Sygn. akt: KIO 1493/21

WYROK

z dnia 15 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 r. przez wykonawcę **Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Hutnicza 5-9, 42-600 Tarnowskie Góry w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna**z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale wykonawcy **Green Gas DPB a.s., Spółka Akcyjna, Oddział w Polsce,** ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża **Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnowskich Górach, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1493/21

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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu(dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm. - dalej „ustawa Pzp"), którego przedmiotem jest: Wykonanie otworu wentylacyjnego między poziomami 340 m i 500 m dla SRK S.A. Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice-Wesoła I" Ruch „Mysłowice-Wesoła 1", numer referencyjny: ZP-MW-0015/20. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2021/BZP 00005446/01.

Zamawiający 14 maja 2021 r. drogą elektroniczną poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce.W terminie ustawowym wykonawca Śląskie Towarzystwo Wiertnicze DALBIS Spółka z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, z których jedna podlegała odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2)naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w szczególności nie wykazał się należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert lub w okresie krótszym, jeżeli okres prowadzenia działalności byłby krótszy, co najmniej jedną robotą lub robotami polegającymi na wierceniu otworu lub otworów z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150 m i nie przedłożył wymaganych dokumentów w tym zakresie;

3)naruszenie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 232 ust.1 w zw. z art.266 w zw. z art.281 ust.2 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej w sytuacji gdy po jej przeprowadzeniu wykonawca Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, który brał udział w aukcji i którego oferta uzyskała najniższą cenę nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, co powoduje, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu, a tym samym czynności aukcji elektronicznej okazała się nieważna.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)dopuszczenie dowodu z dokumentów powołanych w treści odwołania;

3)nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)unieważnienie czynności aukcji elektronicznej,

c)powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

d)odrzucenia oferty wykonawcy Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

e)przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym jako wykonawcą, który złożył w postępowaniu jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. przywołał treść postanowień SWZ dotyczących wymaganego warunku udziału w postępowaniu wskazując, iż Zamawiający wymagał, aby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca wykazał się należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą lub robotami polegającymi na:

-opracowanie projektu technicznego wraz z technologią wykonania otworu,

-wiercenie otworu lub otworów o średnicy co najmniej 1200mm i sumarycznej długości co najmniej 150 m,

-wiercenie otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 15Om,

-wykonanie orientacji geodezyjnej poziomej i pionowej wyrobisk górniczych

dla podziemnego zakładu górniczego o wartości minimum 2 500.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz robót budowlanych (dalej „wykaz robót"), sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ oraz dowody określające, że wymienione w nim roboty budowlane zostały wykonane najeżycie.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający po dokonaniu oceny ofert podjął decyzję o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej, w wyniku której oferta Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce uzyskała 100 pkt przy ostatecznej cenie ofertowej ustalonej w wyniku aukcji w wysokości 3.289.950,00 zł, zaś oferta Odwołującego uzyskała 99,70 pkt, przy ostatecznej cenie ofertowej ustalonej w wyniku aukcji w wysokości 3.299.949,00 zł. Zamawiający pismem z dnia 21.04.2021 r. znak l.dz. SRK/NZ/1246/21/JS wezwał wykonawcę Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce na podstawie art. 274 ust.2 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazanych wpkt.9.2. SWZ w terminie do dnia 26.04.2021 r. Po zapoznaniu się z treścią oferty Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce oraz dokumentami złożonymi przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że:

-Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce w oświadczeniu sporządzonym na wzorze zgodnym z załącznikiem nr 3 do SWZ zadeklarował wykonanie w okresie ostatnich 5 lat na rzecz Przedsiębiorstwa Górniczego „SILESIA" Sp. z o.o. m.in. „otworu pilotowego (nachylony – kierowany).- poszerzenie otworu wiertniczego dołowego - wentylacyjnego do średnicy 01219mm;

-na dowód wykonania deklarowanych robót wykonawca ten przedstawił protokół z przekazania otworu wielkośrednicowego oznaczonego jako OW/6/2017, protokół z przekazania otworu wielkośrednicowego oznaczonego jako TW/02/2019, protokół zdawczo - odbiorczy otworu wielkośrednicowego odwadniającego pom. poziomami I i IV oznaczonego jako TO-2385 oraz wyciągi z umów z Przedsiębiorstwem Górniczym „SILESIA" Sp. z o.o. dotyczących realizacji robót przy w/w otworach;

