Sygn. akt: KIO 3623/23

WYROK
z dnia 20 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Mateusz Paczkowski

Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Systra SA z siedzibą w Paryżu i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A.**wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.**wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Dohwa Engineering Co., Ltd. z siedzibą w Seulu oraz Korea National Railway z siedzibą w Daejeon** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego odwołującego

C.**wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się
o zamówienie: Systra SA z siedzibą w Paryżu i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Systra SA z siedzibą w Paryżu i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Systra SA
z siedzibą w Paryżu i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Centralnego Portu Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

……..

……..

Sygn. akt: KIO 3623/23

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

Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu: Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Sieradz – Kalisz – Pleszew oraz budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Pleszew – Poznań w podziale na 2 Części". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie
o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu
5 października 2021 r. pod numerem 2021/S 193-503863.

W dniu 4 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Systra SA z siedzibą w Paryżu i Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru w Części 1 oraz 2 zamówienia jako najkorzystniej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o. oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum BBF"), która podlega odrzuceniu;

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum BBF w Części 1 oraz 2 zamówienia, podczas gdy Konsorcjum BBF podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu
w odniesieniu do Personelu Wykonawczego i dysponowania osobą wskazaną na stanowisku Eksperta ds. akustyki i drgań, tj. Pana K. K.;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum BBF w Części 1 oraz 2 zamówienia, podczas gdy Konsorcjum BBF podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w zakresie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia
i braku zaangażowania w inne przedsięwzięcia gospodarcze przez Personel Wykonawczy,

4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego w Części 1 oraz 2 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp
w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum BBF w Części 1 oraz 2 zamówienia,

2. odrzucenia oferty ww. Konsorcjum BBF w Części 1 oraz 2 zamówienia,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części 1 oraz 2 zamówienia z pominięciem oferty Konsorcjum BBF,

4. przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez Odwołującego,

a nadto zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Uzasadniając zarzut, iż Konsorcjum BBF wprowadziło Zamawiającego w błąd przez wskazanie w pkt 35 na stanowisko Eksperta ds. akustyki i drgań Pana K. K. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum BBF nie dysponuje taką osobą i osoba ta nie będzie realizowała przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, w oparciu o oświadczenie Pana K. z 4 września 2023 r., że nie gdy nie wyraził on zgody na udostępnienie jego osoby w postępowaniu, nigdy nie zamierzał w jakimkolwiek stopniu realizować ewentualnej umowy zawartej przez Konsorcjum BBF z Zamawiającym, nie miał informacji od Konsorcjum BBF, że zostanie wykazany w wykazie Personelu Wykonawczego.

Odwołujący podniósł, że zawarta umowa o pracę na 1/10 etatu dotyczy zupełnie innego kontraktu, a nie przedmiotowego postępowania. Realizowane obowiązki w ramach tej umowy nie pozwalają Panu K. na pracę na innych kontraktach. Odwołujący zauważył, że Pan K. nie wyrażał zgody, aby zakres pracy został zmieniony i by świadczyć usługi na innym kontrakcie. Odwołujący zaznaczył ponadto, że obecna umowa o pracę przewidywała zatrudnienie Pana K. K. na stanowisku eksperta ds. środowiskowych, nie zaś jako eksperta ds. akustyku i drgań. Zdaniem Odwołującego, nawet wywodząc możliwość dysponowania Panem K. z faktu zawarcia umowy o pracę (co nie może mieć miejsca z różnych względów, w tym wymiaru czasu pracy 1/10 etatu), nie ma podstaw do uznania, że istniały podstawy do wskazywania go jako eksperta ds. akustyki drgań.

Odwołujący zaznaczył, że Pan K. wypowiedział umowę o pracę na stanowisku eksperta ds. środowiskowych w dniu 25 września 2023 r. Wypowiedzenie umowy o pracę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu otrzymała w dniu 27 września 2023 r.

Odwołujący podał, że Pan K. K. po powzięciu informacji o wskazaniu jego osoby przez Konsorcjum BBF, niezwłocznie złożył oświadczenie z dnia 4 września
2023 r. (przekazane także Konsorcjum BBF oraz Zamawiającemu na rozprawie w dniu
8 września 2023 r.) o powyższych okolicznościach, w którym jednoznacznie potwierdził, że nie wyrażał zgody na udostępnienie jego osoby w postępowaniu i nie będzie realizował jakichkolwiek obowiązków z tym związanych.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, istnieje niepodważalna odmowa woli realizacji ewentualnej umowy zawartej przez Konsorcjum BBF z Zamawiającym przez Pana K. K.. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum BBF nie może ewentualnie podnosić, że skoro ma zawartą umowę o pracę z ww. osobą, to mogła ją wskazać na to stanowisko. Odwołujący zaznaczył, że z oświadczenia złożonego w dniu 4 września 2023 r. wynika wprost, że Pan K. K. nie zamierzał nigdy realizować ewentualnych obowiązków wynikłych z realizacji przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum BBF (ani inny podmiot w Polsce) nie ma prawa do zmuszenia pracownika do realizacji obowiązków wynikłych z umowy (tym bardziej, że zakres tej umowy nie obejmował obowiązków Eksperta ds. akustyki i drgań).

Pomimo powyższego, jak zauważył Odwołujący, Konsorcjum BBF w dalszym ciągu twierdzi, że dysponuje taką osobą. Konsorcjum BBF złożyło wyjaśnienia z dnia 9 października 2023 r., w których szczegółowo wyjaśnia okoliczności związane z wysokością wynagrodzenia Pana K. K.. Utwierdza tym samym Zamawiającego w błędzie i podtrzymuje swoje nieprawdziwe informacje. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Konsorcjum BBF
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do poprawienia wykazu Personelu Wykonawczego z dnia 30 października 2023 r. ponownie przedstawiło Pana K. jako osobę, którą dysponuje.

Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności potwierdzają, że Konsorcjum BBF wprowadziło w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dysponowania Panem K. K.

Powołując przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Konsorcjum BBF przekazało informacje nieprawdziwe przynajmniej w ramach rażącego niedbalstwa. Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum BBF wskazało na stanowisku Eksperta ds. akustyki
i drgań osobę, która nie wyraziła zgody na jej udostępnienie. Ponadto, w trakcie trwania postępowania, Konsorcjum BBF powzięło informacje o nieprawidłowościach w swojej ofercie, a pomimo tego w dalszym ciągu trwało przy przekazanej nieprawdziwej informacji. Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem tej okoliczności jest treść udzielonych wyjaśnień przez Konsorcjum BBF w piśmie z dnia 9 października 2023 r. oraz 3 listopada 20023 r. Odwołujący zaznaczył ponadto, że informacje dotyczące Pana K. K. są informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd, bowiem na ich podstawie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej uznając, że Konsorcjum BBF spełnia warunki udziału
w postępowaniu. Co za tym idzie, zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum BBF powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podniósł, że kolejną informacją przekazaną przez Konsorcjum BBF, wprowadzającą w błąd Zamawiającego, jest informacja o braku takiego zaangażowania jego pracowników w inne projekty, które uniemożliwi mu realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał postanowienia Rozdziału V.13 SWZ wywodząc, że oprócz dokonywanej przez Zamawiającego weryfikacji, także wykonawcy są zobowiązani do sprawdzenia czy wskazany przez nich personel nie jest zaangażowany w inne przedsięwzięcia, które uniemożliwiłyby im realizację przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, każdy z wykonawców, w tym także Konsorcjum BBF, złożyło następujące oświadczenie w wykazie Personelu Wykonawczego:

„Oświadczamy, że dokonaliśmy weryfikacji zaangażowania poszczególnych osób, wchodzących w skład Personelu Ramowego, którego wykaz stanowi Załącznik nr 4 do Umowy Ramowej, w inne przedsięwzięcia gospodarcze i na tej podstawie do realizacji Umowy Wykonawczej wskazujemy następujące osoby:”

Odwołujący stwierdził, że wystarczające dla wykazania wprowadzenia w błąd jest złożone przez Konsorcjum BBF oświadczenie:

„Innymi słowy nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę
w postępowaniu oświadczeń. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 8 i 10 p.z.p. mieści się również badanie, czy wykonawca, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału
w postępowaniu. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji tych podstaw wykluczenia, że dla ich zaistnienia konieczne jest jeszcze zaistnienie czwartej przesłanki. Innymi słowy nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co

prawda przedstawił wprowadzające w błąd informacje, ale uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia tej nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. (KIO 84/23)".

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum BBF realizuje szereg umów na rzecz Zamawiającego oraz innych zamawiających, zaś osoby wskazane przez Konsorcjum BBF
w postępowaniu realizują i są zaangażowane w inne projekty. Odwołujący stwierdził, że do grona tych osób należą:

1. S. P.;
2. A. T.;
3. J. P.;
4. J. K.;
5. M. K.;
6. R. Ł.;
7. M. P.;
8. A. D..

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum BBF, mając pełną świadomość o zaangażowaniu swojego personelu w liczne projekty, złożyło nieprawdziwe oświadczenie w tym zakresie.
W ocenie Odwołującego, mamy do czynienia co najmniej z lekkomyślnością Konsorcjum BBF. Odwołujący zauważył również, że fakt posiadania przez Zamawiającego informacji o osobach realizujących na jego rzecz umowy nie może powodować, że Konsorcjum BBF nie mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1747/18).

