

Sygn. akt: KIO 3307/22

WYROK
z dnia 23 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Joanna Gawdzik-Zawalska
Członkowie:	Ernest Klauziński
	Robert Skrzyszewski
Protokolant:	Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę:

ECM Group Polska S.A. (Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)

przy udziale wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie:

Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. (ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów)

Promost Consulting sp. z o.o. (ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześć set złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:

Członek:

.....

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km”. - nr postępowania O.RZ.D-3.2410.4.2022 (dalej również: „Postępowanie”).

Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: „SWZ”), której Tom I: INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI obejmuje między innymi Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW) (dalej również: „IDW”) opisujący w szczególności warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 12 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ECM Group Polska S.A. (Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 16 grudnia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. (ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów) oraz Promost Consulting sp. z o.o. (ul. Jana Niemierskiego 4, 35-307 Rzeszów) (dalej również: „Przystępujący” lub „Piomar”). Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego:

1. oceny udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie;
2. bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 122 w zw. z art. 118 ust. 1, 2 i 4 Ustawy oraz art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.,- kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) (dalej: „KC”) poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne wezwanie Odwołującego do zastąpienia podmiotów trzecich udostępniających zasoby Odwołującemu o inny podmiot trzeci lub samodzielne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku

z uznaniem przez Zamawiającego, że podmioty trzecie nie będą brały udziału w realizacji usługi, do realizacji której udostępnione zdolności są wymagane, podczas, gdy prawidłowa ocena złożonych dokumentów winna prowadzić do wniosku, że Odwołujący będzie realnie dysponował zasobami podmiotów trzecich w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane, a w konsekwencji uwzględnienia zarzutu nr 1 zarzucam również naruszenie

2. art. 128 ust. 1 Ustawy poprzez bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia dokumentów dot. ewentualnie wskazanych nowych podmiotów trzecich, które udostępnią zasoby Odwołującemu podczas, gdy w świetle zarzutu nr 1 nie zachodzi potrzeba „zamiany” dotychczas zgłoszonych podmiotów na trzecich na inne podmioty, a tym samym brak jest podstaw żądania uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 listopada 2022r. oraz dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że:

- na potwierdzenie spełniania warunków przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich tj. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (dalej również: „EKO INWEST”) i R. S. P.H.U. „BAUMARK (dalej również R. S.);

- w toku Postępowania, Zamawiający trzykrotnie wzywał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 Ustawy do wyjaśnień w zakresie udostępnienia zasobów, wezwaniami z dnia 22 września 2022r., 28 września 2022r. oraz 4 października 2022r., na które Odwołujący odpowiedział pismami odpowiednio z dnia 26 września, 3 października oraz 6 października; w ocenie Odwołującego odpowiedzi były wyczerpujące;

- pismem z dnia 30 listopada 2022r., Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 Ustawy, wezwał Odwołującego do zastąpienia podmiotów trzecich innymi podmiotami lub wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu samodzielnie; W ocenie Odwołującego uzasadnienie decyzji było błędne i nie znajdowało oparcia w Ustawie w normie art. 122, którego dyspozycją objęte są tylko i wyłącznie dwie sytuacje w odniesieniu do podmiotu trzeciego: 1) podmiot trzeci nie spełnia warunku; 2) podmiot trzeci podlega wykluczeniu; Odwołujący kwestionował adekwatność oceny Zamawiającego wyrażonej w decyzji z dnia 30 listopada 2022r. w świetle udzielonych wyjaśnień wskazującej, że: „Zestawiając treść złożonych przez Wykonawcę Wykazu usług, zobowiązań oraz wyjaśnień których celem jest udowodnienie Zamawiającemu, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia,

oraz wymogu że podmioty, które te zasoby udostępniają będą wykonywać zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.2.4.1. SWZ, w ocenie Zamawiającego nie można stwierdzić, że złożone dokumenty potwierdzają, że Wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane. Według Zamawiającego treść zobowiązań złożonych do oferty w zakresie udostępnionych zasobów wraz z wyjaśnieniami, nie pokrywa się z zakresem objętym warunkiem zamówienia określonym w pkt 8.2.4. 1.a), w pkt 8.2.4. 1. b) dla 2 obiektów mostowych, pkt 8.2.4. 1. c) dla 1 obiektu mostowego oraz pkt 8.2.4. 1. d) IDW. Korzystanie przez Wykonawcę z udostępnionych zasobów zdolności zawodowych wyłącznie w zakresie wskazanym w zobowiązaniach i wyjaśnieniach, w szczególności do wykonywania usług konsultingowych przez dodatkowych inspektorów nadzoru inwestorskiego polegających na czynnościach określonych w piśmie z dnia 06.10.2022 nie stanowi zdaniem Zamawiającego potwierdzenia, że podwykonawca realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia. Udział podmiotów udostępniających zasoby w realizacji zamówienia w zakresie przywołanych w zobowiązaniach i wyjaśnieniach usług nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem zamówienia określonej w pkt 8.2.4. 1.a), w pkt 8.2.4. 1. b) dla 2 obiektów mostowych, pkt 8.2.4. 1. c) dla 1 obiektu mostowego oraz pkt 8.2.4. 1. d) IDW.”;

- zobowiązania podmiotów, na których zasobach polega Wykonawca są tożsame i oba wskazują, że zarówno EKO-INVEST jak i R. S.: „(...) przekaże w/w zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego Wykonawcy poprzez bezpośrednią realizację przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie do realizacji których te zdolności są wymagane. ((...) odpowiednio EKO-INVEST albo R. S. -dopisek Izby) będzie pełniło m.in. usługi branżowego nadzoru inwestorskiego, usługi konsultingowe na rzecz Wykonawcy oraz udzielał stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotowej usługi. W ramach pełnionej usługi udostępniający m.in. wyznaczy osoby odpowiedzialne za realizację powierzonych zadań, stałe kontakty, wsparcie i monitorowanie realizowanej usługi na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie udostępniający wskazuje, że również wszyscy Podwykonawcy, którymi posłuży się Wykonawca przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, będą mogli bezpośrednio korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego, na takich samych zasadach jak Wykonawcy. Wykonawca i udostępniający uzgodnili warunki i zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania, a współpraca będzie opierać się na umowie cywilnoprawnej - umowa podwykonawcza. ”; co w ocenie Wykonawcy wskazuje jednoznacznie na czynny udział

podmiotów udostępniających w realizacji usługi;

- w ocenie Odwołującego z treści zobowiązań oraz złożonych wyjaśnień wynika, że podmioty udostępniające oddelegują do realizacji usługi osoby odpowiedzialne za kontrolę i nadzorowanie robót, osoby te będą wchodziły w skład zespołu Inżyniera i będą bezpośrednio realizowały część zamówienia, dodatkowo, udostępnią odpowiedni personel, który będzie realizował usługę w zakresie wsparcia merytorycznego we wszystkich sprawach związanych z realizacją usługi, przygotowywał dokumenty kontraktowe, że podmioty te skierują do realizacji usługi dodatkowych inspektorów nadzoru a ponadto (a więc dodatkowo, poza tym zakresem), będą również podmioty te świadczyły usługi konsultingowe, doradcze związane z kierowaniem nadzorem nad realizacją inwestycji a bezpośredni udział personelu podmiotów trzecich w realizacji usługi powoduje, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji usługi a więc spełniona jest warunek z art. 118 Ustawy;

- udział podmiotów trzecich nie oznacza, że mają oni wykonać pełen zakres usługi, gdyż taka wykładnia art. 118 ust. 2 Ustawy prowadziłaby do sprzeczności z dyspozycją art. 462 ust. 1 Ustawy, która zezwala na powierzenie podwykonawcom realizacji jedynie części przedmiotu zamówienia;

- Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia wezwania, aby uznał, iż podmioty trzecie nie wykazały spełnienia określonych warunków albo żeby wykonawcy ci podlegali wykluczeniu i jedyna sporna kwestia, to realność udostępnionych zasobów, co - zdaniem Odwołującego - zostało wykazane.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Potwierdził stan faktyczny, kwestionując zarzuty, co do nieprawidłowości dokonanej oceny udzielonych wyjaśnień i podjętej w ich konsekwencji decyzji z dnia 30 listopada 2022 r..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący, co do zasady, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony - oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była okoliczność charakteru, zakresu i dostateczności udzielanych przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących zaangażowania podmiotu, na którego zasobach opierał się Wykonawca w realizację przedmiotu zamówienia i ocena podjętej w oparciu o udzielone wyjaśnienia decyzji Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgodnie z OPZ:

punkt 1.1.

przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie nadzoru nad projektowaniem, zarządzania i kontroli oraz nadzoru nad realizacją umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zwanych w dalszej treści też „Kontraktem”, której przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km” na warunkach określonych w Umowie z Konsultantem oraz zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla każdej Części zadania inwestycyjnego. Usługa obejmuje pełnienie przez Konsultanta obowiązków zgodnie z Umową, w oparciu o OWK i SWK, w szczególności:

- pełnienie nadzoru nad projektowaniem, weryfikację dokumentacji projektowej, jej kompletności, wzajemnej zgodności, weryfikacja wyników dokonania kontrolnych obliczeń w celu znalezienia ewentualnych błędów,
- zarządzanie, pełnienie nadzoru inwestorskiego oraz kontrolę nad realizacją robót aż do daty wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności,
- prowadzenie działań informacyjnych i promocyjnych związanych z realizacją projektu i współpracę w tym zakresie z Zamawiającym, w tym m. in. z Dyrektorem Oddziału, Kierownikiem Projektu i stanowiskiem ds. komunikacji w oddziale GDDKiA,
- wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z procedur UE i współpracę w tym zakresie ze służbami GDDKiA,
- wypełnianie obowiązków wynikających z procedur zawartych w obowiązujących wymaganiach/wytucznych dotyczących inwestycji współfinansowanych ze środków UE oraz procedurami beneficjenta Projektów dla POIiŚ,

- świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych oraz udział w Przeglądach gwarancyjnych i nadzorowania usunięcia ewentualnych usterek/wad stwierdzonych w przeglądach gwarancyjnych, w ramach zawartego Kontraktu,

- wykonywanie zadań z uwzględnieniem wymogów i wytycznych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko,

- wspieranie Zamawiającego jako lojalny i sumienny doradca we wszystkich czynnościach związanych z realizacją Projektu,

- sprawowanie nadzoru nad pracami projektowymi i robotami w zakresie Zadań dodatkowych, niezbędnych do wykonania Projektu wynikłymi w trakcie realizacji Kontraktu - udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,

- stałe monitorowanie, prowadzenie i rozstrzygnięcie spraw związanych z właściwym wykonaniem przez poszczególnych Wykonawców, dokumentów Wykonawcy i robót budowlanych na styku sąsiadujących Kontraktów oraz ścisłą współpracę z Zespołami Konsultanta sprawującymi nadzór nad inwestycjami sąsiadującymi - w wyniku której Konsultant będzie miał obowiązek wypracować zasady i sposób właściwego wykonania dokumentów Wykonawcy i robót budowlanych. W razie potrzeby Konsultanta wiodącego prowadzącego sprawę koordynacji na styku Projektów wyznaczy Zamawiający.

Na czele Zespołu Konsultanta stać będzie Inżynier Kontraktu. Będzie on działał zgodnie z rolą, jaką przypisano Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktu FIDIC oraz w SWK, w zakresie uprawnień określonych w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SWZ) oraz wynikających z aktualnych przepisów ustawy Prawo budowlane, aktów prawnych i wytycznych regulujących wydatkowanie Funduszy Unijnych. Realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm.), ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020, poz. 1740 ze zm.) i ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

- Pełnienie Usługi polegającej w szczególności na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzorze inwestorskim nad pracami projektowymi oraz Robotami, a także współpracy z Zamawiającym.

- W ramach Usługi Konsultant winien zapewnić nadzór nad realizacją prac projektowych i robót zgodnie z Kontraktem w szczególności odnośnie jakości robót, zapewniającej prawidłowe przyszłe funkcjonowanie i obsługę obiektów przez Zamawiającego, odbioru robót, koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją Kontraktu aż po ostateczne rozliczenie Kontraktu

punkt 2.1.

- Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

- Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy.

- Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni: 1) Personel Konsultanta (Eksperti Kluczowi. Inni Eksperti). 2)

Personel biurowy: Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 2 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp. Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.), 3) Personel pomocniczy: Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi), Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi), niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi w szczególności: Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu, Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej, Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej, Obsługa urządzeń biurowych, Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera, Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta, Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (skany) zgodnie z przyjętym systemem, Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim, Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie), Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby, Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu bieżącej korespondencji, Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom, Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań, Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego,

- Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego i pomocniczego.

- Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb

między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp.

- Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

- 2.1.1. Kluczowi Eksperti Wymagania dotyczące Personelu Kluczowego zostały podane w Tomie I, Rozdziale 1, punkt 8.2.4.2 SWZ oraz formularzu Kryteria pozacenowe.

2.1.2. Inni Eksperti zostali szczegółowo wymienieni ze wskazaniem stanowisk i liczby oraz ewentualnie uprawnień i wymaganego doświadczenia;

- Konsultant zobowiązany jest opracować procedury postępowania na poszczególnych etapach realizacji Projektu. Procedury będą obejmować w szczególności następujące działania: - monitorowanie postępu robót i prowadzenie sprawozdawczości, - opiniowanie, weryfikowanie, zatwierdzanie rysunków, specyfikacji i innych dokumentów opracowywanych przez Wykonawcę, odbiór robót i potwierdzanie płatności za wykonane roboty, - wczesną identyfikację problemów, które mogą być podstawą do roszczeń oraz rozpatrywania roszczeń, - wprowadzanie zmian, - szacowanie ceny końcowej Kontraktu na Roboty i niniejszej Umowy oraz terminu wykonania, - weryfikowanie, opiniowanie, zatwierdzanie przez Konsultanta wniosków Wykonawcy o zatwierdzenie materiałów, recept i Systemów Zarządzania Jakością, SST wraz z koordynacją aktualizacji poszczególnych dokumentów, - współpraca z Laboratorium Zamawiającego, przekazywanie wyników badań, ustalenie zakresu badań laboratoryjnych - sprawdzających.

- Procedury powinny zawierać opis i diagram czynności, wyszczególniać osoby biorące udział w wykonywaniu tych czynności, określać rolę jakie pełnią te osoby wraz z przypisaniem im uprawnień i obowiązków oraz wzory dokumentów. Wszystkie wzory dokumentów będą opracowane na podstawie wymagań stawianych przez właściwie przepisy i wytyczne unijne, Instytucję Zarządzającą oraz Instytucję Wdrażającą oraz Zamawiającego. Dotyczy to w szczególności wzorów wymaganych sprawozdań, faktur, materiałów, raportów itp.

Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią IDW:

- Zdefiniowano usługę nadzoru nad realizacją zadania – punkt 8.2.4: Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.

- W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy by wykazał się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –

w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

- W zakresie personelu Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

a) osoba proponowana do pełnienia funkcji Inżynier Kontraktu: wymagana liczba osób: 1; Doświadczenie zawodowe A) 1. Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta. 2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) albo B) Minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora lub Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji, lub Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji lub Kierownika Projektu.

b) osoba proponowana do pełnienia funkcji Główny specjalista ds. roszczeń: wymagana liczba osób: 1 Doświadczenie zawodowe: A) Minimum 12 miesięcy doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach: stanowisku z zakresem obowiązków obejmującym rozpatrywanie

roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta albo B) Minimum 60 miesięcy doświadczenia, zdobytego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora lub Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji, lub Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji, lub Kierownika Projektu lub Specjalisty do spraw analizy roszczeń.

c) osoba proponowana do pełnienia funkcji Technolog: wymagana liczba osób: 1
Doświadczenie zawodowe: Minimum 12 miesięcy doświadczenia zawodowego przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach: Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii.

- zgodnie z punktem 8.3. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 1 i 2 Ustawy: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 3. 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. 4. 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.

Zgodnie z art. 122 Ustawy Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 Ustawy Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Mając na uwadze treść SWZ, w tym również przywołane powyżej zapisy stwierdzić należy, że zakres obowiązków wykonawcy i oczekiwań, co do zakresu obowiązków danego personelu, w tym również tego, który angażowany miał być w realizację usług, dla których niezbędne jest spełnienie warunku udziału w postępowaniu, były szczegółowe.

Izba stwierdziła, że wezwania kierowane do Wykonawcy precyzowały zakres żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. W szczególności Zamawiający oczekiwał wskazania czy udostępniony przez podmioty trzecie personel stanowić będzie personel, o którym mowa w pkt. 2.1 OPZ bezpośrednio wykonujący przedmiot zamówienia (przy czym w przypadku odpowiedzi twierdzącej Zamawiający prosił o podanie szczegółowych stanowisk Ekspertów kluczowych i Innych ekspertów, które objęte będą przez personel podmiotu udostępniającego zasoby, a w przypadku odpowiedzi negatywnej o wskazanie jakich stanowisk będzie dotyczyło udostępnienie personelu dodatkowego/uzupełniającego oraz wskazanie szczegółowych czynności i ich zakresu, które personel ten będzie wykonywał) a także tego jaki będzie zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego

zasoby, sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia i tego w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe i nie wskazały w stopniu wystarczającym zasad ani zakresu czynności, jakie powierzane będą podmiotom udostępniającym i nie pozwoliły Zamawiającemu na podjęcie innej niż ta z 30 listopada 2022 r. decyzji.

Odwołujący w wyjaśnieniach wyraźnie wskazywał, że personel podmiotu udostępniającego nie będzie obejmował stanowisk wymaganych SWZ, w tym Ekspertów kluczowych i Innych ekspertów a więc tych osób, których zaangażowania w realizację zamówienia Zamawiający oczekiwał uznając je za wystarczające do prawidłowości jego realizacji w danym zakresie. Wykonawca wskazywał, że podmioty udostępniające będą pełnić „m.in. usługi branżowego nadzoru inwestorskiego, usługi konsultingowe na rzecz Wykonawcy oraz udzielał stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotowej usługi...”. W kolejnych wyjaśnieniach doprecyzował, że podmiot udostępniający w celu prawidłowej realizacji usługi oddeleguje personel dodatkowy niewymagany w SWZ, który realizować będzie funkcje w zakresie dodatkowego inspektora nadzoru inwestorskiego odpowiednio dla Robert Siemieniowski – w specjalności obiekty mostowe i dla EKO-Inwest - w specjalności drogowej, nie wpisującego się w zakres innych ekspertów a także wskazane usługi konsultingowe doradcze związane z kierowaniem nadzorem nad realizacją tego typu inwestycji. Dalej wskazał, że zgodnie z wcześniejszymi wskazaniem wymieniony wyżej personel dodatkowy „będzie realizował jako podwykonawca usługi konsultingowe odpowiednio do udzielonego personelu, w tym w zakresie:

bieżącego rozwiązywania konkretnych problemów w technicznych lub formalnych związanych z kierowaniem nadzorem nad robotami o danej specjalności (np: w zakresie metod mobilizowania wykonawcy robót budowlanych, możliwych do zastosowania w projekcie rozwiązań technicznych alternatywnych dla danego rodzaju obiektów tzw. Rozwiązań równoważnych, zamiennych, potencjalnych kolizji projektowych, sposobów rozwiązywania technicznych problemów realizacyjnych, materiałowych) w zakresie odpowiednim do udzielonego potencjału.

personel będzie brał bezpośredni udział w rozstrzyganiu zasiniątych sporów, roszczeń w zakresie odpowiednim do udzielonego potencjału.

personel będzie brał bezpośredni udział w rozstrzygnięciu wniosków o zmianę w treści dokumentacji technicznej wnioskowanej przez Wykonawcę Robót lub Zamawiającego w zakresie odpowiednim do udzielonego potencjału.

personel będzie brał udział w naradach i spotkaniach koordynacyjnych w zakresie odpowiednim do udzielonego potencjału.

personel zaproponuje treść dokumentacji kontraktowej oraz będzie współautorem raportów dla Zamawiającego o realizacji usługi nadzoru.

Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zależną od realizowanych robót, zakres usług konsultingowych wykonywany przez oddelegowany przez podmioty trzecie personel, zostanie dostosowany do okoliczności, które wystąpią w trakcie realizacji inwestycji w taki sposób, aby umożliwić przekazanie udzielonego potencjału dotyczącego kierowania nadzorem inwestorskim w danym zakresie. Brak ostatecznie wiążących danych dotyczących realizacji inwestycji np. co do harmonogramu robót, stosowanych technologii, jakości dokumentacji technicznej, badań, projektów zamiennych, powykonawczych, ilości i zakresu roszczeń itd. uniemożliwia precyzyjne określenie zakresu wszystkich czynności czy nakładów niezbędnych do przekazania potencjału przez podmioty udzielające w celu prawidłowej realizacji inwestycji.

4. Zgodnie z treścią punktu 4 wyjaśnień z dnia 29.09.2022, Wykonawca ponownie potwierdza, że Personel, o którym mowa w pkt 2. lit a) i b) powyżej nie będzie stanowił personelu podstawowego wymaganego w ramach warunków w udziale w postępowaniu, a dodatkowy/uzupełniający niezależny od wymagań SWZ i Umowy. Wykonawca ECM ponownie podkreśla, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania do realizacji zamówienia personelem wskazanym w 8.2.4 zdolności technicznej lub zawodowej, podpunkt 2.

5. Wskazany w wyjaśnieniach zakres jest w pełni zbieżny z oświadczeniami podmiotów trzecich oraz spełnia wymagania cytowanego przez Zamawiającego punktu pkt 11.2.IDW, ponieważ podmioty te wykonują usługi, konsultingowe do realizacji których udzielone zdolności są wymagane. Należy zauważyć, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko realizację samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jakim jest funkcja branżowego inspektora nadzoru (realizowana bezpośrednio przez wymagany personel) ale przede wszystkim kierowanie realizacją robót budowlanych poprzez kierowanie nadzorem inwestorskim, co jest realizowane przez podmioty trzecie poprzez powyżej opisaną usługę konsultingową, na rzecz Wykonawcy a także Zamawiającego jako podwykonawcy. (...)

7. Rozpatrując powyższe oraz uprzednio złożone wyjaśnienia Wykonawca odpowiedział na wszystkie zadane pytania i jasno określił metodykę przekazania potencjału udzielonego. W przypadku dalszych pytań lub wątpliwości oddaje się do dyspozycji

Zamawiającego.”

W ocenie Izby Wykonawca wskazał jako podstawowe usługi o charakterze doradczym i konsultingowym, pozostałe mają umożliwić, ułatwić właśnie realizację tego typu usług. Wykonawca nie wskazał, jakie stanowiska zostaną powierzone personelowi podmiotu udostępniającego w ramach SWZ – stworzył nowe o charakterze doradczym, wspierającym względem personelu przewidzianego SWZ. Nie opisał szczegółowych czynności i ich zakresu, także w odwołaniu się do SWZ opisującego te właśnie. Izba zgadza się z oceną Zamawiającego, że treść wyjaśnień, poza ogólnikowym wskazaniem, że udostępnienie obejmuje nieprzewidzianych SWZ dodatkowych branżowych inspektorów nadzoru inwestorskiego oraz inne osoby (których cechy, czy doświadczenie nie zostało w ogóle doprecyzowane) wykonywać będą nie tylko usługi consultingowe ale również inne czynności niezbędne do zapewnienia nadzoru inwestorskiego i zarządzania zgodnie z SWZ nie zawiera oczekiwanych wezwaniami treści. Odwołujący wskazywał również, że natężenie zaangażowania personelu podmiotu udostępniającego zależy od bieżących potrzeb. To również w ocenie Izby wskazuje na doraźność i następczość w odniesieniu do przyczyny – problemu- charakteru zaangażowania personelu podmiotu udostępniającego, podczas gdy rolą wykwalifikowanego wykonawcy jest zapobieganie ewentualnym problemom. Przykładowe i bardzo skromne wymienienie kilku czynności, nienależących nawet do podstawowych obowiązków inspektorów nadzoru inwestorskiego określonych ustawą prawo budowlane ani SWZ, w których personel podmiotu udostępniającego będzie brać udział oraz wskazanie, że udział faktyczny będzie zgodny z niezbędnym nie stanowi w ocenie Izby materiału wystarczającego dla ustalenia powierzonego zakresu czynności gwarantującego realizację zamówienia w wymaganym zakresie. Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego o prawnym ograniczeniu czynności, w jakie angażowany może być nieprzewidziany SWZ ani prawem budowlanym dodatkowy inspektor nadzoru inwestorskiego. Osoba taka nie jest uprawniona ani zobowiązana do dokonywania czynności przewidzianych ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) – art. 25 -26 - i SWZ dla uczestników procesu budowlanego a więc reprezentacji inwestora na budowie: kontroli jakości wykonanych robót, zarządzania usterkami, przygotowywania raportów i analiz dotyczących postępu prac, uczestniczenia przy odbiorach m.in. robót ulegających zakryciu, instalacji i urządzeń technicznych czy gotowych już obiektów budowlanych, zaświadczenia o fakcie wykonanych robót czy usunięciu usterek oraz ewentualnie kontrolowania rozliczeń budowy, a także wydawania kierownikowi budowy polecenia odnośnie do realizacji inwestycji, które muszą być potwierdzone wpisem do dziennika budowy, zlecenia poprawek, a w przypadku najbardziej

rażących uchybień w procesie budowy wstrzymania dalszych prac budowlanych. Te obowiązki i uprawnienia powinny być i będą zresztą wykonywane przez personel Wykonawcy, który posiadać powinien w tym zakresie niezbędne uprawnienia, doświadczenie i kwalifikacje. Tym samym z natury rzeczy wszelkie ewentualne obowiązki dodatkowego inspektora branżowego musiałyby mieć charakter wtórny, odtwórczy lub doradczy w stosunku do przewidzianych prawem i SWZ obowiązków personelu pełniącego funkcje inspektora nadzoru i realizującego usługę objętą zamówieniem.

W ocenie Izby dla uznania wykazania lub uprawdopodobnienia danej przesłanki nie wystarczy fakt złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Wyjaśnienia, w świetle dokumentacji postępowania oraz oferty wykonawcy muszą być wystarczające dla ustalenia okoliczności, których dotyczy dane wezwanie Zamawiającego.

Wobec ogólnikowego charakteru wyjaśnień Wykonawcy, prawidłowa była w świetle art. 118 Ustawy dokonana przez Zamawiającego ocena nieuprawdopodobnienia faktu realnego udostępnienia zasobów podmiotów trzecich i ich faktycznego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia i w konsekwencji wezwanie Wykonawcy w trybie art. 128 Ustawy.

Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach brak było danych pozwalających na ustalenie, zgodnie z art. 118 ust. 4 Ustawy i punktem 11.4. IDW, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, 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; oraz to 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, realizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca w wyjaśnieniach, pomimo ogólnikowego wskazania bezpośredniego zaangażowania podmiotów udostępniających w realizację zamówienia w zakresie w którym wymagane jest spełnianie danych warunków udziału, podkreślał w zasadzie wyłącznie ich konsultingowy i doradczy charakter. Wykonawca w wyjaśnieniach nie odwoływał się do funkcji ani zakresu podstawowych obowiązków określonych SWZ wymaganych do prawidłowego wykonania usługi nadzoru inwestorskiego. Izba podzieliła ocenę Zamawiającego, co do braku precyzji we wskazaniu zakresu działań zaangażowanych osób

w stopniu, który pozwoliłby na wywnioskowanie jakich kompetencji i niezbędnych umiejętności mieliby oni używać.

W ocenie Izby, w świetle powyższych okoliczności nie sposób zarzucić Zamawiającemu naruszenia Ustawy poprzez dokonanie oceny wyjaśnień jako niewystarczających dla wykazania – uprawdopodobnienia zaangażowania podmiotu udostępniającego w bezpośrednią realizację usług, dla których wymagane jest spełnienie określonych SWZ warunków. Tym samym odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba potwierdza, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 122 Ustawy żądanie, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci, na którego zasobach wykonawca polega, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu uprawnione jest w sytuacji gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Ścisła wykładnia dyspozycji normy art. 122 Ustawy, bez uwzględnienia przepisów regulujących warunku udziału w postępowaniu, proponowana przez Wykonawcę prowadzić musiałaby do konstatacji, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 505 ust. 1 Ustawy odwołanie uwzględnia się gdy naruszenie Ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania i wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu Ustawy. W takiej sytuacji ewentualne naruszenie normy art. 122 Ustawy poprzez wezwanie Wykonawcy, również wobec nieuwzględnienia zarzutu niezgodnej z Ustawą oceny wykazania przez Odwołującego realnego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia w zakresie opisanym warunkiem udziału w postępowaniu, nie mogłoby rodzić konsekwencji w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, a tym samym odwołanie w tym zakresie nie mogłoby być uwzględnione. W ocenie Izby zastosowane w art. 122 Ustawy odniesienie do okoliczności niepotwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczy w każdym przypadku danego postępowania. Skoro w Postępowaniu niezbędne jest - wobec charakteru warunku udziału w postępowaniu - dla wykazania spełnienia tegoż, zapewnienie i wykazanie zgodnie z art. 118 ust. 2 - 4 Ustawy faktu wykonania zamówienia w zakresie, w którym zdolności są wymagane do realizacji usług, to przesłankowo przy stosowaniu art. 122 Ustawy dla ustalenia czy spełniony jest warunek udziału przez podmiot trzeci badana musi być również realność udostępnienia zasobów dla danego warunku – faktyczne zaangażowanie w wykonanie danego określonego zakresu zamówienia. Stąd

zarzut podlega oddaleniu.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 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. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni 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”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie:

.....