-z przedłożonych przez tego wykonawcę oświadczeń i dokumentów nie wynika, aby wykonane przez Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce prace na rzecz Przedsiębiorstwa Górniczego „SILESIA" Sp. z o.o. polegające na wykonaniu otworów spełniały określone przez Zamawiającego w pkt. 8.1.2. SWZ warunki tj. w szczególności, że przedmiotowe otwory wykonane zostały poprzez wiercenie z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150 m;

-z przedłożonych przez Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce dokumentów w żaden sposób nie wynika także, aby otwory wykonane przez tego wykonawcę dla Przedsiębiorstwa Górniczego „SILESIA" Sp. z o.o. były „otworami pilotowymi (nachylonymi - kierowanymi)", jak oświadczył ten wykonawca w treści złożonego wykazu robót, sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ. |

Odwołujący podał, że poinformował Zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach i zastrzeżeniach do oferty konkurenta. Zamawiający jednak uznał, iż wykonawca Green Gaś DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ocenie Odwołującego natomiast żaden ze złożonych w toku postępowania, przez tego wykonawcę dokumentów nie pozwala na uznanie, że wykonawca ten wykazał się należytym wykonaniem robót budowlanych, w tym co najmniej jedną robotą lub robotami polegającymi na wierceniu otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150m. Wykonawca ten w złożonym wykazie robót posługuje się określeniem „otwór nachylony - kierowany", które nie występuje w dokumentach złożonych na potwierdzenie wykonania robót, których realizacja w okresie ostatnich 10 lat stanowi warunek konieczny dla potwierdzenia spełnienia| warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej do wykonania przedmiotu zamówienia. Określenie „otwór nachylony - kierowany", którym posługuje się Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce w złożonych dokumentach, nie jest równoznaczne z wykonaniem otworu poprzez wiercenie z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150m, jak wymagał tego Zamawiający w ppkt 8.1.2 tiret trzecie SWZ.

Odwołujący stwierdził, że otwór nachylony jest to otwór zawiercony pod kątem i w praktyce wiertniczej nie jest rzadkości ani technologią unikalną. Taki otwór wg. definicji jest „otworem kierunkowym, który już w momencie rozpoczęcia wierceni ma nadany kierunek i stały kąt odchylenia osi otworu". Utrzymanie jednak trajektorii prostolinijnej w przypadku wierceni otworów ukośnych na odcinkach dłuższych niż kilkadziesiąt metrów, bez zastosowania wyposażenia kontrolującego sterującego trajektorią, nie jest możliwe. Pod pojęciem wiercenia z zastosowaniem systemu kierunkowego uznaje si użycie takiego wyposażenia przewodu wiertniczego, które pozwala na monitorowanie i korygowanie propagowane trajektorii otworu wiertniczego. Uzyskanie prostoliniowej trajektorii otworu, szczególnie otworu ukośnego, gdy nie podleg to kontroli człowieka, a w wyniku działania siły ciężkości przewodu wiertniczego występuje niezamierzona zmian trajektorii, nie zalicza się do wierceń z zastosowaniem systemu kierunkowego. Wiercenie z zastosowaniem system kierunkowego, którego wykazania żądał Zamawiający w ppkt 8.2.2 SWZ jest całkowicie odmiennym procesem, któ wymaga praktycznego użycia, w całym cyklu wiercenia, dedykowanego systemu kierunkowego, który umożliwi sterowanie trajektorią wiercenia na każdym etapie.

W ocenie Odwołującego z uwagi na braki występujące w ofercie Wykonawcy Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce powodujące, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych do wykonania przedmiotu zamówienia, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp. Ewentualne kolejne wezwanie przez Zamawiającego wykonawcy Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce do uzupełnienia oferty na tym etapie i jej uzupełnienie należałoby traktować jako nieuprawnione prowadzenie negocjacji i uzgodnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Dlatego zdaniem Odwołującego oferta powinna zostać odrzucona już bez dalszego wzywania tego wykonawcy o wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty.

Wobec stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, także

przeprowadzona czynność aukcji elektronicznej powinna zostać unieważniona, gdyż do aukcji elektronicznej mogą być dopuszczeni tylko wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (pkt 22.1.1 SWZ). Zamawiający mógł w takiej sytuacji we własnym zakresie unieważnić tę czynności, także mając na względzie, iż zamówienia można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Gdyby więc Zamawiający mimo stwierdzonych nieprawidłowości ostatecznie zawarł umowę o udzielenie zamówienia publicznego z Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, to umowa taka podlegałaby unieważnieniu na podstawie art.457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako stanowiąca udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy. Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy PZP, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji odrzucenia oferty Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w tym postępowaniu pozostanie oferta Odwołującego. Wobec powyższego zastosowanie powinna znaleźć procedura przewidziana w pkt 22 SWZ tj. negocjacje z Odwołującym w zakresie ceny.

