

Sygn. akt:

**KIO 1144/21, KIO 1145/21,
KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21,
KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21**

WYROK

z dnia 7 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 czerwca 2021 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 kwietnia 2021 r.** przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1144/21),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1145/21),
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1147/21),

4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1148/21),
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1149/21),
6. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Grupa Carbon Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1157/21),
7. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1158/21),
8. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1159/21),
9. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o. Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1160/21)

w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów

orzeka:

1. uwzględnia odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1144/21 i KIO 1145/21 w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20) i art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach nr 7 i 8 oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z postępowania w zadaniach nr 7 i 8, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert w tych zadaniach z uwzględnieniem ofert odwołujących; oddala odwołania w pozostałym zakresie,
2. uwzględnia odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1147/21, KIO 1148/21 i KIO 1149/21 w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20), art. 93 ust. 1 pkt 1) oraz art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach nr 1-4 oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z postępowania w zadaniach nr 1-4, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert w tych zadaniach z uwzględnieniem ofert odwołujących; oddala odwołania w pozostałym zakresie,
3. uwzględnia odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1157/21, KIO 1158/21 i KIO 1159/21 i KIO 1160/21 w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20), art. 93 ust. 1 pkt 1) oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach nr 9-12 oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z postępowania w zadaniach 9-12, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert w tych zadaniach z uwzględnieniem ofert odwołujących; oddala odwołania w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **135 000 zł 00 gr** (słownie: sto trzydzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wszystkich odwołujących tytułem wpisów od odwołań (po 15 000 zł 00 gr),

- 4.2. zasądza od Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów na rzecz odwołujących kwotę **142 200 zł 00 gr** (słownie: sto czterdzieści dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocników, w tym:
- 4.2.1. po **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wszystkich odwołujących (KIO 1144/21, KIO 1145/21, KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21, KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21),
- 4.2.2. **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1144/21),
- 4.2.3. **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1145/21),
- 4.2.4. **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Grupa Carbon Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1157/21),
- 4.2.5. **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o. Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1158/21),
- 4.2.6. **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1159/21),
- 4.2.7. **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o.,

PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o. Rogóźno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1160/21),

5. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **25 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu wpłaty kwoty przewyższającej wysokość wpisu, w tym:
 - 5.1. **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1144/21),
 - 5.2. **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1145/21),
 - 5.3. **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A.; Lider & Partners Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1147/21),
 - 5.4. **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1148/21),
 - 5.5. **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A.; Lider & Partners Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1149/21).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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:

.....

Uzasadnienie

KIO 1144/21, KIO 1145/21 – odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1144/21) – zadanie nr 7 oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Stefanii Pawlak 20, 21-010 Łęczna (KIO 1145/21) – zadanie nr 8 [dalej łącznie „odwołujący”].

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 213-522835 na „*Wykonywanie robót górniczych i usług w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w wyrobiskach p/z w polu Bogdanka, Nadrybie i Stefanów*”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na 12 części przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów (dalej „zamawiający”) odwołujący złożył odwołania wobec czynności zamawiającego, polegających na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 7 i zadania nr 8, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 20, poprzez przyjęcie, iż odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie lub ograniczenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w tym przepisie,
2. art. 24 ust. 1 pkt. 20, poprzez wadliwe przyjęcie, że Grupa Carbon Sp. z o.o., Lider & Partners Sp. z o.o. i PRG Linter S.A. posiadali realną możliwość skutecznego złożenia samodzielnie ważnej oferty w postępowaniu bez konieczności zawiązywania konsorcjum i w konsekwencji błędne uznanie, że poprzez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję,
3. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący

uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń,

4. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ważną ofertę złożył odwołujący, wobec którego nie istniały podstawy do wykluczenia z przetargu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,

Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów złożonych w postępowaniu oraz dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania dla wykazania okoliczności w nim wskazanych, a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:

- P. Cz. – przedstawiciela Grupy Carbon sp. z o.o.,
- H. K. – przedstawiciela Drilling MS S.A. i Lider & Partners Sp. z o.o.,
- A. K.-L. – przedstawiciela wszystkich wyżej wymienionych na okoliczność braku podstaw do przyjęcia, iż odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym, a tym samym na okoliczność braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

(wniosek ten został na rozprawie cofnięty).

Odwołujący wskazał, że aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania przy zastosowaniu regulacji art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

1. miało miejsce zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,
2. zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
3. zamawiający musi wykazać te okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

Uznał, że z ww. przepisu wynika, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne, a zawarcie takiego rodzaju porozumienia musi być dowiedzione przez zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zaznaczył, że art. 23 ustawy Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest umową cywilnoprawną, zawieraną na zasadzie swobody umów, której celem jest połączenie przez przedsiębiorców, niespełniających warunków udziału w postępowaniu swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji.

Na powyższej podstawie stwierdził, że nie można a priori zakładać, że każde zawarcie umowy konsorcjum jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego ocena czy przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów czy art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach sprawy (ad casum).

Podkreślił, że konsorcjum jest dozwoloną prawem formą ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu przetargowym nawet dla przedsiębiorców o dużym potencjale osobowym, gospodarczym i ekonomicznym (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2017 r. sygn. KIO 352/17). Uzupełnił, że konsorcjum jako forma ubiegania się o udzielenie zamówienia została wprost przewidziana przez zamawiającego w umowie projektowanej w ramach postępowania (§ 16).

Podniósł, że wbrew stanowisku zamawiającego żaden z członków konsorcjum nie spełniał samodzielnie warunków udziału w postępowaniu – żaden z członków konsorcjum nie spełniał samodzielnie warunku dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnymi za wykonywanie robót, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacjami na temat dysponowania tymi osobami – o ile Grupa Carbon Sp. z o.o., Lider & Partners Sp. z o.o. oraz PRG Linter S.A. dysponowali minimalną wymaganą przez zamawiającego ilością pracowników, o tyle żaden z wymienionych członków konsorcjum nie dysponował samodzielnie potencjałem osobowym, który mógłby skierować do realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający stracił z pola widzenia, że faktycznie – zgodnie z przedłożonym przez niego harmonogramem robót – realizacja zamówienia obejmuje szacunkowo 18 348 roboczodni w okresie 12 miesięcy realizacji umowy (1674 rbdn

w pierwszym miesiącu, 1756 rbdn w drugim miesiącu, 2003 rbdn w trzecim miesiącu, 1838 rbdn w czwartym miesiącu, 1756 rbdn w piątym miesiącu, 1838 rbdn w szóstym miesiącu, 1657 rbdn w siódmym miesiącu, 1195 rbdn w ósmym miesiącu, 1195 w dziewiątym miesiącu, 1145 rbdn w dziesiątym miesiącu, 1096 rbdn w jedenastym miesiącu i 1195 rbdn w dwunastym miesiącu realizacji zamówienia), co implikuje konieczność zapewnienia obsady na poziomie: 89 osób w pierwszym miesiącu, 88 osób w drugim miesiącu, 88 osób w trzecim miesiącu, 88 osób w czwartym miesiącu, 92 osoby w piątym miesiącu, 88 osób w szóstym miesiącu, 76 osób w siódmym miesiącu, 55 osób w ósmym miesiącu, 55 osób w dziewiątym miesiącu, 55 osób w dziesiątym miesiącu, 55 osób w jedenastym miesiącu i 55 osób w dwunastym miesiącu realizacji zamówienia.

Zwrócił uwagę, że w § 1 ust. 8 projektu umowy zamawiający przewiduje realizację umowy w zakresie obejmującym nie mniej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia, co oznacza, że wykonawca postawiony jest w pozycji, w której nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia, a zatem całe ryzyko z tym związane obciąża wykonawcę. Uzupełnił, że biorąc pod uwagę treść § 8 ust. 6 projektu umowy – Prawo Opcji, obejmujące do 30% zamówienia – wykonawca pozostaje w niepewności w zakresie obejmującym 80% wartości umowy.

Uznał, że zgodnie z projektem umowy, zamawiający całkowicie arbitralnie może skorzystać z robót wykonawcy w zakresie od 50% wartości umowy do 130% wartości umowy, co oznacza, że wykonawca jest zmuszony do pozostawania w gotowości (kadrowej, finansowej, sprzętowej) umożliwiającej mu relację zamówienia na poziomie do 130% jego wartości, mając jednocześnie na uwadze ryzyko gospodarcze ponoszenia kosztów stałych (kadrowych, finansowych, sprzętowych) przy możliwym ograniczeniu realizacji zamówienia jedynie do 50% jego wartości.

Oświadczył, że Grupa Carbon Sp. z o.o., Lider & Partners Sp. z o.o. oraz PRG Linter S.A. (ani pozostali członkowie konsorcjum – czego zamawiający nie kwestionował) w dniu składania oferty nie posiadały zdolności do samodzielnego wykonania zamówienia, gdyż ich potencjały kadrowe zaangażowane były w inne zamówienia i przedsięwzięcia, które wyłączały ich zdolność do samodzielnego złożenia oferty i realizację całości zamówienia.

Podał, że na dzień składania ofert Grupa Carbon Sp. z o.o. zatrudniała 794 osoby, przy czym realizowała (i nadal realizuje) 12 innych zamówień lub przedsięwzięć, do których zaangażowanych było łącznie 739 osób, co oznacza, że faktycznie Grupa Carbon Sp. z o.o. dysponowała zaledwie 55 osobami, które mogłaby zaangażować w realizację zadania i co oznacza, że Grupa Carbon Sp. z o.o. na dzień składania oferty nie dysponowała

samodzielnie potencjałem kadrowym niezbędnym do faktycznego wykonania przedmiotu umowy nawet na poziomie 50%.

Oświadczył także, że w dniu składania ofert w zainteresowaniu Grupy Carbon Sp. z o.o. pozostawało kolejnych 12 robót górniczych (JSW S.A. KWK Budryk, JSW S.A. KWK „Pniówek”, TAURON Wydobycie S.A. Zakład Górniczy Janina, SRK S.A. Oddział KWK Centrum”, LWB).

Podkreślił, że przygotowując ofertę na realizację zadania Grupa Carbon Sp. z o.o. musiała brać pod uwagę także potencjalne zaangażowanie osobowe w realizację przynajmniej części powyżej wskazanych kontraktów, których pozyskaniem była zainteresowana, co dodatkowo wzmacnia argumentację o braku spełnienia przesłanki możliwości samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia na realizację zadania.

Podał, że na dzień składania ofert Lider & Partners Sp. z o.o. zatrudniała 97 osób, przy czym realizowała (i nadal realizuje) 6 innych zamówień lub przedsięwzięć, do których zaangażowanych było 78 osób oraz na dzień składania ofert PRG Linter S.A. zatrudniała 254 osoby, przy czym realizowała (i nadal realizuje) 8 innych zamówień lub przedsięwzięć, do których zaangażowani byli wszyscy pracownicy.

Skonstatował, że złożenie odrębnych ofert przekraczało możliwości organizacyjne każdego z uczestników konsorcjum.

Oświadczył, że na decyzję o wspólnym złożeniu oferty w postępowaniu wpływała nie tylko niepewność co do faktycznego zapotrzebowania wykwalifikowanego personelu przez zamawiającego (nawet do 130 % w stosunku do ilości wynikającej z harmonogramu), brak możliwości zapewnienia przez konsorcjantów samodzielnie dostępności wykwalifikowanego personelu w całym okresie wykonywania umowy nawet w ilości wynikającej z harmonogramu, nie mówiąc o braku możliwości pozostawania przez odwołującego w gotowości kadrowej umożliwiającej realizację zamówienia na poziomie 130 %), ale również sytuacja epidemiczna spowodowana epidemią Covid-19 na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej – w szczególności brak możliwości przewidzenia rozwoju epidemii w okresie obowiązywania umowy, skutkuje niemożliwością przewidzenia sytuacji gospodarczej w skali makroekonomicznej, jak i niemożliwością przewidzenia obostrzeń (i pomocy publicznej) związanych z branżą górniczą oraz sytuacji epidemicznej w zakładzie górniczym zamawiającego.

Zdaniem odwołującego właściwa realizacja zamówienia wymaga od wykonawcy zapewnienia ponadprzeciętnie wysokich możliwości dostępu do wykwalifikowanego personelu z uwagi na fluktuacje związane z chorobą i kwarantanną pracowników, co może być zapewnione przez wykonawcę jedynie w przypadku synergii potencjałów gospodarczych i kadrowych konsorcjantów.

Stwierdził, że jego dotychczasowe doświadczenia oraz wysokie wymagania zamawiającego (w tym przypadki blokowania możliwości wejścia pracowników spółki na teren zakładu górniczego zamawiającego w związku z ograniczeniami epidemicznymi) wymuszają zapewnienie szerokiej dostępności do kadry pracowniczej, która nie była potrzebna w takim zakresie przed wystąpieniem epidemii.

Wskazał, że równie istotnym czynnikiem determinującym zawarcie umowy konsorcjum była dywersyfikacja ryzyka gospodarczego i rozłożenie go na wszystkich uczestników konsorcjum, bowiem ocena ryzyka gospodarczego wynikającego z warunków umowy oraz sytuacji epidemicznej w dacie złożenia oferty jest ponadprzeciętnie wysoka, a co za tym idzie ryzyko gospodarcze jest nieopłacalne lub nisko opłacalne z punktu widzenia interesów poszczególnych konsorcjantów.

Staął na stanowisku, że analiza zapisów umownych pozwala na stwierdzenie, że wykonawca na mocy zawartej z zamawiającym umowy zostanie zobowiązany do wykonania robót nie znając: miejsca, czasu, zakresu, przedmiotu i rozłożenia miesięcznego ani samego czasu trwania umowy, co uzasadnia rozłożenie związanego z tym ryzyka na wszystkich konsorcjantów – nie jest bowiem możliwe racjonalne szacowanie (w dacie złożenia oferty) zasobów, które będą potrzebne do wykonania umowy w konkretnym czasie (dniu/tygodniu/miesiącu). Wskazał na następujące postanowienia projektu umowy: § 1 ust. 1, 5 i 6, § 5 ust. 4-6, 10 i 11, § 13 ust. 1, § 14 ust. 6, z których – wedle odwołującego – wynika, że kwestia rozłożenia ryzyka gospodarczego została w projektowanej umowie ukształtowana w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy, a jednoznacznie korzystne dla zamawiającego.

Oświadczył, że członkowie konsorcjum: Grupa Carbon Sp. z o.o., Drilling MS S.A. oraz Lider & Partners Sp. z o.o. współpracują ze sobą w warunkach rynkowych już od 2019 roku, a współpracę tę charakteryzuje trwałość i w żadnym wypadku nie ma ona na celu ograniczenia konkurencji na rynku, a jedynie wspólną realizację danego przedsięwzięcia gospodarczego. Podał, że wskazane podmioty wspólnie ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie robót górniczych i usług w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w wyrobiskach p/z w polu Bogdanka, Nadrybie i Stefanów prowadzonym przez tego zamawiającego dotyczącym tożsamyh robót górniczych i oferta konsorcjum firm Grupa Carbon Sp. z o.o. (lider), Drilling MS S.A. oraz Lider & Partners Sp. z o.o. jako najkorzystniejsza została wybrana do realizacji zadania i co zamawiający nie miał wówczas wątpliwości co do tego, że umowa konsorcjum zawarta została w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego.

Uzupełnił, że złożenie wspólnej oferty przez uczestników konsorcjum na realizację zadania podyktowane było chęcią wspólnego kontynuowania robót górniczych na polu, które jest uczestnikom konsorcjum znane i na tym terenie mają zaangażowanych ludzi.

W ocenie odwołującego zarzut zamawiającego, że o znowie przetargowej świadczyć miałby fakt, że dokumenty w postaci umowy konsorcjum oraz treść pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum w każdym z zadań były zbieżne pod względem treści nie wytrzymuje krytyki w obliczu znanego zamawiającemu faktu, że dokumenty te sporządzone były w oparciu o wzory od lat funkcjonujące już w obrocie prawnym z zamawiającym i wykorzystywane przy szeregu postępowań o udzielenie zamówienia. Oświadczył, że nie było żadnych obiektywnie uzasadnionych przyczyn, aby na użytek niniejszego postępowania zmieniać ich treść lub wygląd zwłaszcza, że okoliczność ta nigdy nie była przez zamawiającego kwestionowana.

Za nieuprawniony uznał także argument zamawiającego, że o znowie przetargowej miałby świadczyć fakt, że w składanych wyjaśnieniach poszczególni uczestnicy powoływali się na argumentację związaną z dywersyfikacją ryzyka gospodarczego w przypadku realizacji umowy przez konsorcjum podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czy też wreszcie fakt, że wszyscy uczestnicy powoływali się na niekorzystne dla nich zapisy umowy zwłaszcza te dotyczące braku precyzji zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, ponieważ oczywistym jest, że kwestia rozłożenia ryzyka gospodarczego, zwłaszcza w czasach epidemii i związanych z nią trudności ekonomicznych i gospodarczych branży górniczej jest dla każdego z podmiotów ubiegającego się o udzielenie zamówienia na tyle doniosła, że każdy bierze ją pod uwagę i każdy w konsekwencji się na to powołuje.

Ocenił, że okoliczności, że poszczególni wykonawcy powoływali się w swoich wyjaśnieniach na niekorzystne zapisy umowy nie może dziwić wobec faktu, że zapisy umowy są niezwykle doniosłe przy jej realizacji, a wynikająca z umowy treść zobowiązań stron (zwłaszcza przy tak niekorzystnym ukształtowaniu pozycji wykonawcy jaka wynika z umowy z zamawiającym) determinuje ryzyka związane z realizacją zadania i finalnie wpływa na kształt oferty. Podkreślił także, że poszczególni wykonawcy dostrzegali niekorzystne dla nich zapisy umowy jeszcze przed złożeniem oferty, co przejawiało się w licznie formułowanych pytaniach do zamawiającego o wyjaśnienie zapisów umowy, ich interpretację przez zamawiającego i postulaty zmiany poszczególnych rozwiązań umownych. Stwierdził, że nie może zatem dziwić, że okoliczności te – jako determinujące kształt oferty – były następnie podnoszone w składanych wyjaśnieniach, natomiast wynikający z projektu umowy brak równowagi kontraktowej stron (na niekorzyść wykonawcy) jest tak jaskrawy, że dziwnym byłoby gdyby, składając swoje wyjaśnienia wykonawcy nie powoływali się na te okoliczności i determinujące je ryzyka realizacyjne ostatecznie kalkulowane przy formułowaniu poszczególnych ofert.

Podsumował, że złożenie odrębnych ofert przekraczało indywidualne i realne możliwości organizacyjne każdego z uczestników konsorcjum, uczestnicy konsorcjum nie mogliby samodzielnie, bez współpracy ze sobą, wziąć udziału w przetargu. Wobec obiektywnego braku realnych szans na samodzielny udział i realizację całości zamówienia przez każdego z członków konsorcjum samodzielnie zawiązanie konsorcjum nie ogranicza konkurencji, albowiem w sytuacji, gdyby konsorcjum nie zostało zawiązane, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu, gdyż żaden z uczestników konsorcjum nie dysponował samodzielnie wystarczającym potencjałem osobowym zarówno ze względu na wielkość zamówienia jak i ze względu na zaangażowanie potencjału kadrowego poszczególnych konsorcjantów w ich pozostałą działalność gospodarczą, a także uwarunkowania gospodarcze wynikające z sytuacji epidemicznej i niekorzystnych warunków umowy z zamawiającym.

KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21 – odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1147/21) – zadanie nr 4, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1148/21) – zadanie nr 3, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lider & Partners Sp. z o.o., Grupa Carbon Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., ul. Wrońska 2, 20-327 Lublin (KIO 1149/21) – zadanie nr 1 i 2 [dalej łącznie „odwołujący”].

W tym samym postępowaniu odwołujący złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wykluczenia w postaci:
 - a. przyjęcia błędnego założenia, iż odwołujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w sytuacji, gdy fakt taki nie miał i nie ma miejsca, a umowa konsorcjum jest dozwoloną prawem formą współdziałania między wykonawcami,

- b. niewłaściwego zdefiniowania pojęcia „rynku” na użytek postępowania,
- c. uznania, iż zamawiający posiada środki dowodowe na wykazanie istnienia „porozumienia”;
co skutkuje naruszeniem prawa materialnego, tj. następujących przepisów ustawy Pzp:
 - 1. art. 24 ust. 1 pkt 20, poprzez błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, zwłaszcza że zamawiający nie realizuje dyspozycji przepisu, gdyż rzeczonego faktu nie jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,
 - 2. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego jest ważna, zgodna z wymaganiami zamawiającego oraz ustawy Pzp i nie ma podstaw do twierdzenia zamawiającego o braku ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu,
 - 3. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
 - 4. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o:

- 1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- 5. zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów, który zostanie przedstawionym na rozprawie,
- 6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu oraz dokumentów wskazanych w odwołaniu jako uzasadnienie stawianych zarzutów.

Odwołujący podał, że wykonawcy zwracali się z prośbą o zmianę treści SIWZ oraz projektu umowy i wyjaśnienie treści SIWZ, wskazując na szereg uwarunkowań faktycznych i formalno-prawnych, które w istotny sposób kształtowały treść przyszłego stosunku prawnego oraz ryzyka obarczające wykonawcę, związane z realizacją zamówienia, jednak zamawiający udzielił odpowiedzi, nie dzieląc w większości argumentacji wykonawców w kwestii złagodzenia rygorów umownych (dowód: Treść zapytań i odpowiedzi zamawiającego z dnia 30 listopada 2020 r.).

Podał także, że 11 stycznia 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie związanym z przesłanką wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp – odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, zgodnie

z prośbą zamawiającego, zapisy projektu umowy oraz okoliczności faktyczne, które zdeterminowały konieczność złożenia oferty przez konsorcjum, podając m.in. że zamawiający w projekcie umowy stworzył szereg instrumentów prawnych przenoszących wszelkie ryzyka kontraktowe na wykonawcę. Wskazał nadto, że analizując przyczyny zawiązania konsorcjum nie można pominąć obiektywnych przesłanek rynkowych skłaniających wykonawców do ograniczenia ryzyka kontraktowego związanych m.in. z trwającą epidemią (dowody: wezwanie do wyjaśnień z 11 stycznia 2021 r., wyjaśnienia z 15 stycznia 2021 r.).

Stwierdził w dalszej kolejności, że zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie tych samych okoliczności – odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia w zakresie przyczyn zawiązania konsorcjum oraz przedstawił argumenty i dane na potwierdzenie faktu, iż ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia są realne dla wykonawcy, a rozproszenie ich na wszystkich członków konsorcjum jest ekonomicznie uzasadnione (dowody: wezwanie do wyjaśnień z 9 lutego 2021 r., wyjaśnienia odwołującego z dnia 16 lutego 2021 r.).

Odwołujący zaznaczył, że specyfika przedmiotu zamówienia odbiega w sposób istotny od wykonywania robót górniczych pod ziemią o typowym charakterze. Wyjaśnił, że zamówienie podzielić można na roboty górnicze i usługi na rzecz zamawiającego; umowny stosunek prawny w przedmiotowym zamówieniu polega na udostępnianiu zasobów ludzkich wykonawcy – zamawiający w zapotrzebowaniu (zamówieniu) deklaruje ilość roboczodniówek, którą zamierza zlecić wykonawcy w danym okresie, posiadając uprawnienie do zlecenia skierowania pracowników wykonawcy w różne obszary zakładu i do różnych prac. Uzupełnił, że pracownicy wykonują zadania często w dużym rozproszeniu i z dużą zmiennością dzienną, zaś po stronie wykonawcy powstaje obowiązek zapewnienia potencjału ludzkiego na wezwanie i w ilościach określonych przez zamawiającego.

Podkreślił, że wykonawca w ramach umowy nie realizuje jednego konkretnego projektu, z którego jest rozliczany, a jedynie uzupełnia braki kadrowe zamawiającego na wybranych przez niego odcinkach prac; rozliczenie odbywa się według ilości wykonanych dniówek lub ilości innych jednostek miary (tzw. prace akordowe). Oceniał, że w takim ujęciu przedmiot zamówienia ma charakter quasi najmu (outsourcingu) pracowników wykonawcy.

Podał, że kalkulacja ryzyk umownych odwołującego w przedmiotowym zamówieniu opiera się na kilku kluczowych aspektach:

1. zakres prac jest rozproszony, brak jest konkretnego projektu, którego dysponentem jest wykonawca; wykonawca nie ma wpływu na efektywność zarządzania kontraktem w ujęciu projektowym, nie może wykonać zadania w krótszym czasie w sytuacji

„nadwyżki” pracowników, ograniczając tym samym koszty związane z realizacją projektu,

2. zakres prac jest zmienny – zmieniają się nie tylko ilości pracowników, ale również kwalifikacje, które powinni posiadać (np. maszyniści kolejek, konwojenci kolejek, obsługa spągłodowarki, obsługa kołowrotów i inni); zmieniające się potrzeby zamawiającego powodują, że wykonawca nie ma pewności ilu pracowników spośród swojej załogi będzie mógł skierować do wykonywania umowy w danym miesiącu. Zamawiający posługuje się drukiem zapotrzebowania dobowego na miesiąc, a prace wykonywane są na różnych zmianach. W zakładzie zamawiającego funkcjonują 3 podstawowe systemy zmian dobowych. Konieczność przestrzegania norm wynikających z Kodeksu Pracy, a dotyczących odpoczynku dobowego pracowników wymaga od wykonawcy zabezpieczenia większych zasobów niż przy realizacji zadań w układzie jedno czy dwuzmianowym. Oceniał, że zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny – pozycje formularza ofertowego oznaczone „1*”),
3. wymogi formalne w zakresie formy zatrudnienia – wszyscy pracownicy wykonawcy muszą być zatrudnieni na umowę o pracę, co generuje stałe wysokie koszty utrzymania gotowości wykonawcy. W przypadku zmniejszenia zapotrzebowania przez zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest wypłacić wynagrodzenia pracownikom niezależnie od faktu czy osiągnął przychód z umowy,
4. wymagania umowne zamawiającego – zastrzeżenia dotyczące prawa do zlecenia jedynie 50% wartości wynagrodzenia (§ 1 ust. 8 projektu umowy), prawo opcji (§ 8 ust. 6 projektu umowy), kary umowne (§ 12 projektu umowy), możliwość zmiany zakresu robót bądź odstąpienia od realizacji zakresu rzeczowego (§ 14 ust. 6 projektu umowy) i inne (wskazywane w korespondencji z zamawiającym),
5. niepewność wykonawcy w związku z sytuacją epidemiologiczną – wykonawca, pomimo przestrzegania wszelkich zaleceń w zakresie zapobiegania zachorowaniom w obecnym stanie zagrożenia epidemiologicznego nie ma pewności jaką ilością pracowników będzie dysponował w okresie realizacji kontraktu.

Oświadczył, że wskazana specyfika zamówienia zdeterminowała decyzję o zawiązaniu konsorcjum, celem spełnienia wymogów stawianych przez zamawiającego i zminimalizowania ww. ryzyk.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający bezpodstawnie zarzucił odwołującemu zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami. Ponownie oświadczył, że jedyną ideą, jaka legła

u podstaw zawiązania umowy konsorcjum jest stworzenie warunków do właściwego i rzetelnego wywiązania się z realizacji zamówienia.

Podał, że w treści informacji o wykluczeniu odwołującego zamawiający zawarł tabelę wskazującą wykonawców, którzy złożyli oferty w poszczególnych zadaniach w postępowaniu – zamawiający wskazał, że dostrzega w tym pomiędzy oferentami powiązania, świadczące o zawarciu porozumienia mającego na celu całkowite wyeliminowanie konkurencji oraz możliwości skorzystania z aukcji elektronicznej celem obniżenia cen wskazanych w ofertach.

Odwołujący podkreślił, że złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest ograniczone w żaden sposób w przepisach prawa; zgodnie z art. 23 ustawy Pzp jest to ich uprawnienie, z którego nie można arbitralnie ograniczać przez aprioryczną ocenę zamawiającego.

Podniósł, że pomimo takiej możliwości (ust. 5 i 6 wskazanego przepisu) – określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i musi nosić cechy proporcjonalności, zamawiający może również określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i również z zachowaniem zasady proporcjonalności), czego zamawiający nie wykorzystał i nie wskazał takich szczególnych warunków w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Na powyższej podstawie ocenił, że niezrozumiałym jest generowanie przez zamawiającego insynuacji wobec profesjonalnych podmiotów, które w branży górniczej funkcjonują od wielu lat i wielokrotnie funkcjonowały w licznych zamówieniach na zasadzie modelu konsorcjum.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 567/10, zgodnie z którym *„Pzp dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest naturalnym zjawiskiem w obrocie gospodarczym. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu, czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Oczywistym jest, że podmioty zawierające konsorcjum, wyłączają istnienie pomiędzy sobą konkurencji w zdobyciu i realizacji konkretnego zamówienia publicznego, gdyż istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do realizacji tego zamówienia, a nie konkurowanie między sobą. Podkreślić*

należy, że wyłączenie konkurencji pomiędzy podmiotami zawierającymi konsorcjum ma charakter czasowy i dotyczy wyłącznie konkretnego zadania.”

W ocenie odwołującego z przedstawionej przez zamawiającego tabeli nie wynika nic więcej poza listą podmiotów, które wybierając formułę wspólnego złożenia oferty, uczyniły to dla poszczególnych zadań. Zauważył, że gdyby zamawiający postanowił przeprowadzić postępowanie per zadanie – ogłaszając każde z zadań w innym terminie albo jako zupełnie odrębne, argument o zależnościach pomiędzy konsorcjami utraciłby jakiegokolwiek znaczenie.

Uzupełnił, że każde z zadań, pozostawiając ten sam stan faktyczny, uzyskałoby jedną ofertę i zamawiający rozstrzygnąłby każde z nich na korzyść wykonawcy spełniającego wymagania zamawiającego i ustawy Pzp, co już wskazuje na postępowanie zamawiającego pod wpływem sugestii i jedynie jemu znanego schematu myślenia, bez rzetelnego poparcia i argumentacji, które w okolicznościach postawienia takiego zarzutu powinny posiadać mocne uzasadnienie.

Uznał, że sugestia zamawiającego doznałaby także uszczerbku, gdyby w którymkolwiek z zadań wpłynęła choćby jeszcze jedna oferta – w sytuacji, gdyby tylko w jednym z zadań złożono dwie oferty – odwołującego i innego podmiotu (których, wedle odwołującego, na rynku jest wiele poza członkami konsorcjum), zamawiający utraciłby argumentację dotyczącą pozostałych zadań, w których wpłynęła tylko jedna oferta. Domniemanie zamawiającego o ograniczeniu konkurencji jest błędne, ponieważ lista podmiotów potencjalnie zdolnych do wykonania zamówienia lub wspólnego spełnienia warunków zamawiającego nie kończy się na członkach konsorcjum odwołującego.

Podał, że zamawiający twierdzi, iż to w wyniku wyjaśnień odwołującego doszedł do przekonania o zaistnieniu tzw. „zmowy przetargowej”, uzasadniając swoje stanowisko tym, że nie znalazł w wyjaśnieniach „konkretnych” i „rzeczywistych” okoliczności wskazujących na to, iż spółki „były zmuszone do złożenia wspólnych ofert”, że wyjaśnienia bazowały na stwierdzeniach i wylczeniach historycznych oraz „sprowadzały się do zakwestionowania przyjętego przez Zamawiającego sposobu realizacji inwestycji”. Podniósł, że przy konstytucyjnej zasadzie swobody zawierania umów, pisanie o „przymusie” do zawarcia umowy konsorcjum jest całkowitym nieporozumieniem, a ponadto zamawiający całkowicie zignorował obszerne wyjaśnienia odwołującego i motywy ekonomiczne oraz logistyczne, wykazane jako motywy założenia i funkcjonowania konsorcjum.

Zdaniem odwołującego jest to kontynuacja przyjętego przez zamawiającego własnego, subiektywnego podejścia do rozstrzygnięcia postępowania, ponieważ nie ma on podstaw twierdzić, iż wyjaśnienia wykonawcy nie są rzeczywiste, nie wskazując jednocześnie na elementy, które tego braku rzeczywistości dowodzą.

Uznał, że zamawiający nie dąży do uzyskania obiektywnego obrazu rzeczywistości, ponieważ twierdzi, że wykonawcy powinni być zmuszeni, aby przyjąć formę wspólnie

ubiegających się o zamówienie podczas gdy może to być decyzja biznesowa wskazująca na zniwelowanie ryzyk leżących po stronie każdego z konsorcjantów, co daje jednocześnie pewność także zamawiającemu w zakresie realizacji zamówienia.

Wedle odwołującego nie ma znaczenia subiektywna ocena zamawiającego zgodnie, z którą każdy z członków konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie i wobec tego powinien złożyć ofertę osobno.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 567/10) zgodnie z którym: *„O istnieniu zmowy przetargowej nie świadczy fakt, że poszczególni członkowie, według wiedzy zamawiającego, są w stanie każdy z nich samodzielnie wykonać całość zamówienia publicznego ponieważ dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym i sprzętem wystarczającym do realizacji całości robót. Izba wskazuje, że zamawiający przy ocenie potencjału kadrowego i sprzętu, którym dysponuje każdy z wykonawców, pominął istotną dla tej oceny okoliczność jaką jest aktualne zaangażowanie kadry i sprzętu w ramach realizacji innych robót. Brak informacji o tej okoliczności powoduje, że twierdzenie zamawiającego o możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez każdego z członków konsorcjum nie można uznać za uzasadnione.”.*

Stwierdził, że zamawiający nie ma wiedzy co do ilości pracowników pozostających w dyspozycji odwołującego i ilości prowadzonych przez niego innych kontraktów wymagających dysponowania odpowiednią ilością pracowników – twierdzenie zamawiającego o możliwości samodzielnego złożenia oferty i przystąpienia do realizacji zamówienia przez każdego z konsorcjantów samodzielnie jest bezzasadne.

Wskazał, że jako argument zamawiający wysuwa brak możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, co – wedle odwołującego – jedynie potwierdza tezę o braku rzetelnego podejścia do postępowania, gdyż taka okoliczność może ujawnić się w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznał, że zbyt daleko podąża zamawiający w swojej interpretacji twierdząc, że sytuacja ta oznacza zmuszenie go do zaakceptowania warunków finansowych wykonania zamówienia, ponieważ w bardzo wielu postępowaniach wpływa tylko jedna oferta i zamawiający nie korzysta z zastrzeżenia dotyczącego przeprowadzenia aukcji, ponieważ nie ma takiej formalnej możliwości i nie jest to w żadnym wypadku okoliczność wynikająca z porozumienia wykonawców.

Podniósł, odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż to treść umowy konsorcjum stanowi przejaw zawarcia przez wykonawców niedozwolonego porozumienia, że odwołujący transparentnie przekazał zamawiającemu treść umowy właśnie dlatego, aby nie miał wątpliwości co do powodów współpracy konsorcjantów. Wbrew zamawiającemu – wywodził odwołujący – odwołując się do elementów stanu faktycznego i uzasadnienia projektu zmiany

ustawy współdziałanie przedsiębiorców (gdy pojedynczy wykonawca nie może samodzielnie uzyskać zamówienia np. w skutek braku odpowiedniego potencjału technicznego czy ekonomicznego) ma charakter prokonkurencyjny – prawo do tworzenia konsorcjum i składania oferty wspólnie przez wykonawców ma na celu zapewnienie tym wykonawcom możliwości ubiegania się o zamówienie w sytuacji, gdy nie reprezentują odpowiedniego potencjału do samodzielnego złożenia oferty i dlatego nie można a priori zakładać, że jeśli każdy z wykonawców samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, to takie współdziałanie wykonawców stanowi znowę przetargową.

Podniósł, że o ile w postępowaniu najważniejsze jest spełnienie warunków udziału postawionych przez zamawiającego, o tyle relacja zamawiającego i wykonawcy nie kończy się na wyborze oferty najkorzystniejszej, kluczowa jest efektywna i prawidłowa realizacja zamówienia.

Stwierdził, że wyjaśnił zamawiającemu swoje założenia biznesowe, powołując się przy tym na fakty, które zamawiający doskonale zna, czyli treść umowy o wykonanie zamówienia, która jest obciążona wieloma ryzykami, związanymi między innymi z zarządzaniem zasobami ludzkimi w toku realizacji umowy, co przy przyjęciu scenariuszy wspomnianych w wyjaśnieniach odwołującego generuje ogromne ryzyka dla podmiotów samodzielnie składających ofertę szczególnie w obecnych okolicznościach rynkowych, spowodowanych pandemią (wykonawcy ze szczególną ostrożnością zmuszeni są traktować zaciągane zobowiązania i kalkulować zarówno ryzyka, jak i sposób zarządzania realizacją umów).

