

POSTANOWIENIE
z dnia 16 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **16 czerwca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 kwietnia 2021 r.** przez **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze** na rzecz zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do **art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy** z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt:KIO 1271/21

Uzasadnienie

Argumentacja odwołującego

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom wszczął postępowanie na roboty budowlane, dostawy, usługi w trybie podstawowym pod nazwą »Budowa pompowni głównego odwadniania na poz. 250 m dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”«.

17.02.2021 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 2021/BZP 7982/21.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) (dalej NPzp).

23.04.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze**.

28.04.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Hutnicza 2 41-709 Ruda Śląska [pełnomocnik], [2] Sevitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Leopolda 29, 40-189 Katowice, [3] Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze ul. Szczęść Boże 21 A, 41-800 Zabrze** (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit.

a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego;
- ograniczeniu liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji pomimo rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji;
- zaniechaniu badania i oceny ofert wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji;
- zaniechaniu badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej;
- ograniczeniu liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Universal Energy Sp. z o.o.;
- zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [1] Przedsiębiorstwo

Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA Spółka Akcyjna i [2] KLIMER Sp. z o.o. do złożenia pełnomocnictwa upoważniającego Panią E. G. do działania w imieniu obu tych wykonawców;

-zakwalifikowanie i zaproszenie do negocjacji wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA Spółka Akcyjna i KLIMER Sp. z o.o. oraz zaproszenie tych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1)art. 289 ust. 2 i art. 287 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 289 ust. 1 i ust. 5 NPzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że zamawiający zrezygnował z negocjacji i nie skierował do pozostałych wykonawców zaproszenia do negocjacji, o którym mowa w art. 289 ust. 5 NPzp;
- 2)art. 288 ust. 1 i art. 287 ust. 3 oraz art. 289 ust. 1 i 2 w zw. z art. 275 pkt 2 NPzp przez skorzystanie przez zamawiającego z prawa ograniczenia liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji pomimo rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji i w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji, podczas gdy z treści przywołanych przepisów wynika, że zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia liczby wykonawców jeżeli z możliwości przeprowadzenia negocjacji nie korzysta;
- 3)art. 289 ust. 1 i art. 287 ust. 3 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 NPzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do negocjacji, pomimo że zgodnie z przywołanymi przepisem negocjacja podlegają ofercie, które nie podlegały odrzuceniu;
- 4)art 308 ust. 1 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 NPzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający może poprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzeniem aukcji elektronicznej wówczas gdy złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu;
- 5)art. 308 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 oraz art. 289 ust. 2 NPzp przez ograniczenie liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że przywołane przepisy takiej możliwości nie przewidują;
- 6)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 18 NPzp w zw. z art. 266 i art. 281 ust. 2 pkt 12 NPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o., mimo że wykonawca Universal Energy Sp. z o.o. nie złożył wymaganego dokumentu, tj. oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej i zapoznaniu się z dokumentami (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) potwierdzonego przez przedstawiciela zamawiającego, oraz mimo że oferta wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. została złożona bez odbycia wizji lokalnej i zapoznania się z dokumentami niezbędnymi do realizacji zamówienia dostępnymi na miejscu u zamawiającego, czego zamawiający wymagał w punkcie 4.4 SWZ, ewentualnie naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 NPzp w zw. z art. 266 NPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej i sprawdzeniu dokumentów (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) potwierdzonego przez przedstawiciela zamawiającego;
- 7)art. 287 ust. 3, art. 289 ust. 1 i art. 308 ust. 1 NPzp przez zakwalifikowanie i zaproszenie do negocjacji wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. oraz zaproszenie tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;
- 8)art. 128 ust. 1 NPzp w związku z art. 266 NPzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. i KLIMER sp. z o.o. do złożenia pełnomocnictwa upoważniającego Panią E. G. do działania w imieniu obu tych wykonawców, mimo że pełnomocnictwo załączone do oferty upoważnia Panią E. G. do reprezentowania jedynie spółki Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A.;
- 9)art. 287 ust. 3, art. 289 ust. 1 i art. 308 ust. 1 NPzp przez zakwalifikowanie i zaproszenie do negocjacji wykonawców Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. i KLIMER sp. z o.o. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oraz zaproszenie tych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, bez uprzedniego wezwania tych wykonawców do złożenia pełnomocnictwa upoważniającego Panią E. G. do działania w imieniu obu tych wykonawców;
- 10)art. 16 pkt 1 NPzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co było konsekwencją naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów prawa, a co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości;
- 2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegających na zakwalifikowaniu wykonawców do negocjacji, odrzuceniu oferty odwołującego, ograniczeniu kręgu wykonawców uczestniczących w dalszych etapach postępowania i zaproszeniu wykonawców do aukcji elektronicznej;
- 3)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w szczególności:
 - a)wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. i KLIMER sp. z o.o. do złożenia pełnomocnictwa upoważniającego Panią E. G. do działania w imieniu obu tych wykonawców;
 - b)odrzucenia oferty wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o., ewentualnie wezwania wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. do przedłożenia oświadczenia, że wykonawca Universal Energy Sp. z o.o. odbył wizję lokalną i zapoznał się z dokumentacją postępowania (załącznik nr 7 do formularza ofertowego), potwierdzonego przez przedstawiciela zamawiającego,
 - c)zbadania wszystkich złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia ofert określonych w art. 226 NPzp;
- 6)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa pompowni głównego odwadniania na poz. 250 m dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 NPzp).