Do odwołania zostało załączone opracowanie Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Katedry Wiertnictwa i Geoinżynierii.

Pismem z 2 czerwca 2021 r., które w tym dniu wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną, zaś 9 czerwca 2021 r. w postaci papierowej, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu z 15 lutego 2021 r. w postaci wyjaśnień treści SWZ - na okoliczność ustalenia przez Zamawiającego znaczenia pojęcia „wiercenia kierunkowego ", braku podstaw do odrzucenia oferty Green Gas DPB a.s.,s.a. Oddział w Polsce z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz wykazu wykonanych robót przez Green Gas DPB s.a., s.a. Oddział w Polsce - na okoliczność braku podstaw do odrzucenia oferty Green Gas DPB a.s.,s.a. Oddział w Polsce z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że zarzuty Odwołującego oparte są na założeniu, że posiadanie przez Przystępującego doświadczenia z zakresie wykonywania „otworu pilotowego (nachylonego-kierowanego)" nie mieści się w zakresie wymogu posiadania doświadczenia w wierceniu otworu z zastosowaniem „systemu kierunkowego", co w ocenie Zamawiającego jest założeniem błędnym. Odwołujący formułując swoje zarzuty całkowicie pominął jednak fakt, iż Zamawiający udzielając wyjaśnień do SWZ wyjaśnił jednoznacznie jak należy interpretować warunek i pojęcie „systemu kierunkowego". Bezzasadne i nieuprawnione pozostaje zatem przyznawanie temu pojęciu innego znaczenia, niż przyjęte przez Zamawiającego i zakomunikowane wykonawcom. Zamawiający zdefiniował pojęcie „wiercenia kierunkowego" i nie przyjął dodatkowego wymogu wykazania, że robota miała być wykonywana z użyciem wyposażenia przewodu wiertniczego, które pozwala na monitorowanie i korygowanie propagowanej trajektorii otworu wiertniczego. Zamawiający uznał, że wskazane przez Przystępującego w wykazie wykonanych robót budowlanych „otwory pilotowe (nachylone-kierowane)", które wykonywał na podstawie dwóch umów zawartych z Przedsiębiorstwem Górniczym „Silesia" sp. z o.o. stanowią otwory wykonane z zastosowaniem systemu kierunkowego z następujących względów:

a)otwory wielkośrednicowe o długości 165 m i 166,5 m wykonane przez Green Gas DPB s.a., S.A. Oddział w Polsce w ramach umowy nr PGS/GI/164/C/02/2017 zawartej z Przedsiębiorstwem Górniczym „Silesia" sp. z o.o., łączące poziomy I i IV, których końcowa średnica wyniosła 1219 mm wpisywały się w pełni w wymagania Zamawiającego,

b)otwór o długości 163 m zawiercony pod kątem ok. 880 wykonany w ramach umowy nr PGS/G1/82/C/13/2020 zawartej z Przedsiębiorstwem Górniczym „Silesia" sp. z o.o., łączący przekop północny na poz. IV na cesze 250 mb z przekopem północnym na poz. I na cesze 352 m również wskazywał, że przy jego odwierceniu zostało zastosowane kierowanie otworem.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, powyższe ustalono nie tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy, ale również w oparciu o dowody złożone wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, takie jak m.in. protokoły z przekazania otworów wielkośrednicowych stwierdzające ich odbiór, czy umowy zawarte z Przedsiębiorstwem Górniczym „Silesia" sp. z o.o. Otwory, których wykonaniem wykazał się Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, połączyły dwa wyznaczone miejsca na poziomach I i IV, co wypełnia zdefiniowany w SWZ termin „wiercenia kierunkowego", polegającego na ustaleniu parametrów wiercenia, w tym kierunku i nachylenia otworu w ten sposób, aby połączyć wskazane przez Zamawiającego miejsca na poziomach 340 m i 550 m. Tym samym w ocenie Zamawiającego Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce wykazał się dowodem na posiadanie doświadczenia w zakresie robót stanowiących przedmiot zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, zatem brak było podstaw do odrzucenia jego oferty. Zamawiający w SWZ nic narzucił wykonawcom zastosowania konkretnej technologii wiercenia, a tym bardziej nie wskazał na zastosowanie konkretnej techniki wykonania otworu z zastosowaniem konkretnego wyposażenia pozwalającego na kontrolę trajektorii w czasie wiercenia.