Podniósł, iż zamawiający nie dowiódł, że fakt niezłożenia oferty w postępowaniu przez inne podmioty jest efektem wykluczenia konkurencji przez odwołującego, a nie efektem decyzji biznesowych innych podmiotów na rynku, które nie miały możliwości wzmocnienia swoich potencjałów np. poprzez wspólne złożenie oferty, uznając tym samym poziom ryzyka współpracy z zamawiającym za zbyt wysoki.

W ocenie odwołującego zamawiający jedynie pozornie ocenił ofertę oraz treści wyjaśnień odwołującego (w poszczególnych zadaniach), dostosowując ją do domniemanych scenariuszy; nie sprostął tym samym prowadzeniu postępowania zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, przypisując wykonawcom działania i okoliczności, które nie wystąpiły w przedmiotowym stanie faktycznym oraz nie dowodząc jednocześnie, że którykolwiek z potencjalnych oferentów mógłby doznać lub doznał uszczerbku, poprzez złożenie przez odwołującego oferty w dozwolonej przez przepisy ustawy Pzp formule wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców.

Oświadczył, odnosząc się do uwagi zamawiającego, iż żaden z wykonawców nie odwołał się do Krajowej Izby Odwoławczej na zapisy umowy, że nie stało się tak tylko z tego powodu, iż szanse na zmianę konstrukcji umowy odwołujący ocenił jako nikłe, postanawiając, że wzmocni potencjał niezbędny do realizacji kontraktu, minimalizując ryzyka biznesowe, w tym finansowe i dotyczące zasobów ludzkich. Uzupełnił, że nie można pomijać faktu, że umowa z zamawiającym nie jest jedynym kontraktem, który zamierzał wykonać lub wykonują członkowie konsorcjum – rozdysponowanie zasobów ludzkich w sposób zapewniający efektywność i wydajność realizowanych zleceń ma wielowymiarowe znaczenie, a w efekcie prowadzi do utrzymania przedsiębiorstwa na rynku, pomimo trudnych aktualnie okoliczności.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż nie wskazał dokładnego systemu zarządzania kadrą w toku realizacji poszczególnych zadań w postępowaniu, podniósł, że zamawiający nigdy nie oczekiwał takiego szczegółowego wyjaśnienia wprost. Oświadczył, że odpowiadając na wezwanie do wyjaśnienia przedstawił fakty i okoliczności, które uznał za najważniejsze i jako profesjonalny podmiot działający na rynku, posiadający ogromne doświadczenie w branży starał się rzetelnie odpowiedzieć na wezwanie. Oceniał, że zamawiający bezpodstawnie przypisuje sobie prawo do wyobrażenia sobie konkretnego scenariusza postępowania, w tym szczegółowej treści wyjaśnień, jakie powinien złożyć wykonawca, a następnie sankcjonuje wykonawcę za niespełnienie jego niewypowiedzianych i nieuzasadnionych oczekiwań wykluczeniem z postępowania.

W ocenie odwołującego enigmatyczny zarzut „wyjaśnienia systemu zarządzania kadrą” jest niespełnialny wobec konstrukcji, jaką tworzy zamawiający, tj. iż to zamawiający będzie określał zapotrzebowania na ilość roboczodniówek, do których będzie się musiało zastosować konsorcjum.

Uznał, że zamawiający nie dysponuje dokumentem potwierdzającym jego insynuacje dotyczące zawarcia porozumienia o charakterze „zmowy przetargowej” między wykonawcami w postępowaniu, ani żadnym „stosownym środkiem dowodowym”, który potwierdzałby tę niezgodną ze stanem faktycznym teorię – żaden z argumentów zamawiającego nie może zostać za taki dowód uznany. Nie jest również uzasadnieniem dla logicznego ciągu zdarzeń – kontynuował odwołujący – wywodzenie zamawiającego co do sytuacji lub treści, których spodziewał się w postępowaniu.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3269/20, zgodnie z którym *„(...) nie każde porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i niedopuszczalne przez prawo są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji między wykonawcami. W kontekście powyższego stwierdzić trzeba, że*

niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne czyli takie które prowadzi do zakłócenia konkurencji. Zakłócenie konkurencji oznacza sytuację, w której określony wykonawca, dzięki zawarciu z innym wykonawcą lub wykonawcami porozumienia, może uzyskać zamówienie, chociaż jego oferta niekoniecznie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego.”

Wskazał, że artykuł 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „ustawa UOKIK”) stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym – z przywołanego przepisu wynika, że dla ustalenia, czy przedsiębiorca naruszył zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest kumulatywne wykazanie: faktu zawarcia pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia (1), którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (2), braku wystąpienia przesłanek wyłączających spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 7 i 8 ustawy UOKIK.

Podniósł, że zastosowana przez zamawiającego podstawa wykluczenia musi być interpretowana ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami. Podniósł, że skoro zamawiający nie dysponuje dowodem na istnienie niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to nie można mówić o spełnieniu przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wobec czego nie zachodzi podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie tego artykułu, gdyż spostrzeżenia zamawiającego co do wzajemnego rozkładu ryzyk pomiędzy członkami konsorcjum nie stanowią o dowodzie na zмовę przetargową.

Uzupełnił, że zamawiający nie może rozstrzygać postępowania na niekorzyść wykonawców na podstawie jedynie podejrzeń i wątpliwości, winien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności, czy wynikających choćby z dowodów pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji, która to okoliczność nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu, gdyż na rynku istnieje wiele podmiotów wykonujących podobne roboty.

Na powyższej podstawie uznał, że zamawiający nie dysponował dowodem na istnienie niedozwolonego porozumienia wobec czego nie można mówić o spełnieniu przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2019 r. sygn. akt KIO 1830/19 i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2018 r. sygn. akt

KIO 2095/18 – „(...) w przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 23 p.z.p., gdzie dowód na niezakłócenie konkurencji muszą przedstawić wykonawcy, art. 24 ust. 1 pkt 20 p.z.p. wymaga, by zakłócenie konkurencji między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, jak też samo istnienie porozumienia mającego ten cel, zostało wykazane za pomocą stosownych środków dowodowych. W przypadku podjęcia decyzji o wykluczeniu powinien to zrobić zamawiający (...)”

Podniósł także, że podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności, gdyż rzeczywiście jakaś forma dowodu musi zaistnieć. Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią.

Odnosząc się do powołanej przez zamawiającego w uzasadnieniu do wykluczenia na decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie konsorcjum na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych w Białymstoku przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie konkurencyjne, zauważył, że decyzja ta została uchylona przez Sąd Okręgowy w Warszawie (działający w charakterze sądu ochrony konkurencji i konsumentów – dalej SOKiK) – w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2015 r. (sygn. akt XVII Ama 73/13) wyrażono stanowisko, że jako zakazane w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy UOKiK można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. Natomiast co do zasady naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Zdaniem SOKiK warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert.

Odwolujący wskazał, że wyrok ten potwierdzają utrwalone poglądy doktryny (zob. głosę autorstwa M. Sieradzkiej), która krytycznie odnosi się do praktyki decyzyjnej organu antymonopolowego uznawania konsorcjum przetargowego za ograniczające konkurencję już w sytuacji, gdy przedsiębiorcy wchodzący w jego skład mogą samodzielnie wykonać zamówienie publiczne (szerzej na ten temat zob. M. Sieradzka, Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, Warszawa 2015).

Podkreślił, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2694/15, że „niedopuszczalne jest automatyczne kwalifikowanie złożenia wspólnej oferty w ramach konsorcjum jako zakazanego porozumienia przetargowego, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie

wykonać zamówienie. Wskazuje się, że taki pogląd stałby w sprzeczności z ratio legis art. 23 P.z.p., który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 P.z.p. jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania samodzielnie, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.” (KIO 2694/15)

Uzupełnił, że o spełnieniu przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 6 ustawy UOKiK można mówić jedynie, gdy celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, czego – wedle odwołującego – nie można stwierdzić w tym postępowaniu.

Wskazał, że przedmiotowe zamówienie wszczęte zostało ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej „DUUE”) co oznacza, że obszar ogłoszenia o zamówieniu obejmował cały rynek wewnątrzspółnotowy Unii Europejskiej – wśród potencjalnych podmiotów mogących przystąpić do przedmiotowego postępowania należy wskazać krąg podmiotów realizujących prace podobnego charakteru na znacznie większym obszarze niż wynika z poglądu przyjętego przez zamawiającego. Wskazał, że podstawowym celem publikacji ogłoszeń w DUUE jest zapewnienie jak najszerszemu kręgowi podmiotów występujących na rynku, powszechnie dostępnej informacji o aktualnych zamówieniach w danym sektorze. Oświadczył, że niezrozumiałe jest zatem dla odwołującego wyciąganie wniosku, iż zawiązanie konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu mało charakter zмовы, o której mowa w art. 6 ustawy UOKiK skoro do udziału w postępowaniu mogli przystąpić także inni wykonawcy z całego obszaru Unii Europejskiej, zaś okoliczność, że w postępowaniu została złożona jedna oferta przez odwołującego (kilka potencjalnych wykonawców) nie może być dowodem na istnienie pomiędzy członkami konsorcjum odwołującego zмовы przetargowej, mającej na celu ograniczenie konkurencji na rynku sektora górniczego.

KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21 – odwołania: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., Grupa Carbon Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1157/21) – zadanie nr 9, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1158/21) – zadanie nr 10, wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1159/21) – zadanie nr 11, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Lider & Partners Sp. z o.o., Drilling MS S.A., Lubelskie Zakłady Remontowe Sp. z o.o., PRG Linter S.A., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Linter Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Carbon Sp. z o.o. Rogóżno 25 A, 21-075 Ludwin (KIO 1160/21) – zadanie 12 [dalej łącznie „odwołujący”].

W tym samym postępowaniu odwołujący złożył odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2021 r., polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
2. czynności zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2021 r., polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. zaniechania przez zamawiającego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
 1. art. 24 ust. 1 pkt 20, poprzez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy w sposób nie budzący wątpliwości prowadzą do przyjęcia, że:
 - 1.1. brak celu w postaci zakłócenia konkurencji,
 - 1.2. brak skutku w postaci zakłócenia konkurencji,
 - 1.3. brak wykazania przesłanki wykluczenia,
 2. art. 26 ust.3, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne, dwukrotne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń i dokumentów, podczas gdy zamawiający nie jest uprawniony do wielokrotnego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień względem tych samych okoliczności,
 3. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez jego bezzasadne zastosowanie i unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w wyniku wadliwie podjętej decyzji o wykluczeniu wszystkich wykonawców biorących udział we wszystkich częściach postępowania, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia żadnego z wykonawców, a w konsekwencji oferty na wszystkie części zamówienia zostały złożone i nie ma podstaw do unieważnienia postępowania,
 4. art. 91 ust. 1, poprzez jego bezzasadne niezastosowanie i niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w celu udzielenia mu

zamówienia podczas, gdy oferta ta była najkorzystniejsza przy uwzględnieniu przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert,

5. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz sporządzenie przez zamawiającego niepełnego i ogólnikowego uzasadnienia czynności w odniesieniu do wykazania przesłanek wykluczenia odwołującego, w szczególności w zakresie dowodów, na jakich Zamawiający oparł się statując twierdzenie o zawarciu tzw. zmowy przetargowej,
6. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego oraz bezpodstawnym w tych okolicznościach unieważnieniu postępowania, a w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą,
7. art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. dokonania ponownej weryfikacji wykonawców w zakresie spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz braku zachodzenia w stosunku do nich podstaw wykluczenia, z uwzględnieniem odwołującego,
4. dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. umowa pośrednictwa pracy z 28.11.2017 r. z Doradztwo i Szkolenia K. Ł.,
2. umowa pośrednictwa pracy z 19.04.2017 r. z Agencją Pracy EURO-PASS G. W.,
3. umowa pośrednictwa pracy z 07.04.2017 r. z ZAGRAWA Sp. z o.o.,
4. umowa pośrednictwa pracy z dnia 22.09.2017r. z Vash Kadrovyi Sovetnik Sp. z o.o.,
5. oświadczenie Lider&Partners Sp. z o.o. z 08.04.2021 r.,
6. umowa z 21.07.2016. z Zakładem Karnym w Hrubieszowie,

7. wyjaśnienia z 08.04.2021 r.,
8. instrukcja z 27.07.2016 r.,
9. oferty pracy,
10. opis szkoleń pracowników z 12.04.2021 r.,
11. tabela zamówień 2020 r.,
12. zamówienie na projekt rekrutacyjny Easy Pro,
13. podziękowania za udział w Targach Pracy,
14. kwestionariusz zgłoszeniowy do udziału w Targach pracy wraz z załącznikami,
15. informacja o miejscu zamieszczonych ogłoszeń o pracę,
16. zestawienie nieobecności z uwagi na COVID-19,
17. oświadczenia z 08.04.2021 r. kierownika ds. administracyjnych,
18. kwestionariusze osobowe zatrudnienia cudzoziemców,
19. faktury VAT nr: 1/12/2017, 26/2017, 1/12/2017,
20. wydruki KRS spółek konkurencyjnych,
21. pismo zamawiającego z 06.05.2019 r. w postępowaniu nr 809/IZP/PKO/2019,
22. pismo zamawiającego z 20.01.2020 r. w postępowaniu nr 5473/EZP/PKO/2019,
23. pismo zamawiającego z 14.11.2017 r. w postępowaniu nr 710/IZP/2017,
24. pismo zamawiającego z 05.12.2017 r. w postępowaniu nr 710/IZP/2017,
25. pismo zamawiającego z 05.12.2017 r. w postępowaniu nr IZP/AW/251/710/699/2017/8675,
26. informacje o wynikach postępowania,
27. rozliczenie – udział procentowy konsorcjantów,
28. oświadczenie z 14.04.2021 r.

na wykazanie faktów dotyczących celu zawarcia konsorcjum i uczestniczenia w pozostałych konsorcjach, braku istnienia zmywy przetargowej, istnienia podmiotów konkurencyjnych mogących wziąć udział w postępowaniu, braku zakłócenia konkurencji, a w konsekwencji braku podstaw do wykluczenia odwołującego i unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wskazał, że przedmiotowa podstawa wykluczenia, podobnie jak pozostałe, musi być interpretowana ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami. Nadto, nie dochodzi do zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego jeżeli porozumienie między wykonawcami w postępowaniu nie ma na celu zakłócenia konkurencji, a jeżeli zostanie ona zakłócona, to było to efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia.

Podniósł, w kontekście brak celu zakłócenia konkurencji, że utworzenie konsorcjum w niniejszej sprawie jest efektem wielu czynników, do których przyczynił się sam zamawiający, a do zakłócenia konkurencji w ogóle nie doszło.

Wskazał, że należy rozróżnić trzy główne okoliczności determinujące: ograniczenia przewidziane w projekcie umowy, dotychczasowa współpraca odwołującego z zamawiającym oraz utrudnienia związane z niedoborem pracowników. Stał na stanowisku, że wszystkie te okoliczności, oceniane przez pryzmat zasad logicznego rozumowania oraz z uwzględnieniem zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, pozwalają na przyjęcie, że istniały inne niż antykonkurencyjne przyczyny utworzenia konsorcjum.

W odniesieniu do niekorzystnych postanowień umowy i wymogów SIWZ podał, że głównym powodem zawiązania konsorcjum był brak możliwości samodzielnego wykonania zamówienia z uwagi na niedysponowanie osobami wykonującymi czynności w dozorcze ruchu specjalności elektrycznej – maszyn i urządzeń dołowych przez co najmniej dwóch konsorcjantów, co implikowało konieczność wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia lub skorzystanie z podwykonawstwa, a co umknęło zamawiającemu, który w sposób zautomatyzowany ocenił wyjaśnienia złożone przez wszystkich wykonawców, bez uwzględnienia własnych wymogów dotyczących kadry z zakresu dozoru ruchu specjalności elektrycznej – maszyn i urządzeń dołowych, a przypisanych zadaniom 9-12.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 567/10, zgodnie z którym *„O istnieniu zmowy przetargowej nie świadczy fakt, że poszczególni członkowie, według wiedzy zamawiającego, są w stanie każdy z nich samodzielnie wykonać całość zamówienia publicznego ponieważ dysponują odpowiednim potencjałem kadrowym i sprzętem wystarczającym do realizacji całości robót. Izba wskazuje, że zamawiający przy ocenie potencjału kadrowego i sprzętu, którym dysponuje każdy z wykonawców, pominął istotną dla tej oceny okoliczność jaką jest aktualne zaangażowanie kadry i sprzętu w ramach realizacji innych robót. Brak informacji o tej okoliczności powoduje, że twierdzenie zamawiającego o możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez każdego z członków konsorcjum nie można uznać za uzasadnione.”*

Uzupełnił, że specyfika rynku zamawiającego determinuje odmienne reguły postępowania (w tym odmienne zasady konkurencji i różne okresy realizacji zamówień), ponieważ przetargi są ogłaszane z małą częstotliwością, co wpływa na ryzyko upadłości poszczególnych wykonawców, którzy wystartowaliby w postępowaniu samodzielnie.

Zaznaczył, że konsorcjanci nie mieli realnej możliwości zlecenia podwykonawstwa wobec brzmienia § 6 ust. 8 pkt 8 umowy, który stanowi, iż „oprócz innych wymagań określonych w treści SIWZ, umowa podwykonawcza musi zawierać postanowienie przewidujące możliwość rozwiązania umowy podwykonawczej na żądanie Zamawiającego oraz zastrzeżenie, że w przypadku rozwiązania umowy podwykonawczej w tym trybie, nie przysługują Podwykonawcy jakiegokolwiek roszczenia odszkodowawcze względem Zamawiającego”. Oceniał, że pozbawienie potencjalnych podwykonawców wszelkich roszczeń w sytuacji, gdy zamawiający mógłby w każdej chwili i bez powodu rozwiązać z nimi umowę, przesądziło o niemożności znalezienia podwykonawców do realizacji zadania wobec czego wykonawcy zdecydowali się utworzyć konsorcjum, które również w aspekcie ekonomicznym pozwala na zwiększenie zysku, a tym samym złożenie korzystniejszej oferty, aniżeli w przypadku podwykonawstwa.

Wskazał nadto na inne niekorzystne postanowienia umowne: § 1 ust. 1, 5, 7, 8, § 5 ust. 4, 5, 6, 10 i 11, § 13 ust. 1, § 14 ust. 6, § 16 ust. 2.

Wskazał, że kolejnym przykładem braku woli zakłócenia konkurencji jest dotychczasowa, wielokrotna i wieloletnia współpraca odwołującego z zamawiającym przy realizacji wcześniejszych zamówień, podkreślając, że było to w identycznej formie – konsorcjum, a także w przypadku złożenia tylko jednej oferty na daną część zamówienia.

Podniósł, że zamawiający nie wykazał, że na poziomie dotychczasowych umów konsorcyjnych w latach poprzednich dochodziło do fikcyjnego podziału ról, przeciwnie – podział ten był potwierdzony dokumentacją z realizacji umowy (dowód: rozliczenie – udział procentowy konsorcjantów).

Podał, że w toku realizacji poprzednich zamówień zamawiający wielokrotnie dokonywał zmian zamówienia co do harmonogramu dołączonego do umowy: nie wykorzystywał maksymalnej liczby pracowników lub składał zamówienia w zakresie, w którym nie były przewidziane, co obrazuje załącznik tabelaryczny zamówienia z 2020 roku (załącznik do odwołania i wyjaśnień odwołującego, tabela realizacji zamówień 2020 rok).

Podkreślił, że w górnictwie już teraz istnieje niedobór pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje, a dodatkowo – w myśl przyjętego w 2019 roku planu dekarbonizacji rynku górnictwa – brak jest chętnych do kształcenia się w zawodzie, który kolejnymi etapami, do końca roku 2049, ma całkowicie zniknąć (zgodnie z harmonogramem zamykania kopalni).

Oświadczył, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum podejmowały szereg prób pozyskiwania nowych pracowników, jednakże nie przyniosły one pożądaných rezultatów, a jedynie zwiększyły koszty, czego przykładem jest:

- stworzenie wewnętrznego stanowiska pracy i zatrudnienie specjalisty ds. rekrutacji,
- korzystanie z usług agencji zatrudnienia,
- zamieszczanie ofert pracy w Urzędzie pracy, na portalach internetowych i na tablicach ogłoszeniowych w odległości do 50 km od zakładu pracy,
- prowadzenie rekrutacji na stronie internetowej odwołującego,
- branie czynnego udziału w targach pracy,
- prowadzenie działania Public Relations,
- promowanie polecenia pracowniczego,
- zatrudnianie osadzonych w zakładach karnych,
- zatrudnianie cudzoziemców

(dowód: umowy pośrednictwa pracy: z 28.11.2017 r. z Doradztwo i Szkolenia K. Ł., z 19.04.2017 r. z Agencją Pracy EURO-PASS G. W., z 07.04.2017 r. z ZAGRAWA Sp. z o.o., z 22.09.2017 r. z „Vash Kadrovyyi Sovetnik Sp. z o.o., oświadczenie Lider&Partners Sp. z o.o. z 08.04.2021 r., oferty pracy, zamówienie na projekt rekrutacyjny Easy Pro, oświadczenia z 08.04.2021r. kierownika ds. administracyjnych, oświadczenie z 14.04.2021 r., podziękowania za udział w Targach Pracy oraz kwestionariusz zgłoszeniowy, informacja o miejscu zamieszczonych ogłoszeń o pracę, kwestionariusze osobowe zatrudnienia cudzoziemców, faktury VAT nr: 1/12/2017, 26/2017, 1/12/2017).

Oświadczył, że podjęte działania doprowadziły do pozyskania jedynie 8 pracowników.

Zaznaczył, że zamawiający wielokrotnie podejmował działania ograniczające zmiany kadrowe, np. znacząco utrudnił, bądź uniemożliwił zatrudnienie osadzonych w zakładach karnych i cudzoziemców (dowód: umowa z 21.07.2016 r. z Zakładem Karnym w Hrubieszowie, wyjaśnienia z 08.04.2021 r., instrukcja z 27.07.2016 r.).

Podkreślił, że nawet gdyby odwołującemu udało się pozyskać nowych pracowników, to i tak nie posiadałby wykwalifikowanej kadry na dzień składania oferty oraz na początkowym etapie realizacji zamówienia, ponieważ praca w górnictwie wymaga specjalnych umiejętności, które zdobywa się po wieloetapowym i czasochłonnym szkoleniu – nowoprzyjęty pracownik przechodzi szkolenie zewnętrzne, zgodnie z § 15 Rozporządzeniem Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. Poz. 1118 z dnia 9 czerwca 2017 r. ze zm.), organizowane przez Ośrodek Szkolenia LW „Bogdanka” S.A., następnie dwa szkolenia wewnętrzne. Uzupełnił, że w przypadku niektórych funkcji w ruchu zakładu górniczego (np. wymagany przez Zamawiającego dozór, czy też obsługa maszyn i urządzeń) konieczne jest jeszcze szkolenie specjalistyczne oraz w przypadku dozoru zatwierdzenia wydanego przez Urząd Górniczy.

Podsumował, że dopiero po tym czasie okazuje się czy pracownik taki ma predyspozycje do wykonywania zawodu; często też pracownicy sami rezygnują z uwagi na trud pracy i niedogodne warunki. Oceniał, że szkolenia są czasochłonne i kosztowne (szczegółowy opis ich przebiegu i kosztów stanowi załącznik do odwołania – dowód: opis szkoleń pracowników z 12.04.2021 r.)

Stanął na stanowisku, że nie należy także bagatelizować aktualnej sytuacji w kraju – wprowadzony stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 i restrykcje z nim związane, a także specyfika pracy w zakresie robót górniczych, spowodowały dużą rotację pracowników oraz niepewność co do stanu zatrudnienia; w kopalniach zachowanie dystansu społecznego jest znacznie utrudnione, stąd zostały wprowadzone zarządzenia o kierowaniu na kwarantannę określonego „kręgu” pracowników, mających styczność z jedną osobą zakażoną. Podał, że w ubiegłym roku dochodziło do sytuacji, gdzie kręgi te się zazębiały, a kwarantanna powodowała przestoje.

Uzupełnił, że również zamawiający przewidział szereg ograniczeń związanych z COVID-19 – wskazał § 1 ust. 5 projektu umowy.

Wskazał, że zamawiający jest uprawniony do kontroli przestrzegania przez wykonawcę i podwykonawcę obowiązków nałożonych przez regulacje wewnętrzne zamawiającego oraz do odmowy wstępu pracownikom wykonawcy lub podwykonawcy na teren Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A.

Stanął na stanowisku, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum nie dysponują wystarczającą liczbą pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż niepewność co do zapotrzebowania zamawiającego kadry pracowniczej na dany okres i w danym polu wydobywczym, uniemożliwia pozostawienia pracowników tylko do realizacji tego jedyne zadania; gdyby przyjąć, że zamawiający nie złoży zamówienia na maksymalną (właściwie nieograniczoną) liczbę pracowników – konsorcjanci byłiby zmuszeni do wypłaty wynagrodzeń tym z nich, którzy pozostają w przestoju, co generowałoby znaczną stratę finansową oraz konieczność zaoferowania wyższych cen.

Zdaniem odwołującego z tych samych względów nietrafiony wydaje się zarzut zamawiającego co do konsultowania pomiędzy konsorcjami warunków złożenia ofert – jedną z przyczyn determinujących złożenie przez poszczególne konsorcja ofert na określone części zamówienia były czynniki techniczne, np. przypisane do danego konsorcjanta miejsca hakowe, czy też powierzchnie biurowe.

Za nietrafione uznał wiązanie przez zamawiającego okoliczności pozostawienia liderowi konsorcjum czynności związanych z przygotowaniem i złożeniem oferty z rzekomym zawarciem niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego, ponieważ oczywistym jest, że jednym z celów wprowadzenia wymogu ustanowienia pełnomocnika dla konsorcjum to ułatwienie zamawiającemu przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień do i od jednego pełnomocnika, a nie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; pełnomocnik taki ma także za zadanie usprawnienie procesu ubiegania się o zamówienie, w tym przygotowanie i złożenie oferty.

W kontekście braku skutku zakłócenia konkurencji podniósł, że faktem znanym odwołującemu i zamawiającemu jest istnienie szeregu podmiotów, które bądź wspólnie, bądź też samodzielnie mogły wziąć udział w postępowaniu, czego najlepszym przykładem jest spółka „córka” zamawiającego: RG „Bogdanka” Sp. z o.o. z/s w Puchaczowie, która wielokrotnie realizowała dlań zamówienia w trybie bezprzetargowym, ale także Korporacja Gwarecka S.A. z/s w Puchaczowie, która posiada zdolność samodzielnego występowania w postępowaniach i wielokrotnie realizowała zamówienia dla zamawiającego, a obecnie wykonuje roboty weekendowo-święteczne, których wartość znacznie przewyższa wartość przedmiotowego zamówienia z wszystkich 12-stu części (dowód: informacje o wynikach postępowania).

Wskazał, że innym przykładem podmiotów konkurencyjnych są: Kobud S.A., Eltrans Mining Sp. z o.o. (obecnie RG Bogdanka), Przedsiębiorstwo Budowy Szybów Spółka Akcyjna (dawniej KOPEX – PBSz SA), Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Gwarek” Sp. z o.o., Minutor Sp. z o.o., Trans-Jan Sp. z o.o., Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o.

Uzupełnił, że na przestrzeni lat (co najmniej od 2017 r.) w zamówieniach dotyczących górnictwa, dla tego zamawiającego, jak i dla innych zamawiających (np. dla Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Budryk”, czy też Polskiej Grupy Górniczej S.A.) często biorą udział, wygrywając, konsorcja, co wynika ze specyfiki świadczonych usług i konieczności rozproszenia nad wyraz wysokiego ryzyka kontraktowego.

Wskazał na postępowania tego zamawiającego: 3300/EZP/MSO/2020, 1283/EZP/MSO/2020, 5473/EZP/PKO/2019, 454/IZW-G/PKO/2019, 825 IZP MWI 2018, 765/IZW-G/PKO/2018, 703/IZW-G/PKO/2018, 669/IZW-G/PKO/2018, 710/IZP/2-17, 809/IZP/PKO/2019, a także JSW S.A.: 021/R/21, PRZZ/0828 oraz Polskiej Grupy Górniczej S.A.: 602001072, 402000854, 622001500.

Powołał się na wyrok z dnia 10 listopada 2017 r. sygn. KIO 2213/17: *„Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by*

określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Nie jest dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia.”

Podkreślił, że ani zapisy umowy, ani żaden przepis prawa nie zabraniają złożenia przez konsorcja oferty tylko na jedną część zamówienia; wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjów miały możliwość złożenia kilku ofert na poszczególne części zamówienia, ale z niej nie skorzystały z przyczyn opisanych w odwołaniu, co potwierdza, że nie wystąpiły uzgodnienia co do podziału rynku przez wykonawców, a zamawiający sformułował takie twierdzenie nieoparte jakimikolwiek dowodami.

W ocenie odwołującego twierdzenia zamawiającego pozostają ze sobą w sprzeczności – z jednej strony formułuje tezę o podejrzeniu zaistnienia zmowy przetargowej, z drugiej nie uznał złożonej oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie zastosował art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Uznał, że w powiązaniu z dotychczasową współpracą stron, wskazuje to na wątpliwości samego zamawiającego co do słuszności swojej decyzji.

Zwrócił uwagę na szczególną trudność dotyczącą udowodnienia wystąpienia zmowy przetargowej pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu – porozumienia zakłócające konkurencję mogą przybierać różną formę i ze względu na swój niedozwolony charakter w praktyce raczej nie będą przyjmować sformalizowanej postaci, przeciwnie, wykonawcy prawdopodobnie będą ukrywać fakt jego zawarcia oraz zaprzeczać jakimkolwiek występującym powiązaniom. Zaznaczył, że powyższe umknęło zamawiającemu, który stosując niedozwoloną – rozszerzoną interpretację przesłanek wykluczenia, uznał, iż odwołujący wziął udział w znowie przetargowej, pomimo tego, że konsorcjum jest jawne, a we wcześniej realizowanych dla zamawiającego zadaniach, wykonawcy (w tym odwołujący) również tworzyli takie konsorcja.

Stwierdził, że nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, że twierdzenia zamawiającego pozostają gołosłowne, stanowiąc jedynie jego subiektywne przekonanie.

Uzupełnił, że nie neguje stanowiska KIO, na które powołuje się zamawiający: „*dla stwierdzenia porozumienia nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede*

wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć” (wyrok KIO z 11.10.2017 r., KIO 2025/17) – zaprzeczył jakoby wola konsorcjum było zakłócenie konkurencji. Oświadczył, że nie tylko nie istniał taki cel przy tworzeniu konsorcjum, ale także nie zaszedł taki skutek.

Odniósł się do zacytowanego wyroku, [„(...) zaznaczyć również należy, że dla wykazania spełnienia przesłanki wykluczenia nie ma znaczenia w jakiej formie zostało zawarte porozumienie, ale jednocześnie niezbędnym jest, aby to sankcjonowane wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu rzeczywiście, faktycznie było wynikiem takiego porozumienia, a nie było efektem innych zdarzeń, zachowań, czynników, które w istocie nie mają związku z działaniami wykonawców w ramach prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy” (vide: wyrok KIO z 10.11.2017 r., KIO 2213/17)” w ten sposób, iż wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO nie sposób uznać, aby sam fakt zawarcia przez różne podmioty konsorcjum mógł być automatycznie uznany za zawiązanie zmywy przetargowej – w wyroku KIO z dnia 19 lipca 2018 r. sygn. KIO 1295/18) wskazano: „za niezasadny należy uznać pogląd, zgodnie z którym złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum należy automatycznie kwalifikować jako zakazane porozumienie przetargowe, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Taki pogląd stałby w sprzeczności z ratio legis art. 23 p.z.p., który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 p.z.p. jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania samodzielnego, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielnego wykonania zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.”

Powołał się także na wyrok z dnia 22 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 567/10: „Okoliczność istnienia zmowy przetargowej wymaga udowodnienia, przy czym dowód w zaistniałym stanie faktycznym spoczywa w całości na zamawiającym, który z faktu tego, wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z art. 6 k.c. (...) Okoliczność, że w postępowaniu została złożona jedna oferta przez konsorcjum, składające się z sześciu potencjalnych wykonawców, nie może być dowodem na istnienie pomiędzy nimi zmowy przetargowej, mającej na celu ograniczenie konkurencji na rynku.”, podnosząc, że w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie podołał obowiązkowi wykazania, by między poszczególnymi wykonawcami biorącymi udział w niniejszym postępowaniu doszło do zawarcia zmowy przetargowej; zamawiający nie dysponuje środkami dowodowymi, do zgromadzenia których zobowiązany jest w świetle art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, a które miały by potwierdzać zawarcie zmowy.

W dalszej kolejności powołał się na wyrok KIO z dnia 20 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2095/18: „W przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 23 p.z.p., gdzie dowód na niezakłócenie konkurencji muszą przedstawić wykonawcy, art. 24 ust. 1 pkt 20 p.z.p. wymaga, by zakłócenie konkurencji między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, jak też samo istnienie porozumienia mającego taki cel, zostało wykazane za pomocą stosownych środków dowodowych. W przypadku podjęcia decyzji o wykluczeniu powinien to zrobić zamawiający, w przypadku odwołania - podmiot stawiający taki zarzut. Podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności.” (podobnie wyroku o sygn. akt KIO 1818/19).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazał, że końcowej części wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. zamawiający jako podstawę wskazał art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp i pomimo złożenia przez odwołującego obszernych wyjaśnień zamawiający, pismem z dnia 2 lutego 2021 r., ponownie wezwał go do przedłożenia dalszych wyjaśnień.

Podniósł, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek, a przez to trzeba interpretować go ściśle, dopuszczając możliwość jego jednokrotnego zastosowania w określonym przypadku (wyrok KIO z dnia 9 października 2020 r. sygn. akt KIO 1980/20).

Staął na stanowisku, że ewentualne, powtórne wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień mogłoby być uzasadnione pierwotnie wadliwą treścią wystosowanego wezwania lub pojawieniem się nowych okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego, nieobjętych pierwotnym wezwaniem (wyrok KIO 1418/12: „w wykładni art. 26 ust. 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.”).

Stwierdził, że w niniejszej sprawie nie zaktualizowały się przesłanki uzasadniające wystosowanie powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a zamawiający oparł treść wezwania na tych samych okolicznościach faktycznych.

Podsumował, że ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie tym samych okoliczności uznać należy za wadliwą praktykę zamawiającego, a w konsekwencji naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zwłaszcza, iż uzasadnienie swojej decyzji zamawiający oparł w głównej mierze na ocenie dalszych wyjaśnień odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp podniósł, że wobec złożenia przez wykonawcę szczegółowych wyjaśnień w zakresie wystosowanych dwukrotnych wezwań nie wystąpiły okoliczności uzasadniające wykluczenie go z udziału w postępowaniu tym bardziej, że w uzasadnieniu wykluczenia zamawiający nie wykazał, aby pomiędzy wykonawcami składającymi oferty w przedmiotowym postępowaniu doszło do zawarcia zmowy przetargowej – nie dysponuje on wystarczającymi środkami dowodowymi na wykazanie wystąpienia zabronionego porozumienia się wykonawców wobec czego nie sposób uznać, by w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. art. 24 ust. 4 zgodnie z treścią którego ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, właściwym jest wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji wobec braku złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, unieważnienie postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający w oparciu o wadliwie przeprowadzoną analizę, w wyniku której stwierdził istnienie zmowy przetargowej, wykluczył wszystkich wykonawców z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechał dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo, że złożone oferty na dane części zamówienia uznać należało jako najkorzystniejsze.

Uzupełnił, że nie można zaakceptować także stanowiska zamawiającego, który wobec braku konkurencyjnych ofert niejako poszukuje i kreuje podstawę do wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania.

Podsumował, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wskazał, że celem art. 92 ustawy Pzp jest, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem, nie tylko zaś co do samej czynności wykluczenia. Podkreślił, że art. 92 ustawy Pzp ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez zamawiającego procedur przetargowych, uznając, że wobec treści informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz unieważnieniu postępowania nie sposób uznać, aby zamawiający sprostą obowiązkowi wykazania istnienia zmowy przetargowej, tym bardziej, że obowiązany jest do zgromadzenia stosownych środków dowodowych, które potwierdziłyby jej wystąpienie, gdy tymczasem z treści ww. informacji nie można wiarygodnie ocenić, jakie przesłanki miałyby przesądzić o wystąpieniu zmowy przetargowej.

