

**WYROK**  
**z dnia 22 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **M. K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Wróblew we Wróblewie**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Wróblew we Wróblewie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy H. M. i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Gminę Wróblew we Wróblewie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. K.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Wróblew we Wróblewie** – na rzecz wykonawcy **M. K.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Wróblew we Wróblewie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa dróg wraz z odwodnieniem w miejscowości Chałupia Wielka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 czerwca 2021 roku M. K. (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy — Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błazkach.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p., polegające na nieodrzućeniu oferty wykonawcy Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błazkach, która to oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie przepisu z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. polegające na nieodrzućeniu oferty wykonawcy Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błazkach, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
3. naruszenie przepisu z art. 307 ustawy P.z.p., polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty, co do której miała miejsce niedozwolona zmiana jej pierwotnej treści w zakresie odnoszącym się do sposobu wskazania spełnienia warunków udziałów w postępowaniu, albowiem wykonawca Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błazkach – wbrew zakazowi wynikającemu z naruszonego przepisu – dokonał zmiany sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w rzeczonym postępowaniu, albowiem rzeczony wykonawca dokonał w istocie zmiany treści oferty, składając nowe oświadczenie co do wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego;
4. naruszenie przepisu z art. 116 ustawy P.z.p., polegające na tym, że zamawiający zaniechał rzeczywistego ustalenia istnienia przesłanek warunkujących spełnienia warunków

postępowania przez wykonawcę Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach i zlekceważył obiektywne wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia lub odrzucenia oferty w świetle składanych przez wykonawcę Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach dokumentów i oświadczeń, w tym oferty;

5. w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych powyżej naruszenie przepisu z art. 239 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu;

6. w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych powyżej – naruszenie przepisu z art. 16 oraz 17 ustawy P.z.p. poprzez niezapewnienie przez zamawiającego w toku prowadzenia postępowania zachowania zasad prawidłowego przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym w również uczciwej konkurencji i równego traktowania jego uczestników, w tym przede wszystkim w niezapewnieniu przejrzystości postępowania.

Na podstawie art. 554 ustawy P.z.p. odwołująca wniosła o:

- a. uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji,;
- b. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- c. nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach;
- d. nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołująca wniosła o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania i orzeczenie o obowiązku zwrotu na rzecz odwołującej uiszczanego wpisu oraz kosztów poniesionych przez odwołującą w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów odwołującej związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby i wynagrodzenie pełnomocnika, jeśli taki pojawi się w sprawie.

Odwołująca podniosła, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem oferta odwołującej została oceniona na II miejscu, zatem w przypadku odrzucenia oferty Zakładu Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach, to oferta odwołującej byłaby najkorzystniejsza i to odwołująca realizowałaby zamówienie, Legitymacją w złożeniu odwołania jest to, iż czynność zamawiającego — wybór oferty Zakładu Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach, w sytuacji, gdy nie zostanie unieważniona, spowoduje wyrządzenie szkody odwołującej, która pomimo złożenia oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu, nie mogłaby zrealizować zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lipca 2021 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie w całości odwołania
2. zasądzenie od odwołującej na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, tj. kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt. VIII s.w.z. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.*

2. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*

1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym:*

*Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.*

2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:*

*Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.*

3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej:*

*Wykonawca winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 500 000,00 zł.*

4) *zdolności technicznej lub zawodowej:*

a) *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 3 zamówienia (każda na kwotę minimum 1 000 000,00 zł brutto) polegające na przebudowie lub budowie drogi,*

b) *Wykonawca musi wykazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca przedstawi wraz z ofertą osoby, na funkcje wymienione poniżej, które muszą być dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające*

*następujące wymagania. Wykonawca wskaże że dysponuje osobami uprawnionymi do kierowania robotami budowlanymi będącymi przedmiotem niniejszego zamówienia tj.:*

*b.1) min. jedną osobę posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności: - drogowej lub równoważne wydane na podstawie wcześniejszych przepisów. Przez uprawnienia należy rozumieć: uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U, z 2021 r. poz. 234 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednie kwalifikacje zdobyte za granicą, uznane w Polsce na podstawie przepisów o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2021.78).*

*b.2.) min. jedną osobę posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a w przypadku Wykonawców zagranicznych — uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych.*

*3. Zamawiający, w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej — dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców.*

*4. Zamawiający może na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

#### **Zgodnie z pkt. XI s.w.z. POLEGANIE NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW**

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

*2. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują świadczenie do realizacji którego te zdolności są wymagane.*

*3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny*

*podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 3 do SWZ.*

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

*5. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia 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.*

*6. UWAGA: Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.*

*7. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodnie z katalogiem dokumentów określonych w Rozdziale X SWZ.*

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2021 roku dokonał wyboru oferty wykonawcy H. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błaszczach. Wykonawca w złożonej ofercie, na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do s.w.z., opatrzony datą 19 maja 2021 roku, wskazał, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich.

Pismem z dnia 21 maja 2021 roku zamawiający wyzwał wykonawcę H. M. do złożenia dokumentów, m.in. wykazu osób. Za pismem z dnia 27 maja 2021 roku wykonawca złożył wykaz osób (według załącznika nr 8 do s.w.z.) wraz z uprawnieniami budowlanymi oraz zaświadczeniami o przynależności do OIIB. W pozycji nr 2 wykazu wykonawca wskazał pana J. K., z informacją o podstawie dysponowania: zobowiązanie podmiotu trzeciego. Wykonawca złożył także zobowiązanie podmiotu trzeciego – I. W. – o udostępnieniu osoba zdolnej do wykonania zamówienia, tj.: jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane w

specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

na potrzeby wykonania zamówienia:

„Budowa dróg wraz z odwodnieniem w miejscowości Chartupia Wielka”

a) zakres udostępnianych Wykonawcy zasobów:

Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych: Pan J. K., posiadający uprawnienia budowlane Nr UAN.83/8346/II/36/87 z dnia 13.06.1987r. upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych.

b) sposób udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Kierowanie robotami budowlanymi branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

c) zakres i okres udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Zakres: oddanie do dyspozycji Wykonawcy w/w osoby, która będzie kierowała robotami branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Okres: cały okres trwania realizacji w/w inwestycji.

Podmiot udostępniający oświadczył: *Oświadczam, że jako podmiot udostępniający będę realizował nw. roboty/usługi których dotyczą udostępniane zasoby, odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca: Kierowanie robotami branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.*

Pismem z dnia 1 czerwca 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę Henryka Mocnego do złożenia/ uzupełnienia/ poprawienia następujących dokumentów/oświadczeń:

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówieniu - załącznik nr 8

Zamawiający wskazał, że dokument: Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówieniu - załącznik nr 8 zawiera następujące błędy: w pozycji nr 2 Wykonawca wskazał pana J. K., z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami: zobowiązanie podmiotu trzeciego wraz z wypełnionym załącznikiem nr 3 do SWZ.



Zamawiający stwierdził, że w związku z art. 123 ustawy P.z.p., 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.

W związku z powyższym zamawiający wezwał do wskazania poprawnie osoby w tabeli poz. 2 - załącznik nr 8 - z zasobu własnego - min. jedną osobę posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a w przypadku Wykonawców zagranicznych — uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych.

Zamawiający wskazał, że wykonawca składa dokumenty/oświadczenia, będące przedmiotem wezwania aktualne na dzień ich złożenia

W odpowiedzi na wezwanie z 1 czerwca 2021 roku, wykonawca H. M. wyjaśnił, że na dzień sporządzenia przedmiotowego pisma nie ma możliwości wskazania „...poprawnie osoby w tabeli poz. 2- załącznik nr 8 – z zasobu własnego...” , gdyż nie zatrudnia na stałe (na umowę o pracę ani na podstawie umowy cywilnoprawnej) kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Ze wskazaną przez wykonawcę osobą – J. K., wykonawca zawarł umowę cywilnoprawną w ramach ww. zadania, w przypadku wyboru jego oferty. W związku z tym, w przypadku wyboru oferty, wykonawca będzie dysponował kierownikiem w wymaganej specjalności w sposób bezpośredni.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Faktem jest, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca H. M. wskazał w ofercie, iż wykona zadanie siłami własnymi, bez korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Następnie, w wyniku wezwania przez zamawiającego, zmienił oświadczenie w tej kwestii i przedłożył dokumenty, z których wynikało, że przy wykonywaniu zadania będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Następnie ponownie zmienił stanowisko, wskazując, że osobą, która miała mu zostać udostępniona jako zasób podmiotu trzeciego, będzie

dysponował w sposób bezpośredni. W ocenie Izby działania wykonawcy świadczą o tym, że zmienił on treść oferty zarówno w kwestii posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, jak i w zakresie sposobu wykonania zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby był on uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 128 ustawy P.z.p. i wezwania wykonawcy do uzupełnienia bądź poprawienia wykazu osób, który – w jego przekonaniu – zawierał błędy.

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

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

W ocenie Izby analiza i porównanie treści dokumentów złożonych przez wykonawcę H. M. (oferty, wykazu osób z załącznikami, wyjaśnień) nie pozwala na zakwalifikowanie informacji zawartych w wykazie, a odnoszących się do osoby Pana J. K., jako błędu w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Podnieść należy, że w analogicznej sprawie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt (motyw 42), który na pytanie odnoszące się do możliwości powołania się dopiero na etapie wyjaśnień i uzupełnień na zasoby podmiotu trzeciego, stwierdził, że „Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią *de facto* istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.” W kolejnych motywach wyroku (43 i 44), które można i należy odnieść do przedmiotowego postępowania, TS stwierdził, co następuje: „Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady

równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające.”

Jak ponadto Trybunał zaznaczył w motywach 38 i 39, „(...) art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo). W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, że wykonawca H. M. dwukrotnie, po terminie składania ofert, zmieniał oświadczenie w zakresie podstaw dysponowania osobą Pana J. K. . W ocenie Izby było to działanie nieuprawnione i prowadzące do zmiany treści oferty. Akceptacja takiego działania w sposób oczywisty prowadziłyby do naruszenia zawartych w art. 16 ustawy P.z.p. zasad udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba nie podziela ponadto stanowiska zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż wykonawca H. M. wskazał, że osoba wskazana w uzupełnionym wykazie osób (Pan J. K.) jest jego zasobem własnym i skieruje ją do realizacji, co – w ocenie zamawiającego – stanowiło zgodne z prawem (art. 128 ustawy P.z.p.) uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego. Jak wynika bowiem z oświadczenia wykonawcy H. M. z dnia 1 czerwca 2021 roku, Pan J. K. nie wchodzi w zakres zasobów wykonawcy H. M. . Z oświadczenia wynika bowiem, że wykonawca zamierza dopiero zawrzeć z Panem J. K. umowę cywilnoprawną. Stanowisko zamawiającego jest zatem w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy. Jednocześnie z oświadczenia tego wynika, że wykonawca nie spełniał warunku zawartego w pkt VIII.2.4.b2 zarówno w dniu składania ofert, jak i w dniu składania wyjaśnień. Wykonawca nie posiadał bowiem w zasobach własnych osoby spełniającej warunek wskazany w przytoczonym punkcie.

Wskazując na powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy H. M., pomimo tego, że w stosunku do niej zachodziły przesłanki odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy P.z.p. Tym samym Izba uznała za uzasadnione pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....