Odwołujący wywiódł, że nałożenie obowiązku weryfikacyjnego na wykonawców oznacza, że informacja o zaangażowaniu pracowników ma doniosłe znaczenie dla Zamawiającego, a tezę tę potwierdza konieczność podwójnej weryfikacji – zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców. Odwołujący założył, że powyższe wiąże się z bardzo dużą ilością informacji, które Zamawiający musiałby samodzielnie weryfikować.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum BBF nie dopełniło w sposób należyty tego obowiązku i wskazało w wykazie Personelu Wykonawczego osoby, których zaangażowanie
w inne projekty uniemożliwi realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu zgodnie
z warunkami określonymi przez Zamawiającego określonymi w Rozdziale V.13 SWZ. Ponadto, jak podał Odwołujący, Konsorcjum BBF wiedziało, że posiada personel zaangażowany w inne projekty, które uniemożliwiają mu w świetle wymagań Zamawiającego, realizację przedmiotu zamówienia, a pomimo tego w dalszym ciągu podtrzymuje informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że przy dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum BBF
w dniu 23 listopada 2023 r. okoliczność nadmiernego (niedozwolonego) zaangażowania personelu Konsorcjum BBF w inne przedsięwzięcia realizowane przez Zamawiającego, nie była przez Zamawiającego dostatecznie zweryfikowana. Powyższe, w ocenie Odwołującego, świadczy o bagatelizowaniu wymogu SWZ w stosunku do Konsorcjum BBF. Odwołujący wskazał, że tezę o pominięciu przy wyborze informacji o naruszeniu zasady ustanowionej dla wszystkich wykonawców w Rozdziale V.13 SWZ wspiera nie tylko fakt, że Odwołujący samodzielnie był w stanie ustalić takie nadmiarowe zaangażowanie personelu Konsorcjum BBF, ale również, że w odpowiedzi na wniosek złożony przez Pana K. K.
w dniu 3 listopada 2023 r. o podanie mu przez Zamawiającego informacji na temat wykazywania go jako eksperta w umowach Konsorcjum BBF, Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2023 r. odpowiedział, że na weryfikację takich danych potrzebny jest czas, zastrzegając sobie termin na udzielenie odpowiedzi do stycznia 2024 r. Potwierdza to,
w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie zweryfikował nadmiernego zaangażowania co najmniej w stosunku do Pana K. K., a mimo to dokonał wyboru oferty Konsorcjum, nie czekając aż ustali, czy wyboru tego naprawdę można dokonać zgodnie
z SWZ. Odwołujący zauważył, że identycznie Zamawiający postąpił wybierając ofertę Konsorcjum BBF w dniu 10 października 2023 r., nie czekając na zapoznanie się
z uzasadnieniem wyroku KIO w sprawie KIO 2342/23/, KIO2353/23 z dnia 29 września
2023 r. Uzasadnienie w tej sprawie Zamawiający otrzymał dopiero w dniu 21 listopada 2023 r. Dwa dni później Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum BBF, choć w wyroku Izba wskazała na wiele wątpliwości co do poprawności złożonej oferty przez Konsorcjum BBF. Zamawiający dokonał jedynie wezwania w zakresie dowodów dotyczących wysokości zarobków pracowników Konsorcjum BBF. Odwołujący zaznaczył, że przyjęcie stanowiska, że okoliczność, iż projekty były realizowane na rzecz Zamawiającego powoduje, że nie można go wprowadzić w błąd,

powodowałoby brak równości pomiędzy wykonawcami biorącymi udział
w postępowaniu. Wynikałoby to z okoliczności, że inne podmioty, których pracownicy nie realizowaliby na rzecz Zamawiającego projektów, byliby w gorszej sytuacji, gdyż tylko oni mogliby wprowadzić w błąd Zamawiającego, a pozostali będący w tej samej sytuacji (tj. przekazali informacje wprowadzające w błąd) nie podlegaliby wykluczeniu z postępowania,
a w konsekwencji odrzuceniu ich oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zaś po stronie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MGGP S.A. z siedzibą
w Tarnowie i Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Dohwa Engineering Co., Ltd. z siedzibą w Seulu i Korea National Railway z siedzibą w Daejeon.

Pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie,
w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, a na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, o oddalenie odwołania
i zasądzenie na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący przedstawienia przez Konsorcjum BBF informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Personelu Wykonawczego i dysponowania osobą wskazaną na stanowisku Eksperta ds. akustyki i drgań, tj. Pana K. K..

