

WYROK

Warszawa, 18 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 18 maja 2026 r. przez wykonawcę REMBUD CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą w Chęcinach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ryki, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której dokona odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie.
 2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Gminę Ryki i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę REMBUD CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą w Chęcinach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego Gminy Ryki na rzecz wykonawcy REMBUD CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą w Chęcinach kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę REMBUD CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą w Chęcinach, 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ryki - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Zagospodarowanie terenu działki „Harcówki” na cele bazy turystycznej położonej w Rykach przy stawie Buksa”*.

18 maja 2026 roku, wykonawca REMBUD CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą w Chęcinach (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 118 ust. 2 i 4, art. 119 oraz art. 122 ustawy Pzp w zw. z pkt 6.1.4 ppkt 1 oraz pkt 9.39.7 SWZ, przez bezpodstawne uznanie, że wykonawca MELTOR Sp. z o.o. skutecznie wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o., mimo że z dokumentów złożonych w postępowaniu wraz z ofertą nie wynika rzeczywiste, jednoznaczne i zgodne z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp udostępnienie doświadczenia polegające na wykonaniu przez podmiot udostępniający tych robót budowlanych, do realizacji których wymagane jest udostępnianie doświadczenie;
- 2.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2-4, art. 122 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez dopuszczenie, aby w trybie uzupełnienia dokumentów wykonawca MELTOR Sp. z o.o. zastąpił pierwotne zobowiązanie podmiotu trzeciego, przewidujące jedynie „doradztwo, nadzór i konsultacje merytoryczne”, nowym zobowiązaniem przewidującym „umowę podwykonawczą” oraz wykonanie robót, co stanowiło niedopuszczalne konstruowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert poprzez rozszerzenie zakresu zasobów jak i zakresu korzystania z zasobów podmiotu trzeciego;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MELTOR Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia;
- 4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie powinna podlegać ocenie jako oferta złożona przez wykonawcę niewykazującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 5.art. 16 pkt 1-3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez przeprowadzenie badania i oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności oraz przez udzielenie

zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości;
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MELTOR Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- 5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu;
- 6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa według norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w ocenie Zamawiającego uzyskała 98,39 pkt, tj. drugą najwyższą liczbę punktów w postępowaniu. Oferta wykonawcy MELTOR Sp. z o.o. uzyskała 100 pkt wyłącznie wskutek wadliwego uznania, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W razie odrzucenia oferty wykonawcy MELTOR Sp. z o.o., względnie po prawidłowym powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów tej ustawy.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w pkt 6.1.4 ppkt 1 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że wykonawca miał wykazać należyte wykonanie, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej roboty budowlanej, która miała wartość nie mniejszą niż 1.500.000,00 zł brutto, polegała na budowie lub przebudowie obiektu infrastruktury turystycznej lub rekreacyjnej oraz obejmowała wykonanie minimum: boiska sportowego, parku linowego, placu zabaw lub wieży widokowej.

Jest to warunek dotyczący doświadczenia w robotach budowlanych. Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz pkt 9.3 SWZ, w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby tylko wtedy, gdy podmiot ten wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zamawiający powtórzył ten wymóg w pkt 9.5 SWZ, wskazując, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać

w szczególności zakres dostępnych zasobów, sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a także czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Pierwotne zobowiązanie podmiotu trzeciego było wadliwe.

Wykonawca MELTOR Sp. z o.o. nie wykazywał samodzielnego spełnienia warunku doświadczenia i powołał się na zasoby podmiotu trzeciego TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o.

Z pierwotnego zobowiązania z 27 marca 2026 r. wynikało, że podmiot trzeci udostępni swoje „udokumentowane doświadczenie na etapie postępowania”, natomiast charakter stosunku między stronami określono jako „umowę o doradztwo”. W zakresie udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia wskazano wyłącznie „doradztwo, nadzór i konsultacje merytoryczne”.

Takie zobowiązanie nie odpowiadało ani art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, ani pkt 9.3 i 9.5 SWZ. W przypadku warunku dotyczącego doświadczenia w robotach budowlanych nie jest wystarczające formalne „użyczenie referencji”, konsultacje, doradztwo czy nadzór. Ustawodawca wymaga, aby podmiot, którego doświadczeniem posługuje się wykonawca, wykonał roboty budowlane, do których to doświadczenie jest wymagane. W świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu, niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych robót lub usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. Skoro podmiot udzielający przystępującemu zasobów zobowiązał się jedynie do doradztwa i konsultacji, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Co istotne, Zamawiający sam dostrzegł tę wadliwość. W wezwaniu z dnia 3 kwietnia 2026 r. Zamawiający wskazał, że przedstawione zobowiązanie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,

ponieważ podmiot trzeci nie będzie wykonywał robót budowlanych, których dotyczy warunek udziału, a jedynie czynności doradcze. Zamawiający wprost zaakcentował, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podmiot trzeci musi wykonywać roboty budowlane, do realizacji których jego doświadczenie jest udostępniane.