Sposób przeprowadzenia negocjacji został przez zamawiającego określony w pkt 22 SWZ, zgodnie z którym:

„22.1. Zamawiający zaprosi do negocjacji maksymalnie 5 Wykonawców, którzy złożą oferty niepodlegające

odrzuconiu najwyższej ocenionych wg kryterium określonego w pkt 21 (tj. cena).

22.2. Zgodnie z art. 289 ust. 2 NPzp ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą.

22.3. Termin rozpoczęcia negocjacji będzie wynosił nie mniej niż 5 dni od dnia zaproszenia.

22.4. Po negocjacjach wykonawca może złożyć ofertę dodatkową zawierającą nową propozycję cenową.

22.5. Zamawiający oceni ofertę dodatkową”.

Z kolei w pkt 23.1 SWZ zamawiający – w celu wyboru najkorzystniejszej oferty – przewidział możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej, określając zarazem warunki jej przeprowadzenia. I tak Zamawiający przyjął:

„23.1.1. Po dokonaniu badania złożonych ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty dodatkowe niepodlegające odrzuceniu lub co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu gdy zamawiający zrezygnował z negocjacji,

23.1.2. w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium ofert — zgodnie z postanowieniami w SWZ — w toku aukcji licytowana będzie tylko cena,

23.1.3. sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji,

23.1.4. w trakcie aukcji każdemu wykonawcy udostępniany jest: numer porządkowy przydzielony jego ofercie, aktualna pozycja w rankingu ofert, wysokość ceny najkorzystniejszej, wysokość postąpienia, które wykonawca powinien dokonać w celu złożenia najkorzystniejszej oferty przy uwzględnieniu zaoferowanych przez niego pozostałych kryteriów oceny ofert, czas pozostały do zakończenia aukcji,

23.1.5. aukcja trwa 20 minut. Złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie ostatnich 10 minut aukcji wydłuża ją o 10 minut dogrywki. Złożenie co najmniej 1 postąpienia w trakcie dogrywki wydłuża czas aukcji o kolejną 5minutową dogrywkę. Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do liczby dogrywek,

23.1.6. gdzie postąpienie zostanie określone na poziomie nie mniejszym niż 0,1 % ceny całkowitej ceny brutto, określonej w ofercie ocenionej jako najkorzystniejsza”.

Dowód: SWZ i zmiana treści SWZ z 3.03.2021 r.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym odwołujący.

Dowód: protokół z przebiegu postępowania – informacja z otwarcia ofert z 16.04.2021 r.

23.04.2021 r. odwołujący otrzymał informację o:

- wykazie wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,

-odrzuconiu oferty odwołującego, w oparciu o przepis art. 289 ust. 2 NPzp (zamawiający sklasyfikował bowiem ofertę odwołującego na 6 pozycji, a SWZ przewidywała, że do negocjacji zamawiający zaprosi 5 wykonawców),

-zakwalifikowaniu do negocjacji wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone,

-rezygnacji zamawiającego z przeprowadzenia negocjacji,

-przeprowadzeniu przez zamawiającego aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód: zawiadomienie z 23.04.2021 r.