Zamawiający stwierdził, że przedłożona przez Odwołującego „Interpretacja nazewnictwa wiertniczego zawartego w Specyfikacji Warunków Zamówienia" z 18 maja 2021 r. pozostaje bezprzedmiotowa, bowiem po pierwsze, ma ona charakter opinii prywatnej, a po drugie, jak wynika z jej treści, została sporządzona w związku z wystąpieniem przez Odwołującego o „opisanie różnic pomiędzy sformułowaniami wiercenie otworu nachylonego a wiercenie otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego i opierała się na analizie literatury, natomiast brak w niej jakiegokolwiek odwołania do treści SWZ w niniejszym postępowania oraz do udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SWZ, co oznacza, że opinia ta ma charakter abstrakcyjny i nie stanowi interpretacji znaczenia tych pojęć na gruncie niniejszego postępowania. W ocenie Zamawiającego zawarta w ww. opracowaniu interpretacja pojęcia „wiercenia kierunkowego" ma charakter bezzasadnie zawężony, podczas gdy opisana w tym opracowaniu metoda „wiercenia kierunkowego" polegająca na połączeniu dwóch miejsc na różnych poziomach z zastosowaniem konkretnego wyposażenia polegającego na kontroli kierunku otworu w czasie wiercenia jest jedną, a nie jedyną metodą służącą do realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast Zamawiający w SWZ nie wymagał zastosowania wskazanego w ww. opracowaniu wyposażenia przewodu wiertniczego pozwalającego na monitorowanie i korygowanie propagowanej trajektorii otworu wiertniczego. Odwołujący formułując bezzasadnie zawężone rozumienie pojęcia „wiercenia kierunkowego", dąży do ograniczenia konkurencji poprzez forsowanie jednego rozwiązania z wykorzystaniem techniki, którą na terenie Polski dysponuje jedynie Odwołujący i jego podwykonawca, co prowadziłoby do niezamierzonego przez Zamawiającego celu w postaci doprowadzenia do sytuacji, gdy jedynym podmiotem w Polsce spełniającym warunki udziału w postępowania byłby Odwołujący, już z tego względu, argumenty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Zważywszy na wyżej opisane argumenty wskazujące na brak podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, również twierdzenia Odwołującego odnośnie rzekomej konieczności unieważnienia aukcji elektronicznej, są zdaniem Zamawiającego bezzasadne.

Do pisma zostały załączone: wyjaśnienia treści SWZ z 15 lutego 2021 r. oraz wykaz wykonanych robót przez

Green Gas DPB s.a., s.a. Oddział w Polsce.

Pismem z 20 maja 2021 r., wypełniając wymogi ustawowe, wykonawca Green Gas DPB a.s.,s.a. Oddział w Polsce (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz przedstawił swoje stanowisko odnośnie zarzutów odwołania. Przystępujący wskazał m.in., że Odwołujący w treści odwołania próbuje narzucić swoją subiektywną interpretację SWZ, pomijając przy tym całkowicie treść wyjaśnień i zmiany treść SWZ przez Zamawiającego z 15 lutego 2021 r. Stwierdził, że Zamawiający posłużył się kryterium celowościowym i nie oczekuje od Wykonawców zastosowania konkretnej technologii czy sposobu wiercenia, a efekt jaki zamierza osiągnąć to połączenie dwóch miejsc oddalonych od siebie w przestrzeni o odległość ponad 150 m. Warunkiem koniecznym dla wypełnienia celu niniejszego projektu jest połączenie wyrobisk pomiędzy poziomem 340 oraz poziomem 500, w sposób umożliwiający przepływ powietrza otworem wentylacyjnym w pełnym jego przekroju. Lokalizacja miejsca przebicia otworu nie prezentuje w tym przypadku większego znaczenia, poza faktem, że musi znajdować się w omawianym wyrobisku oraz nie stwarzać ewentualnych dodatkowych oporów miejscowych, tj. nie może istnieć żadna przegroda na drodze powietrza wentylacyjnego na wlocie lub wylocie z otworu. Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony usiłuje wprowadzić do postępowania całkowicie odmienną terminologię dotyczącą zastosowania technologii, jaką dysponuje wyłącznie jeden podmiot na terytorium Kraju. O ile nie stanowi większego zaskoczenia to, iż Odwołujący zmierza do przedefiniowania pojemności poszczególnych pojęć w ramach jego dążności do postawienia w zasadzie znaku równości pomiędzy wymaganiami nakreślonymi w SWZ przez Zamawiającego a technologią jaką dysponuje wyłącznie Odwołujący w połączeniu ze swym podwykonawcą, o tyle decydujące są faktyczne zapisy SWZ, a nie te wyobrażone, czy też jedynie oczekiwane.