Nowe zobowiązanie nie usuwa zasadniczej wadliwości, lecz zmienia sposób realizacji zamówienia po terminie składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca MELTOR Sp. z o.o. złożył nowe zobowiązanie z 07 kwietnia 2026 r. W dokumencie tym zmieniono charakter stosunku z „umowy o doradztwo” na „umowę podwykonawczą” oraz wskazano, że podmiot trzeci „zrealizuje prace specjalistyczne związane z budową obiektu infrastruktury turystycznej lub rekreacyjnej obejmującej wykonanie placu zabaw oraz wybrane nawierzchnie ciągów pieszo-jezdných”.

Nie jest to zwykle doprecyzowanie dokumentu. Jest to zasadnicza zmiana deklarowanego sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego. W pierwotnej ofercie i pierwotnym zobowiązaniu podmiot trzeci miał pełnić rolę doradczą, nadzorczą i konsultacyjną. Po wezwaniu Zamawiającego podmiot ten został przedstawiony jako podwykonawca robót budowlanych. Różnica dotyczy samej istoty mechanizmu udostępnienia doświadczenia.

W realiach art. 118 ust. 2 ustawy Pzp to właśnie wykonanie robót przez podmiot trzeci decyduje o dopuszczalności powołania się na jego doświadczenie.

Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do stworzenia po terminie składania ofert nowego modelu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Instytucja ta służy usunięciu braków lub błędów dokumentacyjnych, a nie sanowaniu materialnego braku spełnienia warunku poprzez zmianę roli podmiotu trzeciego z konsultanta na podwykonawcę robót budowlanych.

Odmierna ocena prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca, który w terminie składania ofert nie zapewnił realnego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu robót, otrzymałby możliwość dostosowania treści zobowiązania dopiero po tym, jak Zamawiający wskazał mu, jaka treść dokumentu byłaby wymagana. Taka praktyka pozwalałaby na następcze konstruowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy od początku złożyli oferty i dokumenty zgodne z SWZ.

Nowe zobowiązanie pozostaje niejednoznaczne i nie potwierdza spełnienia warunku.

Niezależnie od powyższego, również nowe zobowiązanie nie pozwala na bezsporne ustalenie, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Po pierwsze, warunek z pkt 6.1.4 ppkt 1 SWZ dotyczył doświadczenia w wykonaniu roboty budowlanej o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł brutto, polegającej na budowie lub przebudowie obiektu infrastruktury turystycznej lub rekreacyjnej i obejmującej wykonanie jednego z określonych tam elementów. Tymczasem nowe zobowiązanie wskazuje jedynie ogólnie na wykonanie „prac specjalistycznych” obejmujących „plac zabaw oraz wybrane nawierzchnie ciągów pieszo-jezdných”. Dokument nie pozwala ustalić, jaki konkretnie zakres robót zostanie wykonany przez podmiot trzeci, jaka będzie jego wartość, czy będzie to realna część robót odpowiadająca doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca, oraz czy roboty te rzeczywiście są tymi robotami, do których wymagane jest udostępnione doświadczenie.

Po drugie, określenie „wybrane nawierzchnie ciągów pieszo-jezdných” jest nieostre. Nie wskazuje, które elementy zamówienia przejmie podmiot trzeci, w jakim zakresie rzeczowym i wartościowym oraz czy zakres ten ma znaczenie dla spełnienia warunku doświadczenia. Samo ogólne użycie słów „budowa obiektu infrastruktury turystycznej lub rekreacyjnej” nie może zastąpić realnego, weryfikowalnego zobowiązania do wykonania robót, których wskazane zdolności dotyczą.

