

Sygn. akt: KIO 1785/21

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.

Sygn. akt: KIO 1785/21

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 nieodrżuceniu 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 nieodrżuceniu 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 udziału 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 Błazkach i zlekceważył obiektywne wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia lub odrżucenia oferty w świetle składanych przez wykonawcę Zakład Budowy Dróg H. M. z/s w Błazkach 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 odrżuceniu;

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 Błazkach;

d.nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołująca wniosła o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania i orzeczenie o obowiązku zwrotu na rzecz odwołującej uiszczonego 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 Błazkach, 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 Błazkach, 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 wykonają 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 spełniania 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 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.

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 Błazkach. 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 Charlupia 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 n/w 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 zawrze 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:

Odwolanie 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, przypominając 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 prowadziłaby 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:.....