

Sygn. akt: KIO 2724/22

**WYROK**  
**z dnia 3 listopada 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez Odwołującego - **Pilamis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Al. Piłsudskiego 133d/127, 90-447 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich**, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź

przy udziale

Wykonawcy **Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Spółka jawna**, ul. Gen. Jarosława Dąbrowskiego 17A, 93-177 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, w trybie podstawowym na *pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: „Kompleksowy program integracji sieci niskoemisyjnego transportu publicznego w metropolii łódzkiej wraz z zakupem taboru do obsługi trasy W-Z oraz innych linii komunikacyjnych i modernizacją zajezdni tramwajowych w Łodzi – Przebudowa linii tramwajowej w al. Śmigłego-Rydza od ul. Przybyszewskiego do ul. Dąbrowskiego i rozbudowa ul. Przybyszewskiego na odcinku skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Grabową (Inżynier Kontraktu)”* (nr postępowania: ZIM-DZ.2621.10.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2022/S 076-207918 w dniu 19.04.2022 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty własnej, wykonawca Pilamis Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi, wniósł w dniu 17.10.2022 r. odwołanie (sygn. akt KIO 2724/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z bezzasadnym i dowolnym przyjęciem, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez przyjęcie, iż osoba wskazana przez Odwołującego na stanowisko Inżyniera Kontraktu nie będzie w stanie wykonywać swoich obowiązków przy realizacji zamówienia w sposób należyty, pomimo tego, iż Odwołujący oświadczył i należycie udokumentował, iż osoba ta będzie w stanie należycie pełnić obowiązki, a ponadto zgodnie z wyrażoną przez Zamawiającego zgodą, jest w stanie wskazać inną osobę na stanowisko Inżyniera Kontraktu posiadającą wymagane doświadczenie i uprawnienia.

W szczególności zarzuca, że dokonana przez Zamawiającego analiza zaangażowania osoby wskazanej jako Inżynier Kontraktu w inne prowadzone lub przyszłe inwestycje, jest wewnątrznie niespójna i nielogiczna oraz zawiera dyskwalifikujące tę analizę, omyłki rachunkowe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z 7.10.2022 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Badając spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie związanym z osobą wskazaną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Zamawiający wystąpił o potwierdzenie, że wskazana w wykazie osoba będzie w stanie należycie pełnić swojej obowiązki, bądź o wskazanie innej osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu (wezwanie z 12.08.2022 r.). Odwołujący w odpowiedzi z 18.08.2022 r. potwierdził, że osoba wskazana na stanowisko będzie w stanie należycie wypełniać swoje obowiązki. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 116 ustawy Pzp, tj. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający nie wskazał, że osoba pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu nie może pełnić tej samej funkcji na innych inwestycjach i nie może to stanowić podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu.

Ponadto, część z przetargów, na które powołuje się Zamawiający nie został jeszcze rozstrzygnięta, nie wiadomo zatem, kto faktycznie będzie realizował wskazane inwestycje. Z treści uzasadnienia decyzji odrzucającej ofertę Odwołującego wynika, iż umowy zawarte dla realizacji dwóch z wymienionych inwestycji kończą się w dniu 20 grudnia 2022 roku oraz 29 grudnia 2022 roku, zatem zanim rozpocznie się realizacja inwestycji, której zamówienie stanowi przedmiot niniejszego odwołania, to osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Kontraktu nie będzie pełniła tej funkcji na dwóch inwestycjach. Zamawiający dokonał oszacowania czasu zaangażowania w obowiązki Inżyniera Kontraktu, które w ocenie Odwołującego nie mają pokrycia w rzeczywistości.

