Sygn. akt: KIO 4403/26

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 4 września 2026 r. przez wykonawcę Zakład Stolarsko-Budowlany Sp. z o.o. z siedzibą w Łomazach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Biała Podlaska

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy M.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRES-BUD, USŁUGI OGÓLNOBUDOWLANE M.T. z siedzibą w Rakowiskach

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 31 sierpnia 2026 r.,

1.2.dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz złożonego oświadczenia i zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Renewal Art. sp. z o.o., z uwzględnieniem prawidłowego sformułowania w nim sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 4403/26

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska w Białej Podlaskiej, ul. Marszałka J.P. 3, 21-500 Biała Podlaska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2026 r. poz. 793, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp" lub „PZP" lub „pzp", pn. „Przebudowa oraz rozbudowa budynku przemysłowego dawnej willi Raabego położonej w Białej Podlaskiej przy ul. Łomaskiej 21" (numer referencyjny: ZP.271.1.19.2026.IMO2.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 czerwca 2026 r., 2026/BZP 00272681.

4 września 2026 r. odwołanie złożył wykonawca Zakład Stolarsko-Budowlany sp. z o.o., ul. Brzeska 33, 21-532 Łomazy, od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TRES-BUD Usługi Ogólnobudowlane Mateusz Treska i odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu, mimo, że nie zaszły wobec oferty podstawy odrzucenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 122 oraz art. 123 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezpodstawnym uznaniu, że skuteczna na podstawie art. 122 ustawy Pzp zmiana podmiotu udostępniającego zasoby (z podmiotu MERX Sp. z o.o. na podmiot Renewal Art. sp. z o.o.) narusza zakaz zmiany „zakresu zdolności" po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy zmiana ta dotyczyła wyłącznie sfery sposobu realizacji zamówienia (sposobu udostępnienia zasobu), podczas gdy zakres merytoryczny wymaganej zdolności (doświadczenia) pozostał tożsamy i w pełni zgodny z SWZ, zatem nie doszło do zmiany

„zakresu zdolności";

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Pkt VII.2.4.a) SWZ („w okresie ostatnich 5 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie, przebudowie, remoncie, modernizacji lub rekonstrukcji budynku, przy czym roboty te były prowadzone na terenie objętym ochroną konserwatorską albo w obiekcie zabytkowym, o wartości robót min. 3 000 000,00 zł brutto"), w sytuacji gdy odwołujący dokonał skutecznej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, złożone oświadczenie przez Renewal Art. sp. z o.o. nie budziło wątpliwości zamawiającego, a doświadczenie Renewal Art. sp. z o.o. wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu potwierdzało spełnienie tego warunku;

3.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 118 ust. 4 pkt 2 i 3 oraz art. 122 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, wyrażające się w:

1) uniemożliwieniu wykonawcy skorzystania z ustawowego prawa do sanowania oferty w drodze substytucji podmiotu trzeciego;

2) wezwaniu wykonawcy z art. 122 ustawy Pzp do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, a następnie wbrew wezwaniu, ukaranie za zmianę odrzuceniem oferty. Zamawiający wprowadził wykonawcę w błąd, wzywając do zmiany, skoro uznawał, że w związku z przyjętym przez siebie rozumieniem „zakresu zasobu" obejmującym „sposób udostępnienia", każda zmiana będzie prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego;

4.art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta odwołującego, która gdyby zamawiający działał prawidłowo, nie powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości;

2.nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2026 r.

2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz prawidłowo złożonego oświadczenia i zobowiązania nowego podmiotu udostępniającego zasoby (Renewal Art. sp. z o.o.);

3.obciążenie zamawiającego obowiązkiem zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ustanowienia pełnomocnika zgodnie z normami prawem przepisanymi.

7 września 2026 r. zamawiający wezwał wraz kopią odwołania uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego 9 września 2026 r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Mateusz Tresk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRES-BUD, USŁUGI OGÓLNOBUDOWLANE MATEUSZ TRESK, ul. Akacjowa 10, 21-500, Rakowiska, co izba ustaliła na podstawie przekazanych jej akt papierowych i elektronicznych sprawy.

18 września 2026 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 16 września 2026 r., przedstawiając stanowisko w sprawie i wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania, nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania z art. 528 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, oraz stanowiska i oświadczenia obecnych na posiedzeniu i rozprawie, złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących niespornych ustaleń faktycznych także za odwołującym:

10 sierpnia 2026 r. zamawiający wezwał odwołującego do poprawienia
i uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

11 sierpnia 2026 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do poprawienia i uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

12 sierpnia 2026 r. zamawiający wezwał odwołującego do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej
w zakresie doświadczenia na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp:

„(…) W toku badania i oceny oferty Zamawiający stwierdził, że Wykonawca, powołując się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, złożył wraz z ofertą zobowiązanie tego podmiotu, w którym jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano: „doradztwo w czasie wykonywania prac". W zobowiązaniu nie wskazano, że podmiot udostępniający zasoby będzie wykonywał roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zdolności.