Dokumentacja złożona w toku postępowania przetargowego przez Green Gas DPB a.s., s.a. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie wskazuje no to, iż wykonawca ten posiada doświadczenie w zakresie wykonywania wymaganych odwiertów oraz dysponuje zarówno wiedzą specjalistyczną, jak i technologią umożliwiającą w pełni wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca w toku niniejszego postępowania udowodnił, iż jest w posiadaniu urządzenia, którym pod względem parametrów technicznych i przy założeniu stosownych współczynników bezpieczeństwa jest w stanie zrealizować przedmiotowy projekt. Spółka od ponad 60 lat działa w branży wiertniczej, przede wszystkim otworów dołowych. Na dowód przedłożyła stosowne protokoły poprawnego i terminowego wykonania dwóch otworów wielkośrednicowych wentylacyjnych o średnicy 1219 mm, o głębokości każdego z nich powyżej 160 m, ponadto przedstawiono protokół wraz z umową otworu odwadniającego realizowanego w tożsamej technologii i długości. Każdy z wymienionych powyżej otworów jest otworem kierunkowym, wszystkie miały nadany kierunek (do wyrobiska docelowego) oraz nachylenie (pomiędzy 86° - 88° od pionu). Wszystkimi trzema otworami zgodnie z założonym projektem osiągnięto cel, to jest przebito się do wyrobiska górniczego na sąsiednim poziomie, zgodnie z nadanym nachyleniem i kierunkiem.

W ocenie Przystępującego przedstawiona przez Odwołującego interpretacja AGH w Krakowie jest opinią o charakterze prywatnym i jako taka nie może być miarodajna do dokonywania jakichkolwiek ocen, a zwłaszcza ocen sprzecznych z samą, bardzo wyraźnie wyartykułowaną, wolą Zamawiającego. Autorzy opracowania podają jako niemożliwe do osiągnięcia utrzymanie trajektorii prostolinijnej otworu dłuższego niż kilkadziesiąt metrów bez zastosowania technologii Odwołującego. Tymczasem Przystępujący przedstawił referencje potwierdzające wykonanie 3 otworów międzypoziomowych, gdzie każdy z nich przekracza długość 160 m i każdym z nich osiągnięto docelowe wyrobisko. Wszystkie z nich wykonano w innym okresie czasu i w różnych lokalizacjach. Kolejnym nietrafionym argumentem jest powołanie się na rzekomy brak możliwości kontrolowania trajektorii otworu oraz reagowania na ewentualne odchylenia od planowanej trajektorii. Green Gas DPB a.s., s.a. Oddział w Polsce posiada zestaw do badań położenia/trajektorii otworu (inklinometr) oraz narzędzia naprawcze zmieniające/korygujące kierunek otworu (silnik wgłębny z oprzyrządowaniem), które każdorazowo mogą być wpuszczane w sposób zasadniczo bieżący do wierconego otworu pilotowego. Użycie planowanej technologii w żadnym razie nie wyklucza dokonania pomiarów i ewentualnej korekty trajektorii otworu w trakcie wiercenia otworu pilotowego, jak usiłuje wywodzić Odwołujący. Ponadto wszystkie dostępne na światowym rynku systemy aktywnego sterowania kierunkiem wiercenia mają określony błąd wskazań na poziomie 1° w pionie oraz 2° w azymucie. Z tych względów opinia pracowników AGH nie jest opracowaniem kompletnym i w pełni poprawnym merytorycznie. Jest dokumentem sporządzonym na zlecenie Odwołującego z wykorzystaniem druku firmowego Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie Wydziału Wiertnictwa Nafty i Gazu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz ww. opracowanie załączone do odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane, że do postępowania nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. W związku z tym Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, postawionego m.in. wobec odrzucenia odwołania w sprawie sygn. KIO 301/21 oraz z uwagi na to, że nie zostało jednoznacznie rozstrzygnięte czy Zamawiający ma status podmiotu sektorowego, pomimo iż wystąpił do prezesa UZP z wnioskiem o wydanie w tym zakresie interpretacji indywidualnej, tj. określenie czy posiada status Zamawiającego sektorowego. Zamawiający wskazał, że taka interpretacja do dnia posiedzenia nie została sporządzona, zaś w sprawie o sygnaturze KIO 301/21 została złożona skarga do sądu na orzeczenie KIO. Do chwili obecnej nie ma rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd Okręgowy. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, zasadnie stwierdzając, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych faktów, ani dowodów na okoliczność przemawiającą za brakiem zastosowania w niniejszym postępowaniu przepisów ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę, termin związania nie upłynął. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to oferta Odwołującego byłaby jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu i po przeprowadzonych negocjacjach zapewne zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Także w wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie odrzucenia oferty Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce, po prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego pozostanie jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu i bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej, po negocjacjach z Zamawiającym, Odwołujący ma szanse na uzyskanie zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią pkt 23.1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) oraz w oparciu o art.275 pkt 2 Pzp Zamawiający zastrzegł, że: „Zamawiający przeprowadzi negocjacje w

