Sygnatura akt: KIO 3325/24

WYROK

z 8 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik – Zawalska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 12 września 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: BBF sp. z o.o. Poznań (KRS: 197974), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Wodociągów Kanalizacji i Energetyki Cieplnej Sp. z o.o. Wysokie Mazowieckie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia: Ayesa Polska sp. z o.o. Ruda Śląska (KRS: 325055)

orzeka:

1. Umarza odwołanie w części, co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i który nie złożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających zdolność techniczną lub zawodową opisaną w rozdziale VII ust. 6 lit. d w zakresie dotyczącym Eksperta ds. rozliczeń finansowych;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:

2 .1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;

2 .2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

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

Przewodnicząca:

U z a s a d n i e n i e

Zakład Wodociągów Kanalizacji i Energetyki Cieplnej Sp. z o.o. Wysokie Mazowieckie (ul. 1 Maja 6, 18-200 Wysokie Mazowieckie) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla przedsięwzięcia „Zaprojektowanie, Budowa i Uruchomienie IMOK w Wysokiem Mazowieckiem", nr ZP-2/2024 (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

12 września 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BBF sp. z o.o. Poznań (ul. Dąbrowskiego 461 60-451 Poznań) (dalej odwołujący).

16 września 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza Ayesa Polska Sp. z o.o. Ruda Śląska (ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska) (dalej: przystępujący lub Ayesa), w związku z udostępnieniem przez Zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej 13 września 2024r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego:

1.1. ocena ofert, w tym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ayesa,

1.2. zaniechanie odrzucenia oferty Ayesa jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu oraz wykonawcę, który nie przedłożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rodz. VII ust. 6 lit. d) pkt (i) i (ii) ppkt b oraz f SWZ, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1.2.:

1.3. zaniechanie wezwania Ayesa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w

art. 118 ust. 3 i 4 Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez błędną ocenę oferty Ayesa i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, w przypadku gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu oraz nie przedłożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rodz. VII ust. 6 lit. d) pkt (i) i (ii) ppkt b. i f. SWZ, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 2.1.:

2. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 119 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ayesa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 3 i 4 Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny;

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty Ayesa jako najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty Ayesa jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu oraz wykonawcę, który nie przedłożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rodz. VII ust. 6 lit. d) pkt (i) i (ii) ppkt b. i f. SWZ; ewentualnie wezwania Ayesa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów spełniającego wymagania określone w art. 118 ust. 3 i 4 Pzp oraz potwierdzającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał charakter realny oraz faktyczny; dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołanie. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut dotyczący błędnej oceny oferty Ayesa i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty, w przypadku gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu oraz nie przedłożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rodz. VII ust. 6 lit. d) (ii)

ppkt b SWZ tj. w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym w postaci osób legitymujących się doświadczeniem, wykształceniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone dotyczącym eksperta ds. rozliczeń finansowych.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu zarzutów w części izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy i wydała w tym zakresie orzeczenie w oparciu o art. 568 Pzp.

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, ofertę Ayesa oraz złożone środki dowodowe i decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedłożył dodatkowo:

- informacja dot. inwestycji pn. „Budowa farmy wiatrowej Korytnica" I, (dowód

pominięty jako złożony dla wykazania okoliczności zarzutu cofniętego),

- informacja dot. inwestycji pn. „Budowa farmy wiatrowej Korytnica" II, (jw.),
- informacja dot. inwestycji pn. „Budowa farmy wiatrowej Krasin", (jw.)
- informacja dot. inwestycji „Budowa siedziby UMiG Swarzędz" - data rozpoczęcia,
- informacja dot. inwestycji „Budowa siedziby UMiG Swarzędz" - data zakończenia,
- informacja dot. budowy farmy fotowoltaicznej „Przykona".
- pismo Gminy Swarzędz z dnia 26.09.2024 r.,

- informacja dot. inwestycji „Przebudowa części I piętra Ratusza w Swarzędzu, polegająca na zmianie aranżacji holu głównego, sali ślubów i sali posiedzeń",

- informacja dot. Inwestycji „Remont budynku przy ul. Poznańskiej 25 w Swarzędzu w zakresie zmiany warunków ochrony przeciwpożarowej",

- informacja dot. Inwestycji „Remont budynku przy ul. Poznańskiej 25 w Swarzędzu w zakresie zmiany warunków ochrony przeciwpożarowej" - poz. 99,

- informacja dot. siedziby Urzędu Miasta i Gminy Swarzędz.

na okoliczność, tego, że doświadczenie p. W. L. w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub kierownika robót jest krótsze niż wymagane SWZ, bo łączny czas inwestycji wskazanych w wykazie jest krótszy od wymaganego SWZ; izba ustaliła w oparciu o przedmiotowe dowody, że w okresie 2012 – 2022 były przez inwestora

Gminę Swarzędz realizowane, co najmniej 3 inwestycje na roboty budowlane obejmujące siedzibę UMiG Swarzędz, w których w przynajmniej jednej pełnił funkcje kierownika robót p. W. L. (co potwierdził dowód przystępującego), jednocześnie dowody nie wykazały, ani nie podważyły, że osoba wskazana nie spełnienia warunku wymaganego SWZ i objętego treścią wykazu osób, tj. posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie w pracy na określonym stanowisku tutaj, że w okresie 2012 – 2022 p. W. L. nie nabył doświadczenia w pracy na stanowisku kierownika robót – dowody dotyczyły wyłącznie okresu czasu trwania inwestycji, w której realizacji osoba wskazana brała udział pełniąc funkcję kierownika robót wskazanej w wykazie, żaden z dowodów nie został powołany ani nie odnosił się do zatrudnienia lub zaangażowania, w jakiejkolwiek formie pana W. L. w samą realizację inwestycji, a przede wszystkim nie odnosił się do kwestii zatrudnienia pana W. L. na stanowisku pozwalającym nabyć wymagane SWZ doświadczenie opisane SWZ jako nabyte w pracy w charakterze inspektora nadzoru lub kierownika robót – tej okoliczności odwołujący nie podważał odwołaniem

- pismo procesowe złożone w innej sprawie toczącej się przed izba i dotyczące innego postępowania – na wskazanie tego, że stanowiska procesowe strona albo ich pełnomocników mogą być różne w rożnych sprawach i zależą od szczególnego stanu faktycznego , stąd też są irrelewantne dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu, co przesądza o braku zasadności przywoływania tego typu dowodów także przez przystępującego – izba podzielając stanowisko odwołującego pominęła dowód również w odniesieniu do pisma procesowego przedłożonego jako dowód przez przystępującego.