Izba stwierdziła, że uprawnienie do powołania przez Konsorcjum BBF w Wykazie osób Pana K. K. wynika przede wszystkim z Umowy o pracę zawartej pomiędzy BBF Sp. z o.o. a panem K. K. Izba uznała, że stosunek pracy, jaki łączy pana K. z BBF Sp. z o.o. nie wymaga uzyskiwania odrębnych zgód na powierzenie określonych zadań. W ocenie Izby, rodzaj umówionej pracy wskazany w umowie, tj. Doradca ds. środowiskowych nie wyklucza powierzenia zadań Eksperta ds. akustyki i drgań. Jednak ewentualny spór co do zakresu obowiązków pozostaje poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej. Ww. umowa o pracę została wypowiedziana przez Pana K. K. pismem z dnia 25 września 2023 r., a zatem po złożeniu oferty zarówno w postępowaniu na umowę ramową, jak również w postępowaniu na umowę wykonawczą. W świetle powyższego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu są złożone przez Strony
i Przystępującego Konsorcjum BBF dowody w postaci oświadczeń Pana K., korespondencji elektronicznej prowadzonej z Panem K. dotyczącej realizacji poszczególnych umów, potwierdzeń płatności czy umów współpracy zawartych pomiędzy BBF Sp. z o.o. a podmiotami gospodarczymi reprezentowanymi przez Pana K..

W ocenie Izby, nie może pozostać bez znaczenia również wieloletnia współpraca pomiędzy BBF a Panem K., co jest okolicznością bezsporną. Stałe stosunki gospodarcze podkreślają działanie wykonawcy w dobrej wierze i prawo do wskazania pana K. wśród personelu dla wykazania spełniania warunku.

Za istotną Izba uznała ponadto okoliczność, że zgodnie z postanowieniami dokumentów zamówienia (Rozdział V.8 SWZ), wykonawca zobowiązany był wskazać na etapie umowy wykonawczej ten sam personel, który został podany na etapie umowy ramowej. Pan K. K. został wskazany przez Konsorcjum BBF w postępowaniu na umowę ramową i na ówczesnym etapie postępowania okoliczność ta nie była kwestionowana.

Izba miała również na względzie okoliczność, że Konsorcjum BBF, po zapoznaniu się ze stanowiskiem pana K. oraz wypowiedzeniu umowy o pracę dokonało zmiany Personelu Ramowego na stanowisku Eksperta ds. akustyki i drgań, na co Zamawiający wyraził zgodę (pismo Zamawiającego do BBF Sp. z o.o. z 8 listopada 2023 r., znak: KRI.42.2943.2023_67.TN).

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia i braku zaangażowania w inne przedsięwzięcia gospodarcze przez Personel Wykonawczy. Odwołujący stwierdził, że osiem wskazanych osób spośród personelu podanego przez Konsorcjum BBF w ofercie realizuje i jest zaangażowanych w inne projekty.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, po którego stronie spoczywał ciężar dowodu, nie udowodnił, że osoby wskazane w odwołaniu są zaangażowane w inne projekty w sposób, który uniemożliwia ich udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący, pomimo iż w odwołaniu stwierdził, że samodzielnie był w stanie ustalić nadmiarowe zaangażowanie personelu Konsorcjum BBF, nie przedłożył dowodu na tę okoliczność, nie przedstawił analizy zaangażowania poszczególnych osób. Fakt, że Konsorcjum BBF realizuje na rzecz Zamawiającego czy innych zamawiających szereg umów nie stanowi o wypełnieniu przesłanek z Rozdziału V.13 SWZ. W przedmiotowym postanowieniu SWZ Zamawiający zastrzegł, że uzna, iż wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, gdy osoba wskazana przez wykonawcę do pełnienia funkcji wchodzi w skład Personelu Wykonawczego w co najmniej trzech innych realizowanych umowach wykonawczych, których okresy trwania pokrywają się w co najmniej 30%. Zamawiający zaznaczył, że dokonując oceny będzie brał pod uwagę umowy wykonawcze, które już zostały zawarte. Odwołujący nie wykazał, że ww. przesłanki zaistniały w stosunku do którejkolwiek osób objętych zarzutem. Okoliczność, że poszczególne osoby zostały wskazane w ofertach jako potencjał kadrowy, nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia, że wypełnione zostały przesłanki z Rozdziału V ust. 13 SWZ skutkujące uznaniem, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności. Z tego względu o zasadności zarzutu nie mogły stanowić złożone przez Odwołującego Wykazy osób czy informacja z TED.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……...

……...

……...