Mając na uwadze art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, Zamawiający uznał, że przedłożone zobowiązanie nie potwierdza w sposób wystarczający spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobu wskazanego podmiotu.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że stwierdzona nieprawidłowość nie może zostać usunięta poprzez późniejsze rozszerzenie treści pierwotnego zobowiązania tego samego podmiotu w taki sposób, aby dopiero po upływie terminu składania ofert zobowiązał się on do wykonywania robót budowlanych. Takie działanie prowadziłoby do zmiany zakresu korzystania z zasobów po terminie składania ofert, co jest ograniczone art. 123 ustawy Pzp. W związku z powyższym, na podstawie art. 122 ustawy Pzp, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w wyznaczonym terminie:

1) zastąpił dotychczas wskazany podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem
lub podmiotami, które potwierdzą spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału
w postępowaniu, przy czym zakres powołania się na zasoby nowego podmiotu nie może prowadzić do niedopuszczalnej zmiany zakresu korzystania z zasobów po terminie składania ofert, zgodnie z art. 123 ustawy Pzp;
albo
2) wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.

W przypadku wyboru rozwiązania, o którym mowa w pkt 1, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zobowiązanie nowego podmiotu udostępniającego zasoby spełniające wymagania art. 118 ust. 4 ustawy Pzp oraz wymagane podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podmiotu, o ile są wymagane na podstawie ustawy Pzp lub SWZ.

Zamawiający podkreśla, że niniejsze wezwanie nie stanowi wezwania do poprawienia pierwotnego zobowiązania poprzez zmianę wskazanego w nim sposobu wykorzystania zasobu z „doradztwa w czasie wykonywania prac" na wykonywanie robót budowlanych. W szczególności nie jest dopuszczalne uzupełnienie lub zmiana dokumentu w sposób, który po terminie składania ofert tworzyłby nowy zakres faktycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Jeżeli Wykonawca zdecyduje się na zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby, nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego będzie podlegało ocenie z uwzględnieniem
art. 123 ustawy Pzp. Samo wskazanie nowego podmiotu nie uprawnia do rozszerzenia zakresu, w jakim Wykonawca polegał na zasobach podmiotu trzeciego na etapie składania oferty. W przypadku niewykazania przez Wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z ustawą Pzp, w szczególności w przypadku nieskutecznego zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby albo niewykazania samodzielnego spełniania warunku, Zamawiający podejmie dalsze czynności przewidziane ustawą Pzp, w tym dokona oceny wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Podstawa prawna: art. 118 ust. 2 i ust. 4, art. 122, art. 123 oraz art. 128 ust. 1 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

(…)

Pouczenie:

Niezłożenie/ nieuzupełnienie będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy
na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.".

Pismem z 13 sierpnia 2026 r. odwołujący w szczególności poinformował:

„(…) zastępuję dotychczas wskazany podmiot udostępniający zasoby nowym podmiotem udostępniającym zasoby, tj.:
Renewal Art Sp. z o.o.
ul. Świętokrzyska 9, 26-021 Daleszyce
W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia przedkładam dokumenty odnoszące się do nowego podmiotu udostępniającego zasoby. W

załączeniu przekazuję:
1.wykaz robót budowlanych, obejmujący doświadczenie, na którego zasobach Wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu;
2.zobowiązanie nowego podmiotu udostępniającego zasoby, sporządzone zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp;
3.dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych
w przedłożonym wykazie.
Jednocześnie potwierdzam, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył
w realizacji zamówienia w zakresie wymaganym przepisem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp,
tj. będzie wykonywał roboty budowlane, do realizacji których wymagane są zdolności
i doświadczenie udostępniane Wykonawcy.
Mam nadzieję, że przedstawione informacje i dokumenty będą wystarczające do uznania, że spółka spełnia warunki udziału w postępowaniu.”.

31 sierpnia 2026 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu w szczególności oferty odwołującego:
„Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 118 ust. 2 i ust. 4,
art. 122, art. 123, art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez Zakład Stolarsko-Budowlany Sp. z o.o., ponieważ została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej
w zakresie doświadczenia.
Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ, którego zapisy zostały zmienione wskutek odpowiedzi na pytania oraz zmiany treści SWZ w dniu 19.06.2026 r. wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie, przebudowie, remoncie, modernizacji lub rekonstrukcji budynku, przy czym roboty te były prowadzone na terenie objętym ochroną konserwatorską albo w obiekcie zabytkowym, o wartości robót min.
3 000 000,00 zł brutto. W odniesieniu do doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci zastosowanie ma art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na zdolnościach takiego podmiotu, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do realizacji których wskazane zdolności są wymagane. Wykonawca powołał się na doświadczenie MERX Sp. z o.o. W zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą wskazano:

- zasób: wiedza i doświadczenie związane z przebudową zabytkowych budynków Sądu Rejonowego w Bartoszycach;
- sposób wykorzystania zasobu: „doradztwo w czasie wykonywania prac”
- charakter stosunku prawnego: umowa o współpracy;
- zakres udziału: „zgodny z wymogami Zamawiającego”;
- okres udziału: przez czas trwania realizacji zamówienia.