Zgodnie z przepisami art. 275 pkt 2 i art. 287 ust. 1 NPzp dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w wariantcie II zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość lub nie przeprowadzać negocjacji w przypadku, gdy złożone oferty w wystarczającym stopniu odpowiadają jego potrzebom. Jeżeli zamawiający rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji, wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (art. 287 ust. 1 NPzp).

W przypadku prowadzenia postępowania w trybie art. 275 pkt 2 NPzp zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3 (art. 288 ust. 1 NPzp). Wówczas zamawiający wskazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podaje maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert (art. 288 ust. 2 NPzp).

Prawo ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji aktualizuje się zatem wyłącznie w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu negocjacji. Z przepisu art. 288 ust. 1 NPzp wynika wprost, że zamawiający może przeprowadzić preselekcję w celu ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji. Odstąpienie przez zamawiającego od możliwości przeprowadzenia negocjacji skutkuje zatem wyłączeniem prawa do ograniczenia liczby wykonawców. W takim przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dokonuje spośród niepodlegających odrzuceniu ofert (na podstawie art. 226 NPzp) złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, przy czym wybór oferty może zostać poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli zostały spełnione warunki określone w art. 308 NPzp. Wobec powyższego, odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji, w sytuacji rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji skutkowało naruszeniem wskazanych wyżej przepisów.

Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji, pomimo że wykonawców zakwalifikowanych do udziału w negocjacjach do negocjacji faktycznie nie zaprosił. Zamawiający dokonał jedynie prekwalfikacji wykonawców, w celu ograniczenia ich liczby, natomiast nie skierował do tak wybranych wykonawców zaproszenia do negocjacji, o którym mowa w art. 289 ust. 5 NPzp. W konsekwencji powyższego braku, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego na podstawie art. 289 ust. 2 NPzp.

Działanie zamawiającego, który z jednej strony ogranicza liczbę wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji, a z drugiej strony rezygnuje z możliwości przeprowadzenia negocjacji i korzysta z możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, doprowadziło do sytuacji, w której do udziału w aukcji elektronicznej zaproszono ograniczony krąg wykonawców, wyselekcjonowany w sposób określony w art. 288 NPzp oraz pkt 22 SWZ.

Przepisy regulujące możliwość oraz warunki przeprowadzenia aukcji elektronicznej (art. 308 NPzp) nie zawierają tożsamy do art. 288 NPzp przepisów dotyczących możliwości prekwalfikacji wykonawców. Przepisy te nie odwołują również do treści art. 288 NPzp. Wobec tego, nic jest możliwym przeprowadzenie aukcji elektronicznej, po uprzednim ograniczeniu liczby wykonawców w trybie art. 288 NPzp, w przypadku gdy zamawiający z prawa do przeprowadzenia negocjacji nie korzysta. Prawo prekwalfikacji zostało przez ustawodawcę przewidziane jedynie dla ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i nie można ich stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej.

Przepisy te znajdują również odzwierciedlenie w postanowieniach SWZ (gdzie zamawiający wyraźnie wskazuje, że w przypadku rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji do udziału w aukcji elektronicznej, po dokonaniu badania złożonych ofert, zaprosi wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (pkt 23.1.1 SWZ).

Dlatego też, postępowanie zamawiającego, który rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji i decyduje o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, wyłączając z udziałem wykonawców określonych na podstawie art. 288 NPzp, uznać należy za bezpodstawne. Takie działanie zamawiającego, prowadzi nadto do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 308 NPzp aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W związku z tym celem ustalenia czy w postępowaniu zostały spełnione przesłanki warunkujące przeprowadzenie aukcji elektronicznej, zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, w tym m.in. pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego zaniechał. Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do ustalenia czy w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty przewidziane w art. 226 NPzp. Zamawiający dokonał li tylko ograniczenia liczby wykonawców, w oparciu o przepis art. 288 NPzp, co z kolei było niedopuszczalne wobec rezygnacji przez Zamawiającego z możliwości przeprowadzenia negocjacji.

Przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, w tym m.in. kwalifikacji podmiotowej wykonawców (pod kątem przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 226 ust. 1 pkt 2 NPzp) zamawiający zobligowany był również dokonać przy wyborze wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do negocjacji i to przed skorzystaniem przez zamawiającego z prawa prekwalfikacji wykonawców, czego również zamawiający nie uczynił.

Obowiązek ten wynikał z art. 289 NPzp, zgodnie z którym zaproszenie do negocjacji może być wystosowane wyłącznie do tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu oraz jeżeli przewidziane zostało ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do udziału w negocjacjach zostali do nich zakwalifikowani w procedurze określonej przez zamawiającego zgodnie z art. 288 NPzp.

Obowiązek ten wynikał także z treści art. 287 ust. 3 NPzp, który zobowiązuje zamawiającego do powiadomienia zarówno o wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone, jak i o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a dodatkowo o wykonawcach, którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji.

Z zestawienia przepisów art. 287 ust. 3 i art. 289 ust. 1 NPzp wynika zatem jednoznacznie, że prekwalfikacja wykonawców do negocjacji, a następnie zaproszenie do negocjacji, wymagają uprzedniego zbadania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia. Prekwalfikacji mogą bowiem zostać poddani wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone w oparciu o treść przepisu art. 226 ust. 1 NPzp.

Jako, że przepisy art. 287 ust. 3, art. 288 ust. 1 i art. 308 ust. 1 NPzp wymagają od zamawiającego uprzedniego zbadania ofert pod kątem przesłanek do odrzucenia ofert, a przesłanki te dotyczą również braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający na podstawie przepisu art. 126 ust. 2 NPzp powinien wezwać wszystkich wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, czego także zaniechał.

Z tych też względów, działanie zamawiającego, uznać należy za nieprawidłowe, sprzeczne z treścią art. 308, art. 287 ust. 3, art. 288 ust. 1 NPzp.

Podsumowując odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 289 ust. 2 NPzp, mimo że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia oferty określone w tym przepisie. Zamawiający zrezygnował bowiem z przeprowadzania negocjacji i nie zaprosił wykonawców do udziału w negocjacjach, nie ma zatem miejsca sytuacja, że odwołujący nie został zaproszony do negocjacji.

Zamawiający dokonał prekwalfikacji wykonawców w sposób wadliwy, tj. wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ofert, bez badania, czy oferty wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 NPzp, w tym bez wezwania wykonawców do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych.

Wadliwa prekwalfikacja dokonana przez zamawiającego skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców uczestniczących w dalszych etapach postępowania, w szczególności w aukcji, mimo że przepisy uprawniają zamawiającego do ograniczenia kręgu wykonawców wyłącznie, jeżeli zamierza przeprowadzić negocjacje.

Zamawiający zaprosił do aukcji wykonawców bez badania, czy oferty wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 NPzp, w tym bez wezwania wykonawców do przedstawienia dokumentów podmiotowych.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, odwołujący wskazał:

Zgodnie z pkt 4.4 SWZ zamawiający, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymagał przeprowadzenia wizji lokalnej i zapoznania się z dokumentami niezbędnymi do realizacji zamówienia dostępnymi na miejscu u zamawiającego. Po zmianie tego punktu SWZ w dniu 23.02.2021 r. termin wizji lokalnej wyznaczono na 2.03.2021 r. Wykonawcy zostali zobowiązani do potwierdzenia odbycia wizji lokalnej i zapoznania się z dokumentami niezbędnymi do realizacji zamówienia przez przedstawiciela zamawiającego. Wzór tego oświadczenia określał załącznik nr 7 do druku „FORMULARZ OFERTOWY”.

Zgodnie z pkt 4.4 SWZ jak i treścią załącznika nr 7, odbycie wizji lokalnej i zapoznanie się z dokumentami miało zostać potwierdzone przez przedstawiciela zamawiającego.

Z analizy ofert poszczególnych wykonawców, wynika, że wykonawca Universal Energy Sp. z o.o. załączył do oferty oświadczenie (załącznik nr 7 do formularza ofertowego), że 2.03.2021 r. odbył wizję lokalną i zapoznał się z dokumentacją postępowania, oświadczenie to nie zostało jednak potwierdzone przez przedstawiciela zamawiającego.

Dowód oświadczenia wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) SWZ oraz zmiana treści SWZ z 23 lutego 2021 r.

Oświadczenia wszystkich pozostałych wykonawców dotyczące odbycia 2.03.2021 r. wizji lokalnej i zapoznania się z dokumentacją zostały potwierdzone przez przedstawiciela zamawiającego.

Dowód: oświadczenia pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, z wyjątkiem wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. (załącznik nr 7 do formularza ofertowego)

Odwołujący stwierdził, że w zaistniałej sytuacji należy przyjąć, że wykonawca Universal Energy Sp. z o.o., wbrew obowiązkowi określonemu w pkt 4.4 SWZ, nie odbył wizji lokalnej i nic zapoznał się z dokumentacją. Jego oferta powinna zatem zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 18 NPzp.

Oferta wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c NPzp, ponieważ wykonawca Universal Energy Sp. z o.o. nie złożył wymaganego dokumentu, tj. oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej i zapoznaniu się z dokumentami (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) potwierdzonego przez przedstawiciela zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona bez wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia z załącznika nr 7 do formularza ofertowego, zawierającego potwierdzenie przez przedstawiciela zamawiającego odbycia wizji i zapoznania się z dokumentami przez wykonawcę. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 128 ust. 1 NPzp, jeżeli wykonawca nie złożył 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 oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

W ocenie odwołującego brak potwierdzenia przez przedstawiciela zamawiającego na załączniku nr 7 do formularza ofertowego, że wykonawca odbył wizję i zapoznał się z dokumentami, oznacza, że wykonawca tych czynności nie wykonał. Czynności tych nie można powtórzyć po złożeniu oferty, w konsekwencji braku powyższego nie da się naprawić na obecnym etapie postępowania i oferta wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona.

Na wypadek jednak, gdyby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej było odmienne, odwołujący zarzuca naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 128 ust. 1 NPzp w związku z art. 266 NPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. o odbyciu wizji lokalnej i sprawdzeniu dokumentu (załącznik nr 7 do formularza ofertowego) potwierdzonego przez przedstawiciela zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 289 ust. 1 NPzp, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2 NPzp, zamawiający może zaprosić wykonawców do negocjacji złożonych ofert, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu. Zamawiający uprzednio informuje wykonawców m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (art. 287 ust. 3 NPzp). Natomiast stosownie do art. 308 ust. 1 NPzp, zamawiający może przewidzieć w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Kwalifikacja i zaproszenie do negocjacji oraz zaproszenie do aukcji wymaga zatem zbadania przez zamawiającego, czy wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty określone w przepisie art. 226 NPzp.

Oferta wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. podlega odrzuceniu. Zakwalifikowanie tego wykonawcy i zaproszenie go do aukcji nastąpiło zatem z naruszeniem wskazanych przepisów NPzp.

Gdyby bowiem przyjąć, że brak w oświadczeniu wykonawcy Universal Energy Sp. z o.o. podlegał uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 NPzp w związku z art. 266 NPzp, zakwalifikowanie tego wykonawcy i zaproszenie go do negocjacji i aukcji naruszałyby przepisy art. 287 ust. 3, art. 289 ust. 1 i art. 308 ust. 1 NPzp, ponieważ czynności te nastąpiły bez uprzedniej weryfikacji, czy oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 18 NPzp.

Odnosząc się z kolei do oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA S.A. i KLIMER sp. z o.o. (zwane dalej łącznie „Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA”), którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia odwołujący podniósł:

Wykonawca KLIMER Sp. z o.o. udzielił wykonawcy PKiMSA CARBOAUTOMATYKA S.A. pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie. Pełnomocnictwo to umocowuje do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Ofertę w imieniu Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA podpisała Pani E. G. działająca na podstawie pełnomocnictwa udzielonego 8.04.2021 r. przez wykonawcę PKiMSA CARBOAUTOMATYKA S.A.

