnie podkreśliła fakt, że „w świetle art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania (...). W istocie czynność ta prowadziłaby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało w jaki sposób Konsorcjum (...) zrealizuje zamówienie. Izba nie podziela w tym zakresie oceny odwołującego, który uznaje dokonanie takiej zmiany za dopuszczalną i opartą na treści wskazywanych przez niego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym przypadku dokonana w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi

o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”.

Jeszcze w innym aspekcie kwestię dopuszczalności zmian w zakresie powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego rozstrzygnęła Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 827/23. W tej sprawie wykonawca składając ofertę powołał się na zdolności dwóch podmiotów, niemniej uczynił to w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia), a nie zdolności technicznej (dysponowania odpowiednim sprzętem), której dotyczył jeden z warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu sprzętu, wykonawca wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim sprzętem powołując się na zasoby jeszcze innego podmiotu. Izba w okolicznościach tego stanu faktycznego wskazała, iż „zgodnie z art. 125 ust. 3 i art. 123 ustawy Pzp, wykonawca składa oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i nie może powoływać się na zasoby udostępniane przez inne podmioty, jeżeli w danym zakresie nie polegał na ich zdolnościach w chwili składania ofert. Innymi słowy: wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu już w dniu składania ofert (zupełnie inną kwestią jest to, że dokumenty to potwierdzające muszą być aktualne również w późniejszym terminie), a ponadto - jeżeli składając ofertę wykonawca nie wskazał na to, że w danym zakresie będzie korzystał z zasobów udostępnionych przez inny podmiot, to nie może następnie w celu wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w tym zakresie powołać się na korzystanie z zasobów takich podmiotów. (...) przystępujący składając ofertę nie powołał się na zasoby innych podmiotów w zakresie zdolności technicznej, tj. w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem. Tym samym po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest uznanie, że wykazał on spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu dzięki korzystaniu z zasobów podmiotu (...) czy jakiegokolwiek innego. Oznacza to, że zamawiający niezasadnie przyjął, że przystępujący spełnił ww. warunek i w tych okolicznościach niezasadnie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą”.

Z kolei w wyroku z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3909/23, Izba wskazała na różnice pomiędzy dopuszczalnością zmian w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego a dopuszczalnością zmian w zakresie podwykonawstwa podmiotu, który nie jest podmiotem udostępniającym zasoby. W okolicznościach stanu faktycznego tej sprawy doszło do zmian zakresu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby się powołano, niemniej zakres ten został rozszerzony o inne niż objęte warunkiem udziału w postępowaniu, dodatkowe prace. Odwołanie zostało oparte m.in. na okoliczności, iż doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przystępującego po upływie terminu składania ofert

w zakresie dotyczącym podwykonawstwa, a ponadto ze zmian zakresu podwykonawstwa dotyczących podmiotu wskazanego w ofercie jako udostępniający zasoby odwołujący wywodził również niespełnienie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

W orzeczeniu tym Izba omówiła szerzej kwestie dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, w tym charakteru deklaracji składanych przez wykonawcę w ofercie oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia z udziałem podmiotów trzecich, na których zdolności się powołano. Izba w szczególności zwróciła uwagę, że w przypadku polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego „to podmiot udostępniający zasoby będzie musiał zrealizować daną część zamówienia, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga bowiem, aby podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wykonał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (...) w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego zdefiniowany w ofercie zakres udostępnienia zasobów będzie miał znaczenie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

i podlegać będzie ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Innymi słowy nie może dojść do sytuacji, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Mieć na uwadze w tym przypadku należy także art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczone w ofercie. Tym samym w kontekście udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia kluczowe jest to czy w ofercie zadeklarowano udział tego podmiotu w pełnym zakresie, jaki jest konieczny z perspektywy warunku udziału w postępowaniu, w celu spełnienia którego powołano się na zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe nie oznacza jednak, że wykonawca nie może podjąć decyzji, aby powierzyć temu podmiotowi podwykonawstwo również innych, dodatkowych zadań, do których nie odnosił się warunek udziału w postępowaniu”. Izba podkreśliła,

iż w okolicznościach stanu faktycznego sprawy „sam fakt rozszerzenia zadań, jakie wykonać miałby podmiot udostępniający zasoby w ramach podwykonawstwa, nie jest równoznaczny

z tym, że określony w ofercie zakres polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie gwarantował dostępu do tych zasobów w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