Co więcej, zgodnie z konsekwentnie kształtowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia. Treść przedstawionej informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, w żadnym stopniu nie stanowi uzasadnienia motywów podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Powołał się na wyrok z 18.09.2017 r. sygn. akt KIO 1858/17: *„Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty – powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela – mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie”*

Podniósł także, że zamawiający, wykluczając odwołującego, zobowiązany jest do podania podstawy faktycznej i prawnej takiej decyzji; wobec braków w zakresie informacji dotyczącej wykluczenia odwołującego należy ocenić, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że w niniejszym postępowaniu zamawiający zaprzeczył zasadom, o których mowa w art. 7 ust. 1, eliminując odwołującego z jednego tylko powodu to jest zawiązania konsorcjum niezbędnego dla złożenia oferty w postępowaniu, co wprost jawi się jako naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W uzasadnieniu odwołujący ujął także argumentację dotyczącą naruszenia przez zamawiającego art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (nie ujęto tego naruszenia w petitum odwołania).

Stwierdził, że zamawiający w toku postępowania dokonał wadliwej oceny złożonych oferty, uznając, że wykonawcy zawarli znowę przetargową, nie przedstawiając jednak w informacji dotyczącej wykluczenia wykonawcy żadnych wiarygodnych dowodów, które mogłyby potwierdzić przytoczone twierdzenia. Podkreślił, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp zamawiający, dokonując wykluczenia na tej podstawie zobowiązany jest do wykazania okoliczności zawarcia znowy przetargowej za pomocą stosownych środków dowodowych, których zabrakło.

Wskazał, że aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, za który uznać można zawarcie znowy przetargowej niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze – działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie – czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie – działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta, jednak zamawiający nie wykazał, aby wskazane przesłanki wystąpił na gruncie przedmiotowej sprawy, wobec czego należy ocenić, że wykluczając wykonawcę z postępowania naruszył art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów podniósł, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że zamawiający w toku przedmiotowego postępowania wykazał, aby między wykonawcami miało dojść do zawarcia znowy przetargowej oraz, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że zawarcie konsorcjum, celem złożenia przez kilka podmiotów wspólnie oferty w toku prowadzonego postępowania, co wprost dozwolone jest przepisami Pzp, mogłoby być postrzegane automatycznie jako zawarcie znowy przetargowej.

Wskazał, że przy tak przyjętej interpretacji, przepis umożliwiający wykonawcą wspólnie ubiegać się o zamówienie mógłby okazać się martwy wobec obawy przed uznaniem zawartego porozumienia za nielegalne.

Podał, że statusu znowy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK nie mają tzw. konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu; na tego rodzaju kooperację przedsiębiorców wprost zezwala art. 23 ust. 1 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał, aby zawarte konsorcjum mogło stanowić znowę przetargową.

Ustalenia składu orzekający Izby odnośnie do wszystkich odwołań.

Odwołania zostały złożone w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z podziałem na 12 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 213-522835.

Zgodnie z rozdziałem III części I SIWZ *Opis części zamówienia i oferty częściowe* zamawiający dopuścił składania ofert częściowych – ofert obejmujących poszczególne zadania, tj.:

Nr zadania	Nazwa zadania
1.	Pole Bogdanka – wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek) w oddziałach G1, G2 i G5
2.	Pole Bogdanka – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta w oddziałach G1, G2 i G5
3.	Pole Bogdanka - wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek) w oddziałach GRP-1 i GRP-3
4.	Pole Bogdanka – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta w oddziale GRP-1, GRP-3
5.	Pole Nadrybie – wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek)
6.	Pole Nadrybie – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta
7.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek) w oddziałach G-3
8.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta w oddziałach G-3
9.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek) w oddziałach G-4
10.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta w oddziałach G-4
11.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w dni robocze (poniedziałek-piątek) w oddziałach GRP-5, GPD-2
12.	Pole Stefanów – wykonywanie Robót w soboty, niedziele i święta w oddziałach GRP-5, GPD-2

W rozdziale V części I SIWZ *Warunki wymagane od Wykonawców* zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) *spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

a) *zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wymaga, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali, że:*

- w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizowali należycie zamówienia na roboty górnicze w wyrobiskach górniczych w kopalniach węgla kamiennego – o łącznej wartości wszystkich tego typu robót powyżej 1.000.000,00 PLN netto* niezależnie od liczby zadań, na które ofertę składa Wykonawca,*
- dysponują lub będą dysponować osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnymi za wykonywanie robót, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacjami na temat dysponowania tymi osobami, w ilości minimum (w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie dopuszczalne jest wykazywanie tych samych osób w wykazach innych zadań):*

Zadanie 1:

- Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*
- osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 2:

- Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zadanie 3:

- Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*

- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 4:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zadanie 5:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 6:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zadanie 7:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 8:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zadanie 9:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 10:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zadanie 11:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w wyższym dozorze ruchu w specjalności górniczej - 3 osoby,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 5 osób,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności mechanicznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych - 1 osoba.*

Zadanie 12:

- *Kierownik Działu Górniczego - 1 osoba,*
- *osoby wykonujące czynności w dozorze ruchu w specjalności górniczej (w tym osoba pełniąca funkcję kierownika oddziału dla pojedynczego zadania) - 3 osoby,*
- *osoba w specjalności bezpieczeństwa i higieny pracy - 1 osoba.*

Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 3a ustawy PZP, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę (lub Podwykonawcę) na podstawie umów o pracę osób wykonujących czynności w ramach realizacji zamówienia.

b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy:

- posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 500.000,00 zł*, niezależnie od liczby zadań, na które ofertę składa Wykonawca,
- byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą 200.000,00 zł*, niezależnie od liczby zadań na które ofertę składa Wykonawca.
- W przypadku, gdy Wykonawca poda kwoty w walucie innej niż PLN, dla potrzeb oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w niniejszym punkcie, Zamawiający przyjmie wartość w PLN wg kursu średniego NBP (tabela A) z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (a jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia nie zostanie opublikowany przez NBP średni kurs walut, wówczas Zamawiający przyjmie kurs średni z ostatniej przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu tabeli kursów opublikowanej przez NBP).

2) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale VII części I SIWZ *Udział w postępowaniu podmiotów występujących wspólnie* zamawiający w następujący sposób uregulował ich udział:

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, w tym przypadku ponoszą solidarną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia.
2. W przypadku, o którym mowa w pkt 1, wszyscy Wykonawcy występujący wspólnie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo reprezentowania ich w postępowaniu i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, należy dołączyć do oferty.
3. W przypadku, kiedy ofertę składa kilku Wykonawców wspólnie, oferta oraz wszystkie załączniki muszą być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika ustanowionego przez tych Wykonawców.
4. Każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wraz z ofertą składa JEDZ. Ponadto na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 5 każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi złożyć dokumenty, o których mowa w Rozdziale VI pkt 6 oraz pkt 11 ppkt 3 i 4 z uwzględnieniem regulacji zawartych w pkt 6 niniejszego Rozdziału.

5. Wykonawcy występujący wspólnie złożą jeden Formularz oferty oraz jeden komplet dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI pkt 4 i pkt 11 ppkt 1, 2.
6. Warunki określone w rozdziale V pkt 1 ppkt 1, lit. a, b Wykonawcy muszą spełniać łącznie. Oznacza to, że w przypadku, gdy Wykonawcy złożą odpowiedni wymagany przez Zamawiającego dokument potwierdzający spełnianie danego warunku, spośród wskazanych w zdaniu poprzednim, przez jednego z Wykonawców – wówczas pozostali Wykonawcy nie mają obowiązku składać dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku.
7. Jeżeli oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie wybrana, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy regulującej współpracę tych Wykonawców (umowy konsorcjum) – w terminie pięciu dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty.

Jako jedyne kryterium oceny ofert zamawiający przyjął cenę (rozdział IX części I SIWZ Kryteria oceny ofert), przewidując także przeprowadzenie aukcji elektronicznej po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty na dane zadanie (...), jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 (dwie) oferty niepodlegające odrzuceniu stosownie do przepisów art. 91a – 91e Pzp.

W rozdziale XII części I SIWZ Okres obowiązywania umowy zamawiający wskazał: „od dnia zawarcia do dnia 31.12.2021”.

Korzystanie przez wykonawców z podwykonawców zamawiający uregulował w rozdziale XXI Podwykonawcy w następujący sposób:

1. Szczegółowe uregulowania dotyczące zasad i warunków powierzania wykonania zamówienia podwykonawcom określone są w Projekcie umowy stanowiącym Część II SIWZ.
2. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców.
3. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozdziale XXII części I SIWZ *Postanowienia końcowe* zamawiający wskazał, że część II SIWZ stanowi Projekt umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą (pkt 1) oraz, w ramach formalności, które powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy, że jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie wybrana, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy ci zobowiązani są do przedłożenia zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców (umowy konsorcjum) – w terminie pięciu dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty.

Stanowiący część II SIWZ Projekt umowy zawiera m.in. następujące postanowienia:

§ 1 ust. 1 – *Zamawiający na podstawie uchwały Zarządu nr/2020 z dnia2020 r. w oparciu o przeprowadzony w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych przetarg nieograniczony zamawia a Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania na rzecz Zamawiającego robót górniczych i usług (zwanymi dalej: Robotami) w kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., w wyrobiskach p/z w polu Bogdanka, Nadrybie i Stefanów (*) zwanymi dalej Robotami na warunkach określonych w niniejszej Umowie, w zakresie obejmującym niżej wymienione Zadania: (...) Zastrzeżenie: Z uwagi na możliwość wystąpienia zmian w planie robót górniczych na 2021 rok lub prowadzenia innych robót niezbędnych dla zapewnienia ciągłości ruchu Zakładu Górniczego (dalej w skrócie: ZG), zaistnieć może potrzeba wykonywania Robót w innych oddziałach górniczych niż wymienione powyżej oddziały górnicze (np. w nowych oddziałach G-..., GRP-...) bez żadnych negatywnych dla Zamawiającego skutków, dotyczy to również zmiany rejonu prowadzenia robót przez oddział górniczy Zamawiającego.*

§ 1 ust. 5 – *Zamawiający wymaga od Wykonawcy dostępności pracowników dla wykonywania Przedmiotu Umowy przez cały okres jego wykonywania, w ilościach określonych w harmonogramie, w ujęciu kwartalnym, przy czym Zamawiający nie jest zobowiązany do zamawiania maksymalnej ilości pracowników na poszczególne dni wykonywania Robót w ramach Przedmiotu Umowy. Harmonogram będzie aktualizowany przynajmniej raz na kwartał; zaktualizowany harmonogram będzie przez Zamawiającego przesyłany Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna). Zamawiający jest uprawniony do dokonywania zmian ilości pracowników Wykonawcy (w tym osób dozoru ruchu) w poszczególnych oddziałach, w stosunku do ilości podanej w harmonogramie, przy czym zmiany te nie mogą doprowadzić do przekroczenia maksymalnej ilości pracowników określonej harmonogramie dla Przedmiotu Umowy. Zmiany te dokonywane będą po wcześniejszym uzgodnieniu z Wykonawcą.*

§ 1 ust. 6 – *Przewidywane ilości pracowników Wykonawcy na potrzeby wykonania Robót objętych Przedmiotem Umowy na cały okres obowiązywania Umowy (harmonogram w ujęciu kwartalnym) zostanie przekazany Wykonawcy niezwłocznie po podpisaniu niniejszej Umowy. Podane w harmonogramie ilości będą obliczone na podstawie najlepszej wiedzy Zamawiającego, na dzień zawarcia niniejszej Umowy. Przewidywane ilości pracowników Wykonawcy na potrzeby wykonania Robót objętych Przedmiotem Umowy na poszczególne miesięczne okresy będą określane w miesięcznych harmonogramach Robót, które sporządzane będą przez Zamawiającego i przesyłane Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna), z co najmniej 3-tygodniowym wyprzedzeniem, przy czym harmonogram powyższy na pierwszy miesiąc wykonywania Przedmiotu Umowy zostanie przekazany Wykonawcy z chwilą przekazania rejonu Robót, zaś harmonogram na drugi miesiąc wykonywania Umowy zostanie przekazany Wykonawcy w terminie 14 dni od dnia przekazania mu rejonu Robót. W miesięcznych harmonogramach Robót, o których mowa w zdaniu poprzednim, Zamawiający określi również rodzaj, miejsca wykonywania (oddział, wyrobisko) i zakresy (ilości) Robót rozliczanych według odpowiednich jednostek miary, przewidzianych dla Wykonawcy do wykonania w danym miesiącu kalendarzowym.*

§ 1 ust. 7 – *Doprecyzowane ilości pracowników Wykonawcy (w tym osób dozoru ruchu) w poszczególnych oddziałach dokonywane będzie przez Zamawiającego na każdy kolejny miesiąc kalendarzowy w szczegółowych harmonogramach Robót. W szczegółowych harmonogramach Robót, o których mowa w zdaniu poprzednim, Zamawiający precyzować będzie również rodzaj, miejsca wykonywania (oddział, wyrobisko) i zakresy (ilości) zleconych Wykonawcy do wykonania w danym miesiącu kalendarzowym Robót rozliczanych według odpowiednich jednostek miary. Harmonogramy te będą przesyłane Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna) najpóźniej na 7 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego.*

§ 1 ust. 8 – *Strony zgodnie ustalają, że Zamawiający - bez żadnych negatywnych dla niego konsekwencji, nie jest zobowiązany do zamówienia u Wykonawcy ani ilości roboczodniówek określonej w OPZ, ani ilości pracowników określonej w harmonogramach, o których mowa w ust. 6 i 7 niniejszego paragrafu, ani też do zlecenia Wykonawcy zakresu i ilości Robót określonych w Umowie (OPZ) i/lub w harmonogramach Robót, o których mowa w ust. 6 i 7 niniejszego paragrafu, przy czym Zamawiający jest zobowiązany do zlecenia Wykonawcy Robót (rozliczanych według odpowiednich jednostek miary i/lub stawki za jedną roboczodniówkę), których łączna wartość - uwzględniająca wartość Robót, o których mowa w § 8 ust. 5 Umowy, nie będzie niższa niż 50% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 8 ust. 4 zdanie 1 Umowy. W celu uniknięcia wszelkich ewentualnych wątpliwości, Strony zgodnie ustalają, że zlecenie Wykonawcy wykonania Robót w ramach Umowy o łącznej wartości nie niższej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy,*

określonego w § 8 ust. 4 zdanie 1 Umowy, oznaczać będzie należyte wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązków określonych w Umowie i brak podstaw do kierowania przez Wykonawcę względem Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń.

§ 1 ust. 16 – Wykonawca zobowiązany jest, w trakcie wykonywania Umowy do przestrzegania oraz do zapewnienia przestrzegania przez Podwykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wszelkich wewnętrznych regulacji obowiązujących na terenie zakładu górniczego Zamawiającego w zakresie ochrony przed zarażeniem i rozprzestrzenianiem się chorób zakaźnych (w tym COVID- 19), a w tym w szczególności:

a) polecenia nr 46/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 22.05.2020 r. w sprawie automatycznego blokowania i odblokowywania wejścia pracownikom zatrudnionym w podmiotach zewnętrznych wykonujących usługi (roboty) oraz pracownikom zatrudnionym w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A. wynikające z podejrzenia zakażenia wirusem SARS-CoV-2,

b) polecenia nr 79/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 24.07.2020 w sprawie wprowadzenia nowych regulacji podczas jazdy ludzi oraz dojścia i powrotu pracowników z miejsca pracy celem ograniczenia zagrożenia infekcji wirusem SARS- CoV- 2 (COVID-19),

c) polecenia nr 82/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 31.07.2020 w sprawie przestrzegania dyscypliny w profilaktyce z COVID-19.

Zamawiający jest uprawniony do kontroli przestrzegania przez Wykonawcę i Podwykonawcę obowiązków nałożonych przez ww. regulacje oraz do odmowy wstępu pracownikom Wykonawcy lub Podwykonawcy na teren Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. w przypadku, gdy dopuszczenie tych osób do wykonania Umowy stanowiłoby naruszenie przepisów, o których mowa w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu.

§ 5 ust. 4 – Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność wobec Zamawiającego oraz osób trzecich za wszelkie szkody (majątkowe oraz osobowe), obejmujące również utracone korzyści, wyrządzone przez Wykonawcę lub przez osoby, za które ponosi on odpowiedzialność (w tym przez osoby podlegające jego kierownictwu lub działające na jego zlecenie), niezależnie od tego, czy szkody te powstały w wyniku działań lub zaniechań wynikających z wykonania obowiązków objętych Umową, czy też poza nimi.

§ 5 ust. 5 – Wykonawca ponosi odpowiedzialność pracowniczą, cywilną i wszelką odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu zaistniałych wypadków przy pracy i chorób zawodowych względem zatrudnionych pracowników i innych osób, którymi się posługuje. Wykonawca oświadcza, że zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności wobec swoich pracowników i innych osób, którymi się posługuje z tytułu zaistniałych wypadków przy pracy i chorób zawodowych. W przypadku, gdy Zamawiający zobowiązany będzie do zaspokojenia jakichkolwiek roszczeń pracowników Wykonawcy lub innych osób, którymi Wykonawca

posługuje się przy wykonywaniu niniejszej Umowy, z tytułu zaistniałych wypadków przy pracy i chorób zawodowych, Wykonawca zobowiązany będzie do przekazania Zamawiającemu (w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego) środków finansowych w wysokości niezbędnej do zaspokojenia w całości powyższych roszczeń. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za szkody powstałe z wyłącznej winy Zamawiającego (w tym z winy pracownika Zamawiającego lub osoby, którą Zamawiający się posługuje).

§ 5 ust. 6 – Strony przyjmują za wskazane ubezpieczenie na własny koszt przez Wykonawcę prowadzonych robót od odpowiedzialności cywilnej za szkody wywołane działalnością Wykonawcy.

§ 5 ust. 10 – Strony zgodnie ustalają, że w ramach niniejszej Umowy i na zasadach w niej określonych Wykonawca zobowiązany jest – na żądanie Zamawiającego - do wykonywania Robót wymienionych w tabelach nr 1 i 2 zawartych w § 8 ust.1 Umowy zamiennie również w pozostałych polach ZG Zamawiającego, to jest w polu Bogdanka i / lub polu Nadrybie i / lub polu Stefanów (*), jak również i/lub w innych oddziałach pola Bogdanka i Stefanów niż wymienione w § 1 ust. 1 Umowy.

§ 5 ust. 11 – W przypadku wystąpienia okoliczności, nieprzewidywanych na etapie przygotowania niniejszego postępowania, w tym między innymi: okoliczności o charakterze siły wyższej lub innych okoliczności związanych z funkcjonowaniem kopalni Zamawiającego, w szczególności okoliczności związanych z:

- realizacją robót powiązanych z Robotami, zarówno robót górniczych jak i innych robót, w tym wykonywanych na podstawie odrębnych umów, które wymuszają konieczność skoordynowania wykonywania Robót z tymi robotami i uwzględnienia wzajemnych powiązań,
- koniecznością uzyskania przez Zamawiającego dodatkowych badań i ekspertyz,
- warunkami geologicznymi i/lub górniczymi w kopalni Zamawiającego, tj. ujawnieniem się informacji o istnieniu warunków geologicznych i/lub górniczych w kopalni Zamawiającego odmiennych od wcześniej zakładanych,
- nieprzewidzianymi zdarzeniami zakłócającymi harmonogram eksploatacji (biegu) ścian lub harmonogram robót przygotowawczych,
- zmianą harmonogramu robót przygotowawczych lub harmonogramów eksploatacji ścian w kopalni Zamawiającego,
- zagrożeniami powstałymi w podziemnych wyrobiskach górniczych kopalni Zamawiającego, ogłoszeniem akcji ratowniczej w kopalni Zamawiającego, a także spowodowanych innymi okolicznościami, w tym okolicznościami, za które odpowiada Zamawiający, m.in. awariami maszyn lub urządzeń - na żądanie Zamawiającego - Wykonawca w ramach niniejszej Umowy i na zasadach w niej określonych zobowiązany jest również do wykonywania w poszczególnych oddziałach w polach Bogdanka i/lub Nadrybie i/lub Stefanów ZG Zamawiającego, innych robót, niż wymienione w tabelach zawartych w § 8 ust. 1 Umowy.

Wysokość wynagrodzenia z tytułu należytego wykonania robót, o których mowa w zdaniu poprzednim, ustalana będzie przez Strony w formie stosownych pisemnych aneksów do Umowy, przy czym:

- jeżeli charakter tych robót będzie umożliwiał rozliczanie ich według odpowiednich jednostek miary - ustalona przez Strony w drodze negocjacji stawka wynagrodzenia za wykonanie tych robót nie może być wyższa niż określona we właściwej tabeli zawartej w § 8 ust. 1 Umowy stawka jednostkowa dla Robót, których charakter jest najbardziej zbliżony do robót, o których mowa w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu,

- w odniesieniu do robót rozliczanych w systemie roboczodniówek - Strony ustalą, że wynagrodzenie za wykonanie robót, o których mowa w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu, rozliczane będzie według właściwej stawki jednostkowej wynagrodzenia netto za roboczodniówkę, określonej w tabeli nr 1, zawartej w § 8 ust. 1 umowy.

Łączna wartość wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy z tytułu wykonania robót, o których mowa w niniejszym ustępie, nie może przekroczyć 50% maksymalnej wartości wynagrodzenia netto określonego w § 8 ust. 4 Umowy.

§ 6 ust. 8 – Strony zgodnie ustalają, że oprócz innych wymagań określonych w treści SIWZ, umowa podwykonawcza musi w szczególności spełniać następujące wymagania:

1/ musi zawierać postanowienie przewidujące zakaz zawarcia przez Podwykonawcę umowy z jakimkolwiek dalszym podwykonawcą, której przedmiotem jest wykonanie Robót; co oznacza, że nie jest dopuszczalne zawarcie przez Podwykonawcę Umowy podwykonawczej z jakimkolwiek dalszym podwykonawcą;

2/ musi zawierać postanowienie o zakazie dokonywania przez Podwykonawcę przelewu wierzytelności wynikających z umowy podwykonawczej - bez uprzedniej zgody Zamawiającego i Wykonawcy, wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności;

3/ musi zawierać postanowienie przewidujące, że odbiory robót wykonanych przez Podwykonawcę będą miały charakter odbiorów wspólnych, tzn. dokonywane będą w ramach odbiorów Przedmiotu Umowy pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, na warunkach określonych w niniejszej Umowie i dokonywane będą z udziałem przedstawicieli

Zamawiającego, Wykonawcy i Podwykonawcy oraz, że z każdego z tych odbiorów sporządzany będzie jeden Protokół Odbioru Przedmiotu Umowy dotyczący Robót wykonanych w relacji: Zamawiający – Wykonawca oraz Wykonawca - Podwykonawca;

4/ musi zawierać postanowienie, że Podwykonawca zobowiązany jest wystawić fakturę VAT obejmującą należne mu wynagrodzenie w pierwszym dniu roboczym, następującym po dniu podpisania przez Zamawiającego, Wykonawcę i Podwykonawcę odpowiedniego Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy – bez Wad istotnych, który to protokół stanowić będą podstawę do zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy;

5/ musi określać wysokość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy w kwocie netto i brutto;

6/ musi określać termin zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy nie dłuższy niż 14 dni od dnia doręczenia Wykonawcy faktury VAT, wystawionej przez Podwykonawcę zgodnie z zasadami określonymi w pkt 4 i 5 niniejszego ustępu;

7/ musi zawierać postanowienia, że dokonanie jakichkolwiek zmian w umowie podwykonawczej uzależnione jest od zachowania trybu określonego w postanowieniach niniejszego paragrafu;

8/ musi zawierać postanowienie przewidujące możliwość rozwiązania umowy podwykonawczej na żądanie Zamawiającego oraz zastrzeżenie, że w przypadku rozwiązania umowy podwykonawczej w tym trybie, nie przysługują Podwykonawcy jakiegokolwiek roszczenia odszkodowawcze względem Zamawiającego;

9/ musi zawierać postanowienie o wyłączeniu dopuszczalności potrącenia jakiegokolwiek wierzytelności przysługujących Wykonawcy względem Podwykonawcy z wierzytelnością Podwykonawcy względem Wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót objętych umową podwykonawczą;

10/ nie może zawierać postanowienia o ustanowieniu przez Podwykonawcę na rzecz Wykonawcy jakiegokolwiek zabezpieczenia w postaci kaucji gwarancyjnej utworzonej z wynagrodzenia należnego Podwykonawcy za wykonanie robót objętych umową podwykonawczą;

11/ musi zawierać postanowienie o upoważnieniu Podwykonawcy do przyjęcia świadczenia (wynagrodzenia określonego w umowie podwykonawczej należnego Podwykonawcy za roboty wykonane przez niego po zaakceptowaniu przez Zamawiającego umowy podwykonawczej) uiszczzonego przez Zamawiającego bezpośrednio na rzecz Podwykonawcy w sposób określony w ust. 11 niniejszego paragrafu.

§ 8 ust. 6 – Strony zgodnie ustalają, że w przypadku wystąpienia zwiększonych potrzeb zakładu górniczego prowadzonego przez Zamawiającego, Zamawiającemu przysługuje prawo do jednostronnego zwiększenia maksymalnej wartości wynagrodzenia netto określonej w ust. 4 niniejszego paragrafu, co jest równoznaczne z tym, że w ramach zwiększonej maksymalnej wartości wynagrodzenia netto, Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania Robót objętych przedmiotem Umowy ponad wartość maksymalnego wynagrodzenia netto, określoną w ust. 4 niniejszego paragrafu, przy zastosowaniu stawek wynagrodzenia dla poszczególnych Robót określonych w Umowie (Prawo Opcji). Zamawiający może skorzystać z Prawa Opcji jednorazowo lub też w częściach, przy czym łączna wartość netto zwiększenia maksymalnej wartości wynagrodzenia netto w ramach Prawa Opcji nie może przekroczyć 30% wartości maksymalnego wynagrodzenia netto, określonej w ust. 4 niniejszego paragrafu. Skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji

polegać będzie każdorazowo na przesłaniu Wykonawcy oświadczenia – w formie pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności - o skorzystaniu przez Zamawiającego z Prawa Opcji. Oświadczenie Zamawiającego, o którym mowa w zdaniu poprzednim, musi każdorazowo zawierać powołanie się na niniejsze postanowienie

Umowy, wysokość zwiększenia maksymalnej wartości wynagrodzenia netto (w złotych netto) oraz wskazanie numeru uchwały Zarządu Zamawiającego, wyrażającej zgodę na skorzystanie z Prawa Opcji. W przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o skorzystaniu z Prawa Opcji, Wykonawca będzie związany tym oświadczeniem. Skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji nie stanowi zmiany Umowy i dla swej skuteczności nie wymaga zawarcia przez Strony aneksu do Umowy. Do Robót w ramach Prawa Opcji mają w pełnym zakresie zastosowanie postanowienia Umowy wraz z załącznikami.

§ 12 ust. 1 – Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karami umownymi:

- a) w przypadku rozwiązania Umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn za które odpowiada Wykonawca - w wysokości 10 % maksymalnego wynagrodzenia brutto, określonego w § 8 ust. 4 Umowy,*
- b) w przypadku niezapewnienia przez Wykonawcę - z przyczyn za które odpowiada Wykonawca - ilości pracowników na potrzeby wykonania Robót objętych poszczególnymi Zadaniem, określonej w szczegółowym harmonogramie Robót, o którym mowa w § 1 ust. 6 - w wysokości obliczonej jako iloczyn ilości brakujących pracowników i stawki za jedną rbdn określonej w § 8 ust. 1 Umowy, za każdy dzień niezapewnienia ilości pracowników, określonej w w/w szczegółowym harmonogramie Robót,*
- c) za każdy dzień niewykonywania lub przerwy w wykonywaniu Robót przez Wykonawcę, z przyczyn za które odpowiada Wykonawca, w wysokości 0,5 % maksymalnego wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 4 Umowy,*
- d) za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 0,3 % maksymalnego wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 3 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu płatności określonego w umowie podwykonawczej, a w przypadku określenia terminu dłuższego niż dopuszczalny - w stosunku do maksymalnego dopuszczalnego terminu płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy,*
- e) za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy podwykonawczej, zawartej z podwykonawcą lub projektu jej zmiany – w wysokości równej 5 % maksymalnego wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 4 Umowy,*
- f) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę i Podwykonawcę kopii zmiany umowy podwykonawczej - w wysokości równej 5 % maksymalnego wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 4 Umowy,*

g) za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty - w wysokości równej 5 % maksymalnego wynagrodzenia netto, określonego w § 8 ust. 4 Umowy,

h) z tytułu opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości/ rękojmi za wady, w stosunku do terminów wyznaczonych przez Zamawiającego, w wysokości 0,1 % maksymalnego wynagrodzenia netto określonego w § 8 ust. 4 Umowy.

§ 12 ust. 2 – Zamawiającemu przysługuje prawo do jednoczesnego żądania kar umownych na wszystkich podstawach, w zakresie w jakim jest to dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa.

§ 12 ust. 3 – W przypadku poniesienia szkody przewyższającej wysokość zastrzeżonych kar umownych oraz w innych przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, Strony mogą dochodzić odszkodowania na zasadach wynikających z Kodeksu cywilnego, w tym odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Rozwiązanie Umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn za które odpowiada Wykonawca, nie wyłącza uprawnienia do żądania przez Zamawiającego zapłaty przez Wykonawcę zastrzeżonych kar umownych.

§ 12 ust. 4 – Zapłata zastrzeżonej wyżej kary umownej nie wyłącza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania w wysokości przekraczającej zastrzeżoną wyżej karę umowną.

§ 13 ust. 1 – Z zastrzeżeniem postanowienia § 8 ust. 4 Umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania niniejszej Umowy (niezależnie od przyczyny i bez obowiązku jej wskazywania), z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa określonego w zdaniu 1 niniejszego ustępu, Wykonawcy nie będą przysługiwać względem Zamawiającego żadne roszczenia, w tym w szczególności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, roszczenia o zapłatę odszkodowania oraz roszczenia o zapłatę kary umownej.

§ 14 ust. 6 – W przypadku zaistnienia warunków szczególnych z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (np. awarii maszyn wyciągowych, awarii wentylatorów głównych, braku zasilania zakładu lub jego części w energię elektryczną, koniecznością wstrzymania wykonywania Przedmiotu Umowy, wynikającą z przepisów prawa geologicznego i górniczego, koniecznością uzyskania przez Zamawiającego dodatkowych badań i ekspertyz, warunkami geologicznymi i/lub górniczymi w kopalni Zamawiającego, ujawnieniem się informacji o istnieniu warunków geologicznych i/lub górniczych w kopalni Zamawiającego odmiennych od wcześniej zakładanych, nieprzewidzianymi zdarzeniami zakłócającymi harmonogram robót przygotowawczych lub harmonogram eksploatacji (biegu) ścian w kopalni Zamawiającego, zmianą harmonogramu

robót przygotowawczych lub harmonogramu eksploatacji (biegu) ścian w kopalni Zamawiającego, zagrożeniami powstałymi w podziemnych wyrobiskach górniczych kopalni Zamawiającego, ogłoszeniem akcji ratowniczej w kopalni Zamawiającego, a także innymi przeszkodami, w tym w szczególności: zaistniałymi opóźnieniami z realizacją robót powiązanych z Przedmiotem Umowy, zarówno robót górniczych, jak i innych robót, w tym wykonywanych na podstawie odrębnych umów, które wymuszają konieczność skoordynowania wykonania Przedmiotu Umowy z tymi robotami i uwzględnienia wzajemnych powiązań), Zamawiający ma prawo do zmiany zakresu Robót bądź odstąpienia od realizacji zakresu rzeczowego Robót w danym dniu, bez żadnych dla niego negatywnych konsekwencji z tego tytułu. Wykonawca oświadcza, że wyraża na powyższe zgodę oraz że nie będzie kierował względem Zamawiającego, w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień, o których mowa w zdaniu poprzednim niniejszego paragrafu. Strony przewidują i dopuszczają przedłużenie terminu obowiązywania Umowy, o łączny czas trwania ww. warunków szczególnych. Postanowienie ust. 5 niniejszego paragrafu stosuje się odpowiednio.

Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania/wątpliwości wykonawców w zakresie treści SIWZ, w tym m.in.:

- *Jaka jest przewidywalna przez Zamawiającego minimalna i maksymalna ilość roboczodniówek na zmianę i na dobę?*

Odpowiedź:

Na obecnym etapie jest niemożliwe do przewidzenia dla Zamawiającego zapotrzebowanie na dobę w całym okresie trwania umowy. Za minimalną ilość należy przyjąć brak obłożenia na danej zmianie lub na dobę. Obłożenie maksymalne będzie wynikało z zapotrzebowania Zamawiającego oraz faktycznych możliwości realizacji prac przez Wykonawcę.

- *Wzór umowy § 1 ust. 8 – Zamawiający przewidują realizację umowy w zakresie obejmującym nie mniej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia. W odniesieniu do przedmiotowych zapisów umowy Wykonawca postawiony jest w pozycji, w której nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia, a zatem całe ryzyko z tym związane obciąża Wykonawcę, a koszty tego ryzyka są przenoszone na Zamawiającego. Jednocześnie biorąc pod uwagę treść § 8 ust. 6 umowy – Prawo Opcji, obejmujące do 30% zamówienia – Wykonawca pozostaje w niepewności w zakresie obejmującym 80% wartości umowy. Biorąc pod uwagę obecną sytuację rynkową wnosimy o dokładniejsze określenie zakresu (zapotrzebowania) przez Zamawiającego, a co za tym idzie, określenie minimalnej granicy realizacji zamówienia na poziomie 80-90%. Takie rozwiązanie pozwoli Wykonawcy*

skalkulować ofertę z większą dokładnością, bowiem ryzyko realizacji będzie ograniczone, tym samym koszty tego ryzyka nie będą obciążać Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje zmiany zapisu §1 ust. 8 Umowy.

- *Wzór umowy §13 ust. 1 – Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania umowy bez podania przyczyny w każdym czasie. Zapis ten stanowi naruszenie podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych zgodnie z którą umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą tego stosunku jest jego trwałość. Powyższe twierdzenie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r. Zgodnie z tym orzeczeniem niedopuszczalne jest zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu planowanego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby Zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po kilku miesiącach jej obowiązywania. W wyroku stwierdzono ponadto: „Niekwestionowaną zasadą jest, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a skoro tak, to cechą stosunku obligacyjnego zawianego w wyniku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest jego trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, co jest podyktowane faktem, że wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki czas, strony umowy pozostaną nią związane.” Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że „postanowienie o możliwości dowolnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku, np. w celu dokonywania niekorzystnych dla wykonawcy zmian umowy (...).” (KIO 24/14). Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo sądów powszechnych w sprawach dot. umów o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 13 września 2005 r., Sąd Okręgowy w Warszawie zwrócił uwagę, że „wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości*

(...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru". (V Ca 1110/04). W odniesieniu do zapisów przedmiotowej umowy Wykonawca postawiony jest w pozycji w której, nie tylko nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia (możliwość realizacji zadania jedynie w 50% co do wartości), ale również czasu trwania umowy, a tym samym rentowność całej umowy. Wnosimy o wykreślenie §13 ust. 1 umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie postanowienie § 13 ust. 1 projektu umowy. Zamawiający oświadcza, że uznaje argumentację Wykonawcy za chybioną, a przywołane stanowisko KIO za nieadekwatne do przedmiotowego postanowienia. Przewidziane bowiem w § 13 ust. 1 projektu umowy prawo wcześniejszego rozwiązania umowy przez Zamawiającego nie jest bezwarunkowe, ponieważ § 13 ust. 1 projektu umowy odsyła w tym zakresie do § 8 ust. 4, a zatem do gwarantowanego minimalnego poziomu wykonania umowy.