Zgodnie z treścią tego pełnomocnictwa, Przedsiębiorstwo Komplektacji i Montażu Systemów Automatyki CARBOAUTOMATYKA SPÓŁKA AKCYJNA, zwane w treści pełnomocnictwa „Spółką”, udzieliło Pani E. G. pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie. Pełnomocnictwo to upoważnia zatem wyłącznie do działania w imieniu PKiMSA CARBOAUTOMATYKA S.A. Pani E. G. nie jest natomiast uprawniona do reprezentowania KLIMER Sp. z o.o.

Dowód: - pełnomocnictwo udzielone Pani E. G. przez PKiMSA CARBOAUTOMATYKA S.A.

- pełnomocnictwo udzielone PKiMSA CARBOAUTOMATYKA S.A. przez Kliemr Sp. z o.o.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 128 ust. 1 NPzp, jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub 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. Zaniechanie wezwania Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla Pani E. G. narusza zatem przywołany przepis.

Zgodnie z przepisem art. 289 ust. 1 NPzp, w przypadku, o którym mowa w art. 25 pkt 2 NPzp, zamawiający może zaprosić wykonawców do negocjacji złożonych ofert, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu. Zamawiający uprzednio informuje wykonawców m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (art. 287 ust. 3 NPzp). Natomiast stosownie do art. 308 ust. 1 NPzp, zamawiający może przewidzieć w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Kwalifikacja i zaproszenie do negocjacji oraz zaproszenie do aukcji, jak odwołujący wskazał w pierwszej części uzasadnienia odwołania, wymaga zbadania przez zamawiającego, czy wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty określone w przepisie art. 226 NPzp.

Pani E. G., która złożyła ofertę w imieniu Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA nie jest upoważniona do reprezentowania wykonawcy KLIMER Sp. z o.o. W tej sytuacji zakwalifikowanie i zaproszenie Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA do negocjacji i aukcji naruszało przepisy art. 287 ust. 3, art. 289 ust. 1 i art. 308 ust. 1 NPzp, ponieważ czynności te nastąpiły bez uprzedniej weryfikacji, czy oferta Konsorcjum CARBOAUTOMATYKA nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 i pkt 4 NPzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.04.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.04.2021 r. (art. 524 NPzp). Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego na skutek wniesienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Na podstawie dokonanych ustaleń, w sprawie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba postanowiła odrzucić odwołanie, jako wniesione bez podstawy prawnej, to jest w sytuacji gdy to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie podlega ustawie NPzp.

O powyższym Izba orzekła, kwalifikując rozpoznawane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako zamówienie sektorowe w zakresie wydobycia węgla kamiennego, do którego stosuje się ustawę NPzp tylko wtedy gdy wartość zamówienia jest równa kwotom innym lub przekracza kwoty unijne, co wynika z art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

17.02.2021 r. zamawiający (Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom) zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 2021/BZP 7982/21. W związku z datą wszczęcia postępowania do postępowania należy stosować przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) (dalej NPzp).

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu

nieograniczonego jest »Budowa pompowni głównego odwadniania na poz. 250 m dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”«.

W BZP zamawiający nie podał wartości zamówienia jednak jest rzeczą bezsporną, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty unijne, o czym zamawiający powiadomił pismem z 4.05.2021 r. stwierdzając, że cyt. »Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 7 173 313,19 zł netto, co stanowi 1 680 208,28 euro w tym:

– przedmiotowe zamówienie: 4 178 255,52 zł netto co stanowi 978 674,61 euro

– wartość dostaw i usług oddanych przez Zamawiającego do dyspozycji Wykonawcy 2 995 057,67 zł netto, co stanowi 701 533,66 euro« [cytat w brzmieniu oryginalnym – przyp. Izby]. Kwoty te są zgodne z pismem zamawiającego z 26.11.2020 r. »Wyciężenie wartości zamówienia«, które to pismo znajduje się w dokumentacji.

Na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (17.02.2021 r.), zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M. P. poz. 11), próg unijny, cyt. »w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych – wynosi 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł« (tytuł III pkt 2 załącznika do obwieszczenia).

Zamawiający złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron wniosek cyt. z protokołu »o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp ze względu na to, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy«.