Odwołujący wskazał na bliskość położenia trzech inwestycji, na których Inżynier Kontraktu miałby pełnić obowiązki i dodatkowo podkreślił, iż Zamawiający odpuścił zmianę personelu w trakcie umowy na osobę spełniającą warunki udziału w postępowaniu, co również Odwołujący zadeklarował.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z siedzibą w Łodzi.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazując na zasadność oceny dysponowania potencjałem kadrowym Wykonawcy odwołał się do przepisu art. 116 ust. 2 Ustawy i ustanowionego w nim nakazu badania realności dostępności zasobu niezbędnego do wykonania zamówienia. Zamawiający w toku badania podmiotowej zdolności Wykonawcy uznał, iż Odwołujący nie wykazał, iż zasób w postaci Inżyniera Kontraktu wskazanego w ofercie, będzie dostępny na

potrzeby realizacji obecnego zamówienia, w związku z innymi inwestycjami, na których już jest zaangażowany (co najmniej cztery duże inwestycje). Zamawiający przedstawił w piśmie z 7.10.2022 r. szczegółową argumentację, w tym wyliczenia minimalnego czasu, jakiego wymagać będzie zaangażowania Inżyniera Kontraktu w obowiązki, które nie są możliwe do zapewnienia w związku z innymi już przyjętymi do realizacji umowami. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż po odrzuceniu oferty Odwołującego, zawarta została jeszcze jedna umowa z tym Wykonawcą na pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem kontraktem, w ramach której funkcję Inżyniera Kontraktu ma pełnić ta sama osoba, co ma dodatkowo wskazywać na brak możliwości objęcia kolejnych inwestycji.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy.

### **Izba ustaliła i zważyła.**

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 5 ppkt 5.2.1 swz opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, w tym Inżynierem Kontraktu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 12.08.2022 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego, m.in. o potwierdzenie, czy osoba mająca pełnić funkcję Inżyniera Kontraktu – Pan H. W., będzie w stanie w sposób należyty pełnić swoje obowiązki, ewentualnie o wskazanie innej osoby na to stanowisko – uzupełnienie wykazu osób w zakresie dotyczącym dysponowania osobą na stanowisko Inżyniera Kontraktu, spełniającą warunek, o którym mowa w pkt 5.2.1 swz. W wezwaniu Zamawiający sprecyzował swoje wątpliwości wskazując na dwie inne inwestycje prowadzone przez Zamawiającego, przy których osoba ta pełni już obowiązki Inżyniera Kontraktu (przebudowa wiaduktów przy ul. Przybyszewskiego oraz przebudowa zajezdni tramwajowej Chocianowice). Przy tej drugiej, po podpisaniu umowy zaszła potrzeba zamiany osoby z uwagi na odmowę prowadzenia nadzoru z uwagi na inne zobowiązania, które wykonywał w tym samym czasie, co mogło uniemożliwić właściwe pełnienie obowiązków zawodowych.

W piśmie z 18.08.2022 r. Wykonawca potwierdził, iż *Pan H. W. będzie w stanie w sposób należyty pełnić obowiązki przy realizacji przedmiotowego zamówienia.*

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 116 Ustawy dokonując analizy czasu, jakiego wymagałoby od Inżyniera Kontraktu przyjęcie kolejnych dwóch inwestycji i ilości czasu, jakiego obecnie wymaga już wykonywanie obowiązków, realizowanych przez niego z ramienia Wykonawcy na innych inwestycjach. Zamawiający uwzględnił przy tym wyliczenia czasu pracy w ramach umowy o pracę, jakie sam Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wraz z wnioskiem o zmianę inżyniera kontraktu dla zamówienia *„Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: „Przebudowa i rozbudowa Zajezdni Tramwajowej Chocianowice wraz z budową, przebudową i rozbudową obiektów budowlanych oraz infrastruktury technicznej związanej z funkcjonowaniem zajezdni oraz rozbiórkami obiektów budowlanych i infrastruktury technicznej”*, zgodnie z pismem z dnia 26.10.2021 r. Przyczyną, jaką wówczas podał Wykonawca były przedłużające się inwestycje, w których Inżynier Kontraktu uczestniczył, co mogło uniemożliwić właściwe pełnienie przez niego obowiązków zawodowych. Zamawiający uznał za niewiarygodne przyjęcie, iż Inżynier Kontraktu miałby w tym samym czasie nadzorować aż 7 przedsięwzięć, co było sprzeczne z wyliczeniami wskazanymi we wniosku o zmianę Inżyniera Kontraktu.

W sprawie nie było sporu co do ustalenia aktualnego zaangażowania Pana H. W. w realizację następujących umów i pełnionych funkcji:

1. Inżynier Kontraktu dla zadania: „Program niskoemisyjnego transportu miejskiego – budowa wiaduktów drogowych i tramwajowego w ulicy Przybyszewskiego w Łodzi oraz przebudowa torowiska w ul. Przybyszewskiego na odcinku od połączenia z projektem przebudowy wiaduktów do ul. Lodowej” – zadanie przewidziane od 19.10.2021 r. do 31.08.2023 r. z możliwością dalszego przedłużenia;
2. Inżynier Kontraktu dla zadania: „Budowa wiaduktów oraz linii tramwajowej na odcinku od wiaduktów do ul. Lodowej” – zadanie przewidziane od 19.10.2021 r. do 31.08..2023 r.;
3. Kierownik zespołu – inwestycja ZDiT – remont wiaduktów na ul. Dąbrowskiego – zadanie przewidziane od 29.10.2021 r. do 29.12.2022 r.
4. Koordynator – funkcja kierownicza w połączeniu ze stanowiskiem technicznym, czyli inspektorem nadzoru robót mostowych oraz inspektorem nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych – budowa tunelu pod linią kolejową w Gałkówku – zadanie przewidziane od 23.12.2020 r. do 20.12.2022; na wniosek Wykonawcy robót

termin zakończenia prac zostanie wydłużony, co będzie również wiązało się z wydłużeniem czasu pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu i pracą jego zespołu (oświadczenie inwestora z 5.09.2022 r.).

5. Inżynier Kontraktu dla zadania: „Kompleksowa modernizacji linii tramwajowej w ul. Konstancyńskiejskiej na odcinku od ul. Krakowskiej do granic miasta wraz z infrastrukturą towarzyszącą – umowa podpisana 27.10.2022 r. z terminem zakończenia – 15 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zamawiający już dokonał wyboru dwóch wykonawców, którzy będą wykonywać roboty budowlane, a z jednym z nich zawarł umowę. Nad obiema inwestycjami nadzór będzie sprawował Inżynier Kontraktu wyłoniony w przedmiotowym postępowaniu dla dwóch zadań: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: *Kompleksowy program integracji sieci niskoemisyjnego transportu publicznego w metropolii łódzkiej wraz z zakupem taboru do obsługi trasy W-Z oraz innych linii komunikacyjnych i modernizacją zajezdni tramwajowych w Łodzi – Przebudowa linii tramwajowej w al. Śmigłego-Rydza od ul. Przybyszewskiego do ul. Dąbrowskiego i rozbudowa ul. Przybyszewskiego na odcinku skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Grabową (Inżynier Kontraktu)*”.

Uwzględniając argumentację prezentowaną w środku odwoławczym, zasadniczą dla Odwołującego wydaje się być kwestia związana z oceną możliwości zastosowania art. 116 ust 2 Ustawy w sytuacji, gdy Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu nie wymagał zagwarantowania udziału osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu na wyłączność (bez możliwości jednoczesnego wykonywania obowiązków na innych inwestycjach, niż referencyjna), co zdaniem Odwołującego oznaczało, iż osoba spełniająca warunek udziału w postępowaniu będzie go spełniała niezależnie od ustalenia, czy i w jakim zakresie jest już zaangażowana w inne projekty. Powyższe miało jednoznacznie oznaczać, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie zachodziła podstawa do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 116 Ustawy.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 Ustawy *Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Sięgając do orzecznictwa, jakie stało się udziałem w stosowaniu art. 116 ust. 2 Ustawy, należy odnotować, iż obecna podstawa prawna stanowi kontynuację rozwiązania

