

Sygn. akt: KIO 2535/21

## WYROK

z dnia 11 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Packo

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2021 r. odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego -

Perfekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rydułtowach, ul. Romualda Traugutta 295, 44-280 Rydułtowy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale

Wykonawcy - Enco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, ul.

Kolejowa 36, 44-200 Rybnik przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Perfekt Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części V ust. 4 pkt 2 lit a swz przez Perfekt Sp. z o.o., a w przypadku potwierdzenia spełnienia tego warunku nakazuje unieważnić wynik aukcji elektronicznej na zadania nr 10 i 13 oraz powtórzyć czynność oceny ofert na zadania nr 7, 8, 9 i 12.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 24 049 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie i noclegu.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2535/21

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym (przetarg nieograniczony) przez

Zamawiającego - Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach na „świadczenie usług odmetanowania na rzecz kopalń Polskiej Grupy Górniczej S.A. na okres 12 miesięcy” (nr ref.: 702100300), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4.06.2021 r., nr 2021/S 107-282770, wobec czynności braku dopuszczenia do udziału w aukcji elektronicznej i jej przeprowadzenia na zadania 10 i 13 oraz zaniechania jej przeprowadzenia na zadania nr 7, 8, 9 i 12, wniesione zostało 26 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy - Perfekt Sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (sygn. akt KIO 2535/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 232 ust. 1 w zw. z art. 227 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w

konsekwencji bezpodstawne niedopuszczenie Odwołującego do aukcji elektronicznej ze względu na błędne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, skutkiem czego Odwołujący powinien zostać dopuszczony do aukcji elektronicznej

2. art. 232 ust. 1 w zw. z art. 227 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w

konsekwencji przeprowadzenie aukcji elektronicznej dla zadań nr 10 i 13 bez udziału Odwołującego ze względu na niedopuszczenie Odwołującego do ww. aukcji elektronicznej, podczas gdy Odwołujący powinien zostać dopuszczony do ww. aukcji elektronicznej, ponieważ jego oferta nie podlega odrzuceniu

3. art. 232 ust. 1 w zw. z art. 227 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w

konsekwencji nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej dla zadań nr 7, 8, 9 i 12 podczas gdy na zadania te zostały złożone dwie oferty (oferta Odwołującego oraz jeszcze jedna oferta)

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy PZP poprzez jego

błędne zastosowanie, a w konsekwencji podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, za rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd, podczas gdy Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a dodatkowo posługiwanie się przez Zamawiającego dwoma odrębnymi przesłankami wykluczenia w odniesieniu do jednego działania Odwołującego byłoby a priori błędne

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, za rzekome

niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący warunki te spełnia co wykazał złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi, a Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący warunków udziału w postępowaniu nie spełniał,

a z ostrożności procesowej - na wypadek uznania przez Izbę, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

5a) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w

konsekwencji niewezwanie Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych składanych na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeśli Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pomimo że procedura ta jest obligatoryjna przed ewentualną decyzją Zamawiającego odnośnie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie aukcji elektronicznej z 20.08.2021 (dla zadań 10 i 13), nakazanie dopuszczenia do aukcji Odwołującego i jej przeprowadzenie dla zadań 7,8,9,10,12,13 z udziałem Odwołującego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i z ostrożności nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy. Na wypadek gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach, na które Odwołujący złożył ofertę.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący złożył ofertę na zadania: 7, 8, 9, 10, 12, 13, na które złożonych zostało łącznie dwie oferty, co pozwalało przeprowadzić aukcje elektroniczne w tych zadaniach.

Po pozytywnej weryfikacji podmiotowej (na podstawie złożonych podmiotowych środkach dowodowych) 11 sierpnia 2021 r. Odwołujący został wezwany do udziału w aukcji elektronicznej we wszystkich zadaniach, na jakie złożył ofertę.

W dniu 16 sierpnia 2021 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu oraz zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o niedopuszczeniu Odwołującego do aukcji elektronicznej we wszystkich zadaniach, w ramach których Odwołujący złożył ofertę, jak również, że „Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ. Tym samym nastąpił zbieg przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 litera a) i b) Zamawiający odrzuca ofertę, gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania” oraz że „Wykonawca zostanie poinformowany o wykluczeniu z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia i odrzuceniu jego oferty”, a „stosowną informację Wykonawca otrzyma zgodnie z dyspozycją art. 253 ustęp 1 [ustawy PZP - przyp. aut.]”.

Zamawiający powołał się na dwie przesłanki wykluczenia z postępowania, a to art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy PZP, twierdząc, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ - jak stwierdził arbitralnie Zamawiający - „(...) stwierdza się, że Wykonawca Perfekt sp. z o.o. składając referencje do postępowania nr 702100300 był świadomy, że referencje te dotyczą wyłącznie Aneksu nr 3. Za całą umowę, której dotyczy referencja nr 1 JSW S.A. konsekwentnie odmawiała mu wystawienia referencji i że były zastrzeżenia co do należytego jej wykonania. Mimo to świadomie posłużył się taką referencją i twierdzi, że dotyczy ona całości robót mimo że JSW S.A. wyraźnie wskazuje, że tylko Aneksu”.

20 sierpnia 2021 r. przeprowadzone zostały aukcje dla zadania nr 10 i 13. Czynność Zamawiającego obarczona jest błędem i skutkowałą brakiem przeprowadzenia aukcji na zadania, na które Odwołujący złożył ofertę i brakiem zaproszenia do aukcji na zadania nr 10 i 13. Do stanu tego doprowadziła błędna ocena w przedmiocie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia złożył na wezwanie Zamawiającego wykaz wykonanych usług, w których jako jedną z usług referencyjnych wskazał Wykonanie otworów odmetanowania i otworów zabezpieczających w profilaktyce zwalczania zagrożenia wyrzutami metanu i skał na podstawie projektów oraz technologii wykonywaną na rzecz JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Zofiówka” - poz. 1 wykazu. Jednocześnie do wykazu dołączone

zostały referencje TWz/MH 0764-502/2018 z dnia 9 października 2018 roku.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia zakresu rzeczowego i finansowego, będącego udziałem Odwołującego, który realizował usługę w konsorcjum.

Odwołujący złożył wyjaśnienia 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający wystąpił do JSW S.A. o dalsze informacje, które miały określać rzeczowy i finansowy udział Odwołującego w realizowanej umowie konsorcjum.

Zamawiający w sposób błędny odczytał pismo JSW S.A. z 12.08.2021 r. oraz w sposób błędny postawił tezę (nie wiadomo na jakich podstawach), że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, a nawet, że działał w pełni świadomości wprowadzania Zamawiającego w błąd, czego nie można przypisać Wykonawcy, ponieważ nie wprowadzał

Zamawiającego w błąd, a to przede wszystkim przez fakt, że nie podawał informacji niezgodnych ze stanem faktycznym.

Odwołujący próbował uzyskać referencje wystawione indywidualnie na niego, co nie było możliwe i zostało wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy, jak i piśmie JSW S.A. Nie może to jednak prowadzić do stwierdzenia braku doświadczenia, jakie uzyskał w ramach realizacji umowy w konsorcjum, jak również wprowadzania Zamawiającego w błąd. Zamawiający błędnie wywiódł, iż przyczyną braku możliwości wystawienia referencji były wskazane w piśmie „zastrzeżenia do realizacji umowy”.

Zastrzeżenia w trakcie robót były nieznaczące, spowodowały naliczenie kar umownych w nieznaczącej wysokości, które to kary umowne zostały zapłacone w całości, a jakość wykonywanych robót została przywrócona. JSW S.A. nie stwierdziła w swojej odpowiedzi dla Zamawiającego, że usługi zostały wykonane nienależycie, ale jedynie, że „były zastrzeżenia”. Co do zasady - każda kara umowna jest „zastrzeżeniem” do sposobu wykonywania umowy, niemniej jednak nie każda kara umowna nałożona na wykonawcę świadczy o nienależycym wykonaniu umowy (w przeciwnym wypadku wykonawcy nie mogliby powoływać się na przeważającą większość zrealizowanych umów, ponieważ w realiach realizacji inwestycji kary umowne nakładane są niezwykle często (nawet za drobne przewinienia), a zatem gros umów nie mogłoby służyć do zdobycia doświadczenia, ponieważ na przeważającej większości realizowanych umów naliczane są i nakładane kary umowne).

Informacja przekazana przez JSW S.A., iż referencje wystawione Odwołującemu w zakresie sformułowania o należyтым wykonaniu odnoszą się wyłącznie do zakresu realizowanego na podstawie Aneksu nr 3 i dotyczą kwoty 406 740 złotych netto, jest pierwszą taką informacją, którą otrzymał Odwołujący. Przechował one referencjom wydanym przez JSW S.A. w dniu 15 listopada 2017 roku, w których JSW S.A. informuje o należyтым wykonaniu usług realizowanych przez Konsorcjum w ramach umowy podstawowej (nr umowy e-RU 071500200 z dnia 25 sierpnia 2015 roku) o wartości 5 047 550,30 złotych.

Odwołujący nie zna przyczyny dla której JSW S.A. kwestionuje wystawione przez siebie referencje dla umowy głównej i podtrzymuje się w zakresie Aneksu nr 3 (realizowany samodzielnie przez Perfekt Sp. z o.o.).

Jeśli Zamawiający uznał, że referencje odnoszą się wyłącznie do Aneksu nr 3, to winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia (złożenia) dokumentu podmiotowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a nie podejmować decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do rzekomego zbiegu również przesłanki do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP - twierdzenia Zamawiającego o niespełnianiu przez

Odwołującego warunków udziału w postępowaniu są nieudowodnione przez Zamawiającego i wysunięte na podstawie błędnej interpretacji (nadinterpretacji) pisma JSW S.A., stąd nie mogą się ostać. Czynność ta nie została poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 128 ust. 1

ustawy PZP.

W dniu 30.08.2021 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego

Wykonawca - Enco Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w piśmie z 4.10.2021 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do opisu warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części V ust. 4 pkt 2 lit a swz, który został w odniesieniu do każdego z zadań wskazany łączną wartością brutto zadań referencyjnych. W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie wymagane było wykazanie się zdolnością techniczną lub zawodową w wysokości co najmniej najwyższej wartości z zadań objętych ofertą. W przypadku Odwołującego najwyższa wartość z zadań objętych ofertą (7,8,9,10,12,13) wynosić powinna 11 300 000,00 zł brutto.

W wykazie zrealizowanych prac dla JSW S.A. Odwołujący wskazał dwie pozycje, dla których wydano referencje. Referencje dla pozycji pierwszej nie pozwalały stwierdzić jaki był rzeczywisty zakres prac wykonanych przez Odwołującego (realna wartość prac zrealizowanych przez Odwołującego w konsorcjum), a także czy zamówienie zrealizowane zostało w sposób należyty. W przypadku drugiej pozycji wykazu referencja zawiera informacje o obłożeniu karą umowną za okres luty - marzec 2021, za brak obłożenia robót minimalną wymaganą ilością osób, wynikających z zapisów umowy. Natomiast w miesiącu lutym z tytułu nie wykonania w całości zakresu robót ujętego w zleceniu na powyższy miesiąc. Przeciwno treści referencji pozostaje oświadczenie Odwołującego złożone w JEDZ o braku znajdowania się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową (część III sekcja C).

Odwołujący złożył wyjaśnienia, które miały przekonać o spełnianiu warunku w związku z realizacją obu prac.

Dalsze informacje pozyskane przez Zamawiającego od wystawcy referencji stoją w sprzeczności z informacjami przekazanymi przez Odwołującego.

Odwołujący przemilczał informację o tym, iż podmiot zamawiający miał zastrzeżenia co do realizacji umowy. Nie przedstawił żadnych środków dowodowych, które pozwalałyby ustalić jaki był zakres rzeczowo-finansowych prac jakie zrealizował w ramach konsorcjum.

Zamawiający ocenił referencyjne prac w ramach innego postępowania, w którym również wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17.

W piśmie z 5.10.2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający podtrzymał zasadność decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu Odwołujący składając ofertę na zadania nr 7, 8, 9, 10, 12 i 13 powinien wykazać się doświadczeniem na kwotę: 11.300.000,00 zł brutto.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny, który nie jest sporny co do ustalenia brzmienia warunku, wezwań kierowanych do Odwołującego i złożonych dokumentów podmiotowych (wykaz usług wraz z referencjami), jak również informacji pozyskanych od wystawcy referencji - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.

W piśmie z 12.08.2021 r. JSW S.A. odpowiedziała Zamawiającemu, iż:

- nie była w stanie wystawić referencje, określić zakresu rzeczowego i finansowego dla robót wiertniczych wykonanych wyłącznie przez firmę Perfekt Sp. z o. o. w okresie od podpisania umowy nr e-RU 07150200 z dnia 25.08.2015 r. do dnia podpisania Aneksu nr 3 z dnia 20.03.2018 r.
- potwierdzone należyte wykonanie robót dotyczy zakresu wykonanego przez firmę Perfekt Sp. z o. o. w czasie obowiązywania Aneksu nr 3 z dnia 20.03.2018 r. do umowy nr e-RU071500200 z dnia 25.08.2015 r. W tym okresie firma Perfekt Sp. z o. o. wykonała 20 otworów metanowych o łącznej długości 1810 mb o wartości 406 740, 00 zł netto. W czasie obowiązywania Aneksu nr referencje o należyтым wykonaniu tych prac zostały wystawione na podstawie opinii osoby koordynującej prace ze strony kopalni.

- w odniesieniu do robót wykonanych przez Konsorcjum na podstawie posiadanych przez JSW dokumentów były zastrzeżenia do realizacji umowy

W oparciu o zgromadzone w postępowaniu dokumenty Zamawiający zakwestionował pierwszą usługę realizowaną w okresie od 25.08.2015 r. do 25.08.2018 r. o wartości 6.847.275,07 zł brutto uznając, iż nie jest możliwe przypisanie spółce Perfekt Sp. z o.o. zakresu rzeczowo-finansowego dla prac realizowanych w konsorcjum. Jedynie w odniesieniu do Aneksu nr 3 do Umowy możliwi było określenie zakresu rzeczowo-finansowego dla robót wiertniczych wykonanych wyłącznie przez Odwołującego, który samodzielnie realizował zakres prac wynikających z Aneksu.

Odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie prawidłowości i prawdziwości prezentowanego stanowiska o braku możliwości rozdzielenia zakresu prac wykonanych w ramach konsorcjum, jak również o możliwości przyjęcia zaangażowania w wysokości 33%, co miałyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Istotą konsorcjum jest podział prac z jednoczesnym podziałem wynagrodzenia adekwatnego do wykonanych prac. Okoliczności te winny wynikać z umowy konsorcjum, a jeżeli takiej brak - z umowy zawartej między konsorcjum, a danym zamawiającym. Odwołujący nie przedłożył umowy konsorcjum, która mogłaby stanowić potwierdzenie albo zaprzeczenie prezentowanego stanowiska.

Zamawiający uznała, iż zawarte aneksy nr 1, 2 i 3 w zakresie w jakim regulowały kwestie rozliczenia prac wskazują, iż zapłata wynagrodzenia w okresie:

- od 25.08.2015 r. do 30.06.2016 r. - następowała wyłącznie na rzecz Lidera konsorcjum, tj. Budwak Sp. z o.o.;
- od 30.06.2016 r. do 20.03.2018 r. - następowała na rzecz Budwak Sp. z o.o., Perfekt Sp. z o.o. oraz Metrum Sp. z o.o.;
- od 20.03.2018 r. do 25.08.2018 r. - następowała wyłącznie na rzecz Perfekt Sp. z o.o.

Powyższe płatności należy powiązać z zakresem realizowanych prac, gdyż każdy z członków konsorcjum uprawniony był do wystawienia częściowych faktur VAT z ograniczeniem dla każdego członka konsorcjum do wartości procentowej przedmiotu umowy.

Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż Odwołujący w ogóle nie wykonywał prac w okresie od 25.08.2015 r. do 30.06.2016 r., w okresie od 30.06.2016 r. do 20.03.2018 r. wykonał umowę w 25% wartości przedmiotu, zaś w okresie od 20.03.2018 r. do 25.08.2018 r. wykonywał umowę samodzielnie (bez udziału pozostałych członków konsorcjum). Wartość zrealizowanych przez Odwołującego prac z całą stanowczością nie opiewa na kwotę wskazaną w wykazie usług. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Odwołujący wykazał się doświadczeniem w realizacji zamówienia na kwotę 5.160.153,30 zł netto.

Zamawiający uznał, iż Wykonawca jest niewiarygodny, co znalazło przełożenie na konieczność jego wykluczenia z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Działania Odwołującego kwalifikować należy co najmniej jako niedbalstwo, co wypełnia przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Wykonawca przypisał sobie doświadczenie całego konsorcjum, mając świadomość brzmienia Umowy i Aneksów, co czyni niewiarygodnym twierdzenie, iż nie był świadomy, że referencje JSW S.A. dotyczą tylko Aneksu nr 3 i kwoty 406.740 zł netto. Było to w ocenie Zamawiającego zamierzonym działaniem Wykonawcy, wprowadzającym w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Nie było podstaw do zastosowania w tym stanie faktycznym przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co prowadzić musiało do odrzucenia oferty i nieprzeprowadzenia bądź przeprowadzenia aukcji bez udziału Odwołującego.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na wzruszenie wyniku postępowania i uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomicznie dla wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, składając ofertę na kilka zadań, zobowiązany był wykazać przed Zamawiającym doświadczenie w realizacji zamówień o łącznej wartości co najmniej 11.300.000,00 zł.

W wykazie usług złożonym w tym celu Wykonawca przedstawił dwie umowy realizowane na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A, w tym pierwsza realizowana w okresie od 25.08.2015 r. do 25.08.2018 r. o wartości 6.847.275,07 zł brutto, której dotyczy referencja z 9.10.2018 r. wystawiona dla prac wykonanych przez Konsorcjum na łączną wartość netto 5.566.890,30 zł netto. Na podaną wartość łączną składają się kwoty: 5.160.150,30 zł (wartość umowy dla Konsorcjum) oraz 406.740,00 zł (wartość prac zrealizowanych tylko przez Perfekt Sp. z o.o. na podstawie aneksu nr 3 do umowy).

Druga pozycja wykazu (niekwestionowana) dotyczy również umowy realizowanej na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. (umowa w trakcie realizacji) o wartości 9.430.715,56 zł brutto.

Pismem z 28.07.2021 r. Zamawiający wystąpił na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy do Perfekt Sp. z o.o. o wyjaśnienie rozbieżności, jaka miała zachodzić pomiędzy formularzem JEDZ, a referencjami wystawionymi przez JSW S.A. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły oświadczenia o braku nałożenia sankcji w związku z wcześniejszą umową, co miało pozostawać w kolizji z treścią referencji z 10.06.2021 r., w której JSW S.A. zaznaczyła, iż naliczone zostały kary umowne. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienie zakresu i przyczyn nienależytego wykonania umowy (nałożenia kar umownych) oraz powodów braku zaznaczenia w JEDZ odpowiedniej informacji. W tym samym piśmie Zamawiający zwrócił się także m.in., o wyjaśnienie zakresu rzeczowego i finansowego umowy wskazane w pozycji nr 1 wykazu, w jakim samodzielnie Perfekt Sp. z o.o. (członek konsorcjum) zrealizowało usługę.

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca pismem z 3.08.2021 r. wyjaśnił, iż nie miało miejsca niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania odnośnie wcześniejszej umowy, a kopalnia nie wносиła uwag do jakości wykonanych usług. Nie zostały zatem spełnione przesłanki do wykluczenia określone w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, a zatem nie było podstaw do składania oświadczenia w tym zakresie w JEDZ. W odniesieniu do realizowanej przez Konsorcjum umowy Wykonawca wskazał, iż konsorcjanci bezpośrednio uczestniczyli w realizacji całego zakres zamówienia i nie ma możliwości jego wydzielania na poszczególnych członków konsorcjum. Konsorcjum nie dokonało podziału rzeczowego zamówienia, np. nie podzielono liczby otworów pomiędzy poszczególne podmioty. Na wypadek, gdyby Zamawiający uznał, że zamówienie należy podzielić pomiędzy konsorcjantów, to zdaniem Odwołującego powinno być to dokonane na trzy części (33%), chociaż taki zabieg uznawał za niezgodny z obowiązującymi przepisami oraz zasadami zdrowego rozsądku. Przyjmując jednak ten zabieg, wówczas swój udział w pracach określił na kwotę 2.594.795,21 zł brutto (w tym 33% z zamówienia podstawowego o wartości 5.160.150,30 zł netto/6.346.984,87 zł brutto oraz wartość aneksu nr 3 - 406.740,00 zł netto/500.290,20 zł brutto). Po zsumowaniu z wartością zamówienia wskazanego w pozycji nr 2 wykazu, Wykonawca spełniłby warunek udziału w postępowaniu.

W toku postępowania Zamawiający wystąpił do wystawcy referencji - Jastrzębskiej Spółki

Węglowej S.A. o wyjaśnienie treści referencji wystawionych 9.10.2018 r. firmie Perfekt Sp. z o.o. (pismo z 10.08.2021 r.). W piśmie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy referencje potwierdzające należyte wykonanie robót odnoszą się do:

- robót w wysokości 5.160.150,30 zł netto (wykonywanych w ramach konsorcjum),
- czy też w wysokości 406.740,00 zł netto (wykonywanych samodzielnie przez Firmę Perfekt Sp. z o.o.).

W przypadku jeżeli potwierdzenie należytego wykonania robót odnosiło się do kwoty 406 740,00 zł netto prosimy o Państwa stanowisko co do sposobu realizacji umowy w pozostałej części (to jest robót wykonywanych w ramach konsorcjum) to znaczy czy została ona wykonana przez Wykonawcę w sposób należyty.

Z treści dokumentu nie wynika w jakim zakresie rzeczowym i finansowym umowa nr e - RU 071500200 z dnia 25.08.2015r. została zrealizowana samodzielnie przez uczestnika konsorcjum firmę Perfekt Sp. z o.o. W związku z tym prosimy o określenie wspomnianego zakresu rzeczowego i finansowego.

W odpowiedzi z 12.08.2021 r. JSW S.A. wskazała w pkt 1, iż W chwili wystawienia przedmiotowych referencji, na podstawie dostępnych i posiadanych dokumentów nie byliśmy w stanie (i nadal nie jesteśmy) wystawić referencje, określić zakresu rzeczowego i finansowego dla robót wiertniczych wykonanych wyłącznie przez firmę Perfekt Sp. z o.o. w okresie od podpisania umowy nr e-RU 071500200 z dnia 25.08.2015 r. do dnia podpisania Aneksu nr 3 z dnia 20.03.2018 r. W poprzednich latach firma Perfekt Sp. z o.o. kilkakrotnie występowała do kopalni z prośbą o wystawienie referencji w zakresie realizacji tej umowy. W odpowiedzi na ww. pisma kopalnia nie wystawiła referencji firmie Perfekt Sp. z o.o., a jedynie informowała o wykonanym zakresie rzeczowym i finansowym dotyczącym konsorcjum firmy Budwak Sp. z o.o. (lider), firmy Perfekt Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum), firmy Metrum Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum), bez podziału na poszczególne firmy. W okresie robót wykonywanych przez Konsorcjum, na podstawie posiadanych dokumentów, były zastrzeżenia do realizacji umowy. W pkt 2 tego pisma JSW S.A. odniosło się do prac wykonanych samodzielnie przez Perfekt Sp. z o.o. na podstawie Aneksu nr 3 z dnia 20.03.2018 r. do umowy, potwierdzając ich należyte wykonanie, jak również zakres rzeczowy prac obejmujący wykonanie 20 otworów metanowych o łącznej długości 1810 mb na wartość 406.740,00 zł netto.

Zamawiający w piśmie z 16.08.2021 r. poinformował Perfekt Sp. z o.o. o podstawach odrzucenia jego oferty i niedopuszczenia do aukcji elektronicznej we wszystkich zadaniach, w ramach których złożył swoją ofertę. Zamawiający odniósł się do podmiotowych środków dowodowych, jakie złożył Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w części V Kwalifikacja podmiotowa Wykonawców pkt 4 ppkt 2 lit a) swz. Na podstawie oświadczenia w JEDZ, załączonej referencji z dnia 9.10.2018 r. oraz aneksu nr 3 do umowy nr e-RU 071500200, a także pisma JSW S.A. z 12.08.2021 r.

Zamawiający stwierdził, „że Wykonawca Perfekt Sp. z o.o. składając referencje do postępowania nr 702100300 był świadomy, że referencje te dotyczą wyłącznie Aneksu nr 3. Za całą umowę, której dotyczy referencja nr 1 JSW S.A. konsekwentnie odmawiała mu wystawienia referencji i że były zastrzeżenia co do należytego jej wykonania. Mimo to świadomie posłużył się taką referencją i twierdzi, że dotyczy ona całości robót, mimo że JSW S.A. wyraźnie wskazuje, że tylko Aneksu”. Mając na uwadze brak możliwości uwzględnienia wskazywanego przez Wykonawcę doświadczenia na kwotę 5.160.150,30 zł netto, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w swz. Tym samym nastąpił zbieg przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 litera a) i b), a Zamawiający odrzucił ofertę, gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Izba zważyła

W sprawie okoliczności faktyczne, w jakich doszło do odrzucenia oferty Odwołującego związane były z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dotyczą ustaleń, jakie legły u podstaw stwierdzenia, iż na skutek złożonych oświadczeń Zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd, co prowadziło faktycznie do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Chociaż Zamawiający wskazał również na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to

podstawą dla tego stwierdzenia nie była negatywna ocena samego doświadczenia, ale uznanie, iż złożenie nieprawdziwych informacji co do doświadczenia zdobytego w ramach Konsorcjum oznaczało, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Wskazuje na to ostatni akapit informacji z 16.08.2021 r., w którym Zamawiający stwierdził: „Mając na uwadze powyższe czyli brak możliwości uwzględnienia wskazywanego przez Wykonawcę doświadczenia na kwotę 5 160 150,30 zł netto, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ. Tym samym nastąpił zbieg przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 litera a) i b) Zamawiający odrzuca ofertę, gdy została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Całość uzasadnienia poprzedzająca zacytowany fragment związana jest z ustaleniem okoliczności mających wskazywać na podstawę do wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Zamawiający nie stwierdził zatem, aby wobec Wykonawcy zachodziła przesłanka do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, tj. związana z brakiem należytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta miała znaczenie dla sprawy, gdyż poza zakresem zarzutów pozostawały te okoliczności, które miałyby wskazywać na nienależyte wykonanie umowy realizowanej przez

Konsorcjum na rzecz JSW S.A. Przede wszystkim odnieść to należy do wyjaśnień JSW S.A. z 12.08.2021 r. i pytania Zamawiającego o przyczyny naliczenia kar umownych.

Zamawiający nie przeprowadził wobec Wykonawcy procedury przewidzianej w art. 128 Ustawy, co wymagałoby jednoznacznego stwierdzenia, że usługi wskazane w wykazie prac nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie odpowiadają pod względem rzeczowo-finansowym. Tym samym samo uznanie, że Wykonawca wprowadził błąd Zamawiającego w błąd stanowiło podstawę decyzji o wykluczeniu z postępowania.

Uwzględniając zakres wezwania, jakie kierował Zamawiający do Wykonawcy oraz wystawcy referencji Izba stwierdza, iż badanie dokumentów zostało ograniczone wyłącznie do ustalenia, w jakim zakresie oświadczenie dotyczące wartości prac objętych pozycją pierwszą wykazu należało odnieść do zaangażowania Odwołującego w realizację prac zleconych Konsorcjum. Samo stwierdzenie, iż Odwołujący nie mógł realizować w całości samodzielnie prac prowadziło Zamawiającego do przekonania, iż podana informacja o wartości wykonanej umowy wprowadzała w błąd ze skutkiem dla Wykonawcy w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Co istotne Odwołujący nie miał możliwości odniesienia się do dokumentów, jakie otrzymał Zamawiający od podmiotu zewnętrznego przed podjęciem decyzji o odrzuceniu jego oferty. W szczególności nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, jak również nie mógł odnieść się do informacji przedstawionych w piśmie z 12.08.2021 r.

Oceniając dokumenty, w szczególności referencje złożone przez Odwołującego z dnia 9 października 2021 r., pismo JSW S.A. z 12.08.2021 r. oraz referencje załączone do odwołania z 15.11.2017 r. Izba nie przychyliła się do wniosków, jakie prezentował Zamawiający, w tym przede wszystkim o podaniu nieprawdziwych informacji dotyczących wartości prac objętych umową nr e-RU 071500200 z 25.08.2015 r., jak również rzekomej negatywnej oceny jej wykonania przez Konsorcjum.

Dokumenty zgromadzone w sprawie przekonują co do ustalenia, iż Perfekt Sp. z o.o. realizowało umowę zawartą przez Konsorcjum, której łączna wartość została potwierdzona w referencjach wystawionych na wniosek Perfekt Sp. z o.o. Na rozprawie Zamawiający potwierdził, iż kwota wskazana w wykazie usług, tj. 6.847.274,07 zł brutto stanowi składową kwotę podanych w referencji za okres realizacji usługi od 25.08.2015 r. do 20.03.2018 r. oraz prac wykonanych w całości przez Perfekt Sp. z o.o. w zakresie objętym Aneksem nr 3 (po zwiększeniu o stawkę podatku VAT 23%). Tym samym nie było podstaw do stwierdzenia niezetelności informacji podanej w wykazie co do łącznej wartości wykonanych prac.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Perfekt Sp. z o.o. przyczyn, dla których nie było możliwe wskazanie wartości prac, jakie miał realizować samodzielnie, tj. bez udziału dwóch pozostałych członków konsorcjum. W ocenie Izby pismo JSW S.A. z 12.08.2021 r. potwierdza oświadczenie Wykonawcy, iż nie było możliwe wydzielenie zakresu rzeczowo-finansowego prac jakie miał wykonać, na co wskazuje wprost fragment z pkt 1 pisma, iż „W chwili wystawienia przedmiotowych referencji, na podstawie dostępnych i posiadanych dokumentów nie byliśmy w stanie (i nadal nie jesteśmy) wystawić referencje, określić zakresu rzeczowego i finansowego dla robót wiertniczych wykonanych wyłącznie przez firmę Perfekt Sp. z o.o. w okresie od podpisania umowy nr e-RU 071500200 z dnia 25.08.2015 r. do dnia podpisania Aneksu nr 3 z dnia 20.03.2018 r.”. W żadnym fragmencie pisma nie ma zawartej informacji, która zaprzeczałaby udziałowi Perfekt Sp. z o.o. w realizacji umowy od dnia jej zawarcia. Wnioski jakie wywiódł Zamawiający ze zmian wprowadzanych w zakresie wystawiania faktur, w tym rzekomego braku realizacji przez Perfekt Sp. z o.o. prac w okresie

od 25.08.2015 r. do 30.06.2016 r., nie miały podstawy, a wręcz stoją w sprzeczności z referencjami z 15.11.2017 r., jakie Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem, w których wprost zostało potwierdzone, że konsorcjum firm BUDWAK Sp. z o.o. lider, PERFEKT Sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum, METRUM Sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum, od dnia 25.08.2015 r. do dnia 31.08.2016 r. wykonało 19 300 m otworów odmetanowania oraz otworów w profilaktyce zwalczania zagrożenia wyrzutami metanu i skał o wartości 5 047 550,30 zł. Wz. Zakres prac został wykonany z należytą starannością, zgodnie z opracowaną technologią i przepisami BHP.

Również jako zbyt daleko idące i dowolne Izba uznała tezy dotyczące rzekomej odmowy wystawienia referencji dla Perfekt Sp. z o.o., co miało być spowodowane nienależytym wykonaniem umowy przez Konsorcjum. W tym zakresie Zamawiający powoływał się na fragment z pisma JSW S.A., w którym czytamy: iż „W okresie robót wykonywanych przez Konsorcjum, na podstawie posiadanych dokumentów, były zastrzeżenia do realizacji umowy”. Zdanie to, w ocenie składu orzekającego wskazuje wyłącznie na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń, których zakres i charakter nie jest możliwy do zidentyfikowania, a tym samym nie poddaje się weryfikacji pod kątem ustalenia, czy prowadziły one do nienależytej realizacji umowy lub braku jej wykonania. W tym zakresie sprzeczne z wnioskami Zamawiającego są informacje prezentowane przez JSW w referencji z dnia 15.11.2017 r., w którym wprost znajduje się stwierdzenie, że zakres prac zrealizowanych do 31.08.2016 r. został wykonany należyście. Jak wskazano na wstępie, Zamawiający nie stwierdził spełnienia przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, sąd prezentowane argumenty mające przekonać o odmowie wystawienia referencji z uwagi na nienależyte wykonanie prac, pozostawały obojętne dla rozstrzygnięcia o prawidłowości czynności podjętej w postępowaniu.

Na podstawie tych danych Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż JSW S.A.

odmawia wydania referencja z uwagi na brak możliwości potwierdzenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby jedyną obiektywną przeszkodą wskazaną przez JSW S.A. jest brak możliwości wydzielenia prac, jakie realizowali poszczególni członkowie konsorcjum, co uniemożliwia wystawienie referencji, np. tylko dla Perfekt Sp. z o.o. JSW S.A. jedynie w odniesieniu do prac wykonywanych samodzielnie przez Perfekt Sp. z o.o. na podstawie Aneksu nr 3 mogła i wystawiła referencje potwierdzając zakres rzeczowy (20 otworów metanowych o łącznej długości 1810 mb), wartość prac (406.740,00 zł netto) i ich należyłą realizację (pkt 2 pisma).

Ponieważ Zamawiający dysponował stanowiskiem JSW S.A. prezentowanym w piśmie w momencie oceny referencji z 9.10.2018 r. nie miał podstaw do stwierdzenia, jakoby wystawca referencji nie potwierdzał realizacji przez Konsorcjum umowy na kwotę 5.160.150,30 zł netto oraz łącznej (razem z Aneksem nr 3) wartości zrealizowanej umowy, tj. 5 566 890,30 zł netto, którą Odwołujący podał w wykazie usług (powiększoną o stawkę podatku VAT 23%). Brak było podstaw do odmowy przyjęcia na potwierdzenie wyjaśnień Odwołującego referencji, jakie zostały wystawione przez JSW S.A w dniu 15.11.2017 r., gdzie potwierdza się należyłą realizację prac przez Konsorcjum o wartości 5.047.550,30 zł.

W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż doszło do podania nieprawdziwych informacji w zakresie wartości prac. Wątpliwości, jakie mógł mieć Zamawiający z racji realizacji umowy przez Konsorcjum podlegały wyjaśnieniem, co jednak bez jednoznacznego stwierdzenia braku rzetelności danych, nie przesądzało o ich niezgodności ze stanem faktycznym. Odwołujący nie mógł podać innych kwot, niż wskazane w treści referencji dla Konsorcjum, co musiałoby być poprzedzone „sztucznym” wydzieleniem prac i nie znajdowałyby potwierdzenia w dokumentach, jakie posiada JSW S.A.

Ponieważ analiza dokumentów dokonana przez Zamawiającego sprowadzała się tylko do ustalenia, w jakim zakresie Perfekt Sp. z o.o. miało realizować prace objęte umową i nie zawiera oceny rzeczowej prac z uwagi na brak możliwości ustalenia, czy Perfekt Sp. z o.o. realizowało w całości prace i może powołać się na całość doświadczenia w ramach wykonanej umowy, ocena ta nie może być uznana za zakończoną. Zamawiający w przypadku braku możliwości rozwiania tych wątpliwości (z uwagi na brak dokumentów obiektywnie pozwalających określić udział Perfekt Sp. z o.o. w zrealizowanych przez Konsorcjum pracach) powinien umożliwić Wykonawcy uzupełnienie dokumentów w celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia (wartości wykonanych prac spełniających kryteria kwalifikacji podmiotowej).

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby Wykonawca był świadomy, że wystawiona referencja, w której podane zostają informacje na temat całej umowy, dotyczyć miała wyłącznie Aneksu nr 3. Taką wiedzę Zamawiający wyinterpretował (błędnie) z pisma JSW

S.A., które nie było znane Wykonawcy w momencie składania dokumentów w postępowaniu. Nie miał on zatem żadnych podstaw do uznania, iż podana w wykazie kwota nie jest prawidłowa, jak również iż nie jest uprawniony do powołania się na doświadczenie zdobyte w związku ze zrealizowaną umową. Brak możliwości potwierdzenia oświadczeń dokumentami pochodzącymi od wystawcy referencji może jedynie oznaczać, iż Wykonawca nie podolał ciężarowi wykazania przed Zamawiającym spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powinno uruchomić procedurę z art. 128 Ustawy - wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Podsumowując, Izba uznała, iż okoliczności wskazane w podstawie odrzucenia oferty nie pozwalały na jednoznaczną ocenę działania Wykonawcy, jako ukierunkowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, jak również noszącego ciężar celowego manipulowania informacjami, czy też przypisywania sobie doświadczenia, które nie było udziałem tego podmiotu. Wątpliwości, jakie mogły powstać w związku z potrzebą ustalenia udziału współkonsorcjanta w pracach, nie doprowadziły do jednoznacznych ustaleń, które potwierdzałyby ocenę prezentowaną w uzasadnieniu braku zaproszenia do aukcji elektronicznej i odrzuceniu oferty Wykonawcy. Tym samym zasadne stało się uchylene decyzji, która uniemożliwiła Odwołującemu udział w aukcji elektronicznej, co otwiera drogę do powtórzenia czynności w postępowaniu, w tym umożliwienia Wykonawcy uzupełnienia doświadczenia pozwalającego wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 7 ust. 1 pkt 1

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł., koszty pełnomocnika Odwołującego (wynagrodzenie, koszty dojazdu i noclegu) stwierdzone rachunkami i obciążyła nimi w całości Zamawiającego.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....