- przykładowe zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów przez podmiot trzeci złożone przez podmiot trzeci w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez innego zamawiającego – na wskazanie jaka powinna być prawidłowa i zgodna z Ustawą treść zobowiązania – izba uznała dowód za bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia istoty sporu, jako wskazujący wyłącznie, że w innym postępowaniu wykonawca złożył inne zobowiązanie

Przystępujący przedłożył dodatkowo:

- fragment (okładka oraz strony 1, 11, 20) dziennika budowy wydanego 23 sierpnia 2021 r. dla pozwolenia na budowę z 29 października 2020 r. (którego strona 20 dotyczy wpisu z 24 maja 2022r. o zgłoszeniu do odbioru ścian murowanych parteru dla zakresu w osiach a-s/18-20 i informację o rozpoczęciu prac na elewacji, murowania ścian działowych na piętrze budynku ZGK, zagruntowaniu ściany pod montaż okładzin oraz o przeprowadzeniu kontroli, na stronie 1 w tabeli kierownicy robót znajduje się wskazanie pana W. L. jako kierownika robót teletechnicznych, na stronie 11 i 20 jest wpis kierownika robót teletechnicznych W. L.)

dla inwestycji realizowanej na rzecz Gminy Swarzędz - rozbudowy, nadbudowy i przebudowy wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku hotelowego oraz budynku biurowo – technicznego na budynek administracyjny Urzędu Miasta i Gminy Swarzędz ul. Św. Marcina 1; w ocenie izby dowód dodatkowo potwierdził pełnienie przez wskazaną w wykazie osobę funkcji kierownika robót w ramach inwestycji referencyjnej realizowanej w okresie wskazanym w wykazie na rzecz Gminy Swarzędz jako potwierdzającej posiadanie wymaganego SWZ doświadczenia nabytego w związku z wykonywaniem czynności kierownika robót na rzecz inwestora Miasta Swarzędz od października 2020 co najmniej do maja 2022 r.

- pismo BBF sp. z o.o. jako przystępującego złożone w innej sprawie z odwołania dotyczącego innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – na wykazanie stanowiska zajętego w innej sprawie – izba pominęła dowód z przyczyn wskazanych przy dowodzie z pisma procesowego przedłożonego przez odwołującego (patrz wyżej).

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania. Odwołujący nie przedłożył także dowodów wystarczających do wykazania twierdzeń, na których oparł zarzuty.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ:

1. rozdział VII Warunki udziału w Postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, ust. 6 „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w Postępowaniu, dotyczące., (...) lit.

d. Zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...) (ii) dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym w postaci osób legitymujących się doświadczeniem, wykształceniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca przedstawi wraz z ofertą wykaz osób dedykowanych na każdą poszczególną funkcję wymienioną poniżej, które spełniają następujące wymagania wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami: (...) f. Inspektor nadzoru inwestorskiego – w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych posiadający następujące kwalifikacje:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych lub

odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- co najmniej 5-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub kierownika robót,

- doświadczenie w pracy w charakterze inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika robót przy realizacji minimum 1 inwestycji w obszarze infrastruktury energetycznej, ciepłowniczej lub gospodarki odpadami,

Uprawnienia, o których mowa powyżej powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. z dnia 10 marca 2023 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 682) oraz Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019, poz. 831).

Dopuszcza się uprawnienia równoważne – dla osoby, która posiada uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, uprawnienia lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie i zachowała uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie."

Tym samym zamawiający przewidział obowiązek zatrudnienia dla realizacji zamówienia jednej osoby która spełnia trzy warunki:

- posiada określone uprawnienia budowlane (nie kwestionowane odwołaniem)

- nabyła co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pracy na określonym stanowisku,

- uczestniczyła w realizacji co najmniej jednej określonego rodzaju inwestycji w charakterze określonego SWZ uczestnika procesu budowlanego (nie kwestionowane odwołaniem);

2. Rozdział VIII podmiotowe środki dowodowe „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII, pkt 6 SWZ, Wykonawca złoży następujące podmiotowe środki dowodowe: (...) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 9 do SWZ;

3. Zamawiający nie udzielał wyjaśnień, w zakresie rozumienia ww. warunku;

4. SWZ nie zawiera dalszych zapisów doregulowujących kwestie wykazania lub treści ww. warunku, w szczególności brak jest wskazówek, co do oczekiwanej treści i zakresu informacji, jakie wykonawca zamieścić powinien w wykazie poza nazwą kolumny i ww. postanowieniem SWZ;

Izba ustaliła również w oparciu o ofertę oraz podmiotowe środki dowodowe, wezwanie do wyjaśnień oraz wyjaśnienia i poprawiony wykaz osób, że:

5. Ayesa złożyła zgodny z załącznikiem nr 9 do SWZ poprawiony w zakresie objętym kwestionowanym warunkiem załącznik pn. Wykaz osób skierowanych przez

Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w którym zgodnie z SWZ oświadczyła, że „W związku z ubieganiem się o udzielenie Zamówienia publicznego w Postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla przedsięwzięcia pn. „Zaprojektowanie, Budowa i Uruchomienie IMOK w Wysokiem Mazowieckiem", oświadczamy, że do realizacji przedmiotowego zamówienia skierowane zostaną następujące osoby:" wymieniając w pkt 6 tabeli:

Lp.	Osoba (imię i nazwisko), która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia	Nazwa funkcji zgodnie z SWZ	Opis wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, uprawnień zgodnie z SWZ	Opis doświadczenia zgodnie z SWZ	Zakres wykonywanych czynności	Informacja o podstawie do dysponowania osobą

6	W. L.	Inspektor nadzoru inwestorskiego – w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci , instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych	Posiada uprawnienia budowalne nr ewidencyjny Wkp/0200/pwot/11 do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej	Nazwa zadania: budowa siedziby umig Swarzędz - budowa sieci multimedialnych , monitoringu wizyjnego, p.poż, kontroli dostępu. Pełniona funkcja: kierownik robót teletechnicznych Okres pełnienia funkcji: 03.201212.2022	Wykonywanie czynności kierownika robót	dysponowanie bezpośrednie
				Nazwa zadania: budowa elektrowni wiatrowych w gminie Budzyń woj. Wielkopolskie Pełniona funkcja:	Wykonywanie czynności Inspektora nadzoru	
Inspektor nadzoru budowlanego Okres pełnienia funkcji: 01.202203.2023						

Tym samym Ayesa wskazała, że osoba wskazana ma doświadczenie zgodne z SWZ nabyte:

- przy wykonywaniu czynności kierownika robót oraz inspektora nadzoru odpowiednio przez okres od marca 2012 do grudnia 2022 oraz od stycznia 2022 do marca 2023 r (kwestionowany okres) i

- zrealizowała dwie inwestycje pełniąc funkcje odpowiednio kierownika robót dla zadania budowa siedziby oraz inspektora nadzoru dla zadania budowa elektrowni (nie kwestionowany fakt pełnienia funkcji inspektora nadzoru dla zadania budowy elektrowni);

Dalej izba ustaliła w oparciu o dowody przedłożone przez strony, że:

6. Gmina Swarzędz realizowała w latach 2012- 2022 przynajmniej 3 roboty budowlane obejmujące budowę siedziby umig Swarzędz;

7. W. L. zaangażowany był w realizację na rzecz inwestora Gminy Swarzędz robót budowalnych pełniąc funkcje kierownika robót teletechnicznych w ramach na pewno jednej z robót budowalnych obejmujących budowę siedziby umig Swarzędz w latach 2012-2022 a mianowicie w okresie od sierpnia 2020 r. do co najmniej maja 2022 r. tj przy inwestycji opisanej w piśmie Gminy Swarzędz, dla której prowadzono złożony fragment Dziennika budowy;