Zobowiązanie nie wskazywało żadnych robót budowlanych, które MERX Sp. z o.o. miałaby wykonać. Przeciwnie, jedynym skonkretyzowanym sposobem wykorzystania doświadczenia było doradztwo. Ogólne sformułowanie „zgodny z wymogami Zamawiającego” nie określa rodzaju ani zakresu robót i nie może zastąpić wymaganego przez art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp oświadczenia, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający doświadczenie zrealizuje roboty budowlane, których zdolności dotyczą. Doradztwo, konsultacje, nadzór ani przekazywanie wiedzy nie stanowią wykonania robót budowlanych w rozumieniu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Pierwotne zobowiązanie nie potwierdzało zatem realnego udostępnienia doświadczenia w sposób pozwalający wykazać spełnianie warunku udziału.
W dniu 6 sierpnia 2026 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Zakładu Stolarsko-Budowlanego Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.
W wyniku ponownej weryfikacji dokumentacji stwierdził konieczność ponownego zbadania realności udostępnienia zasobu doświadczenia. W dniu 10 sierpnia 2026 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert.
Pismem z 12 sierpnia 2026 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę do:

- zastąpienia dotychczasowego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami potwierdzającymi spełnianie warunku - bez niedopuszczalnej zmiany zakresu korzystania z zasobów po terminie składania ofert albo
- wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału dotyczący doświadczenia.

Wezwanie wyraźnie wskazywało, że nie służy zmianie sposobu wykorzystania zasobu
z doradztwa na wykonywanie robót budowlanych oraz że nowe zobowiązanie będzie oceniane z uwzględnieniem art. 123 ustawy Pzp.

W odpowiedzi wykonawca zastąpił MERX Sp. z o.o. podmiotem Renewal Art Sp. z o.o.
i przedłożył zobowiązanie z 13 sierpnia 2026 r., wykaz robót oraz poświadczenie dotyczące przebudowy, odrestaurowania i wyposażenia zabytkowego budynku synagogi w Chęcinach o wartości 8 893 209,76 zł brutto. Z dokumentów wynika, że Renewal Art Sp. z o.o. posiada doświadczenie odpowiadające warunkowi. Nowe zobowiązanie określa jednak całkowicie odmienny sposób jego wykorzystania: umowę podwykonawczą, udział jako podwykonawca, wykonywanie robót wymagających doświadczenia związanego
z obiektem zabytkowym oraz udział w przygotowaniu organizacji, nadzorowaniu
i wykonywaniu prac przez cały okres realizacji zamówienia. Samo zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby jest dopuszczalne na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Uprawnienie to podlega jednak ograniczeniu wynikającemu z art. 123 ustawy Pzp.
Po upływie terminu składania ofert wykonawca nie może powołać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby w zakresie, w którym nie polegał na nich na etapie składania ofert. Zastępujący podmiot może wejść w miejsce dotychczasowego podmiotu jedynie w granicach sposobu i zakresu polegania ujawnionego przed upływem terminu składania ofert. W analizowanej sprawie nie doszło do usunięcia braku formalnego ani do potwierdzenia wcześniej istniejącego sposobu realizacji. Doszło do jakościowej zmiany modelu realizacji: z doradztwa na podwykonawcze wykonywanie robót budowlanych. Taka zmiana dotyczy merytorycznej treści oświadczenia wykonawcy i sposobu wykonania zamówienia. Nie może zostać dokonana w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP ani uznana za wyjaśnienie dokumentu. Jej uwzględnienie naruszałoby również wynikający z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakaz negocjowania i zmiany treści oferty po terminie składania ofert.
Po pominięciu niedopuszczalnego rozszerzenia zakresu korzystania z zasobu wykonawca nadal nie wykazał, aby podmiot, na którego doświadczeniu polega, wykonywał roboty budowlane objęte warunkiem udziału, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca nie wykazał również samodzielnego spełniania warunku. Procedura wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy Pzp została wykorzystana. Ponowne wezwanie dotyczące tego samego braku prowadziłoby do przyznania wykonawcy kolejnej możliwości zmiany sposobu wykazania warunku,
z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
W konsekwencji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Przyjęte stanowisko znajduje bezpośrednie potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:

- z 4 września 2024 r., KIO 2920/24 - niedopuszczalne jest rozszerzenie po terminie ofert zakresu zasobów i robót wykonywanych przez podmiot udostępniający doświadczenie;
- z 14 marca 2024 r., KIO 603/24 - zmiana zakresu udziału podmiotu trzeciego przy jego zastąpieniu stanowi istotną zmianę sposobu realizacji i narusza art. 123 ustawy Pzp;
- z 15 lutego 2023 r., KIO 284/23 - zakres robót wykonywanych przez podmiot udostępniający doświadczenie nie może zostać rozszerzony w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1; właściwą podstawą odrzucenia jest art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 123 ustawy Pzp.
- z 5 października 2023 r., KIO 2719/23 oraz z 18 lutego 2022 r., KIO 282/22 - wezwanie do uzupełnienia dokumentów ma charakter jednokrotny w odniesieniu do tego samego braku.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy Zakład Stolarsko-Budowlany Sp. z o.o.
z Łomaz podlega odrzuceniu na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału
w postępowaniu") w związku z art. 118 ust. 2 i ust. 4, art. 122, art. 123, art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.".

Na podstawie ustawy Pzp:

1) art. 16 pkt 1 i 2:
   „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
   1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
   2) przejrzysty;";
2) art. 118 ust. 4 pkt 2 i 3:
   „4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w , potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa
   w szczególności:

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) 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.";

3)art. 122:

„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.";

4)art. 123:

„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.";

5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub";

6)art. 239:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.".

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła,
co następuje.

Odwołujący w odwołaniu podał w szczególności, że sporne jest rozumienie pojęcia „zakres zdolności" podmiotu udostępniającego zasoby. Zmiana w zakresie sposobu wykorzystania zasobów nie stanowi zmiany „zakresu zdolności", w konsekwencji jest dopuszczalna w świetle art. 122 i 123 ustawy Pzp. Zamawiający w postępowaniu pomieszał oba pojęcia, uznając – wbrew intencji ustawodawcy i prezentowanej w ustawie wykładni pojęć, że ograniczenie co do zmiany „zdolności" dotyczy także „sposobu udostępnienia zdolności", co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego. Doświadczenie wskazane przez oba podmioty udostępniające spełniało warunek udziału w postępowaniu postawiony przez zamawiającego, co nie jest sporne, gdyż faktu tego nie kwestionuje zamawiający. Zamawiający miał jedynie problem z tym, że deklarowany
w oświadczeniu podmiotu MERX Sp. z o.o., sposób udostępnienia nie pokrywa się ze zdolnością, na potrzeby której zasób jest powoływany. Prawidłowość tej decyzji pozostaje poza kwestią odwołania, natomiast oświadczenie podmiotu Renewal Art. sp. z o.o.
w sposób zgodny z wymogami zamawiającego wskazuje sposób udostępnienia tj. udział w realizacji. Odwołujący w reakcji na wątpliwości zamawiającego skorzystał
z przysługującego mu z mocy prawa mechanizmu substytucji, zastępując podmiot pierwotny podmiotem nowym (Renewal Art. sp. z o.o.), który od początku złożył oświadczenie w pełni odpowiadające wymogom SWZ i zachowujące tożsamość merytoryczną wymaganego doświadczenia. Uniemożliwienie wykonawcy skorzystania
z tego mechanizmu wypacza sens instytucji naprawczych w Pzp (pozbawienie prawa do sanowania oferty). Uniemożliwienie zmiany sposobu realizacji w ramach substytucji nakłada na wykonawców rygory nieznane ustawie, faworyzując podmioty, u których pierwotna dokumentacja nie wymagała korekt w sferze podwykonawczej, co godzi
w zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty w sytuacji, gdy zmiana dotyczyła wyłącznie sfery sposobu realizacji zamówienia, a nie samego potencjału merytorycznego, stanowi sankcję nieproporcjonalną do wagi ewentualnego uchybienia, naruszając zasady ogólne Pzp. Zamawiający w niniejszym postępowaniu doprowadził do sytuacji niedopuszczalnej w świetle praworządności – najpierw oficjalnie wezwał odwołującego (działając na podstawie art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp) do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby lub uzupełnienia dokumentów, a następnie „ukarał" wykonawcę za wykonanie tego wezwania, odrzucając jego ofertę. W świetle powyższego, należy

