Sygn. akt: KIO 2808/23

POSTANOWIENIE

z dnia 9 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Ewa Sikorska

Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu25 września 2023 r. przez wykonawcę **Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy:

A.**ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.**Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.odrzuca odwołanie;

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Poznaniu, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawcy Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Narodowego Instytutu Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie
#x200e14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2808/23

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

Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla inwestycji budowa obiektu wielofunkcyjnego zespołu usługowego
z zakresu usług kultury p/n ,,Międzynarodowe Centrum Muzyki w Żelazowej Woli",
nr referencyjny ZP.25.4.2022.1 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 7 marca

2022 r. pod numerem 2022/S 046-119619.

W dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (dalej „odwołujący") zostało złożone odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w tym na:

1. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej jako „Ayesa") pomimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ");
2. zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp to jest: zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa, pomimo jej złożenia przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz pomimo złożenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z zapisami SWZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 b ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 oraz 3 oraz art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w par. 8 ust. 1 pkt 4) I. SWZ, tj. Doświadczenia wykonawcy;
3. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa jako niezgodnej z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał ponadto, że przywołane powyżej przepisy Pzp nie są wyłączne, tj. zakres zaskarżenia oraz zarzuty obejmują wszelkie regulacje ustawy Pzp, które bezpośrednio lub pośrednio wynikają z całości odwołania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu; odrzucenia oferty Ayesa; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca **ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca **Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że wybór oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Ayesa, dokonany przez zamawiającego 14 września 2023 r., nastąpił w wyniku powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt KIO 1669/23. Izba, wyrokiem z dnia 29 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1669/23, nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy Ayesa, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 4.I SWZ, w pozostałym zakresie oddaliła wniesione odwołanie. W treści uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając zarzuty odwołującego Sweco w odniesieniu do treści złożonego zobowiązania wyjaśniła z jakich powodów ta nie spełnia wymagań wynikających z przepisów ustawy Pzp, a także wskazała na konieczny zakres jego uzupełnienia. Innymi słowy, Izba w orzeczeniu sprecyzowała, w odpowiedzi na zarzuty odwołującego podnoszone w ramach poprzednio złożonego odwołania, jaka powinna być treść zobowiązania, aby zamawiający mógł uznać, że zakres udostępnianego doświadczenia odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. Powyższe wnioski wynikają z treści uzasadnienia Izby (str. 23 - 24), w którym czytamy: *Zakres udostępnianego doświadczenia tylko częściowo odpowiada treści warunku udziału w postepowaniu, tj. można stwierdzić jedynie, że dotyczy świadczenia usług nadzoru. Tymczasem w treści warunku mowa jest o pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego/Inżyniera Kontraktu, która obejmowała również nadzór nad robotami budowlanymi. Zdaniem Izby z treści zobowiązania ma w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, że zobowiązanie jest realne, a udzielane zasoby są wystarczające w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu. Jakiekolwiek wątpliwości*

w tym zakresie działają na niekorzyść wykonawcy składającego tego typu oświadczenie i w sytuacji ich zaistnienia, powinno nastąpić wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia takiego zobowiązania, w zależności od okoliczności.
Porównując treść art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682), gdzie opisane są główne obowiązki inspektora nadzoru z treścią OPZ (punkt III załącznika nr 2 do SWZ), należy uznać, że funkcja Inżyniera Kontraktu obejmuje szersze spektrum obowiązków niż funkcja inspektora nadzoru. Najkrócej rzecz ujmując Inżynier Kontraktu odpowiada nie tylko za nadzór, ale także zarządzanie.
Okoliczność, że w treści zobowiązania mowa jest również o innym zakresie, w tym konkretnym przypadku nie może zostać uznana, gdyż zakres ten nie został sprecyzowany, a co podkreślone zostało we wcześniejszej części uzasadnienia, z zobowiązania musi wynikać w sposób nie budzący wątpliwości, że udzielane zasoby są wystarczające w kontekście postawionego warunku. Z wyjątkiem punktu 4, treść zobowiązania operuje pojęciami bardzo ogólnymi, z których nie sposób wywieść, jaki będzie faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.
Z tego względu, zdaniem Izby, z treści analizowanego zobowiązania nie wynika, że zakres udostępnionych zasobów odpowiada treści warunku udziału w postepowaniu, a co za tym idzie, odwołanie w analizowanym zakresie należało uwzględnić.
Wskazać również należy, że w treści zobowiązania jest mowa o „delegowaniu pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie". Tymczasem w treści wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia nie ma żadnej osoby, która byłaby w dysponowaniu tego podmiotu trzeciego, którego dotyczył przedmiotowy zarzut. Okoliczność ta również może wzbudzać wątpliwości w zakresie realności udostępnienia zasobów, co przemawia za koniecznością uzupełnienia zobowiązania.

Skład orzekający ustalił ponadto, że zamawiający, wykonując wyrok KIO, pismem
z 16 sierpnia 2023 r. wezwał wykonawcę Ayesa w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp
do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt. 4.I SWZ z treści którego ma wynikać, że podmiot ten zrealizuje w całości usługi, w zakresie których udostępnia swoje doświadczenie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Ayesa przedłożył: uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A.
do udostępnienia zasobów oraz uzupełniony, o dodatkowy personel, Wykaz osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przy czym należy stwierdzić, że powyższy zakres uzupełnienia wynikał z treści uzasadnienia Wyroku KIO o sygn. akt KIO 1669/23.

W treści złożonego odwołania odwołujący, poddając ocenie uzupełnione zobowiązanie Ayesa Hiszpania (podmiotu udostępniającego zasoby) wskazywał, że to w dalszym ciągu nie potwierdza realności udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Jego zdaniem zakres udostępnianych zasobów nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, złożone zaś w dniu 22 sierpnia 2023 r. dokumenty oraz treść oferty Ayesa nie potwierdzają
w sposób nie budzący wątpliwości, iż podmiot udostępniający zasoby rzeczywiście będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego w SWZ. Wykonawca Ayesa nie udowodnił rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, nie wykazał, iż pomiot trzeci wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, a tym samym nie potwierdził spełniania warunku dotyczącego wymaganego w SWZ doświadczenia.

Odwołujący wskazywał na następujące kwestie: (i) negował fakt, że Ayesa Hiszpania będzie podwykonawcą i wskazywał jaki zakres podwykonawstwa powinien jego zdaniem być zrealizowany przez Ayesa Hiszpania (wykonywanie funkcji Inwestora Zastępczego/ Inżyniera Kontraktu, Nadzór nad robotami budowalnymi dla inwestycji polegającej na budowie budynku, Kontrola kosztów inwestycji); (ii) podważał możliwość wystąpienia Ayesa Hiszpania w roli podwykonawcy, gdyż wówczas to podwykonawstwo obejmowało by całość zamówienia,
co zgodnie z przytaczanym przez odwołującego orzecznictwem jest niemożliwe;
(iii) wskazywał na brak możliwości świadczenia nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach gdyż Ayesa Hiszpania deleguje do wykonania swoich obowiązków tylko jedną osobę; (iv) podnosił, że aby Ayesa Hiszpania mogła, zgodnie z tym co jest obowiązkiem podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia, wykonać swe obowiązki jako podwykonawca w pełnym zakresie, musiałaby również udostępniać cały zespół ekspertów wymagany celem wykazania zdolności zawodowej; (v) wskazywał, że Ayesa Hiszpania wykazała dwie osoby, dublujące inne osoby wskazane przez wykonawcę Ayesa, celem spełnienia warunku dysponowania zespołem osób, bez wskazania ich funkcji; (vi) twierdził,
że Ayesa Hiszpania nie udostępniła osób wskazywanych obecnie w zobowiązaniu
w wymaganym momencie tj. 27 kwietnia 2022 r.; (vii) wskazywał, że zamawiający w tym postępowaniu wymagał przedstawienia w ofercie Metodyki i organizacji pracy wykonawcy,

w którym to dokumencie jak przypuszczał nie wskazano na założenia dotyczące udziału w realizacji niniejszego zamówienia dodatkowego Personelu w postaci dodatkowej osoby na stanowisko Dyrektora projektu oraz dodatkowej osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych oraz, że nie zostało to też ujęte w wyjaśnieniach składanych przez Ayesa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (tajemnica przedsiębiorstwa Ayesa).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, które stanowią, że Izba odrzuca odwołanie jeśli to zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Przywołane wyżej przepisy ustawy Pzp nakazują odrzucić odwołanie wniesione z naruszeniem terminów określonych w przepisach ustawy Pzp, a także wniesione w tym samym postępowaniu przez tego samego wykonawcę, jeżeli okoliczności podnoszone w nowym odwołaniu zostały już przez Izbę ocenione. Norma pierwszego z cytowanych przepisów ma uniemożliwić wniesienie odwołania w sytuacji, w której upłynął już termin, który ustawodawca wskazał jako maksymalny, dający możliwość wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, kwestionowania czynności dokonywanych przez zamawiającego (zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie, w przypadku zamówień których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej). Druga z norm ma za zadanie uniemożliwić ponowne orzekanie w tej samej instancji o tym samym i zapobiec sytuacji zaistnienia w obrocie prawnym dwóch orzeczeń, dotyczących tych samych okoliczności. Zmiana oceny prawnej tego samego stanu faktycznego możliwa jest bowiem wyłącznie w drodze kontroli instancyjnej.

W rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania dotyczą czynności, o których odwołujący miał wiedzę już w dacie, kiedy wnoszone było poprzednie odwołanie, albo też wskazują na nieprawidłowości, które były już przedmiotem oceny Izby w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1669/23.

Nie ulega bowiem w ocenie Izby wątpliwości, że została już przesądzona przez Izbę kwestia, z jakich powodów złożone uprzednio przez wykonawcę udostępniającego zasoby zobowiązanie, było niewystarczające. Izba w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. akt KIO 1669/23 wskazała, że z treści zobowiązanianie wynika, że zakres udostępnionych zasobów odpowiada treści warunku udziału w postepowaniu stwierdzając, że powodem takiej oceny, a w konsekwencji źródłem powstałych wątpliwości co do realności udostępnionych zasobów jest fakt, że: *zakres udostępnianego doświadczenia tylko częściowo odpowiada treści warunku udziału w postepowaniu, tj. można stwierdzić jedynie, że dotyczy świadczenia usług nadzoru. Tymczasem w treści warunku mowa jest o pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego/ Inżyniera Kontraktu, która obejmowała również nadzór nad robotami budowlanymi.* Izba w uzasadnieniu wskazała zatem w sposób precyzyjny o jaki element zobowiązanie powinno zostać uzupełnione, aby zamawiający mógł uznać, że treść złożonego zobowiązania pozwala na jego pozytywną ocenę. Wykonawca Ayesa, kierując się powyższą wytyczną, przedłożył w odpowiedzi na wezwanie uzupełniony dokument, w treści którego znalazły się brakujące elementy tj. podmiot trzeci Ayesa Hiszpania zadeklarował, że jego udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy będzie polegał na świadczeniu usług w zakresie nadzoru oraz zarządzania inwestycją na wszystkich jej etapach oraz we wszystkich branżach.

Izba wskazała także na wątpliwość, jaką budzi sformułowanie użyte w treści zobowiązania, a dotyczące *delegowania pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie*, w kontekście złożonego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym to wykazie jak zauważyła *nie ma żadnej osoby, która byłaby w dysponowaniu tego podmiotu trzeciego, którego dotyczył przedmiotowy zarzut.* Powyższa okoliczność została jednak podniesiona wyłącznie w kontekście wątpliwości dotyczących realności udostępnienia zasobów. I te wytyczne, zawarte w orzeczeniu, znalazły odzwierciedlenie w treści uzupełnionego na wezwanie zobowiązania podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci Ayesa Hiszpania oświadczył bowiem, że w zakresie zasobu dotyczącego wiedzy i doświadczenia deklaruje, że deleguje dodatkowe osoby na stanowisko Dyrektora projektu oraz dodatkową osobę na stanowisko Inspektora nadzoru robót drogowych.
W związku ze złożonym oświadczeniem został także przedłożony nowy Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia - Załącznik nr 8 do SWZ.

Odwołujący w treści złożonego odwołania ponownie kwestionuje zatem treść złożonego zobowiązania, które zostało uzupełnione na wezwanie zamawiającego, wyłącznie o te elementy, które wskazała Izba w Wyroku o sygn. akt KIO 1669/23, ściśle zgodnie
z wytycznymi zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia. Uprawnienie do ponownego zakwestionowania czynności zamawiającego w powyższym zakresie nie może być wywodzone z faktu, że przedłożony został dokument nowy, w odpowiedzi na wezwanie. Jego treść różni się bowiem od treści ponownie złożonego zobowiązania wyłącznie w tej części,
w jakiej Izba w uzasadnieniu stwierdziła, że poprzedni dokument nie rozwiewa wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów. Odwołujący tymczasem powołuje się na te same okoliczności, na które wskazywał w poprzednio wniesionym odwołaniu wywodząc, że
w dalszym ciągu uzupełniony na wezwanie dokument, nie potwierdza że wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób, który pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Należy także stwierdzić, że podnoszone w niniejszym odwołaniu zarzuty i okoliczności, były znane odwołującemu już na etapie wnoszenia poprzedniego odwołania, z tego też powodu zaistniała przesłanka wynikająca z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, która nakazuje odrzucenie odwołania w przypadku, gdy sformułowane zarzuty zostały podniesione
po terminie.

Odnosząc się do wskazanych przez odwołującego w treści odwołania okoliczności faktycznych stwierdzić należy, że przywoływana przez niego argumentacja odnosząca się
do tego jakie usługi powinien, jego zdaniem, wykonać podmiot udostępniający swoje zasoby tj. Ayesa Hiszpania, mogła i powinna zostać przez odwołującego podniesiona wcześniej tj. już na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego. Odwołującemu znana była bowiem treść zobowiązania do udostępnienia zasobów i powinien kwestionować jego zapisy w takim zakresie, w jakim stwierdził, że zobowiązanie to jest niepełne i nie potwierdza realności deklarowanego zakresu i sposobu udostępnianej wiedzy i doświadczenia. Tymczasem na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego ograniczył się jedynie do twierdzeń dotyczących tego, że nadzór inwestorski nie jest tożsamy z uprawnieniami i obowiązkami jakie ma Inżynier Kontraktu. Izba argumentację w tym zakresie podzieliła, nakazując uzupełnienie dokumentu zobowiązania o te elementy, na które odwołujący zwrócił uwagę.

Ponadto, już w poprzednio prowadzonym postępowaniu przed Izbą odwołujący winien był podnieść, iż nie jest możliwe, aby Ayesa Hiszpania występowała w roli podwykonawcy, gdyż wówczas to podwykonawstwo obejmowało by całość zamówienia, co zgodnie
z przytaczanym przez odwołującego orzecznictwem jest niemożliwe. Odwołujący miał wiedzę odnośnie roli, jaką ma pełnić Ayesa Hiszpania w realizacji tego zadania i, pomimo wskazywanych obecnie wątpliwości, roli tej nie kwestionował.

Za spóźnione należy także uznać argumenty odnoszące się do tego, że brak jest możliwości świadczenia nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach, gdyż Ayesa Hiszpania deleguje do wykonania swoich obowiązków tylko jedną osobę, podczas gdy aby mogła wykonać swe obowiązki jako podwykonawca w pełnym zakresie, musiałaby również udostępniać cały zespół ekspertów, wymagany celem wykazania zdolności zawodowej. Fakt, że wykonawca Ayesa korzysta z zasobów dwóch podmiotów tj. Ayesa Hiszpania, celem wykazania doświadczenia podmiotowego oraz Pracownia Akustyczna Piotr Kozłowski, celem wykazania dysponowania niektórymi ekspertami oraz, że częściowo ekspertami tymi dysponuje sam wykonawca - znany był już przy składaniu odwołania w sprawie KIO 1669/23. Zaznaczyć też należy, że odwołujący na etapie poprzedniego odwołania również negował taki sposób organizacji pracy Inżyniera Kontraktu i wskazywał na konieczność łącznego traktowania udostępnionych potencjałów, zarzut ten jednak nie został przez KIO uwzględniony.

Również twierdzenia odnoszące się do tego, że zamawiający (jak też Izba) powinien zweryfikować czy w dokumencie, złożonym przez Ayesa wraz z ofertą pn. Metodyka
i organizacja pracy wykonawcy, w którym to jak przypuszczał nie wskazano na założenia dotyczące udziału w realizacji niniejszego zamówienia dodatkowego Personelu w postaci dodatkowej osoby na stanowisko Dyrektora projektu oraz dodatkowej osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych oraz, że nie zostało to też ujęte w wyjaśnieniach składanych przez Ayesa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (tajemnica przedsiębiorstwa Ayesa) - uznać należy za spóźnione.
Te okoliczności również odwołujący mógł podnieść na etapie poprzednio prowadzonego postępowania przed Izbą, tymczasem na kwestie dotyczące tego czy we wskazanej Metodyce lub też wyjaśnieniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny ujęte zostały, i w jaki sposób, te elementy - w ogóle nie zwracał uwagi,.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż przedmiotowe odwołanie należało uznać za zmierzające do uzyskania odmiennego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej co do tych samych kwestii, które były

już przedmiotem jej rozstrzygnięcia we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołanie takie jest z mocy ustawy niedopuszczalne. Jeśli odwołujący nie podziela oceny dokonanej przez Izbę, powinien skorzystać z prawa wniesienia skargi na wyrok w sprawie KIO 1669/23, nie może natomiast dążyć do zmiany tej oceny w drodze nowego odwołania. Nie może też, niejako korzystając
z tego, że Izba nakazała zamawiającemu wezwać wykonawcę Ayesa do uzupełniania dokumentu zobowiązania twierdząc, że mamy do czynienia z nową czynnością przywoływać nowe argumenty, znane już na wcześniejszym etapie, które to miałyby spowodować, że Izba uzna, iż złożone w odpowiedzi na wezwanie zobowiązanie, również nie potwierdza realności udostępnionych przez podmiot trzeci zasobów.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp
w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……