Izba ustaliła również, że:

8. W. L. nabył co najmniej 5 letnie doświadczenie w pracy na stanowisku inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub kierownika robót w tym w szczególności pełniąc funkcje kierownika budowy na inwestycji wskazanej w wykazie kolumna 5 w okresach marzec 2012 – grudzień 2022 oraz funkcję inspektora nadzoru budowlanego na inwestycji wskazanej w wykazie kolumna 5 w okresie styczeń 2022 -marzec 2023 (co Izba ustaliła w oparciu o treść wykazu, dowody złożone przez strony (Dziennik budowy oraz pismo z Gminy Swarzędz) oraz wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego a także mając na uwadze przywołane wyżej zapisy SWZ oraz treść i zakres zarzutu wskazującego na obowiązek wykonawcy wykazania pełnienia funkcji uczestnika procesu budowlanego przy określonego rodzaju inwestycjach wymienianych w wykazie przez co najmniej 5 lat i kwestionującego fakt nabycia 5

letniego doświadczenia przez osobę wskazaną w okresie pełnienia funkcji kierownika budowy w czasie trwania wymienionych w wykazie inwestycji).

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jednocześnie izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b), c) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń jeśli nie zostały złożone lub są one niekompletne lub zawierają błędy podobnie jak żądać może wyjaśnień ich treści.

Izba wskazuje, że sankcja odrzucenia oferty podobnie jak prowadzący doń brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub niezłożenia dowodów skutkujący wykluczeniem jest czynnością ostateczną i przed jej dokonaniem na zamawiającym, w razie jakichkolwiek wątpliwości co do wykazania warunku udziału, ciążą ustawowe obowiązki zmierzające do ustalenia, czy wykonawca wymaganych warunków nie spełnia – tutaj czy posiada wymagane doświadczenie. Na zamawiającym ciążą w szczególności ustawowe obowiązki przewidziane art. 128 ust. 1 i 4 Pzp

wezwania do złożenia wyjaśnień, co do przedłożonych podmiotowych środków dowodowych bądź ich uzupełnienia lub poprawienia.

Izba stwierdza, że zarzut dotyczący niewykazania warunku określonego SWZ rozdz. VII ust. 6 lit. d. (ii) lit. f. oparty został na nieuprawnionym w świetle brzmienia SWZ założeniu, że dla

wykazania spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym w postaci osób legitymujących się doświadczeniem, wykształceniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone, konieczne jest wykazanie przedmiotowymi środkami dowodowymi 5 letniego doświadczenia danej osoby w pełnieniu funkcji uczestnika procesu budowlanego w rozumienia ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane (Dz.U.2024.725 t.j. z dnia 2024.05.14) (dalej prawo budowlane). tj. inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót i to wyłącznie w okresie faktycznej realizacji wskazanej w wykazie inwestycji. Zarzut i dowody sprowadzały się twierdzenia, że osoba wskazana w ramach wymienionych w wykazie kolumna 5 dwóch inwestycji nie realizowała funkcji inspektora nadzoru i kierownika robót przez okres min 5 lat (min. 60 miesięcy), bo okres realizacji inwestycji wymienionych w wykazie, a co za tym idzie maksymalny okres pełnienia funkcji inspektora nadzoru to jedynie 15 miesięcy a okres pełnienia funkcji kierownika robót to nie więcej niż 30 miesięcy, bo inwestycje budowlane przy budowie siedziby umig Swarzędz były realizowane maksymalnie przez taki czas. (Odwołujący wskazywał na to, że „nie jest możliwe, aby p. W. L. pełnił funkcję kierownika robót teletechnicznych w ramach zadania pn. „Budowa siedziby UMiG Swarzędz" przez okres ponad 10-ciu lat (od marca 2012 r. do grudnia 2022 r.). Jak wynika z informacji pozyskanych przez Odwołującego, zadanie pn. „Budowa siedziby UMiG Swarzędz" realizowane było w następujących terminach: nie wcześniej niż od lipca 2021 r. do 15.12.2023 r. Dowód (...) W związku z tym doświadczenie p. W. L. wynosi co najwyżej 45 miesięcy: - „Budowa siedziby UMiG Swarzędz" - 30 miesięcy (lipiec 2021 r.-15.12.2023 r.), -„Budowa elektrowni wiatrowych w Gminie Budzyń" - 15 miesięcy (01.2022 r. -03.2023 r.). Zamawiający wymagał natomiast legitymowania się co najmniej 5-letnim (tj. 60-miesięcznym) doświadczeniem. Wobec tego brakuje co najmniej 15 miesięcy.")

W ocenie izby treść SWZ nie pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że tylko doświadczenie nabyte w czasie pełnienia określonej funkcji: a. inspektora nadzoru lub b. kierownika budowy lub c. kierownika robót

i tylko w trakcie trwania realizowanej inwestycji wskazanej w wykazie jest doświadczeniem zgodnym z warunkiem SWZ.

Zamawiający formułując warunek doświadczenia osoby wskazanej nie skorzystał z definicji ustawowych i zdecydował na posłużenie się terminami nieostrymi a przede wszystkim rozbił oczekiwania, co do posiadanego doświadczenia na obowiązek wykazania dwóch odrębnych elementów (co najmniej pięcioletnie doświadczenie w pracy na określonym stanowisku oraz

wykonanie co najmniej jednej inwestycji określonego rodzaju w okreslonym charakterze (tutaj bez wskazania czasu pełnienia określonej funkcji).

Zamawiający opracował też wykaz osób, którego kolumny nie odpowiadają zapisom warunku z SWZ. W tym w szczególności kwestie:

- legitymowania się min 5 letniem doświadczeniem nabytym w pracy oraz
- zrealizowaniem co najmniej jednej określonego rodzaju inwestycji w określonym charakterze

opisane winny zostać przez wykonawców w dwóch kolumnach 5 i 6, z których pierwsza zawierać powinna

- “Opis doświadczenia zgodnie z SWZ” a druga
- “Zakres wykonywanych czynności”.

Wykonawca opisał w kolumnie 5 zgodne z SWZ doświadczenie tj. doświadczenie w pracy na stanowisku określając jego okres jako dłuższy od minimalnego (od 2012 do 2020) i wskazał jedną inwestycję. Jednocześnie wykonawca opisał w kolumnie 6 SWZ zakres wykonywanych czynności tj. Wykonywanie czynności kierownika robót.

Warunek wprowadzający wymóg wskazania jednej inwestycji z pełnieniem funkcji kierownika nie wymagał, by funkcja ta pełniona była przez określony czas, w szczególności przez czas zadeklarowanego doświadczenia w pracy na stanowisku. Przystępujący wykazał zaś prawdziwość oświadczenia w zakresie inwestycji, w której osoba wskazana pełniła funkcje kierownika robót, przedkładając fragment dziennika budowy. Fakt realizacji zadania dotyczącego budowy siedziby uimg Swarzędz potwierdziło dodatkowo pismo Gminy Swarzędz, w którym wymieniono 3 realizacje, w tym tę, w ramach której prowadzono przedłożony przez przystępującego dziennik budowy.