uznać, że zmiana „sposobu udostępnienia" nie jest zmianą „zakresu zdolności",
o której mowa w art. 123 ustawy Pzp. W podsumowaniu odwołania odwołujący podał:
- Błędne utożsamianie pojęć przez zamawiającego: Zamawiający bezpodstawnie zrównał pojęcie „zakresu zdolności" (art. 123 Pzp / art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp) z pojęciem „sposobu i zakresu udostępnienia/realizacji" (art. 118 ust. 4 pkt 2 i 3 Pzp). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (np. KIO 1627/23), zakaz modyfikacji po terminie składania ofert dotyczy wyłącznie zakresu samego zasobu (doświadczenia), a nie sposobu jego wykorzystania przy realizacji zamówienia,
- Prawidłowe zastosowanie przez odwołującego mechanizmu substytucji (art. 122 ustawy Pzp): W reakcji na wątpliwości co do pierwszego podmiotu (MERX), odwołujący w pełni legalnie skorzystał z instytucji zastąpienia podmiotu trzeciego, wprowadzając nowy podmiot (Renewal Art.). Nowy podmiot od samego początku złożył oświadczenie w pełni zgodne z SWZ – zarówno w zakresie tożsamego doświadczenia, jak i prawidłowego sposobu realizacji (wykonawstwo robót). Odwołujący wykazał zatem spełnienie warunku udziału w postępowaniu,
- Inność stanu faktycznego od powoływanych przez zamawiającego wyroków: Wyroki przywołane przez zamawiającego dotyczyły zmiany zakresu, o której mowa w art. 118
ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, a nie zmiany sposobu udostępniania zakresu po terminie.
W niniejszej sprawie doszło do całkowitej wymiany podmiotu na nowy w trybie art. 122 ustawy Pzp, co w pełni sanuje wadę pierwotną i nie narusza zakazu z art. 123 ustawy Pzp,
- Tożsamość zasobu merytorycznego: Wymiana podmiotu nie doprowadziła do poszerzenia ani zmiany zakresu wymaganego doświadczenia (baza referencyjna pozostaje w graniach postawionego w SWZ warunku), a zmieniony został jedynie wykonawca realizujący dany zakres w formule podwykonawczej i sposób udostępnienia zasobów, co wprost mieści się w celach instytucji sanacyjnych Pzp, w tym w art. 128 ustawy Pzp. Co więcej sama Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym w sprawie wyroku z dnia z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1627/23 dopuściła poprawienie nieścisłości w oświadczeniu wykonawcy tj. zamawiający mógł wezwać po prostu do poprawienia oświadczenia podmiotu MERX Sp. z o.o., tak by było wewnętrznie spójne
(w zakresie zdolności, zakresu i sposobu),
- Spełnianie warunku udziału w postępowaniu: zarówno doświadczenie wskazywane przez MERX Sp. z o.o., jak i Renewal Art. sp. z o.o. spełnia warunek udziału
w postępowaniu postawiony przez zamawiającego. W konsekwencji odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postepowaniu. Instytucja zastąpienia podmiotu trzeciego
z art. 122 ustawy Pzp z definicji stanowi ingerencję w pierwotną strukturę oferty – jej celem jest bowiem umożliwienie wykonawcy podmiany podmiotu niespełniającego wymagań na podmiot spełniający te wymagania. Gdyby każda taka zmiana była uznawana za naruszenie konkurencji, przepis art. 122 ustawy Pzp stałby się martwym literą prawa. Granicą tej zmiany jest tożsamość warunku udziału w postępowaniu (ten sam rodzaj doświadczenia), która w niniejszej sprawie została w pełni zachowana.
W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w szczególności podał, że spór dotyczy tego, czy wykonawca, zastępując podmiot udostępniający zasoby na podstawie art. 122 ustawy Pzp, może jednocześnie po terminie składania ofert zmienić charakter korzystania z jego doświadczenia z doradztwa na wykonywanie robót budowlanych. Zamawiający uznaje ustawową możliwość zastąpienia podmiotu. Kwestionuje natomiast połączenie tej czynności z ustanowieniem obowiązku wykonawstwa, którego nie przewidywała konkretna treść pierwotnego zobowiązania. Odwołujący zastąpił MERX sp. z o.o. spółką Renewal Art sp. z o.o. i równocześnie zmienił treść przyrzeczonego udziału. MERX wskazał dosłownie „doradztwo w czasie wykonywania prac". Renewal Art zobowiązał się do wykonania robót przy zabytku jako podwykonawca. Pierwotnie doświadczenie miało być udostępniane przez doradztwo, następnie przez wykonanie robót. W ocenie zamawiającego to zmiana świadczenia decydującego na podstawie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp o skutecznym wykazaniu warunku, a nie redakcyjne doprecyzowanie tego samego obowiązku. Zamawiający uznaje doświadczenie Renewal Art za odpowiadające warunkowi. Ocenie podlega dopuszczalność wykorzystania go w nowo zadeklarowany sposób. Rozumowanie KIO 2403/26 pozwala ocenić materialny charakter przejścia
od doradztwa do wykonawstwa, a KIO 5211/25 wskazuje, że granica pierwotnej deklaracji obowiązuje także przy wskazaniu nowego podmiotu. Przytoczone dalej wypowiedzi izby uzasadniają zbadanie obu zmian łącznie, z uwzględnieniem różnic faktycznych między sprawami. Odrzucenie nastąpiło z tej właśnie przyczyny wskazanej w zawiadomieniu
z 31 sierpnia 2026 r. Pismo rozwija jej uzasadnienie prawne. Terminowość odpowiedzi
z 13 sierpnia, podpisy załączników i doświadczenie Renewal Art pozostają poza sporem. Zamawiający nie powołuje nowych faktycznych podstaw odrzucenia. Zobowiązanie Renewal Art z 13 sierpnia 2026 r. wskazywało doświadczenie z przebudowy, odrestaurowania i wyposażenia zabytkowego budynku synagogi w Chęcinach, wpisanego do rejestru zabytków pod nr A 231. Wartość robót wynosiła 8 893 209,76 zł brutto. Nowy podmiot zobowiązał się do wykonywania robót wymagających kwalifikacji związanych

z pracami przy zabytku, a także do udziału w organizowaniu, nadzorowaniu i wykonywaniu prac. Przewidziano umowę podwykonawczą oraz udział jako podwykonawca przez cały okres realizacji zamówienia.
Poświadczenie Gminy Chęciny z 9 kwietnia 2024 r. potwierdza wykonanie robót budowlano-konserwatorskich od 5 stycznia do 30 listopada 2023 r. za wskazaną kwotę. Obejmuje roboty konstrukcyjne, dachowe, renowacyjne i instalacyjne. Potwierdza ich terminowe i należyte wykonanie. Wykaz robót z 13 sierpnia 2026 r. podaje zgodne daty i wartość. Nowe dokumenty przewidywały więc zarówno zmianę podmiotu, jak i zmianę jego obowiązków: Renewal Art miał wykonywać roboty, podczas gdy MERX miał doradzać przy ich wykonywaniu. Zamawiający uznał tę drugą zmianę za niedopuszczalną. Odwołujący nie wykazał samodzielnego spełnienia warunku. Doradztwo i wykonawstwo nie są w tej sprawie równoważnymi sposobami spełnienia wymogu ustawowego. Doradca przekazuje zalecenia dotyczące prac wykonywanych przez inny podmiot. Podwykonawca przyjmuje obowiązek wykonania samych robót. W zobowiązaniu Renewal Art nie zmieniono więc tylko nazwy umowy. Wprowadzono świadczenie wykonawcze, którego nie zawierał konkretny opis udziału MERX. Zmienia to rolę podmiotu, przedmiot jego obowiązków i podstawę oceny należytego wykonania tych obowiązków. Przy porównaniu dokumentów istotne jest zatem ustalenie, czy późniejszy dokument potwierdza już zadeklarowane wykonawstwo, czy dopiero je ustanawia. W pierwszym przypadku można wyjaśnić zakres robót albo poprawić dokument. W drugim trzeba dodać obowiązek,
od którego art. 118 ust. 2 uzależnia skuteczność polegania na doświadczeniu. Zdaniem zamawiającego odpowiedź z 13 sierpnia należy do tej drugiej kategorii. Można zastąpić podmiot, który miał wykonać właściwe roboty, ale nie wykazał wymaganej zdolności, albo poprawić niejasny dokument potwierdzający wcześniej zadeklarowany udział. Nie można natomiast z samego obowiązku naprawy wyprowadzać uprawnienia do przekształcenia każdego wskazanego sposobu wsparcia w ustawowo wymagane wykonawstwo. W tej sprawie późniejsze zobowiązanie zmieniło właśnie ten istotny element: po raz pierwszy konkretnie przyrzekło wykonanie robót zamiast doradztwa. Zamawiający nie kwestionuje samego zastąpienia MERX przez Renewal Art ani odpowiedniego doświadczenia nowej spółki. Kwestionuje jednoczesne ustanowienie obowiązku robót w miejsce wcześniej określonego doradztwa. Art. 118 ust. 2 wiąże skuteczność korzystania z doświadczenia
z wykonaniem robót przez podmiot, który je posiada. Zmiana tego elementu ma zatem znaczenie dla wykazania warunku, mimo zachowania rodzaju doświadczenia.
Pierwotne zobowiązanie opisywało konkretnie doradztwo. Nowe zobowiązanie przewiduje podwykonawcze wykonanie robót przy zabytku. Nie jest to tylko dokładniejszy opis tej samej przyrzeczonej czynności. To przyjęcie innego świadczenia, które dopiero zapewnia udział wymagany przez art. 118 ust. 2. Ogólne zapewnienie MERX o zgodności z wymaganiami nie określało takiego świadczenia i należy je oceniać wraz z konkretnym wskazaniem doradztwa. Art. 122 nie uchyla ograniczeń art. 123. Pozwala zastąpić podmiot, ale nie daje samodzielnej podstawy do równoczesnego stworzenia nowego sposobu skutecznego korzystania z doświadczenia. W ocenie zamawiającego przyjęcie odpowiedzi z 13 sierpnia oznaczałoby zaakceptowanie właśnie takiej zmiany.
Tę przyczynę wskazano w zawiadomieniu z 31 sierpnia 2026 r.; uzasadnia ona odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp i oddalenie odwołania.