- Wzór umowy § 14 ust. 6 – Zamawiający zastrzega szerokie uprawnienie do „zmiany zakresu Robót” oraz „odstąpienia od realizacji zakresu rzeczowego Robót w danym dniu”. Prosimy o wyjaśnienie czy zmiana zakresu lub odstąpienie od realizacji będzie miało charakter jednostkowy (np. dzień) czy może mieć również charakter długotrwały (np. miesiąc)? Na uwagę zasługują fakt, iż zakres świadczenia Wykonawcy winien być tożsamy z zakresem oferty złożonej w ramach postępowania u udzielenie zamówienia publicznego. Jak wobec powyższego należy rozumieć „zmianę zakresu Robót”? Prosimy o wykreślenie zapisu dotyczącego zmiany zakresu Robót. Zamawiający posiada cały katalog możliwości kierowania pracowników Wykonawcy na inne prace zgodnie z treścią umowy, łącznie z poleceniem wykonywania robót na innym oddziale górniczym („zastrzeżenie” §1 ust. 1 wzoru umowy). Wobec powyższego kreowanie dodatkowych uprawnień jest nieuzasadnione. Jednocześnie zaznaczyć należy, iż każdy postój i przerwa w działaniu Wykonawcy niesie za sobą zwiększenie kosztów, które na etapie ofertowania kalkulowane są przy zakładanym obciążeniu stanowiskowym w sposób optymalny. Tym samym „odstąpienie od realizacji Robót”, w dłuższym okresie wpłynie na rentowność kontraktu i może być przesłanką do zaburzenia funkcjonowania całego przedsiębiorstwa Wykonawcy. Koszty stałe bowiem nie ulegną zmianie, a dodatkowo Wykonawca zobowiązany będzie do utrzymania załogi za okres „odstąpienia” (przestoju). Wobec powyższego wnosimy o doprecyzowanie zapisów

poprzez wprowadzenie zdania: „Odstąpienie od realizacji zakresu rzeczowego Robót nie może przekroczyć 1 dnia w miesiącu kalendarzowym. Zamawiający o odstąpieniu od realizacji Robót w danym dniu poinformuję Wykonawcę z co najmniej 3 dniowym wyprzedzeniem”. Mając na uwadze wszelkie przerwy, w ostatnich miesiącach, związane z procedurami bezpieczeństwa Zamawiającego związanymi z ograniczeniem emisji wirusa Sars-Cov-2, ewentualne wprowadzenie dodatkowego przestoju (w ilości choćby 1 dnia) stanowić będzie dla Wykonawców dodatkowe obciążenie organizacyjne i finansowe.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany projektu umowy proponowane przez Wykonawcę. Zamawiający wyjaśnia, że czas trwania zmiany zakresu Robót bądź odstąpienia od realizacji zakresu rzeczowego Robót na podstawie § 14 ust. 6 umowy będzie uzależniona od czasu trwania przesłanki uzasadniającej skorzystanie z powyższych uprawnień. Zmiana zakresu Robót na podstawie § 14 ust. 6 nie będzie polegała na zleceniu robót niezgodnych z zakresem rzeczowym określonym w umowie.

- *§ 1 ust. 5 w brzmieniu dotyczącym obowiązku Wykonawcy przestrzegania przepisów prawa oraz wszelkich wewnętrznych regulacji obowiązujących na terenie zakładu górniczego Zamawiającego (...) Prosimy o doprecyzowanie, że uprawnienie do odmowy wstępu pracownikom Wykonawcy i Podwykonawcy na teren Lubelskiego Węgla „Bogdanka” może dotyczyć wyłącznie sytuacji, gdy pracownicy Wykonawcy i Podwykonawcy nie stosują się do obowiązków wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub nałożonych wewnętrznych regulacjami Zamawiającego podanymi do wiadomości Wykonawcy lub Podwykonawcy*

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian zaproponowanych przez Wykonawcę.

- *Dotyczy § 1 ust. 5 (w związku z ust. 6 i 7), dotyczący aktualizacji harmonogramów. Przedmiotowa jednostka ust. 5 zawiera postanowienie cyt.: „(...) Harmonogram będzie aktualizowany przynajmniej raz na kwartał; zaktualizowany harmonogram będzie przez Zamawiającego przesyłany Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna). Zamawiający jest uprawniony do dokonywania zmian ilości pracowników Wykonawcy (w tym osób dozoru ruchu) w poszczególnych oddziałach, w stosunku do ilości podanej w harmonogramie, przy czym zmiany te nie mogą doprowadzić do przekroczenia maksymalnej ilości pracowników określonej harmonogramie dla Przedmiotu Umowy. Zmiany te dokonywane będą po wcześniejszym uzgodnieniu z Wykonawcą.” Proszę o wyjaśnienie lub doprecyzowanie, czy*

zmiany dotyczące ilości pracowników podanej w harmonogramie dla Przedmiotu Umowy dokonywane są w innym trybie niż aktualizacja harmonogramów? Proszę o doprecyzowanie postanowienia bowiem skoro ew. zmiany mają być dokonywane po wcześniejszym uzgodnieniu z Wykonawcą, a ust. 6 i 7 dają prawo aktualizacji harmonogramów niejako jednostronnie przez Zamawiającego, na siedem dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego. Prosimy o wprowadzenie mechanizmu faktycznego uzgadniania zgodnie z ust. 5 zmian w ilości pracowników Wykonawcy. Prosimy o zmianę w ust. 6 zdania: „Harmonogramy te będą przesyłane Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna) najpóźniej na 7 dni przed rozpoczęciem każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego.” na „Harmonogramy te będą przesyłane Wykonawcy (faks, poczta elektroniczna) najpóźniej na 10 dni roboczych przed rozpoczęciem każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego celem uzgodnienia z Wykonawcą, a Wykonawca ma prawo złożenia uzasadnionych uwag do przekazanego Harmonogramu w terminie 3 dni od daty jego otrzymania. W sytuacji braku uzgodnienia stanowiska Wykonawca związany jest pierwotnym brzmieniem Harmonogramu na cały okres Umowy.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany proponowane przez Wykonawcę. Harmonogram kwartalny stanowi jedynie planowane obłożenia robót pomocniczych oparte na bieżącej wiedzy Zamawiającego, jednak nie stanowi zobowiązania do zlecenia pełnego zakresu prac zgodnie z jego brzmieniem. Do faktycznego ustalenia ilości osób realizujących pracę służą kolejne doprecyzowania w szczegółowych harmonogramach Robót.

- Dotyczy § 1 ust. 8 w ramach którego zawarto postanowienie cyt.: „Strony zgodnie ustalają, że zlecenie Wykonawcy wykonania Robót w ramach Umowy o łącznej wartości nie niższej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 8 ust. 4 zdanie 1 Umowy, oznaczać będzie należyte wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązków określonych w Umowie i brak podstaw do kierowania przez Wykonawcę względem Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń.” Proszę o wyjaśnienie czy fakt zlecenia robót na poziomie 50 % ma powodować brak podstaw do kierowania przez Wykonawcę względem Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń czy tylko związanych z ewentualnym zyskiem (utraconymi korzyściami) z tytułu nie zlecenia 100 % robót? Proszę o modyfikacje powyższego postanowienia ewentualnie o wskazanie interesu Zamawiającego, który stał u podstaw wprowadzania w/w postanowienia. W ocenie Wykonawcy postanowienie takie stanowi złamanie (przekroczenie) zasady swobody umów (art. 3531 k.c.) oraz narusza art. 5 kc. Zgodnie z art. 3531 Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny

według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 5 k.c. stanowi natomiast „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Odpowiedź:

Zlecenie Wykonawcy wykonania Robót w ramach Umowy o łącznej wartości nie niższej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 8 ust. 4 zdanie 1 Umowy, oznaczać będzie należyte wywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązków określonych w Umowie i brak podstaw do kierowania przez Wykonawcę względem Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń związanych z zamówieniem u Wykonawcy ilości roboczodniówek mniejszej od określonej w OPZ i/lub ilości pracowników mniejszej od określonej w harmonogramach, o których mowa w § 1 ust. 6 i 7 Umowy, i/lub zlecenia Wykonawcy zakresu i ilości Robót mniejszych od określonych w Umowie (OPZ) i/lub w harmonogramach Robót, o których mowa w § 1 ust. 6 i 7 Umowy.

- *Dotyczy § 5 ust. 5 zdanie trzecie Prosimy o wykreślenie zdania trzeciego z § 5 ust. 4 W sytuacji odmowy wykreślenia, prosimy o wskazanie interesu Zamawiającego oraz uzasadnionej potrzeby związanej z realizacją przedmiotowej umowy, w kontekście przerzucania na Wykonawcę ciężaru finansowego związanego z odpowiedzialnością Zamawiającego wobec pracowników Wykonawcy lub osób, którymi Wykonawca posługuje się przy realizacji Umowy?*

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na zmianę § 5 ust. 5 projektu umowy proponowaną przez Wykonawcę. Interes Zamawiającego przejawia się w tym, ażeby Zamawiający nie ponosił ciężaru finansowego szkód, za które zgodnie z § 5 ust. 5 zd. 1-2 projektu umowy odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

- *Dotyczy § 5 ust. 10 cyt.: „Strony zgodnie ustalają, że w ramach niniejszej Umowy i na zasadach w niej określonych Wykonawca zobowiązany jest – na żądanie Zamawiającego - do wykonywania Robót wymienionych w tabelach nr 1 i 2 zawartych w § 8 ust.1 Umowy zamiennie również w pozostałych polach ZG Zamawiającego, to jest w polu Bogdanka i / lub polu Nadrybie i / lub polu Stefanów (*), jak również i/lub w innych oddziałach pola Bogdanka*

i Stefanów niż wymienione w § 1 ust. 1 Umowy.” Proszę o wskazanie w tym zakresie interesu Zamawiającego oraz uzasadnionej potrzeby związanej z realizacją przedmiotowej umowy, która stanowi uzasadnienie zastosowania przedmiotowego postanowienia mechanizmu oraz jak Zamawiający szacuje wystąpienie tego rodzaju sytuacji przy realizacji niniejszej umowy.

Odpowiedź:

Jedną z przyczyn uzasadniających żądanie Zamawiającego dotyczące wykonywania przez Wykonawcę robót objętych Umową również w innych oddziałach i/lub rejonach niż wymienione w § 1 ust. 1 Umowy, wskazana została w § 1 ust. 1 zdanie ostatnie Umowy. Ponadto żądanie Zamawiającego dotyczące wykonywania przez Wykonawcę robót objętych Umową zamiennie również w pozostałych polach ZG Zamawiającego, jak też i/lub w innych oddziałach niż wymienione w § 1 ust. 1 Umowy, może innymi: wynikać z innych potrzeb Zamawiającego niż wskazane w § 1 ust. 1 Umowy lub być następstwem zdarzeń uniemożliwiających lub znacznie utrudniających wykonywanie Robót w miejscach wskazanych w § 1 ust. 1 Umowy.

- Dotyczy § 6 ust. 8 pkt 8. Prosimy o wskazanie zasadności w/w postanowienia dot. rozwiązania umowy podwykonawczej na żądanie Zamawiającego z jednoczesnym zastrzeżeniem, że rozwiązanie umowy podwykonawczej w tym trybie powoduje, że podwykonawcy nie przysługują jakiegokolwiek roszczenia względem Zamawiającego. Prosimy o dopisanie, że na umotywowane/uzasadnione żądanie (wskazujące na wykonywanie robót niezgodnie z umową). Powyższe rozwiązanie w sytuacji żądania rozwiązania umowy przez Zamawiającego w dowolnej sytuacji (np. bez ważnego powodu) lub wręcz w warunkach zawinionych przez Zamawiającego, z jednoczesnym wyłączeniem odpowiedzialności Zamawiającego jest nieprawidłowe i może prowadzić do ograniczenia dostępu do rynku. Bowiem działanie takie może powodować, że wyłącznie określona grupa podmiotów mająca zapewnione relacje z Zamawiającym będzie w stanie przyjąć wynikające z umowy ryzyka biznesowe i to nie tylko jako wykonawca ale i podwykonawca. Jest to sprzeczne z zasadą współdziałania Wykonawcy i Zamawiającego. Proszę o wyjaśnienie jak taka sytuacja wpływa na odpowiedzialność Wykonawcy względem Podwykonawcy? Nie jest żadnym wyjaśnieniem stwierdzenie, że Wykonawca powinien w umowie z Podwykonawcą odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, na wypadek wystąpienia sytuacji o której mowa powyżej. Postanowienie z pkt. 8 obejmuje sytuacje, gdy bez uzasadnienia Zamawiający nakaże rozwiązanie umowy z podwykonawcą co może przełożyć się na terminowość wykonania umowy. Tym bardziej że w § 6 ust. 17 Umowy Zamawiający wskazuje, że żądanie rozwiązania takiej umowy może nastąpić w uzasadnionych przypadkach.*

Odpowiedź:

Wątpliwości Wykonawcy objęte powyższym pytaniem są nie tylko nieuzasadnione ale wręcz niezrozumiałe ponieważ zgodnie z § 6 ust. 17 projektu umowy żądanie Zamawiającego rozwiązania przez Wykonawcę umowy z jego Podwykonawcą i zmiany podmiotu wykonującego dany zakres robót – odnosi się do uzasadnionych przypadków. Ponadto zgodnie z § 6 ust. 17 projektu umowy Zamawiający zobowiązany jest do uzasadnienia swego żądania.

- Dotyczy § 8 ust. 4 Prosimy o wykreślenie zdania trzeciego cyt.: „Niezależnie od powyższego w trakcie realizacji Umowy Zamawiający zastrzega sobie - bez żadnych dla niego negatywnych konsekwencji z tego tytułu, prawo do jednostronnego ograniczenia zakresu i ilości poszczególnych Robót.” Ewentualnie doprecyzowania w jakim zakresie (tj. do jakiego poziomu) Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego ograniczenia zakresu i ilości poszczególnych robót? Proszę również wskazać, czy skorzystanie z zastrzeżonego prawa będzie się odbywało za uprzedzeniem Wykonawcy? Z jakim wyprzedzeniem, w jakiej formie uprzedzenie będzie dokonywane? Proszę mieć na uwadze że wykonanie prac poprzedzone jest szeregiem czynności koszt twórczych. Kto będzie ponosił te koszty w razie ograniczenia prac? Proszę o odpowiedź, czy ograniczenie zakresu robót wynikające z wyłącznej winy Zamawiającego jest również sanowane i nie prowadzi do odpowiedzialności Zamawiającego względem Wykonawcy. Na co wskazuje, użyte sformułowanie „bez żadnych dla niego negatywnych konsekwencji”? Czy poziom 50 % o którym mowa w § 1 ust. 8 Umowy jest dolną granicą? Wartość wyrażona w § 8 ust. 4 jest wyrażona kwotowo co jest jasne i zrozumiałe. Natomiast w ramach ust. 5 § 8 Zamawiający usiłuje dodatkowo dorzucić do puli 50 % wartość robót zleconych w ramach § 5 ust. 10 i 11. Proszę o wskazanie w tym zakresie interesu Zamawiającego oraz uzasadnionej potrzeby związanej z realizacją przedmiotowej umowy, która stanowi uzasadnienie zastosowania przedmiotowego postanowienia mechanizmu. Tym bardziej że przy założeniu że w ramach § 5 ust. 10 i 11 można zlecić roboty dodatkowe o wartości do 50 % umowy.*

Odpowiedź:

Pytanie Wykonawcy jest całkowicie niezrozumiałe, ponieważ § 8 ust. 4 umowy nie zawiera postanowienia o treści „Niezależnie od powyższego w trakcie realizacji Umowy Zamawiający zastrzega sobie - bez żadnych dla niego negatywnych konsekwencji z tego tytułu, prawo do jednostronnego ograniczenia zakresu i ilości poszczególnych Robót.”

- *Dotyczy § 12 – Prosimy o określenie górnego limitu kar umownych określonych w umowie. W naszej ocenie ustalenie przez zamawiającego we wzorze umowy kar umownych bez górnego limitu ich naliczania należy uznać za naruszenie art. 353 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Tym bardziej że Zamawiający zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.*

Odpowiedź:

Zamawiający nie określa górnego limitu kar umownych, ponieważ obowiązek taki nie wynika z przepisów prawa.

- *Dotyczy § 14 ust. 6 –w naszej ocenie zastrzeżenie takie stoi w sprzeczności z zasadą równowagi stron umowy. Wyłączenie/ograniczenie negatywnych konsekwencji dla zamawiającego w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania (a więc zasadniczo niewykonania w sposób zawiniony) obowiązków wynikających z umowy są niedozwolonymi postanowieniami w umowie o zamówienia publiczne w świetle szerokiego orzecznictwa. Wskazać, w tym miejscu należy, że „Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353(1) KC, a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”*

Odpowiedź:

Powyższe stanowi opinię Wykonawcy, nie stanowi zaś wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ.

- *Dotyczy § 16 ust. 4 zdanie czwarte - Jakie akty staranności Zamawiający deklaruje podejmować przed skorzystaniem z uprawnień określonych w § 16 ust. 4 zdanie trzecie i czwarte Umowy - „Zamawiający deklaruje, że dołoży starań, aby korzystać z uprawnień [...] tylko w uzasadnionych przypadkach? W szczególności czy przed skorzystaniem z opisanych powyżej uprawnień Zamawiający deklaruje podjęcie działań w celu uzyskania informacji o faktycznym zaangażowaniu każdego z Konsorcjantów w realizację Umowy (danego etapu Umowy) i czy możliwość skorzystania z uprawnień określonych w § 16 ust. 4 zdanie trzecie i czwarte Umowy warunkowana będzie wyłączeniem możliwości narażenia na szkodę*

któregokolwiek z Konsorcjantów — w szczególności tego z Konsorcjantów, który jest zaangażowany w realizację Umowy w stopniu przewyższającym zaangażowanie Konsorcjanta, na rzecz którego Zamawiający zamierza dokonać płatności? O jakim katalogu „uzasadnionych przypadków” mowa w § 16 ust. 4 zdaniu czwartym?

Odpowiedź:

Uprawnienia przewidziane w § 16 ust. 3 i 4 projektu umowy służą jak najlepszemu zabezpieczeniu interesów Zamawiającego. Zamawiający będzie korzystał z tych uprawnień wtedy, kiedy w jego ocenie będzie istniało ryzyko zagrożenia bądź naruszenia jego interesów. Ponadto Zamawiający nie przewiduje prowadzenia jakichkolwiek postępowań mających na celu ustalenie zakresu faktycznego zaangażowania poszczególnych konsorcjantów. W tym miejscu Zamawiający zauważa, że nie ma żadnych przeszkód, ażeby konsorcjanci w łączącej ich umowie wprowadzili odpowiednie regulacje na wypadek skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przewidzianych w § 16 ust. 3 i 4 projektu umowy.

- Na podstawie czego Wykonawca ma określić ilość niezbędnego dozoru ruchu na poszczególnych zadaniach przy: - braku harmonogramów ilościowych do zadania, - różnic między maksymalnym wymaganiu ilości dozoru ruchu a zapotrzebowaniem na nadzór osoby dozoru ruchu na zmianie w poszczególnych zadaniach, - czy jak w punkcie 1.2.12 f) Zamawiający ma prawo do zamówienia większej ilości dozoru na zmianie niż założone dla danego zadania?*

Odpowiedź:

Należy przyjąć, że obecnie brak jest możliwości do przewidzenia faktycznego zapotrzebowania na osoby dozoru na poszczególnych etapach realizacji pracy w związku, iż wpływ na to będzie miało sporo czynników. Nie koniecznie będzie to ilość osób na danym zadaniu a większy wpływ będzie miał rejon na jakim prace będą realizowane i odległość poszczególnych punktów pracy. Należy przyjąć do wyliczeń ilość osób dozoru uwzględnioną w harmonogramach, które zostaną dołączone do niniejszego postępowania.

- Ad. OPZ pkt IV. 1 Pkt I ppkt. 3 niniejszego OPZ nie określa niezbędnych ilości pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje i upoważnienia.*

Odpowiedź:

Dla różnych zadań będą to różne wartości dlatego wpisanie wartości w OPZ byłoby nieuzasadnione.

- *Jaka jest przewidywalna przez Zamawiającego minimalna i maksymalna ilość roboczodniówek na zmianę i na dobę?*

Odpowiedź:

Na obecnym etapie jest niemożliwe do przewidzenia dla Zamawiającego zapotrzebowanie na dobę w całym okresie trwania umowy. Za minimalną ilość należy przyjąć brak obłożenia na danej zmianie lub na dobę. Obłożenie maksymalne będzie wynikało z zapotrzebowania Zamawiającego oraz faktycznych możliwości realizacji prac przez Wykonawcę.

W toku postępowania nie złożono odwołania wobec treści SIWZ.

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odpowiednio do poszczególnych zadań, kwotę brutto:

zadanie nr 1 – 8 211 203,74 zł, zadanie nr 2 – 2 686 094,91 zł, zadanie nr 3 – 16 301 775,97 zł, zadanie nr 4 – 10 508 902,29 zł, zadanie nr 5 – 24 556 725,40 zł, zadanie nr 6 – 4 290 477,39 zł, zadanie nr 7 – 14 415 422,88 zł, zadanie nr 8 – 2 574 035,76 zł, zadanie nr 9 – 11 210 172,77 zł, zadanie nr 10 – 2 256 428,85 zł, zadanie nr 11 – 20 158 488,45 zł, zadanie nr 12 – 10 492 836,03 zł.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 9 grudnia 2020 r. w poszczególnych zadaniach złożono oferty z cenami brutto:

zadanie nr 1 – 8 254 043,77 zł, zadanie nr 2 – 2 802 756,72 zł, zadanie nr 3 – 16 207 345,54 zł, zadanie nr 4 – 11 165 616,51 zł, zadanie nr 5 – 25 401 960,00 zł, zadanie nr 6 – 4 385 092,68 zł, zadanie nr 7 – 14 358 525,54 zł, zadanie nr 8 – 2 700 686,40 zł, zadanie nr 9 – 11 130 905,42 zł, zadanie nr 10 – 2 317 306,47 zł, zadanie nr 11 – 20 192 769,78 zł, zadanie nr 12 – 11 185 199,34 zł.

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawców, w ramach poszczególnych zadań, do złożenia wyjaśnień (na przykładzie zadania 11):

Zamawiający w toku badania i oceny ofert powziął wątpliwości co do braku istnienia wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy (...) Zamawiający wskazuje, że prowadzi Postępowanie w podziale na 12 części (zadań), przy czym Zamawiający nie zastrzegł zakazu ubiegania się o udzielenie więcej niż jednej części zamówienia. Co więcej, Zamawiający określił takie same warunki udziału

w postępowaniu dla każdego z zadań, jednocześnie umożliwiając wykonawcom wykazanie tego samego potencjału w ramach udziału w poszczególnych częściach zamówienia.

Na podstawie dokonanego badania i oceny oferty Wykonawcy Zamawiający doszedł do przekonania, że członek konsorcjum – (...) – miał możliwość samodzielnie złożyć ofertę na zadanie nr, skutecznie ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego.

Pomimo istnienia możliwości, o których mowa powyżej, w zakresie zadania nr (...) ofertę złożyło konsorcjum składające się z grupy podmiotów, z których każdy ubiega się również o udzielenie zamówienia wraz z innymi wykonawcami w ramach postępowania na pozostałe zadania.

Zamawiający dokonując szczegółowej weryfikacji zaistniałych okoliczności zidentyfikował, że w postępowaniu oferty złożyła de facto grupa wykonawców: (...) działających jako konsorcja w konfiguracjach, które obrazuje poniższa tabela:

Numer zadania:	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A.	X	x	x	x	x				x			x
Lubelskie Zakłady Remontowe sp. z o.o.	X	x		x		x				x		x
„Drilling” MS S.A.	X	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Lider & Partners sp. z o.o.	X	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
GRUPA CARBON sp. z o.o.	x	x			x		x	x	x			
Przedsiębiorstwo Robót Górniczych CARBON sp. z o.o.	x	x		x		x		x		x		x
PRG LINTER S.A.			x	x	x	x	x	x			x	x
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych LINTER sp. z o.o.			x	x	x	x	x	x			x	x

Okoliczność zawiązania konsorcjów doprowadziła do sytuacji, że w postępowaniu na poszczególne zadania złożono po jednej ofercie, co skutkowało wyeliminowaniem możliwości faktycznego konkurowania wykonawców między sobą, a także niemożliwością skorzystania przez Zamawiającego z aukcji elektronicznej zgodnie z Rozdziałem IX ust. 3 SIWZ – Tom I w celu obniżenia ceny za wykonanie poszczególnych części zamówienia (dla przeprowadzenia aukcji elektronicznej niezbędnym jest złożenie minimum dwóch ofert na jedno zadanie).

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności mogą zostać poczytane jako znamiona zawiązania przez wyżej wskazane podmioty niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu (tzw. zmowa przetargowa), co stanowi

przesłankę wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Zamawiający, działając podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- *Jaki był cel oraz czynnik determinujący zawarcie konsorcjum przez wykonawców na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego?*
- *Czy – i w jakim zakresie – warunki przyszłej umowy oraz zakres zamówienia miały wpływ o zawarciu konsorcjum?*
- *Czy – i w jakim zakresie – konieczność zapewnienia dostępności wykwalifikowanego personelu w całym okresie wykonywania umowy przyczyniła się do podjęcia decyzji o wspólnym złożeniu oferty w postępowaniu. Prosimy o wskazanie, którzy konsorcjanci będą odpowiedzialni za zatrudnienie i oddelegowanie do realizacji zamówienia poszczególnych członków personelu wykonawcy?*
- *Czy – i w jakim zakresie – konieczność zapewnienia maszyn i urządzeń na potrzeby realizacji umowy przyczyniła się do podjęcia decyzji o wspólnym złożeniu oferty w postępowaniu. Prosimy o wskazanie, którzy konsorcjanci będą odpowiedzialni za zapewnienie sprzętu oraz urządzeń?*
- *Czy na potrzeby realizacji zamówienia Wykonawca zamierza korzystać z usług podwykonawców? Jeśli tak, prosimy o wskazanie ich nazw lub zakresu podwykonawstwa, a także udzielenie informacji czy umowa z podwykonawcami będzie zawierana przez jednego członka konsorcjum czy też będzie zawierana przez wszystkich konsorcjantów (umowa wielostronna)?*
- *Czy partnerzy konsorcjum dysponowali wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem osobowym i ekonomicznym umożliwiającym im samodzielne wzięcie udziału w postępowaniu? Jeśli tak – dlaczego nie zdecydowali się na samodzielne złożenie oferty w postępowaniu? Prosimy o wyjaśnienie powyżej kwestii w odniesieniu do każdego z członków konsorcjum.*
- *Prosimy o przedstawienie umowy konsorcjum lub porozumienia lub innego dokumentu, z którego będzie wynikać podział zadań w ramach przyszłego zamówienia, podział obowiązków oraz uprawnień poszczególnych konsorcjantów, a także podział ryzyk oraz wynagrodzenia między konsorcjantami.*
- *Prosimy o udzielenie informacji w jakim zakresie poszczególni konsorcjanci partycypowali w kosztach złożenia oferty w postępowaniu (np. w zakresie kosztów pozyskania gwarancji wadialnej czy kosztów związanych ze znalezieniem właściwej kadry)?*

Wszyscy wezwani wykonawcy, pismami z dnia 15 stycznia 2021 r., złożyli wyjaśnienia – odpowiedzieli na pytania zamawiającego.

Tytułem przykładu, dla zadań nr 1, 7 i 9 złożono następujące wyjaśnienia (odpowiedzi w kolejności pytań z wezwania zamawiającego):

Zadanie nr 1

- 1. Ad. tiret 1 i 2 - Zamawiający w projekcie umowy stworzył szereg instrumentów prawnych umożliwiających mu realizację zamówienia w sposób maksymalnie elastyczny z przeniesieniem wszelkich ryzyk kontraktowych na Wykonawcę. Podstawowym czynnikiem determinującym potrzebę zawiązania konsorcjum była więc konieczność rozproszenia ryzyka związanego z realizacją zamówienia na większą ilość podmiotów działających w branży. Projekt umowy wymaga od Wykonawcy udostępnienia Zamawiającemu, na każde jego wezwanie, określonej liczby pracowników o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że nie jest zobowiązany do zamawiania maksymalnej ilości pracowników na poszczególne dni oraz jest uprawniony do dokonywania zmian ilości pracowników Wykonawcy (w tym osób dozoru ruchu w poszczególnych oddziałach) w stosunku do ilości podanej w harmonogramie (§1 ust 5.). Ponadto zgodnie z treścią §14 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający ma prawo do zmiany zakresu Robót bądź odstąpienia od realizacji zakresu rzeczowego Robót w danym dniu, bez żadnych dla niego negatywnych konsekwencji z tego tytułu. Podsumowując, przedstawione powyżej zapisy wzoru umowy oraz treść przyszłego stosunku prawnego wymaga od Wykonawcy pozostawania w ciągłej gotowości do posiadania i ewentualnego udostępnienia określonej grupy pracowników bez gwarancji, że pracownicy ci zostaną skierowani do prac na rzecz Zamawiającego. Tym samym koszty powstają po stronie Wykonawcy, niezależnie od faktu, czy potencjał Wykonawcy wygeneruje przychód. Nawet jeśli przychód z potencjału Wykonawcy zostanie wygenerowany to pozostaje on w ciągłej niepewności co do jego wysokości. Dalsza treść projektu umowy jedynie wzmacnia niepewność kontraktową Wykonawcy oraz związane z tym ryzyka. Jako przykład takiego zapisu można wskazać treść „zastrzeżenia” zawartego w §1 projektu umowy w którym Zamawiający określa, że „zaistnieć może potrzeba wykonywania Robót w innych oddziałach górniczych niż wymienione powyżej oddziały górnicze (np. w nowych oddziałach G-..., GRP-...) bez żadnych negatywnych dla Zamawiającego skutków, dotyczy to również zmiany rejonu prowadzenia robót przez oddział górniczy Zamawiającego.”*

Już na etapie zapytań do treści SIWZ Wykonawca wskazywał na fakt, iż zapisy SIWZ oraz projektu umowy w znacznym stopniu obarczają ryzykiem Wykonawcę. Kolejnym przykładem takich regulacji są §1 ust. 8 oraz § 8 ust. 6 wzoru umowy.

W §1 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający zastrzega realizację umowy w zakresie obejmującym nie mniej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia, znów określając, że odbywać się to będzie bez żadnych negatywnych dla niego konsekwencji oraz fakt, że nie jest zobowiązany do zamówienia u Wykonawcy ani ilości roboczodniówek określonej w OPZ, ani ilości pracowników określonej w harmonogramach. Jednocześnie biorąc pod uwagę treść § 8 ust. 6 umowy – Prawo Opcji, obejmujące do 30% zamówienia – Wykonawca pozostawiony jest w sytuacji w której pozostaje w niepewności w zakresie obejmującym 80% wartości umowy. Po jego jednak stronie jest obowiązek zagwarantowania pełnej możliwości realizacji zadań (pracowników) na każdym etapie realizacji umowy, nie wiedząc jednocześnie, w jakiej wielkości i wartości zadanie będzie zleczone.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zaznaczyć należy, że Zamawiający wymaga od Wykonawcy gotowości do wykonania nawet 130% zadania, zastrzegając jednocześnie że zlecić może jedynie 50% i zależy to od bieżących potrzeb, których Zamawiający sam nie jest w stanie przewidzieć na etapie postępowania. W takim wypadku żadne konsekwencje nie dotyczą Zamawiającego.

O znacznych rozbieżnościach pomiędzy harmonogramem Zamawiającego a rzeczywistym zapotrzebowaniem na pracowników świadczą doświadczenia z realizacji umów o podobnym zakresie z lat poprzednich. Dla zadań 1 i 3 umowy na roboty dniówkowe odchylenie zapotrzebowania Zamawiającego od harmonogramu przetargowego w miesiącu marcu 2020r. wyniosło -56%. Oznacza to, że Zamawiający zlecił o 56% mniej roboczodniówek od pierwotnych założeń. Dla porównania w miesiącu grudniu 2020r. dla tych zadań zapotrzebowanie Zamawiającego było o ok. 32% wyższe od założeń przetargowych. W tej sytuacji rozważane „ryzyko” Wykonawcy to nie tylko hipotetyczne założenia, ale wnioski wynikające z doświadczeń z lat ubiegłych.

Istotnymi czynnikami determinującym możliwości realizacyjne były również wielkości poszczególnych zadań, określone przez Zamawiającego. Zakres tych zadań przekracza możliwości realizacyjne pojedynczych członków konsorcjum. Każdy z konsorcjantów dysponuje osobami o kwalifikacjach innej specjalności, w ilości która nie pozwala bezpiecznie zaplanować obciążenia stanowiskowego wg wymogów Zamawiającego. Zatem potencjał wykonywania przez członków konsorcjum samodzielnie poszczególnych zadań jest niewystarczający. W tym aspekcie zawiązanie konsorcjum stało się również konieczne.

Wykonawca zatem w wyniku opisanych przez Zamawiającego w SIWZ warunkach realizacji umowy zmuszony był do rozproszenia ryzyka na większą grupę podmiotów, tworząc konsorcjum firm. Pracownicy w ramach konsorcjum przydzielani są elastycznie do zadań zgodnie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego. Każdy z konsorcjantów dysponuje mniejszą grupą pracowników, a członkowie konsorcjum nie muszą ponosić kosztów związanych z utrzymaniem „rezerwy” pracowników. Konsorcjanci kierują do realizacji zadania pracowników w ilości ustalonej w ramach konsorcjum, a w przypadku niemożności skierowania wymaganej grupy przez jeden podmiot, skład uzupełniany jest z „zasobów” pozostałych konsorcjantów. Taka elastyczność pozwala na wywiązanie się z zapisów umowy, nie tworząc kosztownych „rezerw” pracowników, którzy stanowiliby koszt dla przedsiębiorstwa bez pokrycia w przychodzie. To rozwiązanie w większym stopniu zabezpiecza też interes Zamawiającego, bowiem potencjał Konsorcjum jest większy, a tym samym ryzyko niewywiązania się z umowy jest mniejsze, niż w przypadku zawarcia jej tylko z jednym podmiotem. Zamawiający powinien mieć świadomość, że ewentualne braki kadrowe jednego z konsorcjantów zostaną niejako „automatycznie” pokryte przez pozostałych.

Niewywiązanie się z obowiązku skierowania określonej ilości osób przez Wykonawcę niesie bowiem dla niego dotkliwe konsekwencje. Zamawiający w §13 ust. 2 wzoru umowy zastrzegł uprawnienie do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn za które odpowiada Wykonawca w sytuacji wystąpienia co najmniej pięciu przypadków braku obłożenia przez Wykonawcę wymaganej ilości stanowisk pracy. Również klauzula generalna określona w ust. 1 tego paragrafu stanowi o zwiększonym ryzyku kontraktowym Wykonawcy. Zagadnienie to było podnoszone przez Wykonawcę na etapie pytań do treści SIWZ. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do: „rozwiązania niniejszej Umowy (niezależnie od przyczyny i bez obowiązku jej wskazywania), z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa określonego w zdaniu 1 niniejszego ustępu, Wykonawcy nie będą przysługiwać względem Zamawiającego żadne roszczenia, w tym w szczególności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, roszczenia o zapłatę odszkodowania oraz roszczenia o zapłatę kary umownej.” Biorąc pod uwagę przedmiotowe zapisy, stanowią one realne zagrożenie dla interesów Wykonawcy, co jest dodatkowym argumentem za zawiązaniem konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca wskazuje zatem, że w odniesieniu do zapisów przedmiotowej umowy postawiony jest on w pozycji, w której nie tylko nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia (§1 ust. 1, 5, 8 oraz §8 ust. 6 umowy) ale również czasu trwania

umowy (§13 ust. 1), a ponadto sankcja zdefiniowana przez Zamawiającego jest nad wyraz dotkliwa (§13 ust. 2 lit. a).

Analizując przyczyny zawiązania konsorcjum nie można pominąć obiektywnych przesłanek rynkowych skłaniających Wykonawców do ograniczenia ryzyka kontraktowego. Rok 2020 postawił przed przedsiębiorcami nowe wyzwania, które zmusiły ich do zweryfikowania dotychczas funkcjonujących rozwiązań. Konsolidacja działań pozwala na ograniczenie ryzyk, związanych zarówno z epidemią wirusa Sars-Cov- 2, jak i również kryzysem sektora gospodarki, jakim jest górnictwo. Panująca sytuacja epidemiologiczna, stała wysoka liczba zakażeń koronawirusem oraz potencjalne ryzyko kierowania pracowników Wykonawców na przymusową kwarantannę mogą w znaczącym stopniu wpłynąć na zdolności realizacyjne każdego z Wykonawców. Mając na uwadze dodatkowe środki bezpieczeństwa stosowane przez Zamawiającego w celu ograniczenia rozprzestrzeniania się zakażeń (tzw. „drugi krąg”) wystąpienie zachorowań wśród pracowników Wykonawcy może spowodować wyłączenie znacznej grupy pracowników z możliwości realizacji zadań dla Zamawiającego. Wobec tego decyzja o dywersyfikacji źródeł dostępności personelu (zawiązaniu konsorcjum) podyktowana była troską o zapewnienie prawidłowej realizacji umowy przez Wykonawcę. Suma potencjału członków konsorcjum jest większa niż możliwości pojedynczych podmiotów.