Po trzecie, z dostępnych dokumentów nie wynika, aby Zamawiający rzeczywiście zweryfikował, czy TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o. posiada doświadczenie odpowiadające warunkowi z pkt 6.1.4 ppkt 1 SWZ. W szczególności wymaga wyjaśnienia czy doświadczenie zostało nabyte przez ten właśnie podmiot, czy przez inny podmiot lub wcześniejszą działalność gospodarczą, a jeżeli przez poprzednika - czy istnieją podstawy do przypisania tego doświadczenia spółce. Ma to znaczenie zwłaszcza wobec danych rejestrowych spółki, z których wynika krótki okres jej funkcjonowania. Zamawiający nie mógł poprzestać na formalnym przyjęciu oświadczeń, lecz miał obowiązek rzeczywistej oceny, czy udostępniane zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają wykonawcy wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Konsekwencją powinno być odrzucenie oferty. Skoro wykonawca MELTOR Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Wybór oferty tego wykonawcy narusza art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ za najkorzystniejszą może zostać uznana wyłącznie oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zamawiający nie może udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co wynika także z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1)SWZ w postępowaniu WIR.271.2.2026 - na okoliczność treści warunku udziału

w postępowaniu oraz wymagań dotyczących polegania na zasobach podmiotów trzecich;

2)pierwotnego zobowiązania TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o. z 27 marca 2026 r. - na okoliczność pierwotnego ograniczenia udziału podmiotu trzeciego do doradztwa, nadzoru i konsultacji;

3)wezwania Zamawiającego z 03 kwietnia 2026 r. - na okoliczność tego, że Zamawiający sam stwierdził, iż pierwotne zobowiązanie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

4)nowego zobowiązania TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o. z 07 kwietnia 2026 r. - na okoliczność następcej zmiany deklarowanego sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego oraz niejednoznaczności zakresu robót;

5)pisma Odwołującego z 20 kwietnia 2026 r. - na okoliczność sygnalizowania Zamawiającemu wadliwości dokumentów wykonawcy MELTOR Sp. z o.o.;

6)informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13 maja 2026 r. - na okoliczność dokonania zaskarżonej czynności, punktacji ofert i interesu Odwołującego;

7)aktualnego odpisu/informacji z KRS dotyczącej TECH-BUDOWA T.P. Sp. z o.o. - na okoliczność daty rejestracji tego podmiotu i konieczności weryfikacji, czy podmiot ten rzeczywiście posiada doświadczenie wymagane w SWZ

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawca poparł stanowisko zamawiającego wnosząc 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 zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielać w całości stanowisko odwołującego (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.

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 wykonują 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,

iż „wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza 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 - przeciwnie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń

z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. 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 dokonanej 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 zaistniałe 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).

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że z tezy przyjętej w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie opartej na interpretacji art. 51 dyrektywy 2004/18/WE wynika jednoznacznie, że przepis ten „*należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia*”.

Trybunał wskazał zatem, że nie jest możliwe uzupełnianie oferty w dokumenty, których nie zawierała pierwotna oferta, tj. zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności, ale również środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia, które należy odczytywać jako zasoby podmiotu udostępniającego swoje zdolności.

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.

Jak zasadnie wskazywał odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył nowe zobowiązanie. W dokumencie tym zmieniono charakter stosunku z „umowy o doradztwo” na „umowę podwykonawczą” oraz wskazano, że podmiot trzeci „zrealizuje prace specjalistyczne związane z budową obiektu infrastruktury turystycznej lub rekreacyjnej obejmującej wykonanie placu zabaw oraz wybrane nawierzchnie ciągów pieszo-jezdných”.

Zdaniem Izby, nie jest to zwykłe doprecyzowanie dokumentu. Jest to zasadnicza zmiana deklarowanego sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego. W pierwotnej ofercie i pierwotnym zobowiązaniu podmiot trzeci miał pełnić rolę doradczą, nadzorczą

i konsultacyjną. Po wezwaniu zamawiającego podmiot ten został przedstawiony jako podwykonawca robót budowlanych. Różnica dotyczy samej istoty mechanizmu udostępnienia doświadczenia. W realiach art. 118 ust. 2 ustawy Pzp to właśnie wykonanie robót przez podmiot trzeci decyduje o dopuszczalności powołania się na jego doświadczenie.

Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do stworzenia po terminie składania ofert nowego modelu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Instytucja ta służy usunięciu braków lub błędów dokumentacyjnych, a nie sanowaniu materialnego braku spełnienia warunku przez zmianę roli podmiotu trzeciego z konsultanta na podwykonawcę robót budowlanych. Odmierna ocena prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca, który w terminie składania ofert nie zapewnił realnego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu robót, otrzymałby możliwość dostosowania treści zobowiązania dopiero po tym, jak zamawiający wskazał mu, jaka treść dokumentu byłaby wymagana. Taka praktyka pozwalałaby na następcze konstruowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z pokrzywdzeniem wykonawców, którzy od początku złożyli oferty i dokumenty zgodne z SWZ.

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 spełnienia 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 § 7 ust. 1 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:.....