Podsumowując powyższe, analiza bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że prezentowane poglądy w zakresie wykładni art. 122 i 123 ustawy Pzp są jednolite oraz zbieżne z wytycznymi wynikającymi z orzeczenia TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie

C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu. Największą trudność po stronie wykonawców zdaje się sprawiać zachowanie właściwej korelacji pomiędzy składanymi na etapie ofertowania deklaracjami dotyczącymi zamiaru polegania na zasobach podmiotu trzeciego a następczym wykazywaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu potencjału innych podmiotów. Kluczowe jest zatem, aby wykonawca już na etapie ofertowania dokładnie przemyślał, w jaki sposób wykazywał będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w jakim zakresie polegał będzie na zdolnościach podmiotu trzeciego, a w konsekwencji również, w jakim zakresie podmiot ten uczestniczył będzie w realizacji zamówienia, a następnie odzwierciedlił to w sposób należyty w składanych oświadczeniach i podmiotowych środkach dowodowych.

Z kolei zamawiający powinni dochować należytej staranności weryfikując, czy ta właściwa korelacja została zachowana i czy ewentualne zmiany odnoszące się do polegania na zasobach podmiotu trzeciego zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie stoją w sprzeczności z art. 123 ustawy Pzp. (vide: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 roku).

Zdaniem Izby, analiza oświadczenia, o którym mowa w art. 125 oraz zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wskazuje na niezgodność sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu z treścią art. 118 ust. 2 ustawy. Wynika z nich, że podmiot udostępniający zasoby nie wykona robót budowlanych, do realizacji których udostępniane zdolności są wg treści SWZ wymagane. Skoro zatem wykonawca powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę ciągu pieszego lub alejek lub ścieżek lub placu z kostki brukowej, to stosownie do powyżej zacytowanego przepisu, podmiot trzeci powinien realizować roboty budowlane obejmujące wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Zamówienie nie może być realizowane przez podmiot, który nie posiada doświadczenia (odwołujący na rozprawie potwierdził, że na dzień składania ofert nie posiadał doświadczenia związanego z układaniem kostki brukowej zgodnie z treścią warunku opisanego przez zamawiającego). Skoro zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, to wykonawca powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada i w takim właśnie zakresie (wykonanie ścieżki dydaktycznej z kostki brukowej, wykonanie dojścia z kostki brukowej dla osób niepełnosprawnych oraz wykonanie alejki - utwardzenie ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej) powinien brać udział w realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień treści zobowiązania P.P., co do zakresu podwykonawstwa, Izba stwierdziła, że jest on bezzasadny, gdyż treść zobowiązania nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, przenosi treści, które są jasne i czytelne, a co najważniejsze jednoznaczne. Wyjaśnienia zaś mogą prowadzić do dowolnej interpretacji sporządzającego zobowiązanie, które nie będzie wynikało wprost z jego treści.

Izba nie stwierdziła również (co jest konsekwencją nieuwzględnienia ww. zarzutów odwołania) naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności). Zdaniem Izby zamawiający w sposób wszechstronny, z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp, dokonał prawidłowej oceny dokumentów składanych przez odwołującego, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zobowiązanie do wykorzystania zasobów, o których mowa w art. 118 ust. 2 ustawy musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem zamawiającego. Wykonawca ma zaś obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie będzie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

Wykonawcy przysługuje jedna szansa na sanowanie braków w tych dokumentach. Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp więcej niż raz. Jeśli wymagane dokumenty nie zostały złożone bądź zawierają braki, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy. Wykonawca nie skorzystał z możliwości samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał tym samym spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....