Mając na uwadze wszystkie wskazane okoliczności związane z realizacją zamówienia, jak również otoczeniem rynkowym, Wykonawca działając w celu utrzymania pozycji na rynku oraz rozproszenia ryzyka zdecydował się na zawiązanie konsorcjum w celu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób bezpieczny dla interesu własnego oraz interesu Zamawiającego.

2. Ad. tiret 3 – Wykonawcy w ramach konsorcjum dysponują niezależnie własnym potencjałem pracowników, co oznacza że każdy z konsorcjantów rekrutuje i zatrudnia pracowników niezależnie, a deleguje w ilości ustalonej z Liderem konsorcjum (wg. zapotrzebowania Zamawiającego). Ewentualne braki kadrowe jednego z członków konsorcjum uzupełniane są przez pracowników pozostałych członków. Element ten jest kluczowy z punktu widzenia bezpieczeństwa realizacji umowy zarówno od strony Wykonawców jak i Zamawiającego.
3. Ad. tiret 4 – warunki realizacji umowy nie wymagają od Wykonawcy dysponowania sprzętem, który mógłby mieć wpływ na podjęcie decyzji o zawiązaniu konsorcjum.

4. *Ad. tiret 5 - Wykonawca nie zamierza korzystać z Podwykonawców, gdyż z uwagi na specyfikę zamówienia realny zdolność realizacji zadania przy użyciu podwykonawców jest niewielka.*
5. *Ad. tiret 6 – Członkowie konsorcjum dysponują wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem ekonomicznym umożliwiającym samodzielne wzięcie udziału w postępowaniu. Warunkiem ograniczającym samodzielne złożenie oferty jest dysponowanie potencjałem osobowym na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. Aspekt ten został szeroko wyjaśniony w pkt. 1. Mając na uwadze powyższe żaden z konsorcjantów nie dysponuje samodzielnie potencjałem osobowym umożliwiającym realizację zadań bez udziału pozostałych członków konsorcjum.*
6. *Ad. tiret 7 - Wykonawca informuje, iż treść umowy konsorcjum jest znana Zamawiającemu, umowa ta jest załączona do oferty. Jednocześnie Wykonawca informuje, że do chwili zawarcia umowy z Zamawiającym nie zawiera umów realizacyjnych z dokładnym podziałem zadania pomiędzy konsorcjantów. Takie działanie Wykonawcy przed podpisaniem umowy z Zamawiającym byłoby bezprzedmiotowe.*
7. *Ad. tiret 8 – W ocenie Wykonawcy informacje w zakresie partycypacji poszczególnych konsorcjantów w kosztach złożenia oferty w postępowaniu oraz ewentualne wzajemne rozliczenia konsorcjantów z tego tytułu nie są informacjami, oświadczeniami ani dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, w tym nie mogą przesądzać o istnieniu lub też braku podstawy do wykluczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.*

Jednocześnie mając na uwadze rozwianie wątpliwości Zamawiającego informujemy, że wszelkie koszty przygotowania i złożenia oferty ponosi Lider. Koszty wadium ponoszone przez Lidera na etapie ofertowania, są rozliczane z uczestnikami konsorcjum po zakończeniu postępowania w częściach równych lub częściach odpowiadających udziałowi w realizacji zamówienia przez danego konsorcjanta.

Zadanie nr 7

Pyt. Nr 1 (...) Celem zawarcia konsorcjum było złożenie jak najkorzystniejszej (zarówno dla Zamawiającego jak i dla Wykonawcy) oferty przetargowej przez konsorcjantów oraz wspólne uzyskanie i wykonanie zamówienia publicznego. Czynnikiem determinującym zawarcie umowy konsorcjum była możliwość zwiększenia realnej (rzeczywistej) szansy uczestników konsorcjum na uzyskanie zamówienia, ponieważ suma potencjałów (osobowych i ekonomicznych) uczestników konsorcjum jest nieporównywalnie większa od potencjałów

(osobowych i ekonomicznych) poszczególnych członków umowy konsorcjum – które nie pozwalały na samodzielne ubieganie się o zamówienie (zarówno ze względu na wielkość zamówienia jak i ze względu na zaangażowanie potencjału osobowego poszczególnych konsorcjantów w ich pozostałą działalność gospodarczą). Równie istotnym czynnikiem determinującym zawarcie umowy konsorcjum była dywersyfikacja ryzyka gospodarczego i rozłożenie go na wszystkich uczestników konsorcjum, bowiem ocena ryzyka gospodarczego wynikającego z warunków umowy (szerzej: odpowiedź na pytanie nr 2) oraz sytuacji epidemicznej w dacie złożenia oferty (spowodowanej epidemią Covid-19 - szerzej: odpowiedź na pytanie nr 3) jest ponadprzeciętnie wysoka, a co za tym idzie – ryzyko gospodarcze jest nieopłacalne lub nisko opłacalne z punktu widzenia interesów poszczególnych konsorcjantów.

Pyt. Nr 2 (...) Warunki przyszłej umowy (wpływające istotnie na zakres zamówienia) były jednym z decydujących czynników wpływających na decyzję o zawarciu umowy konsorcjum i wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że w § 1 ust. 8 Zamawiający przewiduje realizację umowy w zakresie obejmującym nie mniej niż 50% maksymalnego wynagrodzenia. W odniesieniu do przedmiotowych zapisów umowy Wykonawca postawiony jest w pozycji, w której nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia, a zatem całe ryzyko z tym związane obciąża Wykonawcę. Co więcej, biorąc pod uwagę treść § 8 ust. 6 umowy – Prawo Opcji, obejmujące do 30% zamówienia – Wykonawca pozostaje w niepewności w zakresie obejmującym 80% wartości umowy. Zgodnie z umową, Zamawiający „bez żadnych negatywnych dla niego konsekwencji” - a tym samym całkowicie arbitralnie - może skorzystać z Robót Wykonawcy w zakresie od 50% wartości umowy do 130% wartości Umowy. To z kolei w sposób oczywisty i niewymagający pogłębionego komentarza oznacza, że Wykonawca jest zmuszony do pozostawania w gotowości (kadrowej, finansowej, sprzętowej) umożliwiającej mu relację zamówienia na poziomie do 130% jego wartości – mając jednocześnie na uwadze ryzyko gospodarcze ponoszenia kosztów stałych (kadrowych, finansowych, sprzętowych) przy możliwym ograniczeniu realizacji zamówienia jedynie do 50% jego wartości. W przypadku ubiegania się o więcej niż jedno zamówienie ta rozbieżność rośnie proporcjonalnie. Na każde 100 roboczodniówek w zamówieniu – w przypadku ubiegania się o 3 zamówienia – Wykonawca (w celu prawidłowego wykonania Umowy) musi być przygotowany na świadczenie roboczodniówek w zakresie od 150 do 390. Racjonalna ocena powyższego ryzyka gospodarczego, może stanowić samoistną przesłankę ubiegania się o zamówienie w ramach konsorcjum.

Niemniej, Umowa wskazuje również przykładowo, że:

- w § 1 ust. 1 (...)*
- w § 1 ust. 5 (...)*

- w § 1 ust. 6 (...)
- w § 5 ust. 10 (...)
- w § 5 ust. 11 (...)
- w § 13 ust. 1 (...)

Już tylko powyższe, przykładowe wskazanie zapisów umownych (jednostronnie ukształtowanych przez Zamawiającego) pozwala na stwierdzenie, że Wykonawca na mocy umowy zostanie zobowiązany do wykonania Robót nie znając: miejsca, czasu, zakresu, przedmiotu i rozłożenia miesięcznego, ani też samego czasu trwania umowy – co uzasadnia rozłożenie związanego z tym ryzyka na wszystkich konsorcjantów. Nie jest bowiem możliwe racjonalne szacowanie (w dacie złożenia oferty) zasobów, które będą potrzebne do wykonania umowy w konkretnym czasie (dniu/tygodniu/miesiącu).

Kwestia rozłożenia ryzyka gospodarczego została w umowie ukształtowana w sposób niekorzystny dla Wykonawcy (przykładowo: § 5 ust. 4 – 6 zakres odpowiedzialności, § 12 – kary umowne) – co jest kolejną przesłanką rozłożenia ryzyka gospodarczego i finansowego w przypadku niepowodzenia w jakimkolwiek zakresie przyjętych na siebie zobowiązań. Co więcej takie rozłożenie ryzyka jest jednoznacznie korzystne dla Zamawiającego, bowiem zgodnie z § 16 ust. 2 umowy: „Konsorcjanci są zobowiązani solidarnie (na zasadach określonych w art. 366 i nast. Kodeksu cywilnego) do wykonania całości świadczeń (obowiązków) objętych niniejszą Umową, co oznacza, że Zamawiający może żądać wykonania całości lub części świadczeń (obowiązków) objętych niniejszą Umową od obu Konsorcjantów łącznie lub od każdego z nich z osobna. Oznacza to także, że Konsorcjanci ponoszą względem Zamawiającego solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie niniejszej Umowy, w tym wszystkich obowiązków z niej wynikających, między innymi: z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy oraz z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady - w tym za zapłatę na rzecz Zamawiającego kar umownych i odszkodowań z powyższych tytułów, za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, a także za zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy, niezależnie od tego który z nich zawarł umowę z Podwykonawcą”

Pyt. Nr 3 (...) Konieczność zapewnienia dostępności wykwalifikowanego personelu w całym okresie wykonywania umowy miała istotny wpływ na decyzję o wspólnym złożeniu oferty w postępowaniu. Spowodowane jest to wielkością zamówienia, niepewnością co do faktycznego zapotrzebowania wykwalifikowanego personelu przez Zamawiającego zgodnie z Umową (szerzej: odpowiedź na pytanie nr 2) jak i sytuacją epidemiczną spowodowaną epidemią Covid-19 na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. W szczególności brak możliwości przewidzenia rozwoju epidemii w okresie obowiązywania Umowy, skutkuje niemożliwością przewidzenia sytuacji gospodarczej w skali makroekonomicznej, jak i niemożliwością przewidzenia obostrzeń (i pomocy publicznej) związanych z branżą górniczą oraz sytuacji

epidemicznej w zakładzie górniczym Zamawiającego. Właściwa realizacja zamówienia wymaga od Wykonawcy zapewnienia ponadprzeciętnie wysokich możliwości dostępu do wykwalifikowanego personelu z uwagi na fluktuacje związane z chorobą i kwarantanną pracowników – co może być zapewnione przez Wykonawcę jedynie w przypadku synergii potencjałów gospodarczych i kadrowych konsorcjantów. Dotychczasowe doświadczenia Spółki oraz wysokie wymagania Zamawiającego (w tym przypadki blokowania możliwości wejścia pracowników Spółki na teren zakładu górniczego Zamawiającego w związku z ograniczeniami epidemicznymi) niejako wymuszają zapewnienie szerokiej kadry pracowniczej, która nie była potrzebna w taki zakres przed wystąpieniem epidemii.

Jednocześnie wskazujemy, że wszyscy konsorcjanci odpowiedzialni będą za zatrudnienie i oddelegowanie do realizacji zamówienia poszczególnych członków personelu wykonawcy – jednakże to na Liderze konsorcjum spoczywać będzie odpowiedzialność za koordynację związaną z zapewnieniem odpowiedniej obsady pracowniczej na poszczególnych etapach realizacji umowy na rzecz Zamawiającego.

Pyt. Nr 4 (...) Konieczność zapewnienia maszyn i urządzeń nie stanowiła podstawy podjęcia decyzji o wspólnym złożeniu oferty a to z uwagi na charakter i przedmiot zamówienia (wymagający stosunkowo nieznacznego zaangażowania sprzętu i urządzeń). Każdy z konsorcjantów jest odpowiedzialny za zapewnienie sprzętu i urządzeń w zakresie wykonywanych przez siebie robót.

Pyt. Nr 5 (...) Na potrzeby realizacji Zamówienia Wykonawca nie zamierza korzystać z usług podwykonawców.

Pyt. Nr 6 (...) Odnosząc się do wszystkich konsorcjantów (...) wskazuję, że poszczególne Spółki dysponowały wiedzą, doświadczeniem oraz potencjałem ekonomicznym - natomiast samodzielnie konsorcjanci nie dysponowali wystarczającym potencjałem osobowym, zarówno ze względu na wielkość zamówienia jak i ze względu na zaangażowanie potencjału kadrowego poszczególnych konsorcjantów w ich pozostałą działalność gospodarczą, a także uwarunkowania gospodarcze wynikające z sytuacji epidemicznej i warunków umowy (o czym szerzej traktuje: odpowiedź na pytania nr 1, 2, 3).

Pyt. Nr 7 (...) Umowa Konsorcjum z dnia 23 listopada 2020 r. znajduje się w posiadaniu Zamawiającego. Zgodnie z § 2 ust. 7 Umowy „Ustalenie szczegółowych zasad współpracy, w tym: szczegółowego zakresu obowiązków Stron, rozliczeń pomiędzy Stronami umowy za wykonane na rzecz Zamawiającego świadczenia oraz zasady podziału wynagrodzenia otrzymanego od Zamawiającego nastąpi w odrębnej umowie.” Wskazujemy, iż ani w dacie składania oferty, ani w dacie złożenia niniejszego pisma konsorcjanci nie zawarli umowy realizacyjnej z uwagi na założoną przedwczesność takich działań. Racjonalne uzasadnienie dla zawarcia umowy realizacyjnej określającej szczegółowe zasady współpracy konsorcjantów – w tym także zasady rozliczeń oraz podziału

wynagrodzenia nastąpi dopiero w przypadku dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej wspólnie przez konsorcjantów

Pyt. Nr 8 (...) Koszty złożenia oferty w postępowaniu zostały poniesione przez Lidera Konsorcjum, co wprost wynika z realizacji zobowiązań określonych w § 2 ust. 3. pkt 2 oraz § 2 ust. 6 Umowy konsorcjum z dnia 23 listopada 2020 r. – zgodnie z którymi: Lider zobowiązuje się do zdobycia i złożenia Zamawiającemu wadium, a „W wypadku konieczności uiszczenia wpisu lub opłaty Lider jest zobowiązany do tymczasowego wyasygnowania potrzebnych sum z prawem regresu do Uczestnika Konsorcjum.”

Zadanie nr 9

(...) Kluczowym czynnikiem determinującym zawarcie umowy konsorcjum była konieczność zapewnienia zasobów ludzkich niezbędnych do wykonania umowy stanowiącej przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę elastyczność Zamawiającego w realizacji przyszłego kontraktu (omówioną szerzej w punkcie 2), a tym samym konieczność dostosowania się do dużej amplitudy poziomu zatrudnienia, zawarcie umowy konsorcjum stanowiło jedyną możliwość zapewnienia zasobów ludzkich adekwatnych do ilości robót zleczanych przez Zamawiającego w poszczególnych okresach. Ważna jest ponadto konieczność zapewnienia pracowników o wymaganym poziomie specjalistycznych kwalifikacji zawodowych. Równie istotna dla faktu zawarcia konsorcjum pozostaje obecna sytuacja związana ze stanem epidemii SARS-CoV-2. Dynamiczne zmiany absencji pracowniczych (związanych z chorobą bądź obowiązkiem izolacji nałożonym na pracowników przepisami prawa) niewątpliwie generuje ryzyko kadrowe. Zawarcie umowy konsorcjum pozwala na jego rozłożenie pomiędzy konsorcjantów, a tym samym daje gwarancję należytego wykonania przyszłej umowy z Zamawiającym.

(...) Niewątpliwie warunki przyszłej umowy, zakres zamówienia oraz doświadczenia wynikające z realizacji umów w latach ubiegłych miały istotny wpływ na zawarcie umowy konsorcjum oraz występowanie oferenta wspólnie z innymi podmiotami wobec Zamawiającego. Jedną z podstaw wyboru takiej formy złożenia oferty była duża swoboda Zamawiającego co do wyboru zakresu i sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Powyższe wynika z uregulowań umownych wskazanych we wzorcu umowy stanowiącym integralną część dokumentacji przetargowej. Zwrócić tu należy przykładowo uwagę na następujące postanowienia umowne: §1 ust. 1 (...) §1 ust. 5. (...) §1 ust. 8 (...) §5 ust. 11 (...)

Z uwagi na wskazane powyżej uwarunkowania kontraktowe oraz dużą fluktuację w zapotrzebowaniu Zamawiającego na usługi w ramach zamówienia, prawidłowa realizacja umowy nie mogłaby zostać dokonana w przypadku samodzielnego ubiegania się o jego udzielenie przez naszą Spółkę. Biorąc pod uwagę wskazaną zmienność ilości świadczonych

usług, a tym samym konieczność zapewnienia zasobów ludzkich dla prawidłowego wykonania umowy, jedyną możliwością złożenia oferty, przy konieczności dochowania należytej staranności przy wykonaniu umowy, było wystąpienie wobec zamawiającego w formie konsorcjum firm.

(...) Niewątpliwie jednym z czynników uzasadniających wspólne złożenie oferty była również konieczność zapewnienia dostępności wykwalifikowanego personelu w całym okresie wykonywania umowy. Zapewnienie stosownych zasobów ludzkich, przy jednoczesnym zagwarantowaniu wymaganych przez Zamawiającego specjalistycznych kwalifikacji, jest niezbędne zarówno dla potrzeb ubiegania się o udzielenie zamówienia (co wynika bezpośrednio z dokumentacji przetargowej) jak i dla prawidłowej realizacji umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Z uwagi na zaangażowanie uczestników konsorcjum w realizację innych zobowiązań umownych, potencjał osobowy dostępny na potrzeby realizacji zamówienia jest ograniczony. Wszyscy konsorcjanci będą odpowiedzialni za delegowanie pracowników do wykonania zadań, przy czym rolę koordynacyjną w tym zakresie sprawuje lider konsorcjum.

(...) Konieczność zapewnienia maszyn i urządzeń niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia nie była jednym z czynników determinujących wystąpienie wobec Zamawiającego w formie konsorcjum.

(...) Wyjaśniam, iż wykonawca nie zamierza korzystać z podwykonawców w toku realizacji zamówienia. Zamierzonym efektem utworzenia konsorcjum jest osiągnięcie synergii, która pozwoli na należyte wykonanie zadań umownych.

(...) Wskazania w tym miejscu wymaga, iż pomimo bogatej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu prac objętych zamówieniem, uwzględniając obecne i przewidywane do realizacji zamówienia, samodzielnie partnerzy konsorcjum mogliby nie dysponować stosownym potencjałem niezbędnym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonanie zamówienia w formie konsorcjum stanowiło jedyną możliwość przystąpienia do postępowania i ewentualnej realizacji umowy zawartej w wyniku jego uzyskania. Powyższe wynika w głównej mierze z zakresu zamówienia oraz uwarunkowań omówionych w odpowiedzi na pytanie nr 2.

(...) Uprzejmie wyjaśniam, iż na dzień dzisiejszy nie została zawarta odrębna umowa, której przedmiotem jest szczegółowy podział zadań w ramach przyszłego zamówienia, podział obowiązków oraz uprawnień poszczególnych konsorcjantów, a także podział ryzyk oraz wynagrodzenia między konsorcjantami. Strony zawarły dotychczas wyłącznie umowę konsorcjum, która znajduje się w aktach prowadzonego przez Państwa postępowania. Ww. kwestie podlegają regulacji w drodze odrębnej umowy stron (co wynika również z umowy konsorcjum), niemniej jednak zawieranie przez strony takiej umowy byłoby bezprzedmiotowe na obecnym etapie postępowania.

(...) Zgodnie z ustaleniami stron wyrażonymi w umowie konsorcjum, koszty udziału w postępowaniu obciążają lidera konsorcjum. Kwestia ponoszenia kosztów związanych z pozyskaniem kadry nie stanowiła przedmiotu ustaleń pomiędzy konsorcjantami.

Końcowo wyjaśnienia wymaga, iż u podstaw złożenia oferty w formie konsorcjum legła również obecna sytuacja epidemiczna, a wynikająca z obowiązującego stanu epidemii Covid-19. Przystępując do postępowania, poza czynnikami wskazanymi powyżej, Spółka musiała uwzględnić również to znaczące ryzyko dla przyszłego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę uwarunkowania prawodawcze, jak również akty wewnętrzne obowiązujące u Zamawiającego, należy zauważyć wysokie ryzyko utrudnień w wykonaniu umowy z uwagi na ww. okoliczność. Zgodnie z §1 ust. 5 projektu umowy „Wykonawca zobowiązany jest, w trakcie wykonywania Umowy do przestrzegania oraz do zapewnienia przestrzegania przez Podwykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wszelkich wewnętrznych regulacji obowiązujących na terenie zakładu górniczego Zamawiającego w zakresie ochrony przed zarażeniem i rozprzestrzenianiem się chorób zakaźnych (w tym COVID-19), a w tym w szczególności: a) polecenia nr46/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 22.05.2020 r. w sprawie automatycznego blokowania i odblokowywania wejścia pracownikom zatrudnionym w podmiotach zewnętrznych wykonujących usługi (roboty) oraz pracownikom zatrudnionym w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A. wynikające z podejrzenia zakażenia wirusem SARS-CoV-2, b) polecenia nr 79/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 24.07.2020 w sprawie wprowadzenia nowych regulacji podczas jazdy ludzi oraz dojścia i powrotu pracowników z miejsca pracy celem ograniczenia zagrożenia infekcji wirusem SARS-CoV-2 (COVID-19), c) polecenia nr 82/2020 Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 31.07.2020 w sprawie przestrzegania dyscypliny w profilaktyce zCOVID19.”

Biorąc zatem pod uwagę wysokie ryzyko wpływu występującej epidemii na możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, zawarcie umowy konsorcjum miało na celu minimalizację ryzyka w przypadku wystąpienia przypadków zachorowań wśród pracowników wykonawców. W przypadku dysponowania zwiększonymi zasobami ludzkimi (w wyniku efektu synergii konsorcjantów) posiadają oni zwiększoną możliwość reagowania na bieżące wydarzenia związane z zachorowalnością.

Pismem z dnia 9 lutego 2021 r. zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawców, w ramach poszczególnych zadań, do złożenia wyjaśnień, nie wskazując tym razem podstawy prawnej swojej czynności.

Zamawiający zastrzegł, że „złożenie ogólnikowych lub wymijających wyjaśnień będzie skutkowało koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp”.

Zamawiający pisał (na przykładzie zadań nr 1-4):

W nawiązaniu do Państwa pism z dnia 15 stycznia 2021 r. stanowiących odpowiedź na wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. Zamawiający informuje, że nadal posiada wątpliwości czy złożenie oferty w postępowaniu przez grupę podmiotów działających w ramach konsorcjum sześciu (zadania 1, 2, 4) i pięciu (zadanie 3) firm nie narusza dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”), tj. czy takie działanie nie nosi znamion zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami mającego na celu ograniczenie konkurencji w Postępowaniu.

Mając na względzie fakt, że treść wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2021 r. złożonych przez lidera konsorcjum w zakresie zadań 1 – 4 jest identyczna (posiada jednakowe brzmienie) Zamawiający kieruje do Państwa w ramach jednego pisma wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zadań 1 – 4, z zaznaczeniem, że jeżeli okoliczności stanowiące przedmiot wyjaśnień kształtują się lub wyglądają odmiennie w przypadku poszczególnych zadań Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wyraźnego wskazania różnic związanych tak z podstawą zawiązania konsorcjum dla zadań 1 - 4, jak i sposobem przygotowania ofert dla tych zadań.

Zamawiający zwraca się o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania.

1) *Wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach, że podstawą zawiązania konsorcjum była „konieczność rozproszenia ryzyka związanego z realizacją zamówienia na większość ilość podmiotów działających w branży. W świetle powyższego Zamawiający zwraca się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień:*

a. W jakim zakresie poszczególni członkowie konsorcjum będą partycypować w ryzykach związanych z wykonaniem zamówienia, zwłaszcza w kontekście okoliczności, że zgodnie z umową konsorcjum to lider konsorcjum ma być podmiotem wyłącznie odpowiedzialnym za wniesienie i utrzymanie przez cały okres realizacji umowy w całości zabezpieczenia należytego wykonania umowy?

b. Czy umowa konsorcjum przewiduje górne limity odpowiedzialności poszczególnych wykonawców? Jeśli tak — prosimy o wskazanie tych limitów w podziale na poszczególnych członków konsorcjum oraz w podziale na poszczególne części zamówienia, na które złożono oferty.

2) *W wyjaśnieniach zostało również wskazane, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia było związane z tym, że „koszty (związane z realizacją zamówienia? powstała po stronie Wykonawcy, niezależnie od faktu, czy Wykonawca wygeneruje przychód’. Zamawiający prosi o:*

a wskazanie szczegółów związanych z ponoszeniem kosztów przez poszczególnych członków konsorcjum w zakresie zadań 1-4. Jeśli na wysokość kosztów związanych

z realizacją poszczególnych zadań ma wpływ efekt skali (ilość realizowanych jednocześnie zadań) prosimy o zaznaczenie i opisanie tej okoliczności.

b wskazanie, w jakim zakresie poszczególni członkowie konsorcjum uczestniczyć będą w podziale zysku (przychodach) z tytułu realizacji umów o udzielenie zamówienia (w zakresie każdej z części zamówienia 1-4). Prosimy o wskazanie czy zysk będzie obejmować jedynie przychód z faktycznie wykonanych przez nich prac, czy też złożone przez Państwa oferty zakładają partycypację poszczególnych członków konsorcjum w zysku ogólnym z tytułu realizacji zamówienia? Jeśli tak, prosimy o wskazanie procentowego podziału zysku przypadającego na poszczególnych członków konsorcjum?

3) Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2020 r. zauważył, że „istotnymi czynnikami determinującymi możliwości realizacyjne były również wielkości poszczególnych zadań, określone przez Zamawiającego. Zakres tych zadań przekracza możliwości realizacyjne pojedynczych członków konsorcjum. Każdy z konsorcjantów dysponuje osobami o kwalifikacjach innej specjalności w ilości która nie pozwala bezpiecznie zaplanować obłożenia stanowiskowego wg wymogów Zamawiającego.”

Zamawiający zwraca się zatem z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi w następującym zakresie:

a wskazanie liczby zatrudnionych pracowników w zakładach poszczególnych członków konsorcjum (dla każdego członka konsorcjum z osobna) – w tabeli;

b wskazanie jaką liczbą pracowników dysponują poszczególni członkowie konsorcjum na potrzeby realizacji poszczególnych zadań nr 1, 2, 3 i 4 (dla każdego członka konsorcjum z osobna i dla każdego zadania z osobna) – w tabeli;

c wskazanie i przedstawienie poczynionych przez poszczególnych członków konsorcjum na etapie przed złożeniem oferty w Postępowaniu założeń w zakresie:

- poziomu zatrudnienia wymaganego do realizacji poszczególnych zadań 1, 2, 3 i 4 tzw. przewidywanej amplitudy zatrudnienia na potrzeby realizacji zadań rozłożonej w czasie;

- zakładanych niedoborów w zatrudnieniu u poszczególnych członków konsorcjum do realizacji poszczególnych zadań 1, 2, 3 i 4; oraz

- koordynacji i wzajemnego uzupełnienia się liczbą zatrudnionych pracowników na potrzeby realizacji poszczególnych zadań przez członków konsorcjum;

- Którzy konkretnie członkowie konsorcjum w ramach poszczególnych zadań (14) będą odpowiedzialni za dostępność konkretnych członków personelu? Mowa tutaj zarówno o osobach wymaganych na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 pkt 1 lit. a SIWZ, jak o personelu dodatkowym wymaganym zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia? Zamawiający oczekuje przedstawienia szczegółowego zestawienia ze wskazaniem: nazwy stanowiska /

specjalności danego pracownika, liczby pracowników oraz nazwy podmiotu zapewniającego ich dostępność.

W przypadku ofert złożonych w części 1-4 zamówienia członkowie konsorcjum biorący udział w postępowaniu w poszczególnych częściach zamówienia powołali w Wykazie osób te same osoby do realizacji zamówienia. W jaki sposób Wykonawca zamierza zatem zapewnić udział tych osób w realizacji zamówienia w sytuacji, w której Zamawiający będzie wymagał w przypadku obu części zamówienia zaangażowania tychże osób w danym kwartale I miesiącu w wymiarze pełnego etatu?

Czy osoby dedykowane do realizacji zamówienia są zaangażowane w inne przedsięwzięcia wykonywane przez poszczególnych członków konsorcjum na rzecz Zamawiającego lub innych podmiotów - jeśli tak, prosimy o wskazanie nazw tych przedsięwzięć oraz informację w jaki sposób Wykonawca zamierza koordynować przebieg niniejszego zamówienia mając na względzie konieczność realizacji kilku inwestycji jednocześnie za pomocą tej samej kadry pracowniczej?

W jaki sposób członkowie konsorcjum będą zapewniać dyspozycyjność członków zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia w związku z aktualną sytuacją epidemiologiczną związaną z SARS-Cov-2? Zamawiający oczekuje udzielenie odpowiedzi czy, i w jakim zakresie, pozostali członkowie konsorcjum (jeśli tak - to którzy) będą odpowiedzialni za oddelegowanie pracowników do wykonania zamówienia w przypadku niedyspozycyjności kadry zapewnianej przez lidera konsorcjum, np. w przypadku stwierdzenia zachorowań na SARS-Cov-2 wśród osób oddelegowanych do realizacji zamówienia lub w związku z konieczności odbycia przez nich obowiązkowej kwarantanny wynikającej z obostrzeń i zaleceń szczebla ministerialnego?

Jaki wpływ na szacowanie przez poszczególnych członków konsorcjum (wskazanie założeń poczynionych przez każdego z członka konsorcjum z osobna) zapotrzebowania liczby pracowników niezbędnych do realizacji zadań 1, 2, 3 i 4 miały postanowienia § 1 ust. 1, 8 oraz § 8 ust. 6, § 14 ust. 6 wzoru umowy. Prosimy o uzasadnienie w jaki sposób każdy członek konsorcjum dokonał własnych szacunków i obliczeń związanych ze wskazanymi regulacjami wzoru umowy?

Czy poszczególni członkowie konsorcjum na etapie przed składaniem oferty oraz przed zawarciem umowy konsorcjum dokonali rozeznania w zakresie możliwości realizacji poszczególnych zadań 1, 2, 3 i 4 z wykorzystaniem zasobów podwykonawców tj. czy dokonali analizy rynku i wysłali zapytania ofertowe do potencjalnych podwykonawców? Jeżeli nie, to prosimy o wskazanie przyczyn, dla których poszczególni członkowie konsorcjum zaniechali analizy rynku podwykonawców?

Czy poszczególni członkowie konsorcjum dokonali rozeznania rynku i poszukiwali możliwości zatrudnienia dodatkowego personelu niezbędnego do realizacji poszczególnych zadań 1, 2, 3 i 4?

Czy poszczególni członkowie konsorcjum rozważali złożenie oferty na jedno zadanie samodzielnie, zamiast na wszystkie zadania 1, 2, 3 i 4, mając na względzie ograniczone zasoby kadrowe niezbędne do jednoczesnego wykonania wszystkich czterech zadań przez poszczególnych członków konsorcjum?

Prosimy o wskazanie, jakie okoliczności determinowały podjęcie decyzji przez poszczególnych członków konsorcjum o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia z pozostałymi członkami konsorcjum oraz czy poszczególni członkowie konsorcjum rozważali złożenie oferty w ramach wskazanych zadań z innymi wykonawcami, jeżeli tak, to z którymi, a jeżeli nie, to jakie okoliczności spowodowały, że poszczególni wykonawcy nie rozważali złożenia oferty wspólnie z innymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w pozostałych zadaniach objętych Postępowaniem?

Jakie okoliczności determinowały, który wykonawca został mianowany na lidera konsorcjum?

Prosimy o wyjaśnienie jakie czynniki determinowały podjęcie decyzji o wyborze zadań, na których dana firma będzie liderem konsorcjum oraz wskazanie czy istnieje powiązanie między tą decyzją a realizacją innych robót (umów) na danym polu wydobywczym?

Zamawiający oczekuje złożenia szczegółowych i kompleksowych wyjaśnień potwierdzających w sposób jednoznaczny, że złożenie oferty w Postępowaniu wspólnie przez wykonawców w ramach konsorcjum było podyktowane wyłącznie obiektywnymi okolicznościami związanymi z koniecznością złożenia wspólnej oferty oraz wspólnej realizacji zamówienia, a złożenie oferty przez poszczególnych wykonawców nie było obiektywnie możliwe. Zamawiający oczekuje wykazania, że wspólne złożenie oferty przez wykonawców miało prokonkurencyjny charakter i nie ograniczyło konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wreszcie Zamawiający wskazuje, że Wykonawca winien swoje wyjaśnienia poprzeć dowodami i wskazać na obiektywne okoliczności na podstawie których Zamawiający będzie w stanie ocenić, że zawarte pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie porozumienie (umowa konsorcjum) nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu.

Zamawiający wskazuje, że złożenie ogólnikowych lub wymijających wyjaśnień będzie skutkowało koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 15 lutego 2021 r. wykonawcy złożyli następujące wyjaśnienia:

Zadania 1-4:

Pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. Wykonawca w sposób jasny oraz wyczerpujący odniósł się do wszystkich wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. Fakt, iż treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie jest zgodna z wyobrażeniami Zamawiającego w tym zakresie, nie uzasadnia wystąpienia z żądaniem złożenia dodatkowych wyjaśnień. Należy bowiem pamiętać, że wezwanie winno precyzyjnie określać oczekiwania Zamawiającego, a sam Wykonawca nie może pozostawać w niepewności co do spoczywającego na nim obowiązku (por. wyrok KIO z dnia 09.04.2015 r. sygn. KIO 586/15).

Ubocznie wskazać również należy, że zgodnie z wcześniej przywołanym wyrokiem KIO z dnia 30.07.2020 r. sygn. KIO 1598/20, wielokrotne wezwanie do uzupełnienia tych dokumentów (per analogiam wyjaśniania tych samych okoliczności) powodowałoby naruszenie zasad postępowania, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp oraz mogłoby prowadzić do przedłużania się postępowania o udzielenie zamówienia.

Na uwagę ponadto zasługuje fakt, iż Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wyjaśnień popartych dowodami wskazując na sankcję jaką ma być wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp. Znamiennym jest, iż zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp, to Zamawiający zobowiązany jest wykazać, za pomocą stosownych środków dowodowych, podstawy wykluczenia Wykonawcy, co do którego zachodzi przesłanka określona w analizowanym przepisie.

Zamawiający w swoim wezwaniu twierdzi ponadto, że treść wyjaśnień z dnia 15.01.2021 r. jest identyczna (posiada jednakowe brzmienie) w zakresie zadań od 1 do 4. Niezrozumiałą jest dla Wykonawcy brak należytej staranności Zamawiającego w zakresie analizy wyjaśnień Wykonawcy, o czym świadczyć może przekonanie o ich identyczności. W ocenie Wykonawcy przesłane wyjaśnienia były wyczerpujące i odnosiły się do wszystkich poruszonych w wezwaniu przez Zamawiającego kwestii w sposób wyczerpujący i rzeczowy.