W ocenie izby odwołujący udowodnił zarzuty odwołania, natomiast zamawiający nie odparł skutecznie argumentacji odwołującego w odwołaniu.

Nie była sporna możliwość prawna zmiany podmiotu udostępniającego zasoby oraz to, że zmieniony podmiot udostępniający zasoby posiadał doświadczenie spełniające odpowiedni warunek zamówienia, a zatem w tym zakresie izba nie jest uprawniona do orzekania.

Izba ustaliła, że odwołujący do oferty załączył załącznik nr 4 do SWZ – „Oświadczenie składane na podstawie art. 273 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm.) - dalej: ustawa p.z.p. DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU", w którym oświadczył
w swoim imieniu w pkt 2 „Informacja w związku z poleganiem wykonawcy na zasobach innych podmiotów": „Oświadczam, że wykonawca, w imieniu którego składane jest oświadczenie, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:
W zakresie warunku określonego w rozdziale VII. SWZ polega na zasobach
MERX Sp. z o.o.
ul. Jagiellońskiej 88 bud 51BC, 00-992 Warszawa",
a także załącznik nr 9 do SWZ – „ZOBOWIĄZANIE DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW
składane na podstawie art. 118 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm.) - dalej: ustawa p.z.p.", w którym podmiot MERXSp. z o.o. oświadczył w szczególności: „(…) zobowiązuje się do oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy:
Zakład Stolarsko-Budowlany Sp. z o.o.
ul. Brzeska 33, 21-532 Łomazy (…)

niezbędne zasoby w zakresie1:
- zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:
Wiedzy i doświadczenia zgodne z wymaganiami Zamawiającego- tj. w okresie ostatnich 5 lat od dnia w którym upływa termin składania ofert wykonał należycie 1 zadanie polegające na wykonaniu realizacji inwestycji pn. Przebudowa budynków Sądu Rejonowego w Bartoszycach przy ul. Warszawskiej 3 i 7". Budynki wpisane są do rejestru zabytków pod numerem ewidencyjnym A-4570. Powyższe roboty budowlane wykonano w terminie od 26.01.2021 r. do 09.01.2024 r.. Łączna wartość robót budowlanych na dzień 30.09.2023 r. wyniosła 29 115 439,44 zł netto tj. 35 811 990,54 zł brutto.
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu
zamówienia:
doradztwo w czasie wykonywania prac
- charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem:
umowa o współpracy
- zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:
zgodny z wymogami Zamawiającego
- okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:
przez czas trwania realizacji zamówienia".
Izba ustaliła, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył załącznik nr 4 do SWZ – „Oświadczenie składane na podstawie art. 273 ust. 2 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm.) - dalej: ustawa p.z.p. DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU",
w którym oświadczył w swoim imieniu w pkt 2 „Informacja w związku z poleganiem wykonawcy na zasobach innych podmiotów": „Oświadczam, że wykonawca, w imieniu którego składane jest oświadczenie, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach następującego/ych podmiotu/ów:
W zakresie warunku określonego w rozdziale VII. SWZ polega na zasobach
Renewal Art Sp. z o.o.
ul. Świętokrzyska 9, 26-021 Daleszyce",
a także załącznik nr 9 do SWZ – „ZOBOWIĄZANIE DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW
składane na podstawie art. 118 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm.) - dalej: ustawa p.z.p.", w którym podmiot Renewal Art Sp. z o.o. oświadczył w szczególności:
„(…) zobowiązuje się do oddania do dyspozycji na rzecz wykonawcy:
Zakład Stolarsko-Budowlany Sp. z o.o. (…)
niezbędne zasoby w zakresie1:
- zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:
doświadczenie (zdolności technicznej lub zawodowej) w realizacji robót budowlanych
polegających na „Wykonaniu przebudowy, odretaurowaniu i wyposażeniu zabytkowego budynku synagogi w Chęcinach".
Obiekt zabytkowy wpisany do rejestru zabytków pod nr A 231.
Wartość robót brutto: 8.893.209,76 zł
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu
zamówienia:
udział w realizacji przedmiotu zamówienia, polegający w szczególności na wykonaniu robót wymagających kwalifikacji związanej z wykonaniem prac w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, ponadto uczestniczenie w przygotowaniu organizacji robót, nadzorowaniu prac i ich wykonywaniu, w tym biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia.
- charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem:
umowa cywilnoprawna - podwykonawcza
- zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:
udział w realizacji przedmiotu zamówienia, polegający w szczególności na wykonaniu robót wymagających kwalifikacji związanej z wykonaniem prac w obiekcie zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków, ponadto uczestniczenie w przygotowaniu organizacji robót, nadzorowaniu prac i ich wykonywaniu; udział jako podwykonawca
- okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:
cały okres realizacji zamówienia".
Art. 122 ustawy Pzp ma zastosowanie w przypadkach w nim określonych, to jest w szczególności, gdy zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i nakazuje wezwanie wykonawcy w terminie określonym przez zamawiającego do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania,
że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ograniczenia, wynikające z art. 123 ustawy Pzp odnośnie zakazu po upływie terminu składania ofert powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, odnoszą się do zastąpienia podmiotu innym podmiotem na żądanie zamawiającego w trybie art. 122 ustawy Pzp.

W myśl art. 118 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby w szczególności potwierdza gwarancję dostępu do zasobów.

W ocenie izby słusznie zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ w zobowiązaniu podmiotu trzeciego nie wskazano, że podmiot udostępniający zasoby będzie wykonywał roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zdolności.

Odwołujący złożył nowe zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego, w którym podmiot ten potwierdził, że będzie wykonywał roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zdolności.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego co do tego, że istotna
w sprawie okazała się zmiana sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów
– z doradztwa na roboty budowlane.

Niewątpliwie pierwszy podmiot udostępniający zasoby zawęził sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, co wynika wprost z jego oświadczenia, również w kontekście art. 118 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, podał bowiem pod nagłówkiem: „sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia": „doradztwo w czasie wykonywania prac". To oświadczenie zostało załączone do oferty, zakres oferty uwzględniał skorzystanie z udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, jak i zakres udostępnianych zasobów co do robót budowlanych, ponieważ pod nagłówkiem: „zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:" podano: „(…) Powyższe roboty budowlane (…)".

W drugim podejściu odwołujący zmienił podmiot udostępniający zasoby i sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia na szerszy niż pierwotnie podany – drugi podmiot udostępniający zasoby podał pod nagłówkiem: „sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia": „udział w realizacji przedmiotu zamówienia, polegający w szczególności na wykonaniu robót wymagających kwalifikacji związanej
z wykonaniem prac w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, ponadto uczestniczenie w przygotowaniu organizacji robót, nadzorowaniu prac i ich wykonywaniu, w tym biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia". Niewątpliwie po zmianie podmiotu udostępniającego zasoby i sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, odwołujący wykazał się spełnieniem danego warunku zamówienia.

Izba nie zgodziła się z zamawiającym, że w wyniku zmiany podmiotu udostępniającego odwołującemu zasoby, wobec treści oświadczenia tego podmiotu, nastąpiło niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy Pzp rozszerzenie zakresu korzystania z zasobu po upływie terminu składania ofert i nie doszło do usunięcia braku formalnego, ponieważ jak sam zamawiający stwierdził - doszło do zmiany doradztwa na podwykonawcze wykonywanie robót budowlanych. W ocenie izby było to możliwe już
z samej konstrukcji art. 123 ustawy Pzp

Izba zgodziła się z twierdzeniem odwołującego na rozprawie, że zamawiający niezasadnie utożsamił sposób wykorzystania zasobów podmiotu udostępniającego
te zasoby przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia z zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ zamawiający temu twierdzeniu nie zaprzeczył. Izba zauważa, że art. 123 ustawy Pzp formułuje zakaz odnoszący się do zakresu, nie zaś sposobu wykorzystania zasobów, natomiast w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp rozgraniczono pojęcia zakresu i sposobu wykorzystania zasobów: w pkt 1 podano: „zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby", a w pkt 2 podano: „sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia". Zatem zakres zasobów i sposób udostępnienia zasobów nie są pojęciami tożsamymi, a zakaz
w art. 123 ustawy Pzp odnosi się jedynie do zakresu polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, nie odnosi się do sposobu udostępnienia zasobów. Izba zauważa, że zakres polegania na zdolnościach nie uległ zmianie na skutek zmiany podmiotu udostępniającego zasoby i zobowiązania tego podmiotu, ponieważ
w zakresie dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby zarówno w zobowiązaniu pierwszego podmiotu, jak też podmiotu drugiego wpisano roboty budowlane.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty
(art. 555 ustawy Pzp).

W tym stanie rzeczy, izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557,
art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania zamawiającego. Odwołanie zostało uwzględnione, dlatego też izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, stanowiącą uzasadnione koszty strony, na podstawie wniosku
o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i faktury złożonej przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..…