Izba na wniosek zamawiającego odrzuciła odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp, który to przepis brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy«.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy NPzp na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

W postępowaniu jest bezsporne, że ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych, a nie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a na prawidłowość zamieszczenia ogłoszenia w tym organie wskazuje też wartość zamówienia podana w protokole z postępowania prowadzonym przez zamawiającego.

W związku z tym Izba stwierdziła, że w przedmiotowe postępowanie nie kwalifikuje się do zamówień sektorowych z uwagi na wartość zamówienia, która nie dopuszcza do zakwalifikowania postępowania do procedury sektorowej, gdyż przepis wymaga co najmniej wartości równej kwotom wynikającym z art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 3 NPzp. Wartość przedmiotowego postępowania jest niższa, a ustawę stosuje się do udzielania zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym.

Kolejnymi przesłankami wymaganymi do zakwalifikowania rozpoznawanego zamówienia do zamówienia sektorowego jest rodzaj podmiotu, który udziela zamówienia oraz rodzaj prowadzonej przez ten podmiot działalności, co jest zdefiniowane w art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 4 pkt 7 NPzp. Art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są [...] zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4«, a art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp brzmi »Działalnością sektorową w zakresie [...] wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych«.

Zamawiający jest podmiotem, który został wymieniony ze względu na rodzaj oraz charakter prowadzonej działalności w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp. Przywołane przepisy w rozpoznawanej sprawie nakazywałyby stosowanie ustawy NPzp do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wydobywania węgla kamiennego – art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp, jednak nie zezwala na stosowanie ustawy NPzp wartość zamówienia, która jest zbyt niska, bo jest mniejsza niż wymaga tego przytoczony wcześniej art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp.

Ponadto zamówienie dotyczy wydobywania węgla kamiennego chociaż opiewa na budowę pompowni głównego odwadniania na poz. 250 m dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”. Jednak nie sposób przyjąć że przeznaczeniem samym w sobie jest odwodnienie jakiegokolwiek przestrzeni, ale tylko przestrzeni związanej z wydobywaniem węgla kamiennego, na co wskazuje cel cyt. »dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”«. Skrót KWK pochodzi od »Kopalnia Węgla Kamiennego«, co jest raczej powszechnie znanym faktem.

W ocenie Izby konkretny przedmiot zamówienia – »budowa pompowni głównego odwadniania na poz. 250 m« jest związany z wydobywaniem węgla kamiennego i jest związany z wydobywaniem kopalni ze złóż, a więc obejmuje podejmowanie, wykonywanie oraz zakończenie działalności w myśl art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1064, 1339 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 234, 784 i 914), który to przepis brzmi »Ustawa określa zasady i warunki podejmowania, wykonywania oraz zakończenia działalności w zakresie [...] wydobywania kopalni ze złóż«.

W związku z tym Izba stwierdza, że wydobywanie węgla kamiennego, obejmuje nie tylko sam proces wydobywania węgla kamiennego, ale również proces przygotowania do wydobywania, a nawet proces kończenia czyli likwidacji działalności w zakresie wydobywania kopalni ze złóż.

Z tego względu pojęcie wydobywania węgla kamiennego [art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp] nie można odczytywać wprost i w sposób zawężający, ale tak jak stanowi o tym podstawowy dla danej dziedziny akt prawny jakim jest w tym przypadku ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze. A więc wydobywaniem węgla w znaczeniu art. 1 ust. 1 pkt 2 przytoczonej ustawy podejmowanie, przygotowywanie, wykonywanie zabezpieczenie czy kończenie działalności, traktując to jako jedną, nierozdzielną całość działalności przedsiębiorstwa górniczego.

Skutkuje to stwierdzeniem Izby, że zamawiający stosuje próg wyznaczony w przytoczonym wyżej art. 3 ust. 1 pkt 2 NPzp.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji postanowienia odrzucając odwołanie na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe i wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przytoczonych wyżej przepisach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 w zw. a § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z dnia 31 grudnia 2020r. poz. 2437) zaliczając uiszczony wpis oraz zgłoszone przez zamawiającego poniesione wynagrodzenie pełnomocnika w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: