Sygn. akt KIO 998/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą
w Chorzowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zarzutu nr 5 odwołania dotyczące naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego naruszenia art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Parkowi Śląskiemu Spółce Akcyjnej
   z siedzibą w Chorzowie:
   1.1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
   1.2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego – wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej na podstawieart. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.
   1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie odwołującego – wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej na podstawie art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI pkt 4.1 lit. c Specyfikacji Warunków Zamówienia, oraz uzupełnienia w tym zakresie podmiotowych środków dowodowych.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie w 3/4 części i odwołującego – wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej w 1/4 części i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej tytułem wpisu od odwołania kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
   3.2. Zasądza od zamawiającego – Parku Śląskiego Spółka Akcyjna z siedzibą
   w Chorzowie na rzecz odwołującego – wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białejkwotę 16 795 zł 75 gr (słownie: szesnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 998/24

Uzasadnienie

Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie,zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„budowę odcinka kolei linowej na trasie Stadion – Planetarium na terenie Parku Śląskiego w Chorzowie".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2023 r., pod numerem 2023/S 208-656231.

W dniu 25 marca 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

1) odrzucenia oferty Odwołującego, w tym poprzez brak wskazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ,

2) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia (uzupełnienia) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ (w tym wykazu robót oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego / oświadczenia odwołującego o samodzielnym wykazaniu spełnienia warunku/ów udziału w postępowaniu),

3) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu udostępnienia doświadczenia, na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ przez podwykonawcę Doppelmayr Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością(określanego dalej jako „firma Doppelmayr Polska"), w szczególności zaś zaniechania ustalenia (w wyniku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej) czy udział tego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia ograniczy się wyłącznie do konsultacji i bieżącego doradztwa,

4) unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak wykazania przez podmiot udostępniający zasoby (tj. podmiot, o którym mowa w art. 118 ust. 1 ustawy PZP) spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż jego rola przy realizacji zadań referencyjnych (potwierdzających spełnienie warunku) rzekomo ograniczała się wyłącznie do marginalnego doradztwa i konsultacji, co nie jest prawdą i nigdy nie miało miejsca (zarzut nr 1),

2) art. 255 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego zastosowanie w postępowaniu (w konsekwencji bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego) w sytuacji, gdy oferta złożona przez Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i mieściła się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia oraz braku wskazania w postawie odrzucenia oferty (prawnej oraz faktycznej) warunku, którego Odwołujący rzekomo nie spełnia (zarzut nr 2).

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i nr 2 odwołania Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 122 ustawy PZP w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez zaniechanie zastosowania procedury uzupełniającej w postaci wezwania do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ (w tym wykazu robót oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego / oświadczenia o samodzielnym spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego) i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego (zarzut nr 3),

2) art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci złożonego przez firmę Doppelmayr Polska, w szczególności w zakresie udziału tego podmiotu przez realizacji zamówienia (zarzut nr 4),

3) art. 255 pkt 3 ustawy PZP poprzez przedwczesne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ, w tym wykazu robót oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego (zarzut nr 5).

W konsekwencji zarzucanych naruszeń Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie regulacji art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 6).

W związku z przedstawionym zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym ewentualnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu i sposobu uczestnictwa wskazanego przez niego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia,

4) ewentualnie przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym w szczególności wezwania go, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 122 ustawy PZP, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.4.1 lit. a-c SWZ, w tym wykazu robót oraz dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego / oświadczenia o samodzielnym spełnieniu warunku przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego środka ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty mogło nastąpić jedynie wtedy, gdy Zamawiający miał pewność co do stwierdzonej niezgodności. W jego ocenie nie ulega wątpliwości, że Zamawiający będąc gospodarzem i dysponentem postępowania zobowiązany był do czuwania nad przebiegiem procedury w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz nad prawidłowością działań wykonawców. Bezsporne przy tym jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Aby jednak było to możliwe muszą zostać dochowane wszystkie wymogi i standardy wynikające z przepisów ustawy PZP, co w przedmiotowym postępowaniu jednak nie miało miejsca. Zdaniem Odwołującego czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, miały charakter pozorny. Zamawiający chciał jedynie wykazać, że dopełnił wszystkich warunków formalnych niezbędnych do odrzucenia oferty Odwołującego, interpretując złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty w sposób wybiórczy i wprost niezgodny z przepisami ustawy PZP. Ponadto w opinii Odwołującego Zamawiający zaniechał wezwania go do przedłożenia w trybie art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy PZP dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby. Samodzielna podmiana – uzupełnienie doświadczenia podmiotu trzeciego przez Odwołującego pozostała bez wpływu na wynik postępowania, natomiast Odwołujący działał w zaufaniu do Zamawiającego jako dysponenta postępowania i uznał swoje działanie za prawidłowe. Odwołujący w dalszym ciągu stoi na stanowisku, że doświadczenie wskazanego przez niego podmiotu trzeciego pozwala na wykazanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym przez Zamawiającego w treści SWZ. Odwołujący ocenił, że działania podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, bazowały na wykreowanym przez niego stanie faktycznym, który nigdy nie zaistniał, oraz na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które w taki stan faktyczny się wpisywało. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska o zasadności odrzucenia oferty Odwołującego powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane w sprawach o sygn. akt KIO 1027/21 i KIO 334/22. Analiza treści uzasadnienia czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje na to, że zostało ono przygotowane w sposób nieprofesjonalny, na podstawie błędnie zinterpretowanych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyjaśnień udzielonych przez samego Odwołującego. Sytuacja opisana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nigdy nie miała miejsca w postępowaniu, zaś Zamawiający w tym zakresie podjął decyzję z naruszeniem przepisów ustawy PZP, w sposób dowolny i pozbawiony logiki. W pierwszej kolejności Odwołujący zaprzeczył, aby udział podmiotów trzecich, które udostępniły mu swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miał ograniczyć się wyłącznie do marginalnego doradztwa i konsultacji tak, jak to bezpodstawnie stwierdził Zamawiający. W treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, i to każdego z trzech złożonych w tym postępowaniu, zostało wyraźnie stwierdzone, że „*Zdolności techniczne i zawodowe w ww. zakresie udostępnimy uczestnicząc bezpośrednio przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres jego realizacji*". Dla Odwołującego niezrozumiałym jest to, w jaki sposób Zamawiający ustalił, że udział podmiotu trzeciego, przy tak sformułowanej treści zobowiązania, będzie ograniczał się tylko i wyłącznie do marginalnego doradztwa i konsultacji, gdzie nie wynika to również z treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Odwołujący podniósł, że z treści złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń wynika bezspornie, że podmiot udostępniający zasoby wykona zamówienie w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu, wobec czego nie można uznać, że jego rola ograniczy się jedynie do konsultacji lub doradztwa. Przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, na którym opiera się jego cała argumentacja o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie może więc zostać uznane za przywołane i zastosowane w sposób prawidłowy, a tym samym także czynność odrzucenia oferty nie może zostać zachowana. W dalszej kolejności Odwołujący powołując się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w

sprawach o sygn. akt KIO 270/21, KIO 2332/22 i KIO 507/23 stwierdził, że mają one kluczowe znaczenie dla sprawy, ponieważ wynika z nich, że firma Doppelmayr Polska poprzez zlecenie prac podwykonawcom zdobyła niezbędne doświadczenie referencyjne. Poza tym Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego udział firmy Doppelmayr Polska nie polegał tylko na doradztwie i konsultacji, co powoduje, że oferta złożona przez Odwołującegonie mogła zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP.

Odwołujący zwrócił też uwagę na treść wezwania Zamawiającego, w którym zostało sformułowane pytanie:*„czy Doppelmayr Polska Sp. z o.o. faktycznie wykonał samodzielnie projekty czy korzystał w tym zakresie z podwykonawców”.* Według Odwołującego Zamawiający nigdy nie zapytał go o zakres udziału tego podmiotu przy realizacji projektów, wobec czego nie można stwierdzić na jakiej podstawie uznał on, że jego udział był marginalny, a w konsekwencji że podmiot ten nie zdobył wymaganego doświadczenia. Są to wyłącznie gołosłowne twierdzenia Zamawiającego, które nie mają żadnego umocowania w dokumentach źródłowych, a ponadto pomimo twierdzeń Zamawiającego doświadczenie związane z realizacją danego zadania można zdobyć również przy udziale podwykonawców, co potwierdza powoływane przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podniósł również, że nie było żadnych przeciwwskazań, żeby Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniającą nawet kilkukrotnie w sytuacji, gdy dalej miał on wątpliwości co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego rzekomo miało wynikać, że firma Doppelmayr Polska będzie jedynie doradzała przy realizacji zamówienia Odwołującemu lub jeśli dalej miał wątpliwości co do zakresu zdobytego przez ten podmiot doświadczenia. W ocenie Odwołującego podjęte przez Zamawiającego działania nie były wystarczające do odrzucenia jego oferty, ponieważ Zamawiający nie podjął wszystkich wymaganych przepisami czynności, aby do takiego działania być umocowanym.

Odwołujący uważa, że w stanie faktycznym tej sprawy bezspornie wykazał, że firma Doppelmayr Polska legitymuje się doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający w żadnej mierze nie udowodnił, aby było inaczej. Podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie powinna budzić żadnych wątpliwości, natomiast twierdzenia Zamawiającego nie są choćby w najmniejszym stopniu uprawdopodobnione. Odwołujący ocenił, że nie istniały żadne podstawy prawne pozwalające na uznanie, że firma Doppelmayr Polska nie posiadała wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia potrzebnego dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował procedurę wynikającą z art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy PZP związaną z uzupełnieniem dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego oraz podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący w dniu 27 grudnia 2023 r. przekazał Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego dla zakresu związanego z posiadaniem doświadczenia w zakresie wykonania zamówień polegających na wykonaniu dokumentacji projektowych kolei linowych lub wyciągów narciarskich. Uzupełnienie tych dokumentów nie było poprzedzone notyfikacją zamiaru zmiany albo formalnym wezwaniem ze strony Zamawiającego. Z analizy treści art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy PZP wynika, że to na Zamawiającym jako dysponencie postępowania czuwającym nad jego prawidłowym przebiegiem spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia określonych dokumentów, takich m. in. jak zobowiązanie podmiotu trzeciego lub podmiotowe środki dowodowe. Rolą wykonawcy nie jest wyręczanie w tym zakresie Zamawiającego, w szczególności poprzez samodzielne uzupełnienia tej kategorii dokumentów. Odwołujący podał, że problematyka możliwości samodzielnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP była wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej i przywołał w tym zakresie wyroki wydane w sprawach o sygn. akt KIO 846/14 i KIO 1649/21. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, na którym ciąży szczególna powinność dbania o przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, nie mógł odstąpić od obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów we wskazanym przez siebie zakresie, sposobie i terminie. Zatem od strony formalnoprawnej działania Zamawiającego związane z oceną oferty Odwołującego nie były w żadnej mierze rzetelne i nie znajdowały podstawy w przepisach ustawy PZP i to nie tylko w sferze oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego, ale również w sferze dotyczącej sposobu i zakresu uzupełnienia dokumentów. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że „autouzupełnianie” dokumentów nie prowadzi do wyczerpania jednokrotnej procedury uzupełniającej, co również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 279/23. W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca z własnej inicjatywy zastąpił podmioty trzecie wskazane wraz z ofertą. Następnie zamawiający negatywnie zweryfikował doświadczenie „nowych” podmiotów trzecich, na skutek czego odrzucił ofertę wykonawcy stwierdzając, że ten wykorzystał już jednokrotną procedurę uzupełniającą. Z takim poglądem nie zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, że: *„Skład orzekający uznał, iż Zamawiający błędnie powiązał skutek jaki dla oferty miała zmiana podmiotów trzecich z procedurą badania dokumentów podmiotowych, tj. przyjmując, iż sama zmiana podmiotów (bez wcześniejszej oceny dokumentów tych podmiotów) zwalniała Zamawiającego z obowiązku wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy*”. Z orzeczenia tego

wynika, że Izba wypowiedziała się na temat skutków autouzupełniania stwierdzając, że nie wyczerpuje to procedury z art. 128 ust. 1ustawy PZP. Według Odwołującego poprzez analogię wywody Izby poczynione w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 279/23 znajdują zastosowanie w przypadku wykładni art. 122 ustawy PZP, który wprost stanowi, że Zamawiający „żąda" nowego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Ustawodawca zatem wprost określił, że w takiej sytuacji zamawiający publiczny musi wystąpić z formalnym żądaniem do wykonawcy, który zamierza wskazać nowy podmiot trzeci względnie chce wykazać, że sam posiada referencyjne doświadczenie. Odwołujący podsumował, że niniejsza sprawa dotyczy wskazania nowego podmiotu trzeciego, nie podlega zatem dyskusji, że Zamawiający powinien oficjalnie wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, czego nie uczynił i przez co uchybił przepisom ustawy PZP.

Odnosząc się zaś do czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że decyzja Zamawiającego w tym zakresie była przedwczesna oraz nie znajdowała żadnego oparcia w przepisach ustawy PZP. Oferta złożona przez Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a Zamawiający zabezpieczył środki na podpisanie z Odwołującym umowy o realizację zamówienia. W ocenie Odwołującego w stanie faktycznym tej sprawy, zważywszy iż odrzucenie oferty Odwołującego było pozbawione podstawy prawnej lub co najmniej nastąpiło bez zastosowania wymaganej przepisami ustawy PZP procedury uzupełniającej, Zamawiający w żadnej mierze nie był uprawniony do unieważnienia postępowania. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że pomimo ciążącego na Zamawiającym obowiązku precyzyjnego wskazania podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał on, którego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący rzekomo miałby nie spełniać, co stanowi kolejne uchybienie, które dyskwalifikuje czynność Zamawiającego w świetle przepisów ustawy PZP.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców, ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 kwietnia 2024 r.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

<u>Izba ustaliła następujący stan faktyczny:</u>

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem III SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) przedmiotem zamówienia jest opracowanie koncepcji architektonicznej, wykonanie dokumentacji projektowej nowego odcinka kolei linowej na trasie Stadion – Planetarium (Etap I) oraz wykonanie robót budowlanych dla odcinka kolei linowej między stacjami Stadion – Planetarium (Etap II) dla zadania pod nazwą „Budowa odcinka kolei linowej na trasie Stadion – Planetarium na terenie Parku Śląskiego w Chorzowie". Inwestycja polega na budowie linii kolei linowej na trasie Stadion – Planetarium, rozbudowie stacji Stadion oraz rozbudowanie stacji Planetarium, a także wykonaniu koncepcji architektonicznej i wykonaniu projektu budowy nowego odcinka kolei linowej na trasie Stadion – Planetarium. Przedmiot umowy ma zostać wykonany przez wybranego wykonawców w dwóch etapach:

− Etap I – wykonanie koncepcji architektonicznej i dokumentacji technicznej oraz uzyskanie wszystkich niezbędnych prawomocnych decyzji administracyjnych, w tym prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę,

− Etap II – wykonanie robót budowlanych.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ.

W rozdziale VI ust. 2 pkt 4 ppkt 1 SWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej lub zawodowej przewidując, że:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat (liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – wykonał należycie w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej:

a) jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu budowy / przebudowy / rozbudowy obiektów kubaturowych o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 300 m^2 w ramach jednej umowy,

b) dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego o długości nie mniejszej niż 900 m długości każda, lub dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego o łącznej długości nie mniejszej niż 1800 m długości, przy czym długość jednej kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego nie może być mniejsza niż 400,

c) dwa projekty kolei linowych lub wyciągów narciarskich o długości min. 900 m każdy, lub dwa projekty kolei linowych lub wyciągów narciarskich o łącznej długości min. 1800 m, przy czym długość jednej kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego nie może być mniejsza niż 400 m.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że przedmiotowe projekty miały zostać zakończone uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę w zakresie budowy / przebudowy / rozbudowy kolei linowych i/lub wyciągów narciarskich.

W rozdziale VIII SWZ Zamawiający dopuścił polegania przez wykonawców na zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 3 SWZ wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby składa wraz ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia (Załącznik nr 2 do Formularza Ofertowego) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

1) Odwołujący na kwotę 62 967 030 zł 91 gr,

2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ARCO System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oświęcimiu i INTRAVI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bielsku-Białej na kwotę 68 953 964 zł 69 gr,

3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MALKOW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zakopanem, wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.S. Strong-Bud z siedzibą w Poroninie i LEITNER AG / S.P.A. z siedzibą w Vipiteno na kwotę 72 658 889 zł 00 gr.

Odwołujący w złożonym przez siebie Formularzu Ofertowym poinformował Zamawiającego, że prace projektowe, uzgodnienia i nadzór powierzy podwykonawcy Pracowania Projektowa ARCHEX Spółka Cywilna A.L., W.Ł., natomiast prace związane z technologią kolei linowej powierzy firmy Doppelmayr Polska.

W dniu 15 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W dniu 27 grudnia 2023 roku Odwołujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe oraz nowe zobowiązane podmiotu trzeciego (bez żadnego wezwania ze strony Zamawiającego), tj. firmy Doppelmayr Polska dla zakresu związanego z posiadaniem doświadczenia w zakresie wykonania zamówień polegających na wykonaniu dokumentacji projektowych kolei linowych lub wyciągów narciarskich. Jednocześnie Odwołujący zrezygnował z udziału przy realizacji zamówienia przez uprzednio wskazanego podwykonawcę, tj. Pracownię Projektową ARCHEX Spółka Cywilna A.L., W.Ł.. Nowo wskazany podwykonawca – firma Doppelmayr Polska w zobowiązaniu z dnia 22 grudnia 2023 r. oświadczyła, że udostępnia Odwołującemu swoje następujące zasoby: 1) doświadczenie w zakresie wykonania zamówień polegających na wykonaniu kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego, 2) dysponowanie osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia: specjalista/ekspert technologii urządzeń transportu linowego, 3) doświadczenie w zakresie wykonania zamówień polegających na wykonaniu dokumentacji projektowych kolei linowych lub wyciągów narciarskich. Firma Doppelmayr

Polska oświadczyła ponadto, że swoje zdolności techniczne i zawodowe w tym zakresie udostępnia uczestniczą bezpośrednio przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres jego realizacji. Odwołujący złożył również Zamawiającemu referencje wystawione firmie Doppelmayr Polska przez Kolej Gondolowa Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna z siedzibą w Krynicy-Zdroju i Ośrodek Narciarski Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białce Tatrzańskiej.