Mimo powyższych faktów, biorąc pod uwagę długoletnią wspólną pracę Wykonawcy oraz Zamawiającego, współdziałanie w wielu inicjatywach i na różnych płaszczyznach, w celu zachowania dobrych relacji oraz ducha współpracy składamy poniżej dodatkowe szczegółowe wyjaśnienia dotyczące poruszonych kwestii, odnosząc się jednocześnie do aspektów istotnych dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego:

(...) Umowy konsorcjum dla zadań 1, 2, 3, 4 nie regulują kwestii związanej z wniesieniem i utrzymaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Prosimy o wskazanie podstaw tego twierdzenia wynikających z przekazanych Zamawiającemu umów konsorcjum. Zgodnie z treścią umów konsorcjum: (...)

a „Względem Zamawiającego Strony ponoszą solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia publicznego w tym postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego (...)” - § 5 ust. 1

b „W stosunkach wewnętrznych każda ze Stron ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zadań (...)” - § 5 ust. 2

c „Każda ze Stron pokrywa wszelkie koszty związane z wadami występującymi w jej zakresie prac. Kary wymagane przez Zamawiającego za zwłokę lub odstąpienie od umowy z Zamawiającym będą (w stosunkach wewnętrznych) regulowane przez stronę Konsorcjum, która jest za nie odpowiedzialna.” - § 5 ust. 5

Jak wynika z powyższych zapisów oraz zasad solidarnej odpowiedzialności określonych w art. 366 i nast. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) po stronie odpowiedzialnej za wykonanie zobowiązania występuje kilka podmiotów (członkowie Konsorcjum) zobowiązanych wobec jednego wierzyciela (Zamawiającego), który może wedle własnego wyboru żądać wykonania zobowiązania w całości lub w części od wszystkich dłużników (członków Konsorcjum) łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Spełnienie świadczenia przez któregokolwiek z dłużników (członków Konsorcjum) zwalnia z obowiązku świadczenia pozostałych. Ten, kto spełnił świadczenie może jednak domagać się od pozostałych członków Konsorcjum zwrotu w częściach równych przypadających na nich części (roszczenie zwrotne). Zasada odpowiedzialności solidarnej wynika ponadto wprost z § 16 projektu umowy Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest rozproszone na wszystkich członków Konsorcjum. Wszyscy członkowie Konsorcjum wspólnie są zobowiązani do realizacji całości umowy. W sytuacji, gdy jeden lub więcej członków Konsorcjum nie może spełnić swojej części zobowiązania (umowy), każdy z pozostałych członków jest zobowiązany do spełnienia tej części zobowiązania (umowy). Jednocześnie zaznaczyć należy, iż taka konstrukcja w istotny sposób poprawia bezpieczeństwo interesu Zamawiającego. Zatem w istotny sposób instytucja Konsorcjum wpływa na ograniczenie ryzyka związanego z umową, bowiem każdy z członków partycypuje w ryzykach w częściach równych, a więc wszelkie negatywne konsekwencje rozpraszają się na większą ilość podmiotów.

Odmianą kwestią pozostaje czynność techniczna, jaką jest wniesienie wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Czynność uzyskania i wniesienia wadium została przekazana do kompetencji Lidera, bowiem po jego stronie leży przygotowanie i złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu (§ 2 umowy konsorcjum). Należy jednak zwrócić uwagę, że gwarancja wadialna jest wystawiona na wszystkich członków Konsorcjum. Zatem również w tym zakresie ryzyko oraz koszty z nim związane są przenoszone na

wszystkich członków Konsorcjum. Ryzyko rozprasza się - zmniejsza. Analogicznie wygląda kwestia gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek. Jednakże w tym wypadku, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, treść umowy konsorcjum nie reguluje kwestii związanych z wniesieniem i utrzymaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i usunięcia wad.

(...) – treść umowy konsorcjum została przekazana Zamawiającemu wraz z ofertą i jest Zamawiającemu znana. Pytanie Zamawiającego w tym zakresie jest niezrozumiałe dla Wykonawcy. Zasady odpowiedzialności członków Konsorcjum wynikają z treści umowy konsorcjum, umowy z Zamawiającym oraz przepisów prawa przytoczonych w poprzednim punkcie.

(...) – Członkowie Konsorcjum po podpisaniu umowy z Zamawiającym zawierają umowę realizacyjną, zgodnie z którą umawiają się na warunki realizacji zadania na jego rzecz. Taka umowa określa również zasady podziału kosztów wspólnej realizacji oraz udziału w zyskach lub stratach z kontraktu. Zasady realizacji mogą opierać się na założeniu, że każdy z członków Konsorcjum będzie uczestniczył w realizacji zadania w odpowiedniej proporcji do przychodu z umowy. Oznacza to najczęściej, że w odpowiadającej proporcji członek konsorcjum godzi się na ponoszenie kosztów tej realizacji. Przedmiotowe zamówienie ma charakter zobowiązania do udostępnienia osób o określonych kwalifikacjach w wymaganej przez Zamawiającego ilości. W praktyce oznacza to dla Wykonawcy udostępnienie pracowników, zatrudnionych na umowę o pracę. Ponieważ, jak zostało to wspomniane w poprzedniej korespondencji, Wykonawca nie ma pewności co do wielkości i zakresu zamówienia (zapotrzebowania Zamawiającego), a w związku z tym jest zmuszony do utrzymania stanów pracowników, którzy w niekorzystnym scenariuszu nie zostaną skierowani do realizacji prac na rzecz Zamawiającego. Dla przykładu, podczas realizacji zadania 1 i 3 umów robót dniówkowych w 2020 roku dla miesiąca stycznia wystąpiły znaczne odchylenia w poziomie deklarowanych ilości w postępowaniu przetargowym, a ilościami rzeczywiście zleconymi:

Skumulowane ilości rbdn dla zadań 1 i 3 z umów nr 531/G/PG-4/2019/809/IZP/PKO oraz 1100/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA	Styczeń 2020r.
Ilość rbdn/ dobę wg harmonogramu LW Bogdanka – wg załącznika do przetargu 2020r.	191
Ilość rbdn/ dobę wykonanych przez Wykonawcę (Konsorcjum) - wg bieżących potrzeb Zamawiającego	130
Różnica w ilości rbdn wykonanych przez Wykonawcę, a ilością wynikającą z harmonogramu (przetargowego)	61

Tabela 1

Oznacza to, że zgodnie z założeniami przetargowymi, Wykonawca miał dysponować na rzecz Zamawiającego 191 pracownikami na dobę. Faktycznie jednak Zamawiający zlecił

zadania dla 130 pracowników na dobę. Pozostałych 61 pracowników nie znalazło zatrudnienia na tych zadaniach. Jednak dla Wykonawcy koszty związane z zatrudnieniem i utrzymaniem tych pracowników powstały. Zgodnie z wymogami Zamawiającego, pracownicy Wykonawcy muszą być zatrudnieni na umowę o pracę, co oznacza, że otrzymują wynagrodzenie niezależnie od faktu przestoju w zakładzie Pracodawcy. W analizowanym przypadku kosztem nie znajdującym pokrycia w przychodzie Wykonawcy jest wynagrodzenie za czas przestoju dla 61 pracowników. W związku z faktem, że realizacja zadań 1 i 3 dla umów dniówkowych na 2020 r. jest wykonywana w ramach Konsorcjum, koszt wskazany powyżej rozkłada się na większą ilość podmiotów – wszystkich konsorcjantów, zgodnie z zapisami umowy realizacyjnej. Jak widać na powyższym przykładzie, realizacja zadań o podobnym charakterze w konsorcjum w znacznym stopniu przyczynia się do wielkości kosztów realizacji ponoszonych przez członków tego konsorcjum.

Nie bez znaczenia więc w tym obszarze pozostaje możliwość realizacji umowy na większej ilości zadań. W przypadku analizowanego przykładu nadwyżka pracowników po stronie Wykonawcy pojawiająca się na jednym zadaniu może pokryć niedobór tych pracowników na innym. Ponadto zadania 1, 2, 3, 4 realizowane są na jednym polu „Bogdanka”, wobec tego koszty ogólne wynikające z umowy tj. dozór wyższy czy utrzymanie oddziału, rozkładają się proporcjonalnie na kilka umów. Tym samym za złożeniem ofert na przedmiotowe zadania przez konsorcjum firm przemawia optymalizacja kosztów wspólnych dla tych zadań.

Jednocześnie na uwagę zasługuje fakt, iż zapotrzebowanie Zamawiającego nie tylko znacznie odbiega od deklarowanych na etapie przetargu ilości roboczodniówek, ale również zawiera w sobie pozycje w ilości bliżej nieznaney dla Wykonawcy. Pozycje te w formularzu ofertowym w kolumnie „Szacunkowa maksymalna ilość w okresie obowiązywania Umowy” zawierają wartość: „1*”). Co oznacza, zgodnie z treścią formularza, że: „Podana, jako szacunkowa maksymalna ilość Robót w okresie obowiązywania Umowy, wartość „1” została przyjęta wyłącznie na potrzeby oceny ofert. Zamawiający wymaga podania przez Wykonawcę stawki jednostkowej wynagrodzenia netto za wykonanie tychże Robót, przewidując możliwość zlecenia Wykonawcy ich wykonania, w zależności od wystąpienia potrzeb ruchowych zakładu górniczego Zamawiającego. Na dzień sporządzenia Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie jest jednak w stanie, z przyczyn od niego niezależnych, określić takiej potrzeby, w związku, z czym przy określaniu maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 4 Projektu umowy, wartość tychże Robót nie zostanie uwzględniona.”

Wykonawca zatem nie wie, jaką ilość prac o tym charakterze będzie musiał wykonać na każde żądanie Zamawiającego. Zgodnie z wymogami – jednak musi zadeklarować cenę jednostkową oraz gotowość do realizacji nieznaney ilości – tym samym wyszacować i przypisać określony potencjał ludzki. Na uwagę zasługują fakty, iż dla zadania 1

przedmiotowego postępowania formularz ofertowy zawiera 92 pozycje wyceny, 88 z tych pozycji zawiera ilość oznaczoną „1*”). Tylko w 4 pozycjach formularza Zamawiający zadeklarował konkretne ilości. Jednak, jak przedstawiliśmy powyżej oraz co wynika z dotychczasowych doświadczeń, również co do tych deklaracji Wykonawca nie może być pewny. Koszt utrzymania gotowości potencjału ludzkiego powstaje po stronie Wykonawcy na zasadach opisanych powyżej i dotyczy każdego z członków Konsorcjum. Analogicznie sprawa przedstawia się na pozostałych zadaniach. Jak wskazano powyżej umowa realizacyjna reguluje również zasady udziału w zyskach i stratach z umowy wykonywanej na rzecz Zamawiającego. Dla przedmiotowego postępowania Wykonawcy nie zawarli umów realizacyjnych, bowiem do chwili podpisania umowy z Zamawiającym, takie dokumenty są bezzasadne. Tym bardziej, że równoległe każdy z członków Konsorcjum realizuje inne zadania na rzecz Zamawiającego oraz podmiotów trzecich. Zatem określenie udziału następuje w chwili, gdy członkowie konsorcjum mają pewność co do wyniku postępowania i wiedzą, że ich oferta została wybrana w tym lub innym zadaniu, a w pozostałych nie. W zamówieniach o podobnym charakterze realizowanych w poprzednich latach udział członków konsorcjum rozciąga się na wszystkie aspekty realizacyjne (np. udostępnienie pracowników - w określonej proporcji do zapotrzebowania), ale również finansowe (koszty, zyski i straty - w tej samej proporcji). W tym aspekcie zysk ogólny z kontraktu jest nieznanym żadnemu z członków Konsorcjum, bowiem poziom rentowności jest różny dla każdego z członków. Członkowie Konsorcjum dokonują podziału przychodu z umowy potrącając uzasadnione koszty wspólne, np. koszty gwarancji należytego wykonania umowy, a nie podziału zysku.

Dodatkowo każdy z członków w wewnętrznych relacjach Konsorcjum odpowiada za wady w przedmiocie umowy powstałe w zakresie wykonanym bezpośrednio przez niego. Tym samym członek Konsorcjum ponosi koszty związane z usunięciem tych wad. Jednak, jak zostało to zaznaczone w poprzedniej części, wobec Zamawiającego członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność. Wobec tego interes Zamawiającego jest zabezpieczony niezależnie od sytuacji podmiotu bezpośrednio związanego z wadami.

(...) – Dla Wykonawcy niezrozumiałe jest żądanie Zamawiającego wskazania liczby zatrudnionych pracowników przez członków konsorcjum. Poszczególni członkowie konsorcjum nie posiadają informacji o liczbie pracowników pozostałych konsorcjantów. Ponadto informacja taka nie była wymagana przez Zamawiającego na etapie składania ofert i nie jest niezbędna do oceny tych ofert. Każdy z członków Konsorcjum prowadzi działalność w wielu obszarach, nie tylko na rzecz Zamawiającego, wobec tego taka wartość dla Zamawiającego nie będzie w żadnej mierze odzwierciedlała potencjału realizacyjnego Konsorcjum. Członek konsorcjum zatrudniający nawet 10000 pracowników może mieć potencjał do skierowania na realizację umowy tylko jednej osoby. Składając ofertę wspólną

Wykonawcy oświadczają o posiadaniu potencjału wystarczającego do realizacji umowy (zadania). Oświadczenie o tym charakterze jest wystarczające w świetle przepisów obowiązującego prawa oraz treści ogłoszenia o zamówieniu do oceny i wyboru oferty. Jednocześnie stanowi zobowiązanie do zapewnienia ilości pracowników pozwalającej wywiązać się z zapisów umowy. W ramach przedmiotowego postępowania Wykonawca złożył Zamawiającemu wszystkie wymagane przez niego oświadczenia i dokumenty. Podział obowiązków w ramach członków Konsorcjum stanowi wewnętrzną regulację członków Konsorcjum i nie może wpływać na ocenę ofert Wykonawcy przez Zamawiającego. W innym wypadku instytucja składania oferty wspólnej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie miałyby sensu.

(...) – Przewidywana przez Wykonawcę amplituda zatrudnienia ma charakter szacunkowy i nie może być analizowana bez odniesienia do danych historycznych, którymi dysponuje również Zamawiający. Wykonawca dokonał analizy zatrudnienia w odniesieniu do zapisów umowy z podziałem na zadania, jednakże analiza ta opiera się na następujących założeniach:

- a. przyjęto zadeklarowane przez Zamawiającego w harmonogramie ilości roboczodniówek w każdym miesiącu;
- b. odchylenia powyższych ilości obejmują przedział od -50% do 130%. Takie odchylenie wartości, zgodnie z umową, dotyczy jednak całej umowy w pełnym okresie jej realizacji. W poszczególnych miesiącach zgodnie z zapisami treści umowy odchylenia rzeczywiste mogą być znacznie wyższe, co pokazują dane historyczne;
- c. amplituda nie obejmuje pozycji wskazanych z oznaczeniem „1*”, dla których wyszacowanie jakichkolwiek ilości jest niemożliwe. Jak wskazano powyżej tylko dla Zadania 1 jest to 88 pozycji formularza ofertowego;

Poniżej przedstawiamy tabelę danych oraz wykresy amplitudy zgodnie z powyższymi założeniami: (...)

Tabela 2

(...)

Powyższe dane pokazują jednoznacznie, w jakim obszarze Wykonawca pozostaje w niepewności co do zadania, nie odzwierciedlają jednak faktycznego obciążenia zmianami ilości roboczodniówek. W tym zakresie należy wskazać, iż historyczne amplitudy zatrudnienia na poszczególnych zadaniach przedstawiają się dużo bardziej niekorzystnie. Ponadto jak zaprezentowano powyżej, skumulowana amplituda zmian roboczodniówek dla kilku zadań w istotny sposób pozwala na ograniczenie wrażliwości na zmiany. Różnice ilości dniówek dla poszczególnych zadań niwelują się w ujęciu całościowym dla zadań 1, 2, 3 i 4. Jak wynika powyższego, uczestnictwo członka Konsorcjum w kilku zadaniach jest z punktu

widzenia ryzyka umownego rozwiązaniem korzystniejszym. Poniżej przedstawiono dane historyczne dla zadań 1 i 3 oraz 2, 4. Jak widać amplituda historyczna zatrudnienia dla zadań 2 i 4 wynosi od -100% do ok. 230%.

(...)

Jednocześnie zaznaczyć należy, iż w przypadku realizacji zadań w ramach konsorcjum, każdy z członków Konsorcjum ma obowiązek pokryć niedobory kadrowe innego członka w taki sposób, aby realizacja prac dla Zamawiającego odbywała się w sposób niezakłócony. Niezależnie od przyczyn niemożności skierowania określonej liczby pracowników przez jakiegokolwiek członka Konsorcjum, pozostali członkowie Konsorcjum odpowiadają solidarnie za udostępnienie Zamawiającemu pracowników fizycznych oraz skierowanie odpowiedniej ilości osób dozoru zgodnie z wymogami umowy.

W zakresie przedstawionego Zamawiającemu wykazu osób należy zwrócić uwagę, iż w odpowiedziach na zadane przez Wykonawcę pytania do przetargu Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Dopuszcza się, aby kierownik oddziału Wykonawcy nadzorował więcej niż jedno zadanie z zastrzeżeniem, że zadania będą realizowane na tym samym polu wydobywczym. Nie dopuszcza się nadzorowania przez kierownika zadań na różnych polach. Osoby dozoru na zmianach powinny być przyporządkowane do danego zadania. W uzasadnionych przypadkach (mała odległość pomiędzy miejscami zatrudnienia pracowników na różnych zadaniach) dopuszcza się nadzór nad dwoma zadaniami za zgodą KDG danego pola.” oraz „Zamawiający wyraża zgodę na zmniejszenie do 1 osoby obowiązkowego obłożenia osób dozoru wyższego dla zadań nr 2, 4, 6, 8, 10, 12. Stosowne zmiany zostaną wprowadzone do OPZ.”

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż zadania 1, 2, 3, 4 realizowane będą na jednym polu Wykonawca zapewni ilości osób niezbędne do realizacji zadania zgodnie z założeniami Zamawiającego.

(...) – Zgodnie z zasadą solidarnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego wszystkie podmioty uczestniczące w Konsorcjum razem oraz każdy z członków Konsorcjum z osobna zobowiązani są do zapewnienia dyspozycyjności personelu Zamawiającemu zgodnie z jego zapotrzebowaniem i warunkami umownymi. Taka współpraca w ramach Konsorcjum jest szczególnie istotna z punktu widzenia ryzyka zachorowań pracowników Wykonawcy na chorobę Covid-19. W znacznym też stopniu poprawia bezpieczeństwo kontraktowe Zamawiającego. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż każdy z członków Konsorcjum realizuje obecnie inne zadania na rzecz Zamawiającego przy zachowaniu wszelkich obostrzeń sanitarnych wynikających z przepisów prawa oraz regulacji wewnętrznych Zamawiającego i Wykonawcy. Wykonawcy w pełnym zakresie współpracują i deklarują dalszą współpracę z Zamawiającym w przestrzeganiu najwyższych standardów sanitarnych mających na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się zachorowań wśród personelu

zaangażowanego w LW „Bogdanka”. Wykonawca na bieżąco monitoruje stan zdrowia swoich pracowników i niezwłocznie odsuwa od obowiązków pracowników, którzy mogliby stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa zdrowia. Odpowiednie regulacje wewnętrzne w tym zakresie obowiązują u Wykonawcy od 12 marca 2020 r. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Wykonawca dochowuje wszelkich starań w przedmiotowym zakresie. Jednocześnie na uwagę zasługuje fakt, iż pomimo dalszego stosowania wszelkich obostrzeń nie można wykluczyć wystąpienia przypadków zachorowań wśród pracowników poszczególnych członków Konsorcjum. W sytuacji, w której część pracowników jednego członka Konsorcjum nie będzie w stanie wykonywać zadań w ramach umowy, pozostali członkowie zobowiązani będą do uzupełnienia tych niedoborów. W związku z faktem, iż członkowie Konsorcjum prowadzą niezależne przedsiębiorstwa ewentualne wystąpienie ogniska zachorowań u jednego z nich, nie wykluczy możliwości działania pozostałych. Interes Zamawiającego jest zatem zabezpieczony w najwyższym stopniu.

(...) – Zamawiający opisując przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji w sposób kluczowy wpływa na kształt oferty podmiotów działających w danej branży. Przytoczone przez Zamawiającego paragrafy umowy miały w tym wypadku istotny wpływ na decyzję Wykonawców o potrzebie zawiązania konsorcjów. Kwestia ta została Zamawiającemu obszernie wyjaśniona w piśmie z dnia 15.01.2021r (L. dz. 76/01/2021, L. dz. 77/01/2021, L. dz. 78/01/2021 L. dz. 79/01/2021). Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż Wykonawcy w pytaniach do Zamawiającego zwracali uwagę na zapisy umowy, które w szczególnie niekorzystny sposób definiują pozycję Wykonawcy jako strony umowy. Zamawiający nie wyraził zgody na propozycję zmian tych zapisów, tym samym wpłynął na dalszą ocenę ryzyka kontraktowego Wykonawców. Członkowie Konsorcjów to podmioty działające na rynku od wielu lat, realizujące wiele inicjatyw biznesowych przy współpracy z różnymi innymi podmiotami. Te doświadczenia pozwalają oceniać ryzyko przedsięwzięć biznesowych (umów z Zamawiającym) oraz podejmować decyzje w sposób zapewniający maksymalną efektywność działań. Metody oceny ryzyka nie są jednak wspólne dla wszystkich, bowiem w tym procesie należy wyskalować własny potencjał. Zatem każdy z członków Konsorcjum decyzję o zaangażowaniu w przedsięwzięcie opiera na innych podstawach. Wykonawcy nawet w ramach Konsorcjum, nie dzielą się tą wiedzą, bowiem stanowić może ona o przewadze konkurencyjnej nad pozostałymi podmiotami. Wiedza powyższa nie jest również niezbędna do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyboru oferty. Kalkulacje i obliczenia do oferty dokonywane są wspólnie przez członków Konsorcjum, cena ofertowa uzgadniana jest przez wszystkich członków Konsorcjum zgodnie z treścią § 2 ust. 1 umowy konsorcjum.

(...) – Zakres zapytania Zamawiającego w znacznym stopniu przekracza informacje, jakimi dysponują członkowie konsorcjum o sobie nawzajem. Mając na uwadze powyższe Lider

w odpowiedzi wskazuje na własne doświadczenia i czynności podejmowane w przedmiotowym zakresie. Lider konsorcjum, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku, nieustannie dokonuje analizy potencjału możliwości i zagrożeń z poszczególnych działań gospodarczych. Analiza taka dotyczy również możliwości zatrudnienia podwykonawców na poszczególne kontrakty. Współpraca z podwykonawcami w zakresie przedmiotowego zamówienia w ocenie Lidera nie ma racji bytu. Decydują o tym: specyfika zamówienia, zapisy umowy z Zamawiającym oraz charakter stosunku prawnego jaki łączy Wykonawcę z Podwykonawcą. Zamówienia realizowane w ramach robót górniczych wiążą się z koniecznością zachowania szczególnych rygorów w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Obostrzenia w tym znaczeniu rozciągają się na wszystkie podmioty realizujące prace w zakładzie górniczym. Wykonawca zatem jest zobligowany zapewnić personel o kwalifikacjach i doświadczeniu specjalistycznym, znający specyfikę pracy pod ziemią, w szczególności jej zagrożenia i aspekty związane z bezpieczeństwem. Personel Wykonawcy podlega szczególnej selekcji w związku z powyższymi ograniczeniami. Bezpieczeństwo to jeden z pierwszych czynników, który w znacznym stopniu zawęży krąg ewentualnych podwykonawców. Wykonawca bowiem, zlecając prace podwykonawcy, musi mieć gwarancje wykonania prac zgodnie z najwyższymi standardami.

Dodatkowym aspektem jest odpowiedzialność kontraktowa Podwykonawcy względem Zamawiającego oraz Wykonawcy za realizację umowy oraz wady ujawnione w okresie gwarancji. Odmienne od członków Konsorcjum, Podwykonawca odpowiada przed Zamawiającym jedynie w zakresie prac, jakie zostały mu powierzone w umowie z Wykonawcą. Odpowiedzialność ta nie ma charakteru solidarnego za całość zobowiązania, tym samym dochodzenie ewentualnych roszczeń może być utrudnione, a w konsekwencji zawsze roszczenie będzie kierowane bezpośrednio do Wykonawcy. Wykonawcy będzie przysługiwać prawo regresu wobec Podwykonawcy, jednakże może wiązać się to z długotrwałym i kosztownym sporem. W tym aspekcie również interes Zamawiającego będzie słabiej chroniony niż przy odpowiedzialności Konsorcjantów.

Czynnikiem istotnym jest również szereg uregulowań wynikających wprost z projektu umowy Zamawiającego. Jak wykazano powyżej, Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu nie jest pewien co do wielkości i pełnego zakresu zamówienia. Dane historyczne oraz prosta analiza warunków umowy wskazują, że zawarcie umowy z podwykonawcą na zakres nieznany, będzie niemożliwe. Nie bez znaczenia pozostają również aspekty związane bezpośrednio z trybem zgłaszania umowy z podwykonawcą Zamawiającemu, płatnościami oraz dodatkowymi obowiązkami po stronie Wykonawcy.

Lider po rozpoznaniu rynku obejmującego obszar województwa lubelskiego jak i śląskiego, gdzie prowadzi roboty górnicze dla innych podmiotów, nie dostrzega podmiotów, które mogłyby uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze

Podwykonawców. Żaden podmiot tego typu nie gwarantuje Wykonawcy realizacji umowy w sposób zapewniający bezpieczeństwo, wysoką jakość, terminowość oraz elastyczność wymaganą przy powyższych pracach. Jednocześnie konkurencyjność cen za swoje usługi. Mając na uwadze kluczowe parametry związane z zatrudnianiem Podwykonawców Lider odrzucił możliwość realizacji przedmiotowych zadań przy ich użyciu na etapie składania ofert. Należy jednak zaznaczyć, że okoliczność powierzenia części prac Podwykonawcy może mieć miejsce w toku realizacji umowy zgodnie z jej brzmieniem i za zgodą Zamawiającego.

W odniesieniu do działań dotyczących zatrudniania dodatkowego personelu, Lider informuje, że w trybie ciągłym od ponad roku prowadzi rekrutację pracowników na stanowisko górnik pod ziemią. Na uwagę zasługuje fakt, iż na rynku funkcjonują podmioty powiązane z Zamawiającym, które w ostatnim okresie w istotny sposób wpływają na rynek dostępnych pracowników. O tym fakcie informowaliśmy Zamawiającego w piśmie z dnia 3.09.2020 r. (L.dz. 946/09/2020). Działania rekrutacyjne tych podmiotów w dużej mierze ukierunkowane są na przedstawianie ofert zatrudnienia bezpośrednio pracownikom naszej spółki. Najczęściej dotyczy to pracowników z wieloletnim stażem i kwalifikacjami zdobytymi wysiłkiem i kosztem Lidera. Jak informowaliśmy Zamawiającego, w dalszej perspektywie działanie takie może w sposób istotny wpłynąć na zdolności realizacyjne spółki. Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że Wykonawca czyni wszelkie starania, aby utrzymać poziom załogi oraz zdolności realizacyjne na najwyższym poziomie.

Jak wskazano powyżej oraz co wynika z treści wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2021 r. istnieje cały szereg okoliczności, które zdeterminowały udział w przedmiotowym postępowaniu w ramach Konsorcjum. Okoliczności te należy rozpatrywać łącznie i w tym zakresie Wykonawca nie znajduje uzasadnienia dla ponownego ich przedstawiania. Wykonawcy uczestniczący w Konsorcjum analizowali możliwości przystąpienia do postępowania samodzielnie, jednakże znaczny obszar niepewności co do zamówienia, skłonił ich do zawarcia umowy Konsorcjum. W związku z powyższym oraz wcześniej przedłożonymi wyjaśnieniami podtrzymujemy swoje stanowisko w przedmiocie braku przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Zadania 7-8

(...) Całokształt okoliczności związany z przedmiotowymi wezwaniem daje podstawy do uznania, że Zamawiający działa w złej wierze, czyniąc z uprawnień przewidzianych w przepisach art. 26 ust. 3 Pzp. w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp użytek sprzeczny z jego przeznaczeniem - bowiem celem instytucji uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów jest uzyskanie prawidłowej i kompletnej oferty (por. wyr. z 29 maja 2013 r., XXIII Ga 683/13, Legalis), co też zostało przez Wykonawcę uczynione. O powyższym świadczy fakt, że

Zamawiający najpierw przesłał wezwanie na błędny adres członka konsorcjum (a nie jego Lidera), a następnie po piśmie członka konsorcjum informującego Zamawiającego o tym błędzie – wraz z przytoczeniem obszernej argumentacji prawnej i faktycznej co do meritum sprawy – Zamawiający pismem z 9 lutego 2021 r. powieli pierwotne wezwanie – tym razem już prawidłowo - jednakże bez jakiegokolwiek odniesienia się do już zgłoszonych uchybień i wskazanych argumentów (vide: pismo Grupy Carbon z dnia 9 lutego 2021 r.), co świadczyć może wyłącznie o tym, że faktycznie Zamawiający nie analizuje posiadanych już danych i dokumentów, czy wręcz w ogóle nie zapoznaje się z ich treścią.

Mając na uwadze, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień pismami z dnia 11 stycznia 2021 r. wraz z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień z dnia 2 lutego 2021 r. oraz ponowionym wezwaniem z dnia 9 lutego 2021 r. – w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. – (vide: str 2 wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r.) wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją tego artykułu „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.” – a tego kryterium niezbędności z pewnością nie spełniają pytania kierowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lutego 2021 r. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał aby tak szczegółowe i wrażliwe informacje były faktycznie niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Z pewnością przesłanki, o której mowa powyżej nie spełnia stwierdzenie, że „Zamawiający nadal posiada wątpliwości” bez szczegółowego wykazania okoliczności obiektywnie uzasadniających istnienie jakichkolwiek wątpliwości wraz z ich uzasadnieniem. Zwłaszcza, że konsorcjum jest przewidzianą umową (vide: § 16 projektu umowy) jak również dozwoloną prawem (art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) formą ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu przetargowym nawet dla przedsiębiorców o dużym potencjale osobowym, gospodarczym i ekonomicznym (vide: m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 marca 2017 r. sygn. KIO 352/17). Na marginesie należy wskazać, że wielokrotne wzywianie do wyjaśnień w tym samym przedmiocie (tzn. powielanie procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust 3 Pzp.) jest niedopuszczalne i Zamawiającemu takie uprawnienie nie przysługuje (vide: m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1598/20).

Co więcej, Zamawiający nie wykazał, aby żądane dokumenty i informacje zawierały się w katalogu dokumentów określonych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający bowiem nie jest uprawniony do żądania od Wykonawcy wszelkich dokumentów, określonych wedle swojego uznania (a wskazanych w piśmie z 9 lutego 2021 r.) – a tylko dokumentów przewidzianych prawem. Wypada zauważyć, że: „wykroczenie przez zamawiającego poza ramy wyznaczone przepisami

RodzDokR jest niezgodne z przepisami i jako takie może zostać skutecznie zakwestionowane przez wykonawców w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej. Sytuacja taka jest też jednoznacznie oceniana przez podmioty uprawnione do kontrolowania prawidłowości udzielanych zamówień jako naruszenie przepisów PrZamPubl, mające wpływ na wynik postępowania. Takie naruszenie może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 PrZamPubl) lub umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 6 PrZamPubl).” (vide: Art. 25 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 12/M. Jaworska). Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 listopada 2019 r. (sygn. akt I GSK 1626/18): „Zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dokumentów, które zostały określone w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Przekonuje do takiego stwierdzenia treść art. 25 i art. 26 tej ustawy. W jednym i drugim z ww. powołanych artykułów mowa jest o dokumentach i oświadczeniach. Mają to być dokumenty i oświadczenia niezbędne do przeprowadzenia postępowania, dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie jest uprawnione wnioskowanie o szerszym, wręcz nieograniczonym zakresie dokumentów i oświadczeń, których może żądać w ramach ogłoszonego zamówienia zamawiający. Prawodawca zdecydował się na określenie w tym zakresie katalogu zamkniętego dokumentów i oświadczeń. Uporządkował i ujedynolicił je mając na względzie zasadę równości i przejrzystości. Ustalił wspólne reguły dla wszystkich zamawiających i wykonawców.”

Powyższe niewątpliwie dowodzi przekroczenia przez Zamawiającego ram zasady proporcjonalności wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zasada proporcjonalności wyraża się w obowiązku formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Oznacza ona zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasada ta powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, a także określania dokumentów, służących ocenie spełniania warunków podmiotowych. (vide: Art. 7 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 12/M. Jaworska). W wyr. z 4.6.2019 r. (KIO 916/19, niepubl.) Izba wyjaśniła, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu pojęcie proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający jest zatem zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem

potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Powyższej zasady z pewnością nie spełniają wymagania Zamawiającego do złożenia tak szczegółowych informacji jak te określone w piśmie z dnia 9 lutego 2021 r. – pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z postępowania – nie mówiąc już o tym, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy wyjaśnień popartych dowodami, podczas gdy to Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ma wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych istnienie podstawy wykluczenia. Trudno nie ulec wrażeniu, że Zamawiający wywodzi podstawę wykluczenia już z samego faktu ubiegania się o zamówienie przez konsorcjantów łącznie – co też taką przesłanką z pewnością nie jest.

Jest to istotne tym bardziej, że Zamawiający sam nie udziela Wykonawcy wystarczająco precyzyjnych informacji w zakresie przedmiotu zamówienia wskazując Wykonawcy wymijająco, że na obecnym etapie nie jest możliwe do przewidzenia dla Zamawiającego szczegółowe zapotrzebowanie na roboczodniówki pracowników Wykonawcy (vide: odpowiedzi Zamawiającego na pytania Wykonawcy) – a jednocześnie Zamawiający wymaga od Wykonawcy precyzyjnych wyliczeń i szczegółowych założeń dotyczących przygotowania oferty, co rodzi pytanie o to, w jaki sposób Wykonawca ma poczynić te obliczenia pozostając w niepewności w zakresie obejmującym 80% wartości umowy (vide: szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w punkcie 2 pisma z 15 stycznia 2021 r.). W związku z tym, rozłożenie ryzyka pomiędzy konsorcjantów jest jedynym uzasadnionym gospodarczo i racjonalnym finansowo rozwiązaniem pozwalającym na złożenie oferty – nawet gdyby hipotetycznie odbyło się to bez szczegółowych obliczeń – których z uwagi na postawę Zamawiającego oraz konstrukcję projektu umowy nie da się poczynić bez szerokiego marginesu błędu.

Zauważyć natomiast należy, że przedmiot i zakres zadanych pytań, w szczególności w części w jakiej dotyczą one żądania udzielenia szczegółowych informacji związanych z przedsiębiorstwem Spółki tj. w szczególności stanu zatrudnienia, prowadzenia analiz gospodarczych, szacowania ryzyka gospodarczego, dywersyfikacji prowadzonej działalności gospodarczej i osiąganych z tego tytułu korzyści, przewidywanych zagrożeń dotyczących niewywiązania się w sposób prawidłowy z postanowień umowy (np. zakładanych niedoborów w zatrudnieniu) – stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie będą ujawniane.

Ponownego podkreślenia wymaga, że zarówno Grupa Carbon Sp. z o.o., jak i każdy lider konsorcjum - może wypowiedzieć się jedyne w zakresie zadanych pytań wyłącznie we własnym imieniu i w zakresie pytań kierowanych co do informacji dotyczących wyłącznie adresata pisma – a nie co do informacji dotyczących pozostałych członków konsorcjum. W przypadku chęci uzyskania informacji o sytuacji pozostałych członków umowy konsorcjum

Zamawiający winien skierować swoje pytania bezpośrednio do poszczególnych podmiotów wchodzących w skład konsorcjum.

Należy mieć również na uwadze fakt, że strony umowy konsorcjum z dnia 23 listopada 2020 r. nie zawarły jeszcze umów realizacyjnych – które z samej istoty wymagają uprzedniego udzielenia zamówienia na rzecz konsorcjum, a dopiero w dalszej kolejności szczegółowego określenia zasad współpracy (vide: § 2 ust. 7 umowy konsorcjum). W związku z czym brak jest na tym etapie nawet możliwości udzielenia szczegółowych odpowiedzi na zadane pytania obejmujące swoim zakresem powyższą materię. Co więcej zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 4 Pzp. „Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.” – tak więc pytania dotyczące regulacji współpracy konsorcjantów są co najmniej przedwczesne, a żądanie umowy zawartej między wykonawcami na wcześniejszym etapie nie jest dopuszczalne (zob. Kontrola UZP z 6 października 2016 r., KD/51/16).

Zmawiający podnosi ponadto dalej, że „okoliczność wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady, zwiększa koszt realizacji zamówienia”. Pomijając fakt, że ocena opłacalności kosztów realizacji jest wyłącznym uprawnieniem Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie – a nie Zamawiającego, to godzi się podkreślić, że w swoich rozważaniach Zmawiający traci z pola widzenia ponadprzeciętnie wysokie ryzyko gospodarcze Wykonawcy związane z potencjalnymi problemami w związku z realizacją zamówienia – a w ocenie Grupy Carbon Sp. z o.o. dywersyfikacja tego ryzyka rekompensuje potencjalne zwiększenie kosztów, czy też obniżenie zysków. W szczególności odpowiedź na pytanie nr 2 w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r. zawiera szczegółowe wykazanie postanowień projektu umowy które wskazują wprost na zasadność ubiegania się o zamówienie przez Wykonawcę w ramach konsorcjum.