Wykonawca w wykazie wskazał więc okres doświadczednia w pracy.

Wykonawca potwierdził również fakt pełnienia przez osobę wskazaną w ramach inwestycji z wykazu określoną SWZ funkcję. Wskazał, co najmniej jedną taką inwestycję, przy czym podkreślić fakt, że zaangażowanie w wymaganym SWZ charatekrze (inspektor nadzoru) przy jednej inwestycji nie było kwestionowane.

Dodatkowo w warunku doświadczenia zamawiający posłużył się niespójnymi pojęciami. Najpierw nabycia 5 letniego doświadczenia “w pracy na stanowisku” dla określenia jednej z wymaganych cech posiadanego doświadczenia a następnie nabycia doświadczenia bez cezury czasowej “w pracy w charakterze” dla określenia innej wymaganej cechy doświadczenia i dalej terminem “inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub kierownika robót” bez

przywołania ustawy prawo budowlane, podczas gdy dla innych wymaganych od osoby wskazanej cech domagał się uprawnień w rozumieniu ustawowym.

W ocenie izby wąska interpretacja warunku przyjęta przez odwołującego, wobec brzmienia postanowienia i niespójności użytych w nim pojęć, nie może stanowić podstawy wykluczenia i odrzucenia ofert w Postępowaniu, właśnie ze względu na pewną niekonsekwencję terminologii SWZ. Jednocześnie niespójność ta nie jest na tyle oczywista, by przemawiając mogła za przyjęciem niedołożenia staranności przez wykonawców na etapie zapoznawania się z SWZ. Za przyjęciem szerszego od postulowanego odwołaniem rozumienia warunku tj., że doświadczenie przez osobę wskazaną nabywane może być dodatkowo także przez osobę nie pełniącą formalnie tej funkcji, ale realizującą czynności charakterystyczne także w pracy na stanowisku kierownika robót dla co najmniej jednej inwestycji - a więc w ramach stosunku łączącego osobę z podmiotem realizującym roboty budowlane wymagające zaangażowania kierownika robót i także po zakończeniu realizacji danej inwestycji np. w okresie rękojmi lub gwarancji, lub realizującą dodatkowo czynności odpowiadające czynnościom kierownika robót w ramach robót nie wymagających jego ustanowienia zgodnie z prawem budowlanym przemawia bowiem właśnie brzmienie warunku. Warunek rozróżnia dwa aspekty doświadczenia. Pierwszy dotyczy doświadczenia zawodowego nabywanego w związku zajmowanym stanowiskiem. Drugi faktycznego pełnienia określonej funkcji uczestnika procesu budowlanego w realizacji, co najmniej jednej określonego rodzaju inwestycji. Powyższe uzasadnione jest również stanowiskiem zamawiającego, któremu dał wyraz akceptując wykaz Ayesa jako prawidłowy oraz udzielając wyjaśnień w toku postępowania odwoławczego. SWZ nie przewiduje obowiązku wykazania ani wskazania doświadczenia w pracy w charakterze inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub robót poza żądaniem realizacji minimum jednej takiej inwestycji w obszarze infrastruktury energetycznej, ciepłowniczej lub gospodarki odpadami. W tym zakresie poza sporem był fakt posiadania doświadczenia pana W. L. jako inspektora nadzoru budowlanego przy jednej wymaganej SWZ inwestycji opisanej w pozycji 6 kolumna 5 wykazu, co przesądza o spełnieniu warunku w wymaganym SWZ zakresie. Jednocześnie przystępujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że p. W. L. także w drugiej inwestycji wskazanej w wykazie pozycja 6 kolumna 5 dotyczącej budowy siedziby umig Swarzędz pełnił funkcję kierownika robót. W odniesieniu do żądania wskazania i nabycia doświadczenia przez osobę wskazaną wobec pełnienia funkcji inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub robót SWZ nie dookreślał minimalnego czasu trwania tej inwestycji ani pełnienia w jej ramach określonej funkcji. Minimalny okres, w jakim nabywane miało być doświadczenie, SWZ przewidywał wyłącznie w odniesieniu do pracy na stanowisku inspektora nadzoru budowlanego lub kierownika budowy lub robót. Tutaj Ayesa w Wykazie osób wskazała okres dłuższy niż minimalny dodatkowo przywołując dwie zamiast jednej wymaganej inwestycji, przy której realizacji osoba wskazana pełniła określoną funkcję.

W tym zakresie odwołujący przedłożył jedynie dowody wskazujące na potencjalną możliwość, że osoba wskazana nie posiada doświadczenia w realizacji dwóch inwestycji przywołanych w wykazie jako pełniąca w ich ramach funkcje odpowiednio inwestora nadzoru i kierownika robót przez okres łącznie, co najmniej 5 lat.

Izba stwierdza, że w świetle treści SWZ doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy lub robót nabywać może:

a. osoba będącą uczestnikiem procesu budowlanego tj. pełniąca oficjalnie tę funkcję zgodnie i w zakresie opisanym prawem budowlanym, które przewiduje:

- dla kierownika budowy szereg obowiązków i uprawnień (art. 17, 21a, 23, 27a, 36b, 43, 45a, 46 47d, 47,k 47l, 470, 47t),

- dla kierownika robót możliwość lub obowiązek jego powołania a także kilka obowiązków i uprawnień (art. 21a i art. 42 i 47o oraz 75)

z których w ramach pełnionej funkcji realizowana w ramach procesu budowlanego jest uzasadniona stanem faktycznym część i, z których część wiąże się zawsze z pełnieniem funkcji uczestnika procesu budowlanego

b. także dodatkowo osoba nie wpisana do dziennika robót, ale realizująca obowiązki charakterystyczne dla kierownika budowy lub kierownika robót niewymagające wpisu do dziennika budowy a uzasadnione rodzajem robót budowlanych.

.

Wykaz potwierdza, że osoba wskazana posiada wymagany 5 letni okres doświadczenia w pracy na stanowisku inspektora budowy lub kierownika robót oraz, że osoba ta zrealizowała przynajmniej jedną inwestycję pełniąc funkcję inspektora nadzoru lub kierownika robót. Odwołujący nie wykazał, że jest inaczej.

W ocenie izby opisany SWZ warunek nie pozwala na przyjęcie założenia leżącego u podstawy zarzutu. Jednocześnie treść wykazu Ayesa wobec zapisu SWZ dział VII ust. 6 lit. d. (ii) f nie pozwalały na skuteczne postawienie zamawiającemu zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego wobec nie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu i niezłożenia tychże w terminie. Wykaz w brzmieniu zaktualizowanym złożony został na wezwanie we wskazanym na to terminie i wskazuje na posiadanie przez osobę opisanego SWZ minimum 5 letniego doświadczenia i zrealizowania minimum jednej inwestycji w charakterze inspektora nadzoru lub kierownika robót. SWZ nie przewidywał dla wykazania spełniania warunku w tym zakresie innych dowodów. Odwołujący nie wykazał, że osoba wskazana nie ma doświadczenia 5 letniego w pracy na stanowisku inspektora nadzoru, kierownika budowy lub kierownika robót. Twierdzenia odwołania i dowody sprowadzały się do wykazania, że osoba wskazana nie ma 5 letniego doświadczenia w

pełnieniu funkcji uczestnika procesu budowlanego w czasie realizacji dwóch inwestycji wymienionych w wykazie, których

wskazania domagał się zamawiający oczekując wykazania doświadczenia nabytego przez osobę wskazaną przy realizacji co najmniej jednej inwestycji określonego rodzaju, w której osoba wskazana pełniła funkcje uczestnika procesu budowlanego bez wymagania żadnego okresu pełnienia tej funkcji.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał niezgodności doświadczenia osoby wskazanej z wymaganiami warunku SWZ.

Niezgodność z warunkiem postępowania polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanym SWZ. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami udziału. W niniejszym przypadku SWZ nie pozwala na przyjęcie założenia odwołującego, co do treści warunku, o czym było wyżej.

Zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy w realizacji usług referencyjnych sprowadzał się do zakwestionowania doświadczenia w postaci wymienionych w wykazie usług wobec tego, że treść wykazu i wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają spełniania wymaganych SWZ cech a tym samym nie wykazano posiadania doświadczenia referencyjnego. Odwołujący kwestionował wobec powyższego realność usług. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodów.

Izba ustaliła, że:

1. Zgodnie z SWZ rodz. VII ust. 6 lit. d) pkt (i) zamawiający oczekiwał: „Wykonania w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 2 usług o wartości, co najmniej 1 500 000 zł brutto każda, polegających na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, dla projektów z obszaru infrastruktury energetycznej, ciepłowniczej lub przetwarzania odpadów, w tym dla co najmniej 1 projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub

zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego

przetwarzania odpadów komunalnych lub termicznego przetwarzania biomasy, o wydajności rocznej minimum 20 000 ton lub dla co najmniej 1 projektu

polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego przetwarzania odpadów niebezpiecznych o wydajności rocznej minimum 5 000 ton

2. Zgodnie z SWZ rozd. VIII zamawiający oczekiwał , że w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII, pkt 6 SWZ, Wykonawca złoży następujące podmiotowe środki dowodowe: -wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 8 do SWZ

Dalej izba ustaliła również, że:

1. Zamawiający na podstawie art. 128 ust.1 i ust. 4 Pzp 9 sierpnia 2024 r. wezwał przystępującego do:

a. Pkt. IV wezwania

Do wyjaśnień w zakresie pkt 1 Wykazu wykonanych usług (Świadczenie usług inżynieryjnych dla Elektrowni wykorzystującej biomasę o mocy 40 MW w Puertollano (Ciudad Real, Hiszpania) z szacowaną produkcją energii elektrycznej wynoszącą ponad 260 milionów kWh rocznie). Z przedmiotowego pkt wykazu nie wynika, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie określonym w Rozdziale VII pkt 6 d) (i) SWZ.

W ramach Zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawca:

(I) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie

wykonał lub wykonuje (w przypadku usług powtarzających się lub ciągłych) co najmniej 2 usługi o wartości, co najmniej 1 500 000 zł brutto 1 każda, polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, dla projektów z obszaru infrastruktury energetycznej, ciepłowniczej lub przetwarzania odpadów, w tym dla co najmniej 1 projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego przetwarzania odpadów komunalnych lub termicznego przetwarzania biomasy, o wydajności rocznej minimum 20 000 ton lub dla co najmniej 1 projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego przetwarzania odpadów niebezpiecznych

o wydajności rocznej minimum 5 000 ton,

Kwestie wyboldowane nie zostały wykazane. Innymi słowy opis zawarty w przedmiocie zamówienia nie potwierdza, że pełniono funkcję inżyniera lub funkcję równoważną, tj. polegająca na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, jak również, że projekt dotyczył zaprojektowania i budowy lub zaprojektowania i rozbudowy kogeneracyjnej instalacji o wydajności rocznej minimum dla 20 000 ton.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę, czy wskazana usługa obejmuje ww. wyboldowane kwestie.

Dodatkowo w zakresie wartości usługi wskazanej w pkt 1. Wykazu wykonanych usług Zamawiający wnosi o wyjaśnienie, jaką wartość we wskazanej kwocie stanowiły usługi polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą. Z dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę jako „referencja" dla tej usługi wynika, że budżet Projektu wynosił 90.073.658 EUR, tj. że kwota ta nie dotyczy usług inżynieryjnych, a całego projektu. Jeśli faktycznie wartość usług dla funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, wynosiła inną kwotę, Zamawiający wzywa do uzupełnienia wykazu usług w tym zakresie.

b. Pkt V wezwania

Do wyjaśnień w zakresie pkt 2 Wykazu wykonanych usług (Świadczenie usług inżynieryjne dla Elektrowni wykorzystującej biomasę o mocy 40 MW w Huelvie (Hiszpania) z szacowaną produkcją energii elektrycznej wynoszącą ponad 260 milionów kWh rocznie.). Z opisu zawartego w wykazie nie wynika, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym w Rozdziale VII pkt 6 d) (ii) SWZ.

W ramach Zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawca.

(i) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku usług powtarzających się lub ciągłych) co najmniej 2 usługi o wartości, co najmniej 1 500 000 zł brutto każda, polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, dla projektów z obszaru infrastruktury energetycznej, ciepłowniczej lub przetwarzania odpadów, w tym dla co najmniej 1 projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego przetwarzania odpadów komunalnych lub termicznego przetwarzania biomasy, o wydajności rocznej minimum 20 000 ton lub dla co najmniej 1 projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji do termicznego przetwarzania odpadów niebezpiecznych o wydajności rocznej minimum 5 000 ton,

Kwestie wyboldowane nie zostały wykazane. Innymi słowy opis zawarty w przedmiocie zamówienia nie potwierdza, że pełniono funkcję inżyniera lub funkcję równoważną, tj. polegająca na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, jak również, że projekt dotyczył zaprojektowania i budowy lub zaprojektowania i rozbudowy kogeneracyjnej instalacji o wydajności rocznej minimum dla 20 000 ton.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę, czy wskazana usługa obejmuje ww. wyboldowane kwestie.

Dodatkowo w zakresie wartości usług wskazanej w pkt 1. Wykazu wykonanych usług Zamawiający wnosi o wyjaśnienie, jaką wartość we wskazanej kwocie stanowiły usługi polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą. Z dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę jako „referencja" dla tej usługi wynika, że budżet Projektu: wynosił 89.000.000 EUR, tj. ze kwota ta nie dotyczy usług inżynieryjnych, a całego projektu. Jeśli faktycznie wartość usług dla funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej tj. na pełnieniu kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczaniem finansowym kontraktu z wykonawcą, wynosiła inną kwotę, Zamawiający wzywa do uzupełnienia wykazu usług w tym zakresie.

2. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył uzupełniony wykaz oraz wyjaśnił, że:

a. „Ad pkt IV – Wezwanie do złożenia wyjaśnień z zakresie pkt 1 Wykazu wykonanych usług.

Wykonawca potwierdza, że usługa wskazana w pkt 1) obejmuje kwestie wyboldowane przez Zamawiającego w pkt IV wezwania z dnia 9 sierpnia 2024 r. Wykonawca wyjaśnia, że wartość usługi, o której mowa w pkt 1) wezwania wynosiła 493 922 € brutto. Średni kurs NBP waluty euro z dnia publikacji ogłoszenia tj. 23.02.2024 wynosi 1 € = 4,3326 PLN co daje kwotę 2 139 966,46 PLN brutto. Wykonawca jako Załącznik nr 4 do wyjaśnień przedstawia uzupełniony Wykaz usług.

b. „Ad pkt V – Wezwanie do złożenia wyjaśnień z zakresie pkt 2 Wykazu wykonanych usług

Wykonawca potwierdza, że usługa wskazana w pkt 2) obejmuje kwestie wyboldowane przez Zamawiającego w pkt IV wezwania z dnia 9 sierpnia 2024 r. Wykonawca wyjaśnia, że wartość usługi, o której mowa w pkt 2) wezwania wynosiła 666 060,81 € brutto. Średni kurs NBP waluty euro z dnia publikacji ogłoszenia tj. 23.02.2024 wynosi 1 € = 4,3326 PLN co daje kwotę 2 877 109,87 PLN brutto. Wykonawca jako Załącznik nr 4 do wyjaśnień przedstawia uzupełniony Wykaz usług."

3. w skorygowanym na wezwanie wykazie usług przystępujący wskazał, że:

L.p.	Przedmiot zamówienia	Wartość zrealizowanych usług	Termin realizacji usługi		Zamawiający (nazwa, adres)
			Data rozpoczęcia	Data zakończenia	
1	Świadczenie usług inżynieryjnych dla Elektrowni wykorzystującej biomasę o mocy 40 MW w Puertollano (Ciudad Real, Hiszpania) z szacowaną produkcją energii elektrycznej wynoszącą ponad 260 milionów kWh rocznie	Wartość robót budowlanych: 90.073.658 €/ 380 426 094,56 zł Wartość usługi: 493 922 € brutto Średni kurs NBP waluty euro z dnia publikacji	07.2018 r.	01.2020 r.	ENCE ENERGIA S.L. U. z siedzibą w Calle Beatriz de Bobadilla, 14 (28.040 Madryt)
		ogłoszenia tj. 23.02.2024 wynosi 1 € = 4,3326 PLN co daje kwotę 2 139 966,46 PLN brutto			
2	Świadczenie usług inżynieryjne dla Elektrowni wykorzystującej biomasę o mocy 40 MW w Huelvie (Hiszpania) z szacowaną produkcją energii elektrycznej wynoszącą ponad 260 milionów kWh rocznie.	89.000.000 €/375 891 500 zł Wartość usługi; 666 060,81 € brutto Średni kurs NBP waluty euro z dnia publikacji ogłoszenia tj. 23.02.2024 wynosi 1 € — 4,3326 PLN co daje kwotę 2 877109,87PLN brutto	03.2018 r.	10.2019 r.	ENCE ENERGIA S.L. U. z siedzibą w Calle Beatriz de Bobadilla, 14 (28.040 Madryt)
3	Wsparcie techniczne przy (Technical Assistance) przy budowie fanny fotowoltaicznej „Przykona". \ Zadanie dotyczyło projektu z obszaru infrastruktury energetycznej i obejmowało pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego wraz z rozliczeniem finansowym kontraktu z wykonawcą. Usługa została wykonana należycie	Wartość usługi: 3 623 016,60 PLN brutto	02.2022	09.2023	EDP Renewables Europe S.L. U reprezentowane przez EDP Renewables Polska

Zarzut opierał na ocenie udzielonych przez Ayesa wyjaśnień jako niewystarczających dla uznania, że warunek został wykazany. Odwołanie sprowadzało się do analizy wykazu usług w świetle treści warunku SWZ i wskazania, że treści uzupełnionego wykazu usług oraz treść

przedłożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień z 20 sierpnia 2024 r. (wraz z załącznikami) nie potwierdzają spełnienia przez Ayesa ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że:

- W kolumnie wykazu w ogóle nie podano zakresu usług, które świadczył Wykonawca w ramach ww. zadania.

- W wyjaśnieniach wykonawca ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia: „Wykonawca potwierdza, że usługa wskazana w pkt 1) obejmuje kwestie wyboldowane przez Zamawiającego w pkt IV wezwania z dnia 9 sierpnia 2024 r.".

Wobec powyższego „Zdaniem Odwołującego tego typu odpowiedź nie wypełnia dyspozycji otrzymanego wezwania, bowiem nie pozwala Zamawiającemu na ocenę spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający wezwał Ayesa „do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę, czy wskazana usługa obejmuje ww. wyboldowane kwestie" w kontekście tego, że pierwotnie przedłożony Wykaz usług był w swojej treści lakoniczny i nie zawierał wymaganych informacji. W odpowiedzi na to wezwanie Ayesa ograniczyła się do równie lakonicznego stwierdzenia, że: „Wykonawca potwierdza, że usługa (...) obejmuje kwestie wyboldowane przez Zamawiającego w pkt (...) ". W ocenie Odwołującego nie jest to możliwe, ponieważ warunek udziału w Postępowaniu, i idące w ślad z nim wezwanie Zamawiającego, dopuszcza alternatywne doświadczenia, które wzajemnie się wykluczają. I tak, Ayesa została wezwania do wyjaśnienia, czy usługi dotyczyły „projektu polegającego na zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie kogeneracyjnej instalacji". Obiekt nie może być jednocześnie budowlany (a wiec wznoszony od podstaw) oraz rozbudowywany (a więc objęty pracami dotyczącym już istniejącego obiektu). Tym samym dokonane wyjaśnienie nadal nie umożliwia Zamawiającemu oceny czy Wykonawca spełnia wymagania warunku udziału w Postępowaniu. Jak wynika natomiast z treści pkt. II umowy z dnia 9.04.2018 r. (przedłożonej przez Ayesa wraz z wyjaśnieniami z dnia 20.08.2024 r.): „W celu kontroli i nadzoru nad pracami dostawców technologicznych oraz koordynacji całego Projektu, Klient jest zainteresowany zleceniem usługi nadzoru budowlanego nad nieruchomością inżynieryjną". Zatem z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynika m.in., że: podmiot udostępniający zasoby (Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U.) świadczył usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego dla projektu realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj"; Jak wynika z treści zaświadczenia (przedłożonego wraz z pierwotnym Wykazem usług) zakres usług obejmował „Projekt". Należy jednak zauważyć, że na czym innym polegają usługi przygotowania projektu (usługi projektowe), a na czym innym usługi nadzoru nad projektowaniem (etapem projektowym). W tym przypadku Zamawiający wymagał doświadczenia w nadzorze nad projektowaniem (etapem projektowym), a nie

doświadczenia w samym projektowaniu. Ayesa natomiast takiego doświadczenia nie wykazała, odwołując się tylko do przygotowania projektu. podmiot udostępniający zasoby świadczył usługi „inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej" (Jak wynika z pkt. II umowy z dnia 9.04.2018 r. zlecone usługi dotyczyły tylko usług nadzoru budowlanego, które nie są równoważne z funkcją inżyniera kontraktu. Funkcja inżyniera kontraktu jest znacznie szersza niż tylko nadzór budowlany; obejmuj kompleksowy nadzór nad robotami budowlanym, w tym również rozliczenia finansowe z wykonawcą.); usługi podmiotu udostępniającego zasoby obejmowały rozliczenie finansowe kontraktu z wykonawcą; wydajność roczna elektrowni wynosiła minimum 20 000 ton; ww. zadanie zostało zrealizowane należycie”

Odwołujący wobec odpowiadających sobie, co do pierwotnego i uzupełnionego zakresu treści wykazu i zapytania i odpowiedzi na wezwanie w analogiczny do przedstawionego powyżej sposób postawił zarzut względem świadczenia usług inżynieryjnych dla Elektrowni wykorzystującej biomasę o mocy 40 MW w Huelvie (Hiszpania) z szacowana produkcją energii elektrycznej wynosząca ponad 260 milionów kWh rocznie

W zakresie Wsparcie techniczne (Technical Assistance) przy budowie farmy fotowoltaicznej „Przykona" odwołujący wskazywał, że „Z przedłożonych przez Ayesa dokumentów - Wykazu usług (poz. 3) oraz referencji wystawionych przez EDP Renewables Europe S.L.U. - nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby (Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U.) świadczył usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego dla projektu realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj". Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika, że skoro realizacja usługi przez Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A.U. trwała od 02.2022 r. do 09.2023 r., to nie mogła obejmować fazy projektowej. Sama budowa farmy fotowoltaicznej trwała bowiem od 2022 r. do 2023 r. (co oznacza, że faza projektowa musiała mieć miejsce wcześniej). Dowód: - informacja dot. budowy farmy fotowoltaicznej „Przykona" (załącznik nr 11).

Izba stwierdziła, że przystępujący składając wyjaśnienia udzielił odpowiedzi na wszystkie objęte zapytaniem kwestie oraz że udzielone wyjaśnienia potwierdziły, że wykaz obejmuje wskazanie wykonania dwóch robót referencyjnych zgodnych z SWZ a sam wykaz zawiera aktualnie wszystkie wymagane SWZ elementy, co czyni zarzuty bezpodstawnymi. Odwołujący ograniczył się do kwestii o charakterze formalnym. Nie wskazał ani nie podważył realnego charakteru robót objętych wykazem. Jednocześnie twierdzenia zarzutu sprowadziły się do kwestionowania wybranych zapisów dokumentów – wykazu, wyjaśnień, referencji, których interpretacja wyrwana z kontekstu, nie zasługiwała na uwzględnienie.

Izba podzieliła tutaj stanowisko zamawiającego, który wskazał, że „W ocenie Zamawiającego treść Wykazu usług (pozycja 1 i 2, jako że Zamawiający w ramach ww. warunku wymagał wskazania dwóch usług) przedłożonego na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2024 r. (wraz załącznikami) i wyjaśnieniami potwierdza spełnienie przez wykonawcę Ayesa warunku udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w Wykazie usług nie wymagał podania „zakresu usług”, lecz wskazania „przedmiotu zamówienia”. Wykonawca Ayesa zgodnie zatem z literalnymi wymogami SWZ (który zawierał wzór tego wykazu) zawarła w nim przedmiot zamówienia. Ponieważ przedmiot zamówienia w powiązaniu z dokumentami referencji nie zawierał wszystkich elementów opisu warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał w tym zakresie wykonawcę Ayesa do wyjaśnień pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. Wezwanie do wyjaśnień zawierało bardzo skonkretyzowane pytanie, na które wykonawca Ayesa udzielił odpowiedzi. Zamawiający zapytał wyłącznie o potwierdzenie przez wykonawcę, czy wskazane w wykazie usługi obejmowały kwestie wyboldowane w piśmie (elementy warunku udziału w postępowaniu), co wykonawca Ayesa jednoznacznie potwierdził. W ocenie Zamawiającego, wykonawca Ayesa nie mógł ponosić negatywnych konsekwencji braku wskazania przez Zamawiającego w drugiej kolumnie „Przedmiot zamówienia” , że należy dokonać opisu usług opisu zgodnie z SWZ. Dlatego Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do uzupełnienia wykazu. Innymi słowy, Zamawiający nie zażądał, jak zdaje się wskazywać Odwołujący, że we ww. wykazie usług należy dokonać opisu zrealizowanych usług według treści warunku opisanego w Rozdziale VII ust. 6 lit. d) pkt (i) SWZ. Odnośnie zarzutu Odwołującego, że doświadczenie wskazane w Wykazie usług, co ma wynikać z dokumentów referencyjnych, nie potwierdza, iż przedmiotem zamówienia było pełnienie kompleksowego nadzoru, w tym w zakresie prac projektowych, to należy uznać, że jest to nadinterpretacja treści tych dokumentów. Wykonawca Ayesa, jak wskazano powyżej, złożył jasne oświadczenie w postępowaniu (w zakresie kwestii wyboldowanych), które obejmowały tą kwestię, tj. „pełnienie kompleksowego nadzoru” dla inwestycji polegającej na „zaprojektowaniu i budowie lub zaprojektowaniu i rozbudowie. (...) wyjaśniła, że „Obie przekazane Zamawiającemu referencje zostały zatytułowane w oryginale jako: "Certificate of satisfaction“, co może zostać przetłumaczyć na polski jako "Potwierdzenie zadowolenia [inwestora - przyp. wł.j. Certificate of satisfaction jest w obrocie biznesowym uważany za dokument potwierdzający, że druga strona wywiązała się ze wszystkich swoich zobowiązań umownych, a wszystkie prace zostały rozliczone między stronami, innymi słowy, że nie stwierdzono przeciwskazań do finalizacji inwestycji." Odnośnie kwestii wartości usług wskazanych przez Ayesa w Wykazie usług, Zamawiający podnosi, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 sierpnia 2024 r. Ayesa poprzez uzupełnienie wykazu wskazała w ramach przedmiotu zamówień z pozycji 1 i 2 wartość usług polegających na

pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu lub funkcji równoważnej, czym wypełniła jednoznacznie wymogi opisane w warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wskazana kwota za usługi inżynieryjne w proporcji do wartości zamówienia nie budzi wątpliwości, jakoby zawierała ono w sobie prace projektowe. W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego dotyczący rzekomego objęcia wartością usług inżynieryjnych także prac projektowych stanowi nie popartą złożonymi w postępowaniu dokumentami nadinterpretację Odwołującego.”