Następnie Zamawiający w dniu 5 stycznia 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonego wykazu robót, tj. czy firma Doppelmayr Polska wykonała faktycznie całościowy projekt kolei linowej krzesełkowej Remiaszów dla Ośrodka Narciarskiego Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także czy wykonała faktycznie projekt kolei linowej krzesełkowej Trasa nr 6 dla Kolei Gondolowej Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna. W odpowiedzi z dnia 9 stycznia 2024 r. Odwołujący potwierdził, że firma Doppelmayr Polska była wykonawcą projektów wskazanych inwestycji, a dodatkowo na dowód tego załączył w odniesieniu do Kolei linowo-krzesełkowej Remiaszów – umowę zawartą przez firmę Doppelmayr Polska z Ośrodkiem Narciarskim Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z której treści wynika, że *„Roboty (…) będą realizowane w oparciu o (…) sporządzone przez wykonawcę i na jego koszt projekty architektoniczo-budowlane (…)”* i w odniesieniu do Kolei linowo-krzesełkowej Trasa nr 6 – protokół końcowego odbioru robót, z którego treści wynika, że umowa obejmowała zaprojektowanie i wykonanie kolei linowej nr 6 wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

W dniu 19 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez Odwołującego przyznając jej 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zakwestionował jeden z wykonawców wnosząc w dniu 29 stycznia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Sprawa została zarejestrowana w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygn. akt KIO 312/24. Następnie odwołanie to zostało cofnięte w dniu 12 lutego 2024 r., niemniej z uwagi na podniesione w nim zarzuty Zamawiający nabrał wątpliwości czy firma Doppelmayr Polska posiada niezbędne doświadczenie referencyjne w zakresie wykonania zamówień polegających na wykonaniu dokumentacji projektowych kolei linowych lub wyciągów narciarskich i w dniu 14 lutego 2024 r. dokonał unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz przystąpił do powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Następnie Zamawiający w dniu 22 lutego 2024 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia złożonego wykazu robót, albowiem – jak stwierdził – w toku postępowania otrzymał częściowy projekt kolei linowych Remiaszów i Trasa nr 6, z których „tabelek” wynikało, że projektantem była firma Doppelmayr Austria oraz firma Innova Patent GmbH z Wolfurtu w Austrii, wobec czego Zamawiający zażądał wyjaśnienia czy firma Doppelmayr Polska faktycznie wykonała samodzielnie projekty kolei linowych krzesełkowych Remiaszów i Trasa nr 6 czy korzystała w tym zakresie z podwykonawców.

W odpowiedzi z dnia 1 marca 2024 r. Odwołujący podał, że firma Doppelmayr Polska przy realizacji zadań korzystała z usług podwykonawców. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że firma Doppelmayr Polska była wykonawcą dokumentacji projektowej dla Ośrodka Narciarskiego Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Podobnie było w przypadku realizacji zadania związanego z linią krzesełkową Trasy nr 6 dla Kolei Gondolowej Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej,*„Wykonawca ma prawo uznawać roboty wykonywane przez swoich podwykonawców za roboty własne, skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie, w jego imieniu, a wykonawca zlecający te roboty odpowiada za nie jak za swoje. Ma prawo wykazywać te roboty jako swoje doświadczenie”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2343/17), a także, że wykonawca,*„jest uprawniony do tego, aby powoływać zdobyte w ramach tego zadania doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac […] realizował przy pomocy podwykonawcy, który realizował je pod jego nadzorem”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 270/21). Na tej podstawie Odwołujący stwierdził, że nie ma przeszkód formalnoprawnych, aby uznać doświadczenie firmy Doppelmayr Polska za wystarczające na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że odrzucił najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, gdyż została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uzasadnił, że po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu ponownie dokonał badania oferty oraz wezwał wykonawcę do wyjaśnienia czy faktycznie wykonał samodzielnie projekty czy korzystał w tym zakresie z podwykonawców. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że firma Doppelmayr Polska przy realizacji zadań korzystała z usług podwykonawców, tj. Doppelmayr Seilbahnen GmbH z Austrii, a następnie koordynował i nadzorował prace projektowe dla

budowy kolei linowej krzesełkowej Remiaszów (inwestor: Ośrodek Narciarski Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz kolei linowej krzesełkowej Trasa nr 6 (inwestor: Kolej Gondolowa Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna). Zamawiający uzasadnił, że na gruncie obecnej ustawy faktycznym udostępniającym zasoby w tym przypadku powinien być Doppelmayr Seibahnen GmbH z Austrii oraz ewentualnie drugi wskazany podmiot, tj. Pracownia Projektowa ARCHEX Spółka Cywilna A.L., W.Ł. a nie firma Doppelmayr Polska. Zgodnie z orzecznictwem zapadłym na gruncie aktualnej ustawy w wyroku z dnia 26 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 1027/21) Izba uznała, że doradztwo i konsultacje oraz nadzór nad marginalną częścią zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby nie są wystarczające do uznania, że podmiot ten przekazuje swoje doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że samo wydawanie opinii, stałe doradztwo dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia czy wsparcie merytoryczne stanowi zaledwie znikomą część zamawianej usługi nadzoru budowlanego, stąd przewidywany udział podmiotu trzeciego nie stanowi realnego udziału w realizacji zamówienia. Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 334/22) można przeczytać, że zobowiązanie się podmiotu użyczającego zasoby jedynie do udzielenia doradztwa i konsultacji nie jest wystarczające do tego, by wykazać, że przystępujący ma realny dostęp do zasobów ww. podmiotu i że w efekcie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle art. 118 ust. 2 ustawy PZP dla wykazania realnego dostępu do zasobów danego podmiotu niezbędne jest, aby podmiot ten zobowiązał się do zrealizowania tych robót lub usług, które są wymagane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w praktyce sprowadza się najczęściej do zobowiązania się do podwykonawstwa. Skoro podmiot użyczający przystępującemu zasobów zobowiązał się jedynie do doradztwa i konsultacji, to zobowiązanie takie należy uznać za wadliwe, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że podwykonawstwo polega na wykonaniu określonej części usług/robót i nie można uznać, że poprzez bliżej nieokreślone konsultacje i doradztwo podmiot udostępniający zasoby wykonuje usługi/roboty, do których potrzebne jest doświadczenie wymagane w warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego to podmiot wskazany na projektach, który był ich faktycznym wykonawcą, powinien być wskazany jako udostępniający zasoby.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ oferty niepodlegające odrzuceniu przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna i uznała, że część z podniesionych w odwołaniu zarzutów ewentualnych oraz zarzut wynikowy dotyczący naruszenia art. 16 ustawy PZP zasługują na uwzględnienie.

We wniesionym odwołaniu skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

− art. 16 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, który stwierdza, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny,

− art. 118 ust. 2 ustawy PZP – mówiący, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane,

− art. 122 ustawy PZP – który stanowi, że 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,

− art. 128 ust. 1 ustawy PZP – stwierdzający, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,

− art. 128 ust. 4 ustawy PZP – w świetle którego 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,

− art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP – zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

− art. 255 pkt 3 ustawy PZP – który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z powodu przekroczenia przez cenę oferty najkorzystniejszej kwoty, którą Park Śląski Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej, była przedwczesna.

Zasadne jednak okazały się zarzuty ewentualne odwołania, tj. zarzuty nr 3 i nr 5, nie zaś postawione jako podstawowe zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania.

W rozdziale VI pkt 4.1 lit. c SWZ w zakresie zdolności technicznej oraz zdolności zawodowej Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący realizacji dwóch projektów kolei linowych lub wyciągów narciarskich o długości minimum 900 m każdy, lub dwóch projektów kolei linowych lub wyciągów narciarskich o łącznej długości minimum 1800 m, przy czym długość jednej kolei linowej lub wyciągu krzesełkowego nie może być mniejsza niż 400 m. Zamawiający zastrzegł też, że projekty te miały zostać zakończone uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę w zakresie budowy / przebudowy / rozbudowy kolei linowych i / lub wyciągów narciarskich.

Celem wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący najpierw posłużył się doświadczeniem podwykonawcy Pracowni Projektowej ARCHEX Spółka Cywilna A.L., W.Ł., by następnie samoczynnie bez inicjatywy instytucji zamawiającej, dokonać podmienienia tego podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot, tj. firmę Doppelmayr Polska. Jednocześnie w wykazie robót powołał się na zadania wykonane przez tą firmę na rzecz Ośrodka Narciarskiego Kotelnica Białczańska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Kolei Gondolowej Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna. Do wykazu robót zostały załączone referencje od tych inwestorów, które potwierdzały zaangażowanie firmy Doppelmayr Polska w realizację budowy dwóch kolei linowych z krzesłami w Remiaszowie oraz kolei linowej krzesełkowej w Jaworzynie Krynickiej (tzw. „Trasa nr 6"). W toku procedury wyjaśniającej, wobec zaistniałych wątpliwości co do wykonawstwa dokumentacji projektowej przez firmę Doppelmayr Polska na rzecz Ośrodka Narciarskiego Kotelnica Białczańska i Kolei Gondolowej Jaworzyna, Zamawiający uzyskał od Odwołującego niebudzące wątpliwości interpretacyjnych potwierdzenie, że prace projektowe w ramach tych zadań wykonała jednak firma podwykonawcza, tj. Doppelmayr Seilbahnen GmbH z Austrii, natomiast firma Doppelmayr Polska jedynie koordynowała i nadzorowała prace projektowe.

W ocenie Izby z powyższego wynika, że podmiot udostępniający Odwołującemu swoje zasoby w postaci doświadczenia w zakresie realizacji dwóch projektów kolei linowych lub wyciągów narciarskich, tj. firma Doppelmayr Polska nie zdobyła samodzielnie wymaganego doświadczenia, skoro główny ciężar wykonania prac projektowych sama scedowała na swojego podwykonawcę, a ona była odpowiedzialna jedynie za koordynację i nadzór nad tymi pracami. W tej sytuacji nie sposób uznać, aby zobowiązanie firmy Doppelmayr Polska załączone do oferty Odwołującego potwierdzało, że stosunek prawny łączący Odwołującego z tym podmiotem trzecim gwarantował mu rzeczywisty dostęp do doświadczenia podwykonawcy tak, jak wymaga tego art. 118 ust. 4 ustawy PZP.

Z tego też względu nie mógł zostać uwzględniony zarzut nr 1 odwołania i będący jego następstwem zarzut nr 2 odwołania. Niemniej samo odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 4.1. lit. c SWZ, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku wystarczających środków do przeznaczenia ich na ofertę z najkorzystniejszą ceną, przy jednoczesnym braku możliwości jej zwiększenia przez Zamawiającego, jest przedwczesne, stąd też zasadne okazały się zarzuty ewentualne nr 3 i nr 5 odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała Zamawiającemu, aby unieważnił czynność unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego i równocześnie aby uczynił zadość regulacji art. 122 ustawy PZP poprzez zażądanie od Odwołującego zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem albo aby Odwołujący wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI pkt 4.1 lit. c

SWZ.

Za zasadny Izba uznała także zarzut nr 6 odwołania dotyczący naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy PZP, albowiem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uczynił to pochopnie, pomijając regulację art. 122 ustawy PZP, przez co należy stwierdzić, że w tym zakresie działał nieprzejrzyście podejmując czynności w postępowaniu.

Jeśli chodzi o zarzut nr 5 odwołania dotyczący naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP, to Izba uznała, że ewentualne dalsze prowadzenie procedury wyjaśniającej byłoby zbyteczne
z uwagi na jednoznaczne potwierdzenie przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach z dnia
1 marca 2024 r., że firma Doppelmayr Polska nie wykonała jednak samodzielnie wymaganych warunkiem udziału w postępowaniu określonym w rozdziale VI pkt 4.1 lit. c SWZ prac projektowych na rzecz inwestorów Ośrodka Narciarskiego Kotelnica Białczańska Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością i Kolei Gondolowej Jaworzyna Krynicka Spółka Akcyjna.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie 2 z 3 zarzutów ewentualnych oraz zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 ustawy PZP Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot 3/4 poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. kwotę 16 795 zł 75 gr (słownie: szesnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..