przypadku wpłynięcia tylko jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu. ”

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że wykonawca Green Gas DPB, a.s., s.a. Oddział w Polsce skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do pkt. 8 ppkt. 8.2.1. SWZ Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się:

1. należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą lub robotami polegającymi na:

-opracowanie projektu technicznego wraz z technologią wykonania otworu ,

-wiercenie otworu o średnicy co najmniej 1200 mm i długości co najmniej 150 m,

-wiercenie otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150 m,

-wykonanie orientacji geodezyjnej poziomej i pionowej wyrobisk górniczych.

dla podziemnego zakładu górniczego o wartości minimum 2 500 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W pkt. 9 ppkt 9.2.2 SWZ został wprowadzony wymóg złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.

W piśmie z 15 lutego 2021 r. zawierającym wyjaśnienia i zmiany treści SWZ odpowiadając na pytanie nr 5 w brzmieniu: „*Co Zamawiający definiuje termin „wiercenia kierunkowego” przytoczonego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia…” – załącznik nr 1 SWZ?*”, Zamawiający podał: *„Zamawiający wskazuje lokalizację otworu na poziomie 340 m i 500 m. Rolą Wykonawcy jest ustalenie parametrów wiercenia w tym kierunku i nachylenia otworu, w ten sposób aby połączyć wskazane przez Zamawiającego miejsca.*”

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. przez Odwołującego oraz przez Przystępującego.

Przystępujący w złożonym wykazie wykonanych robót budowlanych wskazał wykonanie na rzecz Przedsiębiorstwa Górniczego "SILESIA” Sp. z o.o.:

-Wytyczenie, wykonanie komory wiertniczej, ustawienie geodezyjne urządzenia, wykonanie otworu pilotowego (nachylony - kierowany), poszerzanie otworu wiertniczego dołowego - wentylacyjnego do średnicy 1219 mm, rurowanie, cementacja otwór między poziomami IV-I w Czechowicach-Dziedzicach;

-Wytycznie, wykonanie komory wiertniczej, ustawienie geodezyjne urządzenia, wykonanie otworu pilotowego (nachylony - kierowany), poszerzanie otworu wiertniczego dołowego - wentylacyjnego do średnicy 1219 mm, częściowe rurowanie i torkretowanie ścian otworu, cementacja odcinków rurowanych otwór między poziomami IV-I w Czechowicach-Dziedzicach.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. robót, w tym wypis z umowy wraz z aneksem i szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz protokoły końcowe z 21 listopada 2017 r., 28 czerwca 2019 r., 1 września 2020 r., a także referencje wystawione przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp

Zgodnie z art. 16 pkt ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2)przejrzysty;

3)proporcjonalny.

Stosownie do podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

b)została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c)który nie złożył w terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, łub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W sprawie nie jest sporne, że Przystępujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazał na wykonanie w wymaganym okresie m.in. „otworu pilotowego (nachylony – kierowany).- poszerzenie otworu wiertniczego dołowego - wentylacyjnego do średnicy 1219mm. Na dowód wykonania deklarowanych robót wykonawca ten przedstawił protokół z przekazania otworu wielkośrednicowego oznaczonego jako OW/6/2017, protokół z przekazania otworu wielkośrednicowego oznaczonego jako TW/02/2019, protokół zdawczo - odbiorczy otworu wielkośrednicowego odwadniającego pom. poziomami I i IV oznaczonego jako TO-2385 oraz wyciągi z umów z Przedsiębiorstwem Górniczym „SILESIA” Sp. z o.o. dotyczących realizacji robót przy w/w otworach.Nie jest też sporne, że Przystępujący wykazał się doświadczeniem w wierceniu otworu wymaganej długości. Przedmiot sporu dotyczy tego,

czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w zakresie wiercenia otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego o długości co najmniej 150 m należy rozumieć w sposób, w jaki go rozumie: Odwołujący, tj., jak wskazał na rozprawie, że chodzi o system pozwalający na kontrolę trajektorii wiercenia, który nie zależy od kąta ustawienia wiertnicy, lecz polega na tym, że pozwala na panowanie nad kontrolą wiercenia w toku wiercenia, co jest metodą droższą, niż ustawienie wiertnicy pod kątem i wiercenie, czy w sposób, w jaki go rozumieją Zamawiający i Przystępujący, tj., że chodzi o proste połączenie dwóch miejsc w jednej linii, a nie wiercenie otworów spektakularnych, czyli sterowanych, które w trakcie wiercenia zmienia kierunek.

Na wstępie wskazania wymaga, że postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. Nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Istniejące ewentualnie wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w niej postanowień powinny być wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że warunek określony w SWZ mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to Zamawiający winien dokonać oceny spełnienia go przez wykonawców z uwzględnieniem ww. zasad, tj. w sytuacji, gdyby uznać, że interpretacja SWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwalała na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający jest autorem SWZ.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający i Przystępujący nie mieli wątpliwości co do treści i sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący natomiast interpretuje postanowienie SWZ w sposób zawężający, przyjmując, że dotyczy on ścisłe określonej technologii wykonania wierceń otworów, nadto technologii, której zastosowanie nie jest wymagane przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia objętego analizowanym postępowaniem.

SWZ nie zawiera definicji sformułowania: „wiercenia otworu z zastosowaniem systemu kierunkowego". Nie zawiera również postanowień wskazujących na wymóg wykorzystania przez wykonawcę przy referencyjnych robotach ściśle określonych urządzeń, na które wskazuje Odwołujący w odwołaniu. Nie zawiera także postanowień wskazujących, że Zamawiający oczekuje legitymowania się doświadczeniem w wierceniu otworu w technologii kontroli trajektorii wiercenia. Zamawiający nie narzucał technologii, technik, ani oprzyrządowania zastosowanego do wykonania referencyjnych robót. Sposób rozumienia przez siebie wiercenia kierunkowego Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na pytanie wykonawcy nr 5 zawartej w ww. piśmie z 15 lutego 2021 r. Wprawdzie pytanie dotyczyło wykonania przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, to jednak odpowiedź wskazywała na sposób rozumienia przez Zamawiającego tego terminu i, jak wyjaśnił na rozprawie, odnosiła się także do rozumienia tego terminu użytego przy określaniu ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zostało przyznane na rozprawie przez Odwołującego, jest możliwe wykonanie wiercenia w sposób, w jaki tego oczekuje Zamawiający, jak też w sposób prezentowany przez Odwołującego. Jak wskazano powyżej przedmiot zamówienia dotyczy wykonania otworu wentylacyjnego między poziomami 340 m i 500 m. Odwołujący nie kwestionuje zgodności oferty Przystępującego z SWZ.Oznacza to, że przy braku wykazania przez Strony, jak też przez Przystępującego, aby istniała powszechnie obowiązująca definicja ww. sformułowania, oraz wobec braku sprecyzowania w SWZ sposobu rozumienia ww. terminu, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia w odpowiedzi na ww. pytanie nr 5, że interpretacja Zamawiającego nie odnosi się do sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, należy uznać, że interpretacja SWZ dokonywana przez Odwołującego zawęża w sposób nieuzasadniony ten warunek.Jak zaznaczył Przystępujący, interpretacja postanowienia pkt 8.1.2 SWZ dokonywana przez Odwołującego zmierza do na wprowadzenia braku proporcjonalności warunku i jest obliczona na wprowadzenie w SWZ ograniczenia konkurencji tylko do tego podmiotu i jego podwykonawcy, którzy jako jedyni dysponują wskazywanymi urządzeniami. Odwołujący, jakkolwiek zaprzeczył na rozprawie takiemu twierdzeniu, to jednak nie wykazał, że również inne podmioty dysponują wskazywaną przez niego technologią. Skoro zamówienie ma być wykonane wskazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na ww. pytanie nr 5 metodą, to nie znajduje uzasadnienia interpretacja Odwołującego, wskazująca na konieczność legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu wiercenia inną metodą. Tym bardziej, że pozostaje w sprzeczności z przedstawionym przez Zamawiającego rozumieniem użytego w SWZ terminu.

Z opracowania złożonego przez Odwołującego pt.*„Interpretacja nazewnictwa wiertniczego Zawartego w Specyfikacji Warunków Zamówienia."* z 18 maja 2021 r. sporządzonego na zlecenie Odwołującego, a zatem traktowanego, jako jego stanowisko strony w sprawie, wynika, że otwór ukośny jest wg definicji otworem kierunkowym, który już w momencie rozpoczęcia wiercenia ma nadany kierunek i stały kąt odchylenia od osi otworu. Znajdują się w niej wprawdzie informacje, że utrzymanie trajektorii prostolinijnej w przypadku wiercenia otworów ukośnych na odcinkach dłuższych niż kilkadziesiąt metrów (pkt 2.1. zaś w pkt 3 – dłuższych niż około 100 m), bez zastosowania wyposażenia kontrolującego i sterującego trajektorią, nie jest możliwe, jednak przeczy temu stwierdzeniu stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w dokumentacji postępowania oraz przez Odwołującego, który nie kwestionuje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania otworu wentylacyjnego pomiędzy poziomami 340 m i 500 m, a zatem dłuższego, niż wskazany w ww. opracowaniu, metodą wskazaną przez Zamawiającego. Przeczy temu także to, iż Przystępujący wykazał się należytym wykonaniem takich wierceń.

Ponadto autorzy opracowania wskazują m.in., że „w celu poprawy wiercenia, skuteczności odmetanowania oraz wykonania otworu zgodnie z zaprojektowaną trajektorią krzywoliniową stosuje się systemy wiercenia kierunkowego np. VLI 1000". Jak wynika natomiast z przywołanego w pkt 2 przypisów do ww. opracowania artykułu autorstwa G.B., K. F. i A. F.: „Modułowy system wiertniczy VLI drilling seria 1000 – cele i zadania, Napędy i sterowanie, w którym przedstawiono m.in. budowę modułową maszyny oraz system zarzadzania wierceniami kierunkowymi DDMS, chodzi w nim o konkretny system wiertniczy, system sterowania. Tymczasem Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu wierceń konkretnymi maszynami, nie określał technologii, technik, ani urządzeń wykorzystanych do wykonania referencyjnych otworów, nie wymagał kontroli trajektorii wiercenia.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby Zamawiający nieprawidłowo ocenił, iż Przystępujący wykazał się wymaganym w SWZ doświadczeniem w wykonaniuotworów z zastosowaniem z zastosowaniem systemu kierunkowego, rozumianego w sposób określony przez Zamawiającego.

Z tych względów powyższy zarzut odwołania nie potwierdził się.

W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Ad Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 232 ust. 1 w zw. z art. 266 w zw. z art. 281 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp

Stosownie do art. 232 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie*

wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w ogłoszeniu.

Art. 266 ustawy Pzp wskazuje jakie przepisy mają zastosowanie do postępowania klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, zaś art. 281 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp zawiera wskazanie jednego z wymaganych w SWZ elementów, tj. dotyczącego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wiąże ten zarzut z zarzutem zaniechania unieważnienia czynności aukcji elektronicznej. Jak wyżej wskazano nie zostały wykazane podstawy do unieważnienia tej czynności.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji miał prawo brać udział w aukcji elektronicznej. W sytuacji, gdy nie zostało wykazane, aby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie wskazanych w odwołaniu okoliczności, za niezasadne należy uznać zarzuty odnoszące się do przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej z udziałem tego wykonawcy.

Ad Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z naruszeniem art. 287 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 287 ust. 1 ustawy Pzp: *W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, gdy zamawiający nie prowadzi negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.*

Zarzut ten jest związany z dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch złożonych w postępowaniu. Nie jest kwestionowane, że oferta Przystępującego uzyskała najwyższą liczbę punktów. Nie zostało wykazane, aby oferta ta podlegała odrzuceniu. W związku z tym Zamawiający zasadnie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego. Zamawiający nie złożył bowiem rachunku obejmującego koszty pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 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).

Przewodniczący:……...