wprowadzonego wcześniej w art. 22d ust. 2 Ustawy, w poprzednim stanie prawnym. Dotychczasowe orzecznictwo, które zachowało swoją aktualność, wskazuje na konieczność wykazania istnienia związku pomiędzy wymaganymi w postępowaniu warunkami udziału w postępowaniu oraz zaangażowaniem zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcie wykonywane już przez wykonawcę, które miałyby mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W wyroku z 28.09.2020r. sygn. akt KIO 2214/20 Izba uznała, iż „dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 Ustawy nie jest wymagane wykazanie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi oddzielną podstawę do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy). Jednocześnie art. 22d ust. 2 Ustawy pozwala szerzej spojrzeć na wykazany potencjał wykonawcy, co jednak nie oznacza całkowitej dowolności w badaniu wymaganych zdolności”. Izba w całości podzieliła tezę prezentowaną w wyroku Izby z dnia 3 lutego 2020r. (sygn. akt KIO 105/20), iż *Celem normy określonej art. 22d ust.2 p.z.p. jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczenia wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy.*

Odwołujący kładł duży akcent na brak podstawy wynikającej z opisu warunku udziału w postępowaniu do tego, aby okoliczności dotyczące aktualnego zaangażowania osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, mogły decydować o ocenie zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia. Tak przedstawiane stanowisko wskazuje na błąd rozumienia przepisu art. 116 ust. 2 Ustawy i celu jego wprowadzenia. Należy bowiem zauważyć, iż wskazana w ust. 2 legitymacja zamawiającego do badania wpływu na realizację zamówienia, zaangażowania zasobów wykonawcy w inne przedsięwzięcia, nie wymaga wykazania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W sprawie nie było zresztą sporną kwestią oceny spełnienia warunku opisującego doświadczenie personelu – Inżyniera Kontraktu. Celem przepisu jest umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny realnego dostępu do zasobu, jakim wykonawca się legitymuje składając ofertę na etapie realizacji zamówienia. Przepis pozwala zatem uzupełnić ocenę podmiotową wykonawcy pod względem ustalenia, czy nie zachodzą okoliczności, które mogą prowadzić do uznania, iż wykazany w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjał (tu osobowy) może okazać się niedostępny na etapie realizacji umowy. Jest to rozwiązanie ustawowe, a zatem brak szczegółowych wytycznych w swz nie ma wpływu na jego zastosowanie. Istotne

jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel (czy też sprzęt) wskazany w toku postępowania, będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania (podobnie w wyroku KIO z 1.02.2021 r., sygn. akt KIO 3495/20).

W sprawie nie budziło wątpliwości, iż okoliczności związane z zaangażowaniem osoby Pana H. W. w inne już realizowane przez Wykonawcę umowy, odnosiły się wprost do potencjału, który Zamawiający weryfikował w trakcie badania oferty i który został wskazany, jako personel Wykonawcy mający realizować obowiązki Inżyniera Kontraktu. Nie było zatem wątpliwości, iż występował związek pomiędzy warunkiem udziału w postępowaniu, a oceną stopnia zaangażowania potencjału Wykonawcy w inne przedsięwzięcia. Spornym zasadniczo pozostawało natomiast ustalenie, czy negatywna ocena przedstawiona przez Zamawiającego znajdowała uzasadnienie w okolicznościach pozwalających przyjąć, iż Wykonawca faktycznie na dzień zakończenia oceny oferty nie mógł posłużyć się tym potencjałem, z tej przyczyny, iż jego obecne zaangażowanie w inne przedsięwzięcia Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację kolejnego zamówienia. W tym ujęciu decydującym okazała się ocena wyjaśnień, jakie Wykonawca składał Zamawiającemu w piśmie z 18.08.2022 r., w celu potwierdzenia możliwości podjęcia dodatkowych obowiązków, jakie wiązałyby się z dwiema kolejnymi inwestycjami, nad którymi nadzór sprawować miałyby z ramienia wykonawcy Pan H. W. Jednocześnie skład orzekający uznał, iż deklaracja Odwołującego zawarta w odwołaniu, co do gotowości zastąpienia wskazanej osoby inną, na etapie realizacji prac, nie została Zamawiającemu wskazana w trakcie składania wyjaśnień. Wykonawca nie skorzystał również z możliwości zamiany osoby wskazanej w wykazie osób, na inną spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Tym samym argumenty podnoszone w tym zakresie dopiero w odwołaniu zasadniczo nie miały wpływu na ocenę decyzji Zamawiającego. Izba była związana skutkami, jakie dla podmiotu wezwanego do uzupełnienia dokumentu podmiotowego, miała odmowa lub brak reakcji na to wezwanie.

Należy na wstępie poczynić ogólną uwagę dotyczącą mechanizmu badania dostępności potencjału na etapie realizacji prac, który uwzględniać może dodatkowe okoliczności wynikające z ustalenia stopnia zaangażowania tego potencjału w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy. Nie jest to równoznaczne z wprowadzeniem dodatkowego warunku udziału w postępowaniu, gdyż ten opisany jest wyłącznie w odniesieniu do zasobu i jego właściwości i pozostaje niezmienny. Uznając zatem, iż wskazany w ofercie potencjał (kadrowy, techniczny) spełnia wymagania minimalne dla jego udziału w realizacji zamówienia, ocena jego dostępności odnoszona jest do badania, czy będzie on mógł być faktycznie zaangażowany w realizację zamówienia publicznego, co deklaruje wykonawca w ofercie. Takie badanie wymaga zaangażowania nie tylko ze strony zamawiającego, ale



również samego wykonawcy, który powinien mieć możliwość rozwiania wątpliwości, co do dostępności zasobu wskazanego na potrzebę oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mechanizm ten stanowi dodatkowe zabezpieczenie zamawiającego przed jedynie formalnym wykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wyłącznie na potrzebę oceny oferty, bez zapewnienia udziału niezbędnego zasobu w realizację umowy. Można zatem wskazać, iż sama deklaracja wykonawcy może być niewystarczająca, jeżeli ustalone okoliczności mogące wpływać negatywnie na ocenę dostępności zasobów wykonawcy, uzasadniają błąd i podejrzenie istnienia zagrożenia dla wykonania zamówienia z wykorzystaniem tych zasobów. Izba przychyliła się do argumentu Zamawiającego, iż dla oceny na gruncie art. 116 ust. 2 Ustawy, znaczenie mogą mieć wyłącznie okoliczności znane na moment badania, co oznacza, iż ewentualne, przyszłe decyzje wykonawcy (np. zmiana personelu w trakcie realizacji umowy), jako nieznane zamawiającemu i niepewne, nie mogą mieć wpływu na ocenę. Ma to działanie w obu kierunkach, co oznacza, że zarówno wykonawca nie może być obarczany skutkami przyszłych, niepewnych zdarzeń (np. nierozstrzygniętymi jeszcze postępowaniami o udzielenie zamówienia), ale również zamawiający nie może zakładać ich wystąpienia.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy, argument dotyczący możliwości dokonania zmiany personelu na etapie realizacji prac, nie mógł zmieniać oceny zdolności Wykonawcy do realizacji prac. Odwołujący nie wskazał ani takiej możliwości składając wyjaśnienia przed Zamawiającym, jak również nie sprecyzował na jakim kontrakcie taka zmiana miała by nastąpić, co mogłoby wpływać na ocenę podmiotową Wykonawcy. W ocenie składu orzekającego, zmiana obecnego zaangażowania pracownika możliwa byłaby do wykazania w odniesieniu do już realizowanych kontraktów, ale w tym zakresie Odwołujący tak na etapie wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, jak i w postępowaniu odwoławczym, nie podejmował inicjatywy dowodowej. Przeciwnie, na rozprawie Odwołujący podtrzymywał, iż to wskazany w ofercie Pan H. W. miałby pełnić obowiązki Inżyniera Kontraktu, a tym samym Zamawiający słusznie badał, czy jego udział w zamówieniu może mieć negatywny wpływ na realizację obowiązków zawodowych.

Odnosząc się do samej oceny Izba uznała, iż zastrzeżenia, jakie Odwołujący zgłaszał w odniesieniu do wyliczenia czasu, jakiego wymagać będzie wykonanie obowiązków przypisanych Inżynierowi Kontraktu, nie dyskwalifikowały założeń Zamawiającego. Przeciwnie, przyjmując argumentację Odwołującego należałoby uznać, iż czas ten powinien być zwiększony, co byłoby niekorzystne dla Wykonawcy. Założenia Zamawiającego były ostrożnościowe i wynikały z szacowanego czasu na wykonanie obowiązków zawodowych dla dwóch nowych inwestycji budowlanych, nad którymi Inżynier Kontraktu miałby sprawować nadzór. Jak wskazywał Przystępujący, przyjęte wskaźniki czasowe nie

uwzględniały wszystkich obowiązków, jakie spoczywać będą na Inżynierze Kontraktu, co również wpływało na ich zaniżenie (z korzyścią dla Wykonawcy). Co istotne, Zamawiający kierował się wyliczeniami, jakie Odwołujący składał wraz z wnioskiem o zmianę na stanowisku Inżyniera Kontraktu przy innej inwestycji, dla której pierwotnie to Pan W. został wskazany w ofercie, jak wykonujący obowiązki zawodowe. Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który pozwoliłby inaczej ocenić stopień dostępności Inżyniera, który miałby jednocześnie nadzorować pięć inwestycji, które w momencie badania były w toku lub zostały udzielone do realizacji temu Wykonawcy.

Odwołujący kwestionował to, czy dwie, dla których pierwotne terminy zakończenia miałyby upłynąć z końcem bieżącego roku, będą dalej nadzorowane z jego udziałem, wskazując na brak obowiązku zawarcia aneksu z Zamawiającym. Okoliczność ta również nie miała znaczenia, gdyż nie zmieniała istotnie obrazu zaangażowania personelu Wykonawcy w inne prace, które powinny być zakończone z udziałem personelu wskazanego w umowie do jej realizacji, co może mieć znaczenie dla przyszłej oceny potencjału Wykonawcy. Należy na marginesie wskazać, iż takie „żonglowanie” potencjałem i jego przesuwanie pomiędzy różnymi inwestycjami w trakcie ich trwania może mieć również negatywny wpływ na sposób wykonywania obowiązków kontraktowych. W przypadku zamówień, w których to właśnie zasoby kadrowe determinują możliwości faktyczne Wykonawcy, można mieć uzasadnione zastrzeżenia do takiej postawy Wykonawcy. Odwołujący miał możliwość zastąpienia Pana W. inną osobą na etapie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co pozwoliłoby zachować przejrzystość czynności w postępowaniu i dawało Zamawiającemu gwarancję udziału nowej osoby w całym procesie inwestycyjnym. Wykonawca nie skorzystał z niej i przedstawił w sposób bardzo ogólny deklarację możliwości wykonania obowiązków na nowych inwestycjach, co należało ocenić, jako gołosłowne w świetle tych wątpliwości, jakie Zamawiający wskazał w wezwaniu. Stanowisko Zamawiającego było spójne z tymi działaniami, jakie były dotychczas udziałem Wykonawcy w ramach innych inwestycji, a przede wszystkim jego wnioskiem o zmianę personelu. Zamawiający nie miał faktycznie żadnych podstaw do tego, aby inaczej spojrzeć na organizację pracy Inżyniera Kontraktu, niż przez pryzmat jego zadań i ich ilości. Odwołujący w tej materii w zasadzie nie przedstawił żadnej spójnej argumentacji, a wyliczenia jakie prezentował faktycznie prowadzić powinny do zwiększenia wskaźników, ponad te jaki przyjął sam Zamawiający.

W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został w całości wpis.

**Przewodniczący: .....**