Izba podzieliła również stanowisko przystępującego, co do zakresu warunku i referencyjności usługi realizowanej w Polsce. Jako wymaganej przy realizacji projektów z obszaru infrastruktury a nie w realizacji usługi przy inwestycjach obejmujących roboty w ramach projektuj i buduj, z założeniem wymagania przynajmniej jednej usługi przy inwestycji polegającej na zaprojektuj i buduj. Referencyjne roboty realizowane w Hiszpanii obejmowały inwestycje projektuj i buduj (co wynika z wykazu i referencji) a w Polsce obejmowały inwestycję wybuduj.

Wobec powyższego izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania prawidłowości zachowania zamawiającego. Izba nie stwierdziła sprzeczności usługi referencyjnej z zapisem SWZ. Nie wystarczające były twierdzenia odwołującego, w tym również odnoszące się do oceny przedstawianych w toku Postępowania wyjaśnień wraz z załącznikami. Te ostatnie, w ocenie izby, wobec braku przeciwdowodów odwołującego, były wystarczające w świetle brzmienia postanowienia dotyczącego usług referencyjnych SWZ, dla przyjęcia, że posiadanie doświadczenia (wykonanie usług referencyjnych) zostało wykazane przez przystępującego – wykaz i referencje potwierdzały wykonanie usług o zakresie i wartości odpowiadającej wymaganym SWZ.

Stąd izba oddaliła zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty.

Zarzut dotyczący zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby - Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. (dalej Ayesa Hiszpania) sprowadzał się do:

1. przytoczenia treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów, zgodnie z którym zobowiązała się wykonać następujące czynności:

- udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez

faktyczne wykonanie części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi,

- udzielanie stałego wsparcia merytorycznego na rzecz Wykonawcy podczas całego

okresu realizacji zamówienia, - udzielanie konsultacji,

- wydawanie opinii,

- oraz stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia.

2. przywołania normy art. 118 ust. 3 Pzp: „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio 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" oraz art. 118 ust. 4 Pzp: „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 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. wskazanie, że oświadczenie jest pozorne (wobec tego, że oferta i JEDZ nie przywołują Ayesa Hiszpania jako podwykonawcy a JEDZ jedynie wskazuje na roboty nie objęte referencyjnym, personel wskazany w wykazie osób jest personelem Ayesa i nie był zaangażowany w referencyjne roboty) i zbyt ogólnikowe w świetle Ustawy, bo powinno zawierać co najmniej branże, których wykonanie będzie powierzone Ayesa Hiszpania.

Izba st

Tym samym także w tym zakresie nie sposób zarzucić zamawiającemu nieprawidłowości co do wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp czy też wykluczenia przystępującego i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wskazał, że:

1. zobowiązanie w pełni racjonalne i spójne z tym, że zamawiający w ramach warunku udziału „zdolność techniczna lub zawodowa” (art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp) nie wymagał wyłącznie wykazania się doświadczeniem w zakresie świadczenia usług związanych przedmiotem zamówienia, ale także wymagał skierowania do realizacji zamówienia osób wskazanych w Wykazie osób. Oznacza to zatem, że nie można wymagać od Ayesa, aby całość/większość zamówienia zrealizowała Ayesa Hiszpania. Jeśli takie oświadczenie zostałoby zawarte w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobu przez Ayesa Hiszpania, to mogłoby to budzić wątpliwości Zamawiającego, czy skieruje do realizacji zamówienia osoby wskazane w Wykazie osób. Nie ma również w ustawie Pzp wymogu, aby podmiot użyczający

doświadczenie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej musiał również dokonywać użyczenia osób biorących udział w realizacji zamówienia;

2. Ayesa Hiszpania jest spółką z grupy kapitałowej wykonawcy Ayesa, a właścicielem Ayesa jest podmiot hiszpański. W ocenie Zamawiającego zasadą działania międzynarodowych grup kapitałowych jest, że biorą one udział w postępowaniach przetargowych spółką z grupy, która już działa lokalnie (jest zarejestrowana na terenie danego kraju). Nie ma również obowiązku dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu i współpracy przy realizacji zamówienia tworzyć w tym zakresie konsorcjum spółek z grupy. Ponadto w ramach struktur

międzynarodowych grup kapitałowych występują z reguły liczne powiązania, w tym w zakresie transferu knowhow, współpracy i usług wsparcia, ryzyka utraty reputacji z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia. Nie można zatem zobowiązania udzielnego przez spółkę z grupy kapitałowej uznawać za „sztuczne". W ocenie Zamawiającego zobowiązanie do użyczenia zasobów przez podmiot powiązany z wykonawcą stanowi jeden z argumentów przemawiających za uznaniem, że dostęp do zasobów użyczającego będzie miało charakter rzeczywisty (w rozumieniu art. 118 ust.4 ustawy Pzp

3. nie ma prawnego obowiązku w ustawie Pzp szczegółowego odwoływania się do poszczególnych punktów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie czynności, w jakie będzie zaangażowana Ayesa Hiszpania. Zamawiający również nie wymagał w SWZ, aby wykonawcy wskazywali określonymi punktami opisu przedmiotu zamówienia zakres jaki zamierzają podzlecić podwykonawcom

4. odnośnie oświadczeń Ayesa dotyczących zakresu podwykonawstwa, to należy mieć na uwadze, że zakres powierzenia usług podwykonawczych odnośnie podmiotu użyczającego zasoby określa zobowiązanie do użyczenia zasobów, a nie formularz oferty.

5. odwołujący nie wykazał, że użyczenie będzie miało pozorny charakter. Ponadto należy mieć na uwadze, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał także dodatkowego personelu od wykonawcy. Zatem personel wskazany w Wykazie osób nie stanowi kompletu personelu, jaki będzie konieczny do realizacji zamówienia. Należy mieć także na uwadze, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymogi dotyczące personelu stanowią minimalne wymogi. Zatem zasadnym jest i spójnym z dokumentacją postępowania, aby niezależnie od personelu Ayesa (zgodnie z Wykazem osób) do udziału w realizacji zamówienia zaangażować również osoby z Ayesa Hiszpania w celu wykonania części usług w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi. Dodatkowo za zasadne i uzasadnione współpracą w ramach grup kapitałowych i wymogów opisu przedmiotu zamówienia

jest zaangażowanie Ayesa Hiszpania do udzielania stałego wsparcia merytorycznego na rzecz wykonawcy podczas całego okresu realizacji zamówienia, udzielania konsultacji, wydawania opinii oraz do stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oddalając zarzut, wobec braku wykazania podstawy istnienia nawet wątpliwości co do realności zobowiązania.

Izba wskazuje, w odniesieniu do wszystkich zarzutów, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. Izba wskazuje również, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 810 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych

okoliczności". W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił odwołujący w związku z zarzutami. Izba nie może oceniać innych zdarzeń – okoliczności faktycznych – niż te, z których zaistnieniem powiązał odwołujący naruszenia Ustawy w odwołaniu – w terminie na jego wniesienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców". Temu odwołanie nie sprostało.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 8 ust. 2 pkt 1 i w oparciu o § 5 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) Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodnicząca: .....