Inną sugestią Zamawiającego jest model dywersyfikacji ryzyka gospodarczego poprzez korzystanie z podwykonawstwa. Niemniej, Zamawiający pomija fakt, że jednostronnie ukształtował regulacje dotyczące potencjalnych umów z podwykonawcami w ten sposób, że są one dla Wykonawcy całkowicie nieakceptowalne (§ 6 projektu umowy). Już sama regulacja zawarta w § 6 ust. 8 pkt 8 stanowiąca, że umowa z podwykonawcą: „musi zawierać postanowienie przewidujące możliwość rozwiązania umowy podwykonawczej na żądanie Zamawiającego (de facto pomimo jej wcześniejszej pełnej akceptacji) oraz zastrzeżenie, że w przypadku rozwiązania umowy podwykonawczej w tym trybie, nie przysługują Podwykonawcy jakiegokolwiek roszczenia odszkodowawcze względem Zamawiającego” - sprawia, że ryzyko gospodarcze Wykonawcy zarówno względem Podwykonawcy jak i Zamawiającego jest nieproporcjonalnie względem np. ryzyka przewidzianego w ramach umowy konsorcjum.

Na marginesie wskazujemy, że podczas dotychczasowej, wieloletniej współpracy gospodarczej w związku z realizacją wszelkich zamówień na rzecz Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. – Grupa Carbon Sp. z o.o. nigdy nie korzystała podwykonawców, natomiast w dominującym zakresie ubiegała się o zamówienia w ramach licznie zawieranych umów konsorcjum – stąd stanowisko Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. o „posiadanych wątpliwościach co do naruszenia dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.” pomimo braku takowych wątpliwości podczas dotychczasowej, wieloletniej współpracy gospodarczej jest niezrozumiałe i nie znajduje oparcia nie tylko w przepisach prawa, ale i praktyce gospodarczej realizowanej w LW „Bogdanka”.

Tym bardziej zdumiewa okoliczność, iż jak wynika z retoryki pism kierowanych w toku niniejszego postępowania przez Zamawiającego – LW Bogdanka S.A. zdaje się z góry piętnować zarówno fakt, jak i dopuszczalność ubiegania się u udzielenie zamówienia grupy spółek działających przy tym w ramach konsorcjum – pomimo, że jest to powszechna, dozwolona prawem forma uczestniczenia w postępowaniach przetargowych oraz realizowania zamówień udzielanych w trybie u.z.p. potwierdzona dodatkowo wieloletnią praktyką gospodarczą stron. Zwłaszcza, że obecna sytuacja epidemiczna i co za tym idzie sytuacja gospodarcza w przemyśle górniczym jest wyjątkowo trudna zarówno dla Zamawiającego jak i dla Wykonawcy.

W pozostałym zaś zakresie Grupa Carbon Sp. z o.o. podtrzymuje w całości stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r.

Zadania nr 9-12

W piśmie z dnia 15 stycznia 2021 r. Wykonawca odniósł się w sposób czytelny do wszystkich wątpliwości Zamawiającego sformułowanych pismem z dnia 11 stycznia 2021 r., tym niemniej poniżej przedstawiam dodatkowe wyjaśnienia, które winny rozwiać wszelkie Państwa wątpliwości w tym zakresie.

Wskazania w tym miejscu wymaga, iż nasza Spółka została wezwana przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie wynikającym z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, za niedozwolone należy uznać stosowanie wskazanej procedury w sposób wielokrotny wobec tych samych okoliczności faktycznych.

Dokonując analizy podstaw zawarcia/zawiązania Konsorcjum wskazać należy w pierwszej kolejności, czy członkowie konsorcjum samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, a w przypadku naszego przedsiębiorstwa nie było takiej możliwości chociażby ze względu na brak służb dozoru elektrycznego.

Odnosząc się do Państwa pytań przedstawionych w ww. piśmie:

(...) Zamawiający w postępowaniu nie wymagał określenia ilości zatrudnionych pracowników przez Wykonawcę. Wykonawca przedstawił w ofercie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ zasoby kadrowe, a tym samym nie istnieją podstawy do wskazywania innych zasobów wykraczających poza granice wynikające z dokumentacji przetargowej.

Ubocznie podnieść należy, iż informacje o stanie zatrudnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z powołanym przepisem „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Również z uwagi na wrażliwość ww. danych, Lider konsorcjum nie posiada szczegółowej wiedzy na temat ilości zatrudnionych pracowników u wszystkich pozostałych konsorcjantów.

Liczba pracowników zatrudnionych ogółem w przedsiębiorstwie Lidera nie odzwierciedla potencjału kadrowego Wykonawcy w odniesieniu do możliwości realizacji danego zadania objętego zamówieniem.

Składając ofertę Wykonawca deklaruje, iż posiada niezbędny do realizacji zamówienia potencjał kadrowy i oświadczenie takie winno zostać uznane przez Zamawiającego jako wystarczające.

Wykonawca nie może w sposób stały przypisać wszystkich pracowników do realizacji konkretnego zadania, ze względu na konieczność rozdysponowania danego pracownika do realizacji różnych zadań. Powyższe powstaje w wyniku zmienności zapotrzebowania Zamawiającego w danym zadaniu oraz występowania absencji wśród załogi (w tym związanej z SARS-Cov-2). W zakresie zakładanych niedoborów w zatrudnieniu oraz koordynacji i wzajemnego uzupełniania się liczbą pracowników członkowie Konsorcjum bazują na dotychczasowych doświadczeniach przy realizacji tożsamyh umów, gdyż zapotrzebowania w danym okresie nie jest z pewnością w stanie przewidzieć sam Zamawiający, co znalazło odzwierciedlenie w udzielonych odpowiedziach do pytań zadanych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Wskazanie przez Zamawiającego wprost w dokumentacji przetargowej, iż wahania zapotrzebowania na zasoby wykonawców mogą być w zasadzie dowolne, potwierdza iż poziom ryzyka w zawarciu takiego kontraktu jest nieporównywalnie wyższy, a niżeli standardowy. Zabezpieczenie zasobów kadrowych do samodzielnej realizacji kontraktu, przy takich założeniach umownych, generuje dla indywidualnych podmiotów wchodzących

w skład konsorcjum (w przypadku działania samodzielnego), nieakceptowalny poziom ryzyka kontraktowego.

Podzielenie ryzyka na wszystkich członków Konsorcjum pozwala na jego ograniczenie do poziomu dopuszczalnego i zmniejszającego ryzyko utraty płynności finansowej czy upadłości przez przedsiębiorstwa, które zawarły umowę konsorcjum.

Specyfika prowadzonej działalności nie pozwala na płynne zagospodarowanie posiadanych zasobów w ramach innych umów, czy na rzecz innych Zamawiających, gdyż popyt na tego typu usługi/roboty jest skumulowany głównie w obrębie Aglomeracji Śląskiej. Odległość i specyfika pracy powoduje brak możliwości oddelegowania zasobów, szczególnie osobowych w te obszary, ze szczególnym wskazaniem na wygaszenie kopalń i konieczność istotnego wzrostu kosztów osobowych (dniówki delegacyjne, dodatek rozłąkowy, konieczność najmu mieszkań, diety).

Zważając na doświadczenie w realizacji zamówień dla tego konkretnego Zamawiającego jednoznacznie należy wskazać, że w toku realizacji poprzednich umów Zamawiający korzystał z prawa zmiany harmonogramu, a wręcz ukształtowania go w sposób odmienny od pierwotnych założeń.

(...) Zgodnie z przekazaną uprzednio informacją, konsorcjum zapewni solidarnie dostępność wymaganych pracowników z wymaganymi przez Zamawiającego kwalifikacjami oraz w liczbie niezbędnej do realizacji kontraktu. Umowa szczegółowo precyzująca te kwestie zostanie podpisana przez konsorcjantów po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, zaś na tę chwilę jej zawarcie byłoby bezzasadne i przedwczesne.

(...) W ofercie zostały wykazane te same osoby, gdyż powyższe nie pozostaje w rozbieżności z SIWZ. W przypadku wybrania oferenta do realizacji wszystkich czterech zadań, wykonawca zapewni odrębne osoby dozoru w zależności od zapotrzebowania. Wykonawca dysponuje szerszą kadrą (w tym kierowniczą) niż wykazana w ofercie.

(...) oddelegowanie pracowników do realizacji zamówienia zostanie dokonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej.

(...) W przypadku absencji wynikającej z SARS-Cov-2 dodatkowych pracowników celem uzupełnienia braków w pierwszej kolejności oddelegowywać będą poszczególni członkowie konsorcjum, u których absencja wynikająca z SARS-Cov-2 wystąpiła. W przypadku braku takiej możliwości, zasoby ludzkie solidarnie udostępnią pozostali członkowie konsorcjum.

Należy tutaj zauważyć, iż dodatkową przewagą złożenia ofert na większą ilość zadań jest możliwość szybkiego przeniesienia pracowników zaplanowanych do realizacji innego zadania do uzupełnienia braków wywołanych absencją w związku z SARS-Cov-2.

(...) Podtrzymujemy w tym zakresie stanowisko wyrażone w uprzednio złożonych wyjaśnieniach. Jednocześnie wskazujemy, iż w wyniku analizy treści projektu umowy oraz dotychczasowego przebiegu współpracy, stwierdziliśmy znaczny wpływ treści umowy na

praktyczną realizację kontraktu (w tym w szczególności konieczność zapewnienia stosownych zasobów). Odsyłamy tym samym do analizy tabelarycznego zestawienia dołączonego do niniejszego pisma (wskazanego w pkt 1) wyjaśnień). W celu analizy niezbędnych zasobów ludzkich niezbędnych do wykonania umowy, wykonawcy w toku postępowania przetargowego zwracali się do Zamawiającego z pytaniami dotyczącymi wzoru umowy i wynikających z niego wątpliwościami. Zamawiający nie wyjaśnił w żadnej mierze wątpliwości potencjalnych Wykonawców co do planowanego poziomu realizacji kontraktu (a tym samym wymaganych zasobów ludzkich).

(...) oferenci mieli uzasadnione trudności odnośnie poczynienia założeń w kwestii np. minimalnych i maksymalnych roboczodniówek na etapie przygotowywania oferty, skoro dane te były „niemożliwe do przewidzenia dla Zamawiającego”? Jediną decyzją w zaistniałej sytuacji była konieczność minimalizowania ryzyka związanego z nieprzewidywalnością tej kwestii i wspólne ubieganie się o zamówienie w formie konsorcjum.

(...) Nie analizowano takiej możliwości ze względu na wymagania Zamawiającego dotyczące umów podwykonawczych. W szczególności § 6 ust. 8 pkt. 8 projektu Umowy, zgodnie z którym umowa podwykonawcza „musi zawierać postanowienie przewidujące możliwość rozwiązania umowy podwykonawczej na żądanie Zamawiającego oraz zastrzeżenie, że w przypadku rozwiązania umowy podwykonawczej w tym trybie, nie przysługują Podwykonawcy jakiegokolwiek roszczenia odszkodowawcze względem Zamawiającego...” Tak dalece idące postanowienia umowy „głównej” sprawiły, iż nie byłoby możliwości pozyskania jakichkolwiek podwykonawców w przypadku możliwości rozwiązania umowy podwykonawczej na każde żądanie Zamawiającego.

(...) Dokonano rozeznania rynku i stwierdzono brak dostępu do wykwalifikowanej kadry na wolnym rynku. Zamawiający oczekuje realizacji usług przez osoby z konkretnymi uprawnieniami. Ponadto przyjęcie pracownika „z ulicy” nie jest możliwe z dnia na dzień ponieważ proces adaptacji i szkolenia pracownika zdolnego do wykonywania samodzielnej pracy jest czasochłonne. Wskazania ponadto wymaga, iż w polskim systemie prawnym nie istnieje akt prawny, nakładający obowiązek rozeznania rynku w celu pozyskania dodatkowego personelu na potrzeby realizacji zamówienia.

(...) Doświadczenie wykonawcy oraz analiza ekonomiczna realizacji planowanego przedsięwzięcia gospodarczego wskazuje na celowość złożenia ofert na więcej zadań w układzie konsorcjalnym, w przeciwieństwie do samodzielnego ubiegania się o pojedyncze zadanie. Wpływa to na znacznie efektywniejsze wykorzystanie zasobów w związku z okresowymi wahaniami na zapotrzebowania na różnych oddziałach górniczych realizowanych w ramach różnych zadań (często zdarza się, że podczas zmniejszonego zapotrzebowania na jednym zadaniu można zatrudnić pracowników na innym).

Zalety złożenia ofert na większą liczbę zadań w układzie konsorcjalnym (wobec samodzielnego ubiegania się o pojedyncze zadanie) są następujące:

- utrzymywanie rezerw ludzkich na niższym poziomie,
- efektywniejsze wykorzystanie maszyn i urządzeń,
- efektywniejsze wykorzystanie zasobów ludzkich poprzez lokowanie pracowników na zadania, na których jest aktualnie zapotrzebowanie, - optymalizacja nadzoru nad pracownikami,
- ułatwia prawidłową realizację zadań w związku z absencją pracowników w czasie pandemii,
- znaczne zwiększenie elastyczności co do zakresu prowadzonych robót z perspektywy Zamawiającego,

(...) Dodatkowych pracowników celem uzupełnienia braków w pierwszej kolejności oddelegowywać będą poszczególni członkowie konsorcjum, u których absencja wystąpiła. W przypadku braku takiej możliwości solidarnie udostępnią pozostali członkowie. Znaczną przewagą złożenia ofert na większą ilość zadań jest możliwość przeniesienia pracowników zaplanowanych do realizacji innego zadania do uzupełnienia braków wywołanych absencją. Tym samym zakłada się wstępnie, iż uczestnicy konsorcjum będą partycypować w ww. ryzyku w sposób solidarny.

(...) Wykonawca zdecydował się na złożenie ofert w zadaniach 9-11 ze względu na fakt, iż w bardzo zbliżonym składzie konsorcjum wykonuje aktualnie te prace w analogicznych zadaniach z poprzedniego postępowania przetargowego. Tym samym na podjęcie takiej decyzji rzutowało doświadczenie wykonawcy w ww. zakresie. Dodatkowo konsorcjum na zadanie 12 zostało rozszerzone, gdyż obecnie realizujące je firmy uznały, że ryzyko należytego wywiązania się z realizacji umowy w związku z jej dużym zakresem jest zbyt wysokie.

(...) Wyrażone w ww. pytaniu stanowisko Zamawiającego nie może zostać uznane za prawidłowe. Odpowiedzialność konsorcjantów za realizację zadań wynikających z umowy jest solidarna, zaś Lider konsorcjum jedynie pełni funkcję koordynatora w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jak również późniejszej realizacji ewentualnej umowy. Powyższe twierdzenie zostało wyrażone również w uprzednio złożonych wyjaśnieniach z dnia 15 stycznia 2021 r.

(...) Wskazać należy, iż członkowie konsorcjum uczestniczyć będą w przychodach w zależności od ich faktycznego zaangażowania w powierzone przez Zamawiającego prace. Obliczenie udziału konsorcjantów w przychodzie zostanie dokonane wg. stawek jednostkowych wynikających z umowy z Zamawiającym.

(...) Wskazania w tym miejscu wymaga, iż ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość współdziałania kilku podmiotów, wykonawców i zawiązanie przez nich

porozumienia, którego celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia. Zawieranie porozumień, łączenie się w grupy celem realizacji określonych przedsięwzięć jest normalnym zjawiskiem w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozwala ono na uzyskanie pożądanego efektu przez połączenie potencjału kadrowego i sprzętu, czy choćby rozłożenie ryzyka danego przedsięwzięcia pomiędzy jego członków. Poza wszelką wątpliwością pozostaje fakt, że istotą konsorcjum jest wspólne dążenie do uzyskania i realizacji tego zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji okoliczność, że wykonawcy którzy są członkami konsorcjum w innych postępowaniach, prowadzonych przez tego samego zamawiającego biorą udział samodzielnie. Żaden przepis ustawy Pzp nie daje Zamawiającemu uprawnienia do kształtowania postanowień, które mają być zawarte w umowie zawieranej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Kształtowanie treści takiej umowy jest prawem wyłącznie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie Zamawiającego, który nie jest uprawniony do ingerowania w jej treść, przez narzucanie wykonawcom konkretnych treści, które w jego ocenie powinny być w umowie o współpracy zawarte. Zamawiający nie ma ponadto podstaw do żądania od wykonawców działających w ramach konsorcjum ujawnienia postanowień w zakresie części finansowej.

Utworzenie konsorcjum nie stanowi zakazanego przez przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik porozumienia ograniczającego konkurencję, gdyż konsorcjum na potrzeby niniejszego postępowania utworzono na gruncie obiektywnego uzasadnienia, a szczegółowo opisanego w dotychczasowych pismach wykonawcy.

Poprzez obiektywną analizę poziomu ryzyka występującego w przypadku samodzielnego wykonania umowy przez pojedyncze podmioty nie można uznać, że doszło do ograniczenia konkurencji w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego. W przypadku gdy wszelkie ryzyka zostały przerzucone na potencjalnych Wykonawców (na przykład poprzez zmiany harmonogramów skutkujące zmianą zapotrzebowania na zasoby), skutkuje to powstaniem przejściowej demobilizacji czy też wymaga czasu na mobilizację zasobów ludzkich. Wskazać należy, iż powyższe zasoby ludzkie nie są powszechnie dostępne (nie można pozyskać pracowników wykwalifikowanych „od ręki”), co istotnie wpływa na koszt utrzymania takich zasobów.

Zamiarem Konsorcjum nie był wpływ na wynik postępowania, gdyż podmioty w nim uczestniczące mogłyby nie podołać warunkom kontraktu, zaproponowanego przez Zamawiającego. Jednocześnie fakt złożenia oferty, której cena nie jest istotnie wyższa od szacunków Zamawiającego czy cen zaproponowanych w latach poprzednich, a uwzględnia jedynie okoliczności związane ze stanem pandemii i wpływ inflacji oraz zmiany wartości

wynagrodzenia minimalnego za pracę, a więc nie służyło zaburzeniu konkurencji czy uzyskaniu nadmiernego zysku kosztem Zamawiającego.

Gdyby nie zawiązanie konsorcjum, jego uczestnicy w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu. Innymi słowy alternatywą dla współpracy poprzez zawiązanie konsorcjum nie byłaby konkurencja pomiędzy konsorcjantami, lecz wyeliminowanie ich z kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie. W takiej sytuacji nie można więc uznać utworzenia konsorcjum za naruszające zakaz porozumień ograniczających konkurencję.

(...) Nie można również w jakikolwiek sposób wskazać na zarzut, iż doszło pomiędzy uczestnikami Konsorcjum do wymiany informacji handlowych, mogących mieć wpływ na konkurencję, w sytuacji kiedy sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją jawną, w aspekcie historycznym nie doszło do istotnej zmiany. Opis przedmiotu zamówienia (techniczny sposób realizacji) nie jest tajemnicą żadnego z przedsiębiorców będących uczestnikami Konsorcjum i stanowi informację publiczną. Zawiązanie konsorcjum w dobie pandemii oraz wobec wymagań Zamawiającego było jedynym sposobem, aby w ogóle przystąpić do przetargu i podjąć się realizacji zamówienia na warunkach narzuconych przez Zamawiającego w projekcie umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ.

(...) Spółka została zgodnie wyznaczona na lidera konsorcjum, gdyż posiada stosowne doświadczenie oraz podjęła się wykonania wszystkich czynności, które spoczywają na liderze w tym przygotowania oferty, skompletowania dokumentów i nadzorowania toku postępowania przetargowego, decyzja została podjęta w wyniku jednomyślnej decyzji konsorcjantów.

Powyższe znalazło potwierdzenie w fakcie udzielenia liderowi pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum.

(...) Lider & Partners Sp. z o.o. pełni funkcje Lidera Konsorcjum głównie ze względu na uprzednie doświadczenia w wykonywaniu tożsamyh robót w tych samych oddziałach górniczych w charakterze Lidera Konsorcjum. Dodatkowo, Spółka posiada bieżący dostęp do zasobów udostępnianych przez Zamawiającego na potrzeby zadań 9-12 (na przykład: miejsca hakowe, powierzchnie biurowe). Powyższe skutkuje doborem Lidera i konsorcjantów do poszczególnych zadań z zamiarem maksymalnego wykorzystania zasobów oraz zagwarantowania należytego wykonania umowy.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców w poszczególnych częściach o ich wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponownie prezentując zestawienie tabelaryczne jak w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2021 r. oraz uzasadniając:

(...) Powyższe zestawienie umożliwia dostrzeżenie występujących pomiędzy Wykonawcą a innymi oferentami biorącymi udział w Postępowaniu powiązań, które w ocenie Zamawiającego świadczą o zawarciu porozumienia, które doprowadziło do całkowitego wyeliminowania konkurencji z Postępowania i możliwości skorzystania przez Zamawiającego z aukcji elektronicznej celem obniżenia cen ofert.

Zamawiający dwukrotnie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień wnosząc o przedstawienie rzeczowego i konkretnego uzasadnienia jakie były przyczyny, i jaki cel przyświecał Wykonawcy, składając ofertę w ramach konsorcjum.

Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy złożonych wyjaśnień doszedł do przekonania, że działanie Wykonawcy, jak i podmiotów biorących udział w pozostałych częściach Postępowania, nosi znamiona tzw. zmywy przetargowej.

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazywały bowiem konkretnych i rzeczywistych okoliczności, które utwierdziłyby Zamawiającego w przekonaniu, że poszczególne spółki były zmuszone do złożenia wspólnych ofert w Postępowaniu. Wyjaśnienia Wykonawcy bazowały na ogólnych stwierdzeniach, wyliczeniach historycznych (bez wskazywania ich źródeł) oraz sprowadzały się do zakwestionowania przyjętego przez Zamawiającego sposobu realizacji inwestycji.

Dlatego też Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawcy przed złożeniem ofert w Postępowaniu dokonali wewnątrz i świadomie uzgodnienia co do podziału zamówienia pomiędzy poszczególne podmioty - w efekcie w ramach każdego z zadań złożono po jednej ofercie. W wyniku czego spółki nie musiały ze sobą konkurować, zmuszając Zamawiającego do zaakceptowania warunków finansowych wykonania zamówienia (brak możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej).

Jako przejawy zawarcia niedozwolonego porozumienia Zamawiający pragnie wskazać okoliczności zawarcia umowy konsorcjum. Zamawiający pragnie zauważyć, że konsorcjum opiera się wyłącznie na zasobach Lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A. (w Wykazie robót powołano się wyłącznie na doświadczenie Lidera, Lider potwierdził również posiadanie wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej, Lider wniósł wadium etc.). Jak wynika z samej umowy konsorcjum, dołączonej do oferty, Lider Konsorcjum był odpowiedzialny za samodzielne skompletowanie oraz złożenie oferty w Postępowaniu (§ 2 ust. 3).

W świetle powyższego Lider Konsorcjum posiadał realną możliwość skutecznego złożenia samodzielnie ważnej oferty w Postępowaniu, bez konieczności zawiązywania konsorcjum. Podobnie należy ocenić działanie partnerów Konsorcjum Lider & Partners Sp. z o.o. oraz GRUPA CARBON Sp. z o.o. Podmioty te wykazały samodzielnie spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zadania 7 - 12.

W świetle powyższego Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów jest w stanie stwierdzić, że minimum trzech konsorcjantów miało możliwość złożenia samodzielnie oferty w Postępowaniu (powyższe założenie potwierdził sam Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 15.01.2021 r., gdzie wskazano, że każdy z sześciu konsorcjantów mógłby samodzielnie złożyć ofertę: „Członkowie konsorcjum dysponują wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem ekonomicznym umożliwiającym samodzielne wzięcie udziału w postępowaniu. Warunkiem ograniczającym samodzielne złożenie oferty jest dysponowanie potencjałem osobowym na wymaganym przez Zamawiającego poziomie”).

Urząd Zamówień Publicznych w publikacji pn. Świadomość ryzyka korupcji i zmowy przetargowej w zamówieniach publicznych (Warszawa 2018, s. 84) kwalifikuje tego rodzaju zachowania wykonawców jako znowę konsorcyjną: „Innym modelem zmowy jest znowa konsorcyjna. Dotyczy ona ofert składanych wspólnie przez wykonawców którzy mogliby złożyć oferty_ niezależnie od siebie. Zmowy te charakteryzują się na przykład zawarciem przez wykonawców umowy konsorcjum lub inne/ formy_ współpracy (na przykład wspólny przedsiębiorca). na podstawie których to ustaleń będą uczestniczyć w przetargu wspólnie. O ile zawieranie konsorcjów jest dopuszczalne na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, za praktykę antykonkurencyjną uznaje się te konsorcja, które prowadzą do ograniczenia konkurencji pomiędzy dwoma podmiotami, które mogły ze sobą konkurować o to samo zlecenie. Zawieranie konsorcjów jest uznawane za nielegalną jeżeli każda ze stron takiej współpracy mogłaby działać niezależnie w przetargu i jego wykonaniu bez dodatkowych kosztów. a efektem zawarcia konsorcjum jest wykluczenie konkurencji dwóch lub więcej podmiotów.”

Zamawiający informuje, że nie przekonują go również wyjaśnienia Wykonawcy, że celem złożenia oferty wspólnej było „rozproszenie ryzyka” pomiędzy poszczególnych konsorcjantów w związku z niekorzystnymi dla Wykonawcy warunkami przyszłej umowy, które nie precyzowały w sposób konkretny zapotrzebowania, w poszczególnych okresach, zaangażowania pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że żaden z konsorcjantów nie kwestionował zapisów Umowy np. w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jednoznacznej reakcji ze strony wykonawców należy postrzegać jako podzielenie i zaaprobowanie przyjętej przez Zamawiającego metody realizacji zamówienia.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Wykonawcy, że dla realizacji zamówienia niezbędnym jest połączenie potencjałów kadrowych konsorcjantów, gdyż każdy z nich nie dysponuje „bezpieczną” liczbą pracowników pozwalającą „zaplanować obciążenia stanowiskowego wg wymogów Zamawiającego” to Zamawiający wskazuje, że Wykonawca nie wyjaśnił i nie wskazał jaka ilość i zakres poszczególnych osób dedykowanych do realizacji zamówienia będzie zapewniana przez poszczególnych konsorcjantów. Dodatkowo wskazać należy, że

każdy z konsorcjantów brał udział w Postępowaniu w ramach pozostałych zadań (w różnej konfiguracji - vide tabela powyżej). W świetle powyższego personel jakim dysponuje każdy z nich byłby dzielony na wiele zadań i kilka konsorcjów. Wykonawca nie wyjaśnił w sposób dostateczny w jaki sposób zamierza zarządzać ryzykiem w powyższym zakresie.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 9.02.2021 r. wskazał również, że wielość konsorcjantów pozwoli na rozłożenie kosztów wynagrodzenia pracowników na kilka podmiotów. Zamawiający zauważa, że powyższe twierdzenie nie przesądza o ekonomicznej atrakcyjności wspólnej realizacji inwestycji. Podkreślić bowiem należy, że nie tylko koszty będą rozkładać się pomiędzy poszczególne podmioty, ale i zysk wygenerowany z tytułu realizacji zamówienia. Niewątpliwie z finansowego punktu widzenia wykonawcy realizującego zamówienie publiczne bardziej opłacalnym rozwiązaniem jest samodzielne wykonanie zamówienia - wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do dzielenia się otrzymywanym wynagrodzeniem z innymi podmiotami, w tym także firmami, których udział w realizacji zamówienia jest marginalny.

Wykonawca odgórnie również założył, że konsorcja (złożone z grupy wyżej wskazanych wykonawców) składające oferty na poszczególne zadania uzyskają możliwość realizacji każdego z zadań.

Zgodnie z treścią wyjaśnień Wykonawca przyjął, że efekt skali oraz wielość podmiotów umożliwi skuteczne zarządzanie ryzykiem dostępności personelu (wyjaśnienia z dnia 15.01.2021 r.: „Istotnymi czynnikami determinującym możliwości realizacyjne były również wielkości poszczególnych zadań, określone przez Zamawiającego. Zakres tych zadań przekracza możliwości realizacyjne pojedynczych członków konsorcjum. Każdy z konsorcjantów dysponuje osobami o kwalifikacjach innej specjalności, w ilości która nie pozwala bezpiecznie zaplanować obłożenia stanowiskowego wg wymogów Zamawiającego”, wyjaśnienia 9.02.2021 r.: „Nie bez znaczenia więc w tym obszarze pozostaje możliwość realizacji umowy na większe/ ilości zadań. W przypadku analizowanego przykładu nadwyżka pracowników po stronie Wykonawcy pojawiająca się na jednym zadaniu może pokryć niedobór tych pracowników na innym. Ponadto zadania 1, 2, 3, 4 realizowane są na jednym polu „Bogdanka”, wobec tego koszty ogólne wynikające z umowy tj. dozór wyższy czy utrzymanie oddziału, rozkładają się proporcjonalnie na kilka umów. Tym samym za złożeniem ofert na przedmiotowe zadania przez konsorcjum firm przemawia optymalizacja kosztów wspólnych dla tych zadań”).

Niemniej jednak w sytuacji, w której część zadań zostałaby powierzona innemu podmiotowi - spoza kręgu wyżej wskazanych wykonawców - przyjęta przez Wykonawcę metodologia zarządzania realizacją zamówienia stawałaby się fikcją Uzyskanie zamówienia wyłącznie na jedno lub kilka zadań z dwunastu powodowałoby, że taki rodzaj zarządzania personelem poprzez jego transfer na poszczególne części byłby niemożliwy, a Wykonawca ponosiłby

koszty utrzymania personelu w okresach, gdy Zamawiający skorzystałby z uprawnienia zmniejszenia zapotrzebowania kadry pracowniczej.

Powyższe potwierdza również, że już na etapie kalkulacji oferty Wykonawca miał świadomość, że brak konkurencji w Postępowaniu będzie prowadził do wyboru jego oferty, oraz pozostałych konsorcjów, jako najkorzystniejszych, a finalnie do powierzenia poszczególnym konsorcjom wykonania całego zamówienia. Okoliczności te dodatkowo potwierdzają rzeczywiste intencje wykonawców biorących udział w Postępowaniu pozwalające na stwierdzenie, że mamy do czynienia ze złą przetargową.

Opisane powyżej podejście do oceny tworzenia konsorcjów przetargowych zostało również przyjęte w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012, w której uznał on, że utworzenie konsorcjum na potrzeby przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych, zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku, przez dwóch największych przedsiębiorców prowadzących działalność na obszarze tego miasta, stanowiło zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Jako uzasadnienie zawiązania konsorcjum przedsiębiorcy ci wskazywali rzekome ograniczenia techniczne, które miały uniemożliwić im samodzielne ubieganie się o zamówienie. Prezes UOKiK uznał jednak, że mająca być tego konsekwencją niezbędna współpraca MPO i Astwa (w tej sprawie: korzystanie ze sprzętu np. śmieciarek) w rzeczywistości nie miała miejsca. W rezultacie Prezes UOKiK uznał, że utworzenie konsorcjum miało charakter antykonkurencyjny, a jego celem było utrzymanie dotychczasowych udziałów rynkowych z pominięciem mechanizmów konkurencji.

Dodatkowo wskazać należy, że ustawa Pzp dopuszcza możliwość złożenia oferty wspólnej, ale uprawnienie to jest prawem ograniczonym - art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP określa granice, w jakich mogą być wykonywane prawa podmiotowe (tu: prawo do udziału spółki w Postępowaniu w ramach konsorcjum). Zgodnie z treścią tegoż przepisu nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną odnoszącą się do wszystkich możliwych przypadków, gdy powoływanie się na prawo podmiotowe nie stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowane i w związku z tym nie korzysta z ochrony.

W świetle powyższego Zamawiający stoi na stanowisku, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie w jakim opisują one przesłanki, jakimi kierował się Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty wspólnej nie zasługują na aprobatę i nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia, że w niniejszym Postępowaniu nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami.

Innym przejawem niedozwolonego porozumienia jest uzgodnienie podziału rynku przez wykonawców. Jak zostało wskazane powyżej, w ocenie Zamawiającego, Wykonawca wspólnie z innymi podmiotami biorącymi udział w Postępowaniu w zakresie pozostałych zadań, dokonał na etapie przygotowania oferty podziału poszczególnych zadań pomiędzy spółkami.

O tym, że oferty w zakresie każdego z zadań były przygotowane wspólnie świadczy treść dokumentów, które zostały złożone przez nich w Postępowaniu:

Umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum - dokumenty te zostały złożone wraz z ofertą. Treść dokumentów dla każdego z zadań jest taka sama wizualnie oraz pod względem treści, gdyż określa ten sam zakres uprawnień oraz obowiązków konsorcjantów, cedując na Lidera Konsorcjum obowiązek skompletowania oraz złożenia oferty w Postępowaniu.

Złożenie dokumentów podmiotowych wraz z ofertą - zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy PZP dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia są składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia tych dokumentów. W przypadku każdej z ofert złożonych na poszczególne zadania dokumenty te zostały złożone już wraz z ofertą. W dniu 15 grudnia 2020 r. poszczególne konsorcja złożyły oświadczenia o aktualności przedłożonych uprzednio dokumentów. Powyższe potwierdza, że (i) strony uzgodniły wspólnie sposób przygotowania oferty; (ii) wykonawcy działali w przeświadczeniu, że ich oferty zostaną uznane za najkorzystniejsze na skutek braku innych ofert w Postępowaniu (stąd decyzja o złożeniu już na etapie oferty wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ);

Treść składanych wyjaśnień w toku postępowania - Zamawiający również wskazuje, że o tym, iż wykonawcy działali w porozumieniu świadczy także fakt, że składane przez nich wyjaśnienia w zakresie przyczyn, dla których zdecydowano się złożyć ofertę w ramach konsorcjum, opierają się na tej samej argumentacji (formułowanie zarzutów względem postanowień wzoru umowy, powoływanie się na brak określenia przez Zamawiającego precyzyjnie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości wymaganego personelu, ryzyko zwiększenia lub zmniejszenia przedmiotu zamówienia, konieczność rozproszenia ryzyka etc.). Powyższe pozwala Zamawiającemu przyjąć, że treść składanych wyjaśnień była uzgadniana pomiędzy wykonawcami co dodatkowo potwierdza, iż Wykonawca działał w porozumieniu z pozostałymi konsorcjami biorącymi udział w Postępowaniu. Dodatkowo, jak zostało już wskazane powyżej, poszczególne konsorcja w składanych wyjaśnieniach wskazały, że kalkulowały ryzyka związane z zapewnieniem niezbędnego do realizacji zamówienia personelu w oparciu o założenie, że zostanie im powierzony wykonanie zamówienia we wszystkich zadaniach. Zatem, podmioty te niewątpliwie musiały uzgadniać

podział rynku jeszcze przed złożeniem oferty w Postępowaniu (tj. uzgodniły, że będą wzajemnie wymieniać się personelem działającym w oparciu o dane zadania).

W świetle powyższych okoliczności nie sposób przyjąć, że Wykonawca samodzielnie przygotował i złożył ofertę w Postępowaniu. Wskazania wymaga, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP nie wymaga dysponowania przez Zamawiającego dokumentem porozumienia, którego postanowienia naruszyłyby szeroko rozumiane ramy konkurencji przepis mówi bowiem o „stosownych środkach dowodowych”.

W ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że Zamawiający może wykazać zawarcie porozumienia na podstawie dowodów pośrednich, z których istnieje możliwość odczytania intencji działania wykonawcy. Jako przykład należy wskazać wyrok KIO w sprawie KIO 352/17, gdzie wskazano, że: „Dla wykazania istnienia zmowy przetargowej nie jest możliwe i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku. że doszło do zawarcia zmowy przetargowej.”

Podobnie również w wyroku w sprawie KIO/1874/10 wskazano, że Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia porozumienia (zmowy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.»

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym stanie faktycznym z wyspecyfikowanych powyżej dokumentów oraz opisanych okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że doszło do zawarcia pomiędzy poszczególnymi spółkami porozumienia w celu wyeliminowania konkurencji z Postępowania oraz utrzymania przez te firmy monopolu na rynku robót górniczych i kopalń w polu Bogdanka, Nadrybie i Stefanów.

Wskazać należy, że w analogiczny sposób zostało ocenione działanie wykonawców przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku wydanym w sprawie KIO 1353/13, gdzie zostało wskazane, że: „zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działania w toku procedury o zamówienie, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji, wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.”

Działanie Wykonawcy, oraz pozostałych konsorcjantów, spowodowało wyeliminowanie możliwości rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami. Jak wskazuje się w piśmiennictwie takie działania firm „nie różnią się od karteli, w ramach których konkurenci rezygnują z rywalizacji i przedstawiają odbiorcom jednolitą ofertę. Niebezpieczeństwo znacznego ograniczenia konkurencji będzie tym większe, im większy będzie udział jego uczestników w rynku. (...).

Konsorcjum związane pomiędzy największymi uczestnikami tego samego rynku. realizującymi zadanie, które nie wymaga daleko idącej/ współpracy między nimi i mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich należy uznać za porozumienie kartelową prowadzące do dotkliwego ograniczenia konkurencji. Jeśli zatem konsorcjum utworzono bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a konsorcjanci mogliby złożyć oferty oddzielnie, mając realną szansę wygrania przetargu, to działanie takie stanowi zakazane porozumienie ograniczające konkurencję.” (A. Zawłocka-Tumo, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych, „Ikar” 2012, 1(4), s. 44-56)

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego, w odniesieniu do każdego zadania, na informatycznych nośnikach danych (USB) przy pismach z dnia 30 kwietnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odpowiedzi na odwołania – pisma zamawiającego z dnia 27 maja 2021 r. w odniesieniu do każdego zadania, Pisma odwołującego z dnia 31 maja 2021 r. stanowiącego replikę na odpowiedź na odwołanie w sprawach o sygn. akt KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21 i KIO 1160/21, wniosków dowodowych z dnia 27 maja 2021 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1147/21, KIO 1148/21 i KIO 1149/21, złożonych przez odwołujących w sprawach KIO 1147/21 , KIO 1148/21 i KIO 1149/21: „Porównania ilości roboczodniówek określonych przez Zamawiającego w harmonogramie przetargowym oraz zleconych przez Zamawiającego w okresie od stycznia do kwietnia 2021 r. – Zadanie 1” (zestawienie tabelaryczne nr 1), „Porównanie ilości roboczodniówek określonych przez Zamawiającego w harmonogramie przetargowym oraz zleconych przez Zamawiającego w okresie od stycznia do kwietnia 2021 r. – Zadanie 3” (zestawienie tabelaryczne nr 2), „Porównanie skumulowanych ilości roboczodniówek określonych przez Zamawiającego w harmonogramie przetargowym oraz zleconych przez Zamawiającego w okresie od stycznia do kwietnia 2021 r. – Zadanie 1 i 3” (zestawienie tabelaryczne nr 3), „Porównanie wartości prac określonych przez Zamawiającego w harmonogramie przetargowym oraz zleconych przez Zamawiającego w okresie od stycznia do kwietnia 2021 r. – Zadanie 1” (zestawienie tabelaryczne nr 4), Opisu do zestawień tabelarycznych nr 1 - 4, złożonych przez zamawiającego na rozprawie: „Przedmiotowe postępowanie – powiązania poszczególnych oferentów” (2 zestawienia tabelaryczne), „Historyczny przebieg postępowań o udzielenie zamówienia na poszczególne zadania”, „Umowy historyczne”, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołań w dniu 16 kwietnia 2021 r. 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): *„Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”* [tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.] wobec wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia 2 listopada 2020 r. oraz tego, że nie zostało ono w 2020 roku zakończone (informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 6 kwietnia 2021 r.), skład orzekający Izby ustalił, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący, których oferty w poszczególnych zadaniach mogłyby zostać wybrane jako najkorzystniejsze w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołań, posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 20, poprzez przyjęcie, iż odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie lub ograniczenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w tym przepisie (KIO 1144/21, KIO 1145/21),

2. art. 24 ust. 1 pkt. 20, poprzez wadliwe przyjęcie, że Grupa Carbon Sp. z o.o., Lider & Partners Sp. z o.o. i PRG Linter S.A. posiadali realną możliwość skutecznego złożenia samodzielnie ważnej oferty w postępowaniu bez konieczności zawiązywania konsorcjum i w konsekwencji błędne uznanie, że poprzez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję (KIO 1145/21, KIO 1145),
- art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami, zwłaszcza że zamawiający nie realizuje dyspozycji przepisu, gdyż rzeczonego faktu nie jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21),
- art. 24 ust. 1 pkt 20, poprzez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy prawidłowo ocenione okoliczności faktyczne sprawy w sposób nie budzący wątpliwości prowadzą do przyjęcia, że:
 1. brak celu w postaci zakłócenia konkurencji,
 2. brak skutku w postaci zakłócenia konkurencji,
 3. brak wykazania przesłanki wykluczeniapotwierdziły się.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Z powyższego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jeżeli:

1. wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
2. zamawiający jest w stanie wykazać, że wykonawca zawarł ww. porozumienie za pomocą stosownych środków dowodowych.

Tytułem uwag wstępnych wskazać należy, że podstawa wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, jak każda inna podstawa wykluczenia, ze względu na swojej konsekwencje (wykluczenia wykonawcy z postępowania znoszące jego szansę na uzyskanie zamówienia) winna być interpretowana ściśle.

W zakresie sposobu rozumienia „*porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji*” z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp podkreślenia wymaga, że ustawa Pzp nie

zawiera definicji legalnej tegoż pojęcia oraz, że inaczej niż w przypadku rozumienia czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), ustawodawca nie odesłał do żadnego innego aktu prawnego w szczególności do art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 275), zawierającego definicję i katalog zakazanych porozumień ograniczających konkurencję (*„1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:*

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;*
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;*
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;*
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;*
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;*
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;*
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny).*

I chociaż zasadnym wydaje się sięgnięcie, choćby pomocniczo, do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w tym do katalogu zakazanych porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 ust. 1 tej ustawy (skoro to ta właśnie ustawa „dedykowana” jest ochronie konkurencji), to nie może umknąć, że powyższe (brak definicji i odesłania w ustawie Pzp) oznacza, że analizując istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp należy badać, w kontekście zawarcia porozumienia, wyłącznie jego cel (a nie także jego skutek, o którym, obok celu, mowa także w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) i – jeśli chodzi o zakłócenie konkurencji – nie na rynku właściwym (jak w art. 6 ust. 1), ale wyłącznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tyle tylko bowiem wynika z literalnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa także, że *Wytyczne OCDE dotyczące zwalczania zmów przetargowych Luty 2009* przewidują kroki, które mogą podjąć zamawiający, aby

promować skuteczniejszą konkurencję wśród oferentów stających do przetargów na zamówienia publiczne i obniżyć ryzyko zmów przetargowych.

Zaliczono do nich rozważenie przez zamawiających zastosowania następujących środków:

- *Należy zapoznać się cechami charakterystycznymi rynku, na którym nabywa się towary lub usługi oraz z ostatnimi działaniami i trendami w danej gałęzi przemysłu, które mogą wpłynąć na konkurencję w przetargu.*
- *Należy ustalić czy rynek, na którym zamierzamy dokonać zakupu posiada cechy sprzyjające zawarciu umowy, której celem jest zmowa przetargowa.*
- *Należy zdobyć informacje na temat potencjalnych nabywców, oferowanych przez nich towarów, proponowanych przez nich cen i kosztów. W miarę możliwości należy również porównać ceny oferowane w przetargu B2B.*
- *Należy zgromadzić informacje na temat ostatnich zmian w zakresie obowiązujących cen. Należy również zdobyć informacje na temat cen obowiązujących w sąsiednich obszarach geograficznych, a także cen produktów alternatywnych.*
- *Należy zgromadzić informacje na temat wcześniejszych przetargów na takie same bądź podobne produkty.*
- *Należy współdziałać z innymi nabywcami sektora publicznego i z klientami, którzy ostatnio nabyli podobne produkty bądź usługi, co pomoże lepiej zrozumieć rynek i jego uczestników.*
- *W przypadku korzystania z usług doradców zewnętrznych, którzy pomagają oszacować ceny lub koszty należy upewnić się, że podpisali oni umowę o poufności.*

W ww. Wytocznych wskazano także, że możliwe jest wzmocnienie skutecznej konkurencji pod warunkiem, że do przetargu staje wystarczająca liczba wiarygodnych oferentów, którzy są zmotywowani by wziąć udział w nim udział, tj. m.in. *należy unikać niepotrzebnych ograniczeń, które mogą zmniejszyć liczbę kompetentnych oferentów. Minimalne wymagania należy określić proporcjonalnie do rozmiarów i przedmiotu kontraktu przetargowego. Nie należy określać minimalnych wymagań, które będą stanowiły przeszkodę, takich jak kontrole wielkości, składu lub charakteru firmy, która może być potencjalnym oferentem.*

Skład orzekający Izby przywołał powyższe zalecenia, uznając, że zamawiający, który wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu winien skonfrontować okoliczności, które kwalifikuje za świadczące o zawarciu przez wykonawców niedozwolonego porozumienia z realiami rynkowymi, na którym funkcjonują ci wykonawcy (nie podejmować czynności wykluczenia w oderwaniu od tych realiów). Skład orzekający Izby takich odniesień

w *Informacji o wykluczeniu* nie odnalazł pomimo, iż w składanych zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawcy się na nie powoływali (specyfika i trudności rynku robót górniczych).

W kontekście zalecenia wzmocnienia skutecznej konkurencji, o czym także mowa w ww. Wytycznych skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający w *Informacji o wykluczeniu* nie poddał ocenie wpływu narzuconego wykonawcom projektu umowy na fakt zawiązania w tym postępowaniu tylu konsorcjów, pomimo iż to ten element był przez wszystkich wykonawców wskazywany jako kluczowy. Zamawiający ograniczył się do swego rodzaju oceny formalnej opracowanego przez siebie projektu umowy, błędnie utożsamiając fakt, że nie wniesiono odwołania wobec treści SIWZ (w szczególności projektu umowy) z „podzieleniem i zaaprobowaniem przyjętej przez Zamawiającego metody realizacji zamówienia” (pkt 17 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2), ignorując liczne próby wykonawców (etap wyjaśnień treści SIWZ) przekonania zamawiającego do zmian.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający nie wykazał, jak wymaga tego przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp („za pomocą stosownych środków dowodowych”), że którykolwiek z wykonawców – odwołujących się konsorcjów zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniu.

„Środki dowodowe” zamawiający zaprezentował w *Informacji o wykluczeniu z postępowania oraz unieważnieniu postępowania* (dalej także *Informacja o wykluczeniu* albo *Informacja*) wobec czego w świetle treści tejże *Informacji* należało ocenić zasadność czynności zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2021 r., polegającej na wykluczeniu wszystkich konsorcjów we wszystkich zadaniach (nie zaś w świetle dodatkowych okoliczności prezentowanych na rozprawie – np. co do powiązań osobowych pomiędzy spółkami).

Dostrzeżenia wymaga, że w toku postępowania zamawiającemu towarzyszyły wątpliwości, co do istnienia podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania z zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp – wskazywał na nie sam zamawiający w wezwaniach do wykonawców: z 11 stycznia 2021 r. [„(...) Zamawiający w toku badania i oceny ofert powziął wątpliwości co do braku istnienia wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20”] oraz w ponowionych wezwaniach do złożenia dodatkowych wyjaśnień z dnia 9 lutego 2021 r. [„(...) Zamawiający nadal posiada wątpliwości czy złożenie oferty w postępowaniu przez Wykonawcę w ramach konsorcjum (...) firm nie narusza dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 20”].

W *Informacji o wykluczeniu* zamawiający stwierdził, że „po dokonaniu szczegółowej analizy złożonych wyjaśnień doszedł do przekonania, że działanie Wykonawcy, jak i podmiotów biorących udział w poszczególnych częściach Postępowania, nosi znamiona tzw. zmowy przetargowej” (pkt 9 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2) oraz, że „Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazywały (...) konkretnych i rzeczywistych okoliczności, które utwierdziłyby Zamawiającego w przekonaniu, że poszczególne spółki były zmuszone do złożenia wspólnych ofert w Postępowaniu. Wyjaśnienia bazowały na ogólnych stwierdzeniach, wyliczeniach historycznych (bez wskazywania ich źródeł) oraz sprowadzały się do zakwestionowania przyjętego przez Zamawiającego sposobu realizacji inwestycji.” (pkt 10 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2).

Uwzględniając wprost wyartykułowany przez zamawiającego stan wątpliwości tak na etapie pierwszych, jak i dodatkowych wezwań wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz ocenę zamawiającego, już po uzyskaniu wyjaśnień, że okoliczności wskazane w wyjaśnieniach nie były ani „konkretne”, ani „rzeczywiste”, uznać należy, że zamawiający wykluczył wykonawców pozostając w stanie wątpliwości. Skoro bowiem zamawiający, jak twierdzi, nie dysponował żadnymi „konkretnymi” i „rzeczywistymi” okolicznościami, to nie mógł rozwiązać istniejących od początku wątpliwości.

Podkreślić przy tym także należy, że zamawiający nie wyjawiał co doprowadziło go do wniosku, że wyjaśnienia wykonawców nie są „konkretne” i nie są „rzeczywiste”. Zamawiający nie odniósł się do treści składanych dwukrotnie przez wykonawców wyjaśnień (ani zbiorczo, ani do poszczególnych zadań), nie podał także, które z pytań ujętych przez zamawiającego w ramach pierwszego wezwania którykolwiek z wykonawców pozostawił bez odpowiedzi.

Zaskakuje tym samym oświadczenie zamawiającego, że „Złożone (...) wyjaśnienia (...) utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, że (...)” (pkt 10 zdanie pierwsze) – o żadnych przekonaniach nie ma mowy we wcześniejszych pismach zamawiającego (jedynie o wątpliwościach).

Uzupełniająco wskazać należy, że zamawiający bezpodstawnie zastosował przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wzywając wykonawców do wyjaśnień pismem z dnia 11 stycznia 2021 r.

Zamawiający nie wskazał jakież to oświadczenie lub dokument, które wykonawca winien – jako niezbędny – złożyć, wymaga złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnień.

Nie znajduje także umocowania w przepisach ustawy Pzp wskazany przez zamawiającego (wezwanie z 9 lutego 2020 r.) rygor wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w przypadku „złożenia ogólnikowych lub wymijających wyjaśnień”.

Nasuwa się raczej wniosek, że zamawiający, nie dysponując *stosownymi środkami dowodowymi* starał się pozyskać „obciążające wykonawców” informacje od nich samych, aby na ich podstawie zbudować uzasadnienie czynności wykluczenia wykonawców.

Przypomnienia wymaga, że wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca nie ma obowiązku takie wyjaśnienia składać, tym bardziej gdy w istocie nie są to wyjaśnienia, ale zupełnie nowe informacje, których podania w ofercie zamawiający nie wymagał (np. co do liczby pracowników, jakimi dysponują poszczególni członkowie konsorcjum). I choć praktyka zamówień publicznych wskazuje, że wykonawcy odpowiadają na oczekiwania zamawiającego i składają wyjaśnienia, zakładając, że pomogą one zamawiającemu w zrozumieniu ich oferty (sensu largo) to brak reakcji wykonawcy na wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkuje tym jedynie, że zamawiający musi ocenić ofertę „bez udziału” wykonawcy.

W tym kontekście wykluczenie wykonawców (których wyjaśnienia – wedle zamawiającego – nie wskazywały konkretnych i rzeczywistych okoliczności) jawi się jako swego rodzaju sankcja za nie udzielenie wyjaśnień.

Nawiązując do stwierdzenia zamawiającego, że *„Nie przekonują go również wyjaśnienia Wykonawcy (...)”* (pkt 16 Informacji – *odnośnie do zadania nr 1 i 2*) oraz *„Wykonawca nie wyjaśnił i nie wskazał jaka ilość i zakres poszczególnych osób dedykowanych do realizacji zamówienia będzie zapewniana przez poszczególnych konsorcjantów”* (pkt 18 Informacji – *odnośnie do zadania nr 1 i 2*) poczynić należy ogólną uwagę, że na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp to nie wykonawcy mają obowiązek „oczyścić się z podejrzania zamawiającego”, że nie zawarli antykonkurencyjnego porozumienia (czego oczekiwał zamawiający), ale to zamawiający ma obowiązek, wykluczając wykonawcę, wykazać istnienia ku temu podstaw (*za pomocą stosownych środków dowodowych*).

O ile podzielić należy stanowisko zamawiającego co do konieczności rozróżnienia warunków udziału w postępowaniu od zasobów wykonawcy/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) pozwalających na realizację zamówienia oraz co do tego, że fakt, że lider konsorcjum (partner konsorcjum) spełnia warunki udziału w postępowaniu oznacza możliwość samodzielnego złożenia przez niego oferty, o tyle podnieść należy, że utożsamienia spełniania warunków udziału w postępowaniu z możliwością realizacji zamówienia nie jest zasadne, ponieważ ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym w rzeczywistości mogą nie być wystarczające do wykonania zamówienia. Potwierdził to zresztą zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie – *Samo spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie*

świadczy jeszcze oczywiście o tym, że dany wykonawca jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Wykonawca taki musi mieć bowiem wystarczające wolne zasoby umożliwiające realizację danego zamówienia, a określone w postępowaniu o udzielenie zamówienia warunki udziału w postępowaniu, zazwyczaj ograniczają się do zbadania dysponowania przez wykonawców podstawowymi zasobami umożliwiającymi realizacją zamówienia np. dysponowanie kluczowym personelem. W Informacji o wykluczeniu próżno jednak szukać odniesienia się do tego istotnego aspektu. Przeciwnie zamawiający eksponował jedynie, jako decydującą, możliwość złożenia oferty przez wykonawcę, który samodzielnie spełnia ustanowione w postępowaniu warunki minimalne.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wykazał [abstrahując od oceny, czy rzeczywiście, jak twierdzi, liderzy konsorcjów (i niektórzy partnerzy) samodzielnie spełniali warunki udziału w postępowaniu], że ustanowione przez niego minimalne warunki udziału w postępowaniu w szczególności w odniesieniu do potencjału kadrowego są wystarczające do realizacji zamówienia przez lidera, a tylko w takim przypadku zasadnym byłoby przyjęcie, że minimalne zasoby osobowe z warunku udziału w postępowaniu są jednocześnie wystarczającymi zasobami osobowymi do realizacji zamówienia.

Odwołujący natomiast w składanych zamawiającemu wyjaśnieniach wskazywali na okoliczności, które przesądzają o tym, że realizacja zamówienia wymaga sięgnięcia po zasoby osobowe dalece wykraczające poza wskazane przez zamawiającego w warunku minimum. Jak trafnie, wobec brzmienia postanowień umownych (przede wszystkim: § 1 ust. 1, 5-8, § 5 ust. 10 i 11, § 8 ust. 6) wskazywał jeden z odwołujących „(...) analiza zapisów umownych (jednostronnie ukształtowanych przez Zamawiającego) pozwala na stwierdzenie, że Wykonawca na mocy zawartej umowy zostanie zobowiązany do wykonania robót nie znając: miejsca, czasu, zakresu, przedmiotu i rozłożenia miesięcznego, ani też samego czasu trwania umowy” (str. 20 trzeci akapit odwołania KIO 1144/21 i KIO 1145/21).

Wszyscy wykonawcy w składanych wyjaśnieniach wskazywali zasadniczo te same okoliczności determinujące zawiązanie konsorcjum – wskazywali na niekorzystne z ich perspektywy postanowienia umowne i postanowienia SIWZ, wymagające „rozproszenia ryzyka” między uczestnikami konsorcjum, dotychczasową, akceptowaną przez zamawiającego praktykę składania ofert przez konsorcja, czy nieprzewidywalność na etapie realizacji zamówienia wynikającą z utrzymującym się stanem epidemii wywołanej wirusem Sars-CoV-2.

Zaprzeczeniem obowiązku i istoty ustanowienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pełnomocnika (art. 23 ust. 2 ustawy Pzp) jest argument zamawiającego (mający stanowić okoliczność wskazującą na zawarcie

niedozwolonego porozumienia), że lider konsorcjum był odpowiedzialny za samodzielne skompletowanie oraz złożenie oferty w postępowaniu. Pomijając nawet, że okoliczności tej zamawiający nie wykazał, podnieść przede wszystkim należy, że zamawiający poprzestał na formalnym uproszczeniu, że wskazanie w ofercie, że wykonawcy opierają się na zasobach lidera konsorcjum oraz „techniczne” złożenie oferty oznacza brak udziału pozostałych partnerów konsorcjum w skompletowaniu i złożeniu oferty.

Nawiązując do przytoczonego przez zamawiającego w *Informacji* (pkt 15 – odnośnie do zadania nr 1 i 2) fragmentu publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Świadomość ryzyka korupcji i zmywy przetargowej w zamówieniach publicznych (Warszawa 2018, s. 84) – *„Zawieranie konsorcjów jest uznawane za nielegalne, jeżeli każda ze stron takiej współpracy mogłaby działać niezależnie w przetargu i jego wykonaniu bez dodatkowych kosztów (...).”* skład orzekający Izby wskazuje, że za nielegalne uznawane jest zawiązywanie takich konsorcjów, których strony mogłyby nie tylko samodzielnie działać „w przetargu”, ale jednocześnie („i”) mogłyby niezależnie wykonać zamówienie. Wskazaną, istotną okoliczność zamawiający całkowicie pominął, konsekwentnie ignorując wskazywane przez wykonawców w wyjaśnieniach okoliczności (przeszkody) dotyczące etapu realizacji zamówienia.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że nie przekonują go wyjaśnienia, że *celem złożenia oferty wspólnej było „rozproszenie ryzyka”* (pomijając aspekt obowiązku wykonawców przekonania zamawiającego, o czym była już mowa powyżej), co zamawiający zaprezentował w kontekście tego, że żaden wykonawca nie złożył odwołania wobec opracowanego przez siebie projektu umowy [*żaden z konsorcjantów nie kwestionował zapisów Umowy np. w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej co należy pochylić za podzielenie i zaaprobowanie przyjętej przez Zamawiającego metody realizacji zamówienia* (pkt 17 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2)] wskazać należy, że argument ten opiera się na błędnym założeniu, że brak odwołania oznacza akceptację projektu umowy (i ujętej tam „metody realizacji zamówienia”).

Po pierwsze, złożenie odwołania stanowi jedynie uprawnienia wykonawcy. Z faktem, że wykonawca nie korzysta z prawa do wniesienia odwołania ustawa Pzp nie wiąże żadnego domniemania.

Po wtóre, fakt, że nie złożono odwołania może wynikać z przyczyn „pozamerytorycznych”, formalnych (np. „przegapienie” terminu na wniesienie odwołania związane z błędnym liczeniem terminu na jego wniesienie). Instytucją, z której skorzystać może wykonawca jest zadawanie pytań w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, o czym skład orzekający Izby wspominał już w niniejszym orzeczeniu. Jak wynika z przebiegu postępowania odwołujący z możliwości

zadawania pytań korzystali. Pytania były liczne i odnosiły się właśnie do etapu realizacji zamówienia, etapu po zawarciu umowy. Wykonawcy zwracali uwagę na niedookreślony sposób organizacji pracy oraz niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia co do zakresu rzeczowego poszczególnych zadań. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, że zamawiający skutecznie ignorował wszelkie sugestie i nie udzielił konkretnych odpowiedzi. Z tego faktu zaś wynika, że zamawiający sam przyczynił się do skutku w postaci konieczności zawiązania licznych osobowo konsorcjów, tak by ryzyko niewykonania zobowiązania umownego zminimalizować.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, użytego w kontekście wyjaśnień wykonawców, że wielość konsorcjantów pozwoli na rozłożenie kosztów wynagrodzenia pracowników (przy niewiadomym poziomie wykorzystania tych pracowników na potrzeby zamawiającego) na kilka podmiotów (pkt 19 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2), że *nie tylko koszt będą rozkładać się pomiędzy poszczególne podmioty, ale i zysk wygenerowany z tytułu realizacji zamówienia*, skład orzekający Izby zauważa, że należy tutaj przeciwstawić (wskazywany przez wykonawców) nie do udźwignięcia przez poszczególnych konsorcjantów ciężar ponoszenia kosztów pracowniczych na potrzeby realizacji tego zamówienia, z którym w tym przypadku wiązać należy nie mniejszy zysk, ale wręcz straty z wskazywanym przez zamawiającego mniejszym zyskiem. Nie sposób przyjąć, że w takich okolicznościach (samodzielnej realizacji zamówienia i ponoszenia kosztów pracowniczych) wykonawca realizowałby zamówienie zgodnie z warunkami umowy. Warto w tym zakresie sięgnąć do wyjaśnień konsorcjum (zadanie nr 1) – *przedstawione powyżej zapisy wzoru umowy oraz treść przyszłego stosunku prawnego wymaga od Wykonawcy pozostawania w ciągłej gotowości do posiadania i ewentualnego udostępnienia określonej grupy pracowników bez gwarancji, że pracownicy ci zostaną skierowani do prac na rzecz Zamawiającego. Tym samym koszty powstają po stronie Wykonawcy, niezależnie od faktu, czy potencjał Wykonawcy wygeneruje przychód. Nawet jeśli przychód z potencjału Wykonawcy zostanie wygenerowany to pozostaje on w ciągłej niepewności co do jego wysokości. Dalsza treść projektu umowy jedynie wzmacnia niepewność kontraktową Wykonawcy oraz związane z tym ryzyka.*

W ocenie składu orzekającego Izby, w nawiązaniu do stwierdzenia zamawiającego o ogólnym założeniu wykonawcy, że konsorcja składające oferty na poszczególne zadania uzyskają możliwość realizacji każdego z zadań (pkt 20 *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2), poczynione przez wykonawców założenie jest założeniem naturalnym w postępowaniu dopuszczającym składanie ofert częściowych, mieszczącym się w ramach ryzyka wykonawców. Przypomnienia wymaga, że składanie przez wykonawców ofert wspólnych nie

doznaje w przepisach o zamówieniach publicznych ograniczeń w szczególności ze względu na możliwość składania przez konsorcja ofert na wszystkie objęte zamówieniem zadania (części). Ograniczeń w tym zakresie nie przewidział także zamawiający w SIWZ.

Odnosząc się do możliwości/braku możliwości złożenia w tym postępowaniu ofert przez innego/innych wykonawcę/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podnieść należy, że ich udział zakładał sam zamawiający, pisząc *w sytuacji, w której część zadań zostałaby powierzona innemu podmiotowi – spoza kręgu wyżej wskazanych wykonawców – przyjęta przez Wykonawcę metodologia zarządzania realizacją zamówienia stawałaby się fikcją* (pkt 22 Informacji – odnośnie do zadania 1 i 2). Nie można także nie dostrzec, że przedmiotowe zamówienie było adresowane nie tylko do wykonawców polskich, ale do rynku wykonawców europejskich (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

Co więcej, zamawiający nie odniósł się do możliwości złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu przez inne jeszcze podmioty krajowe wskazywane przez wykonawców (RG „Bogdanka”, Korporacja Gwarecka S.A., Kobud S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Gwarek”, Minuyor Sp. z o.o., Trans-Jan Sp. z o.o., Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o.o.), które składały oferty w organizowanych przez tego zamawiającego (jak i innych) postępowaniach (przykłady takich postępowań wskazali odwołujący w sprawach KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159 i KIO 1160/21).

Dziwi wyrażone w Odpowiedzi na odwołanie oczekiwanie zamawiającego, aby wykonawcy nie zawiązywali konsorcjum, ponieważ *nie jest jedynym instrumentem dającym możliwość (...) na złożenie oferty, a następnie należyte wykonanie zamówienia. (...) dany podmiot ma możliwość skorzystania z takich instytucji, jak poleganie na zasobach podmiotu trzeciego (...), czy możliwość zaangażowania w realizację zamówienia podwykonawców.*

Abstrahując od oceny realności możliwości skorzystania w przedmiotowym postępowaniu z podwykonawców ze względu na postanowienia projektu umowy, dostrzec należy, że przepisy w szczególności o zamówieniach publicznych nie przewidują kolejności sięgania przez wykonawców, przy podejmowaniu decyzji o tym czy samodzielnie czy nie złożą ofertę, do dopuszczonych prawem instrumentów.

Za nietrafny uznał skład orzekający Izby argument zamawiającego jakoby o zawiązaniu niedozwolonego porozumienia świadczyć miała tożsama treść (i wygląd) składanych przez poszczególne konsorcja dokumentów (umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa). W tym przypadku bowiem chodzi o dokumenty składane przez

współpracujące ze sobą od lat podmioty gospodarcze, i to temu zamawiającemu, które były przyjmowane przez zamawiającego bez zastrzeżeń, dając tym samym wykonawcom pewność co do ich poprawności.

Nie można także w ocenie składu orzekającego Izby przyjmować (jak czyni to zamawiający), że złożenie przez poszczególne konsorcja dokumentów podmiotowych wraz z ofertą stanowi potwierdzenie wspólnego przygotowywania ofert przez te konsorcja, ponieważ powody złożenia dokumentów podmiotowych już wraz z ofertą mogą być zupełnie inne jak choćby chęć przyspieszenia rozstrzygnięcia postępowania i uzyskanie zamówienia (w danym zadaniu).

Nie sposób nadto przyjąć, że *„o tym, iż wykonawcy działali w porozumieniu świadczy także fakt, że składane przez nich wyjaśnienia w zakresie przyczyn, dla których zdecydowano się złożyć ofertę w ramach konsorcjum, opierają się na tej samej argumentacji (formułowanie zarzutów względem postanowień wzoru umowy, powoływanie się na brak określenia przez Zamawiającego precyzyjnie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości wymaganego personelu, ryzyko zwiększenia lub zmniejszenia przedmiotu zamówienia, konieczność rozproszenia ryzyka etc.)* [pkt 28 lit. c *Informacji* – odnośnie do zadania nr 1 i 2).

Po pierwsze, sam zamawiający, zadając poszczególnym liderom konsorcjów w wezwaniu z 11 stycznia 2021 r. szereg tożsamyh pytań (podobnie w ponowionym wezwaniu z 9 lutego 2011 r.), zawęził „pole wyjaśnień”.

Po wtóre, treść wyjaśnień zdeterminowana jest tym samym opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami co do realizacji zamówienia (projekt umowy).

Po trzecie, członkowie poszczególnych konsorcjów stają od wielu lat w organizowanych przez tego zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niejednokrotnie je wygrywając, gromadząc przez to podobne doświadczenia, w tym w szczególności co do „problematicznych pól współpracy”.

Po czwarte, uwarunkowania funkcjonowania na rynku robót górniczych i usług w kopalni są wspólne.

Po piąte, wszyscy muszą stawiać czoło występującemu wciąż stanowi epidemii.

Zamawiający, zdaje się oczekiwać „formalnej fantazji i finezji” w wyjaśnieniach poszczególnych liderów konsorcjów, nie bacząc na źródło podobieństw w treści wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy przyznać rację odwołującym (KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21), którzy w odwołaniach stwierdzili, że *z przedstawionej przez zamawiającego tabeli nie wynika nic więcej poza listą podmiotów, które wybierając formułę wspólnego złożenia oferty, uczyniły to dla poszczególnych zadań.*

Nie można zatem podzielić stanowiska zamawiającego, że całokształt okoliczności sprawy pozwala na wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji – zмовы przetargowej. Okoliczności te zamawiający interpretował w sposób niekorzystny dla odwołujących, przyjmując wielokrotnie jedną z możliwości ich oceny, odrzucając, bez argumentacji, inne.

Zamawiający nie przypisał także wystarczającego znaczenia wpływowi na krąg wykonawców sposobowi w jaki opisał przedmiot zamówienia i wymaganiom, jakie narzucił wykonawcom w opracowanej przez siebie dokumentacji przetargowej.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ważną ofertę złożył odwołujący, wobec którego nie istniały podstawy do wykluczenia z przetargu (KIO 1144/21, KIO 1145/21),
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego jest ważna, zgodna z wymaganiami zamawiającego oraz ustawy Pzp i nie ma podstaw do twierdzenia zamawiającego o braku ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu (KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21),
- art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez jego bezzasadne zastosowanie i unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w wyniku wadliwie podjętej decyzji o wykluczeniu wszystkich wykonawców biorących udział we wszystkich częściach postępowania, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia żadnego z wykonawców, a w konsekwencji oferty na wszystkie części zamówienia zostały złożone i nie ma podstaw do unieważnienia postępowania

potwierdziły się.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu*”.

Wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że potwierdził się także i ten zarzut. Skoro bowiem wykluczenie odwołujących było bezpodstawne, to zamawiający dysponuje w każdym z zadań jedną ofertą, co z czyni unieważnienia na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 niezasadnym.

Zarzuty dotyczące naruszenie:

- art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (KIO 1144/21, KIO 1145/21),
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (KIO 1147/21, KIO 1148/21, KIO 1149/21),
- art. 91 ust. 1, poprzez jego bezzasadne niezastosowanie i niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w celu udzielenia mu zamówienia podczas, gdy oferta ta była najkorzystniejsza przy uwzględnieniu przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert

nie potwierdziły się.

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

Ocenie poddaje się oferty niepodlegających wykluczeniu wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

O ile zarzut niezasadnego wykluczenia odwołujących z udziału w postępowaniu potwierdził się, o tyle nie można automatycznie przyjąć, że oferty każdego z odwołujących są zgodne z treścią SIWZ i mogą zostać poddana ocenie z zastosowaniem przewidzianego w tym postępowaniu (jako jedyne) kryterium ceny. Zamawiający nie dokonał oceny zgodności treści ofert odwołujących z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie można przypisać zamawiającemu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i nakazać zamawiającemu, jak żądają odwołujący, wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej w danym zadaniu.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności (KIO 1144/21, KIO 1148/21, KIO 1149/50),
- art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego oraz bezpodstawnym w tych okolicznościach unieważnieniu postępowania, a w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą (KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21)

potwierdziły się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp wykluczył odwołujących z udziału w postępowaniu skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził z tym wszakże zastrzeżeniem, że naruszenie to nie rozciąga się na zaniechania uznania ofert odwołujących za najkorzystniejsze z przyczyn wskazanych w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne, dwukrotne wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń i dokumentów, podczas gdy zamawiający nie jest uprawniony do wielokrotnego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień względem tych samych okoliczności (KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160) jako spóźniony nie mógł zostać poddany ocenie składu orzekającego Izby.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień pismami z dnia 11 stycznia 2021 r. i 9 lutego 2021 r.

Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołanie wobec tych czynności, stosując właściwy w tym przypadku przepis art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, upłynął odpowiednio 21 stycznia i 19 lutego 2021 r. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z treścią wezwania, uważał, że samo wezwanie jest niezasadne to winien był we wskazanym terminie złożyć odwołanie.

Złożenie odwołania wobec tych czynności dopiero 16 kwietnia 2021 r. oznacza, że zarzut jest spóźniony i, choć odrzuceniu nie podlega odwołanie, taki zarzut nie podlega rozpoznaniu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz sporządzenie przez zamawiającego niepełnego i ogólnikowego uzasadnienia czynności w odniesieniu do wykazania przesłanek wykluczenia odwołującego, w szczególności w zakresie dowodów, na jakich zamawiający oparł się statuując twierdzenie o zawarciu tzw. umowy przetargowej (KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21) nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeniu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Nie ulega wątpliwości, że przekazywane przez zamawiającego informacje mają pozwolić wykonawcy na poznanie argumentów zamawiającego (natury faktycznej i prawnej), które przesądziły o podjęciu przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Mają także umożliwić wykonawcy wniesienie odwołania.

Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu stwierdził, że „wobec treści informacji o wykluczeniu z postępowania oraz unieważnieniu postępowaniu nie sposób uznać, by Zamawiający sprostą obowiązkowi wykazania istnienia zmowy przetargowej, tym bardziej, że zobowiązany jest on do zgromadzenia stosownych środków dowodowych, które potwierdziłyby jej wystąpienie. Tymczasem, z treści wyżej wskazanych informacji nie można wiarygodnie ocenić, jakie przesłanki miałyby przesądzić o wystąpieniu zmowy przetargowej.”

Powyższa treść uzasadnienia zarzutu wyraźnie wskazuje, że w istocie odwołujący nie zarzuca zamawiającemu braku przedstawienia okoliczności faktycznych i prawnych wykluczenia, ale zarzuca zamawiającemu, że niezasadnie wykluczył go z udziału w postępowaniu. Innymi słowy, odwołujący zna okoliczności faktyczne i prawne czynności zamawiającego, ale się z nimi nie zgadza. Potwierdza to sformułowanie przez odwołującego zarzutu wykluczenia go przez zamawiającego z udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp i zaprezentowanie adekwatnej argumentacji, co nie czyni jednak zarzut przedstawienia niepełnego uzasadnienia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu zasadnym. Zważywszy na okoliczność, że odwołujący szeroko w odwołaniu polemizuje z argumentacją zamawiającego przedstawioną w *Informacji o wykluczeniu*, trudno byłoby uznać, że ma ona niepełny o ogólnikowy charakter.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń (KIO 1144/21, KIO 1145/21),
- art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący uczestniczył w uzgadnianiu warunków składanych ofert, czy też uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu antykonkurencyjnym w rozumieniu powyższego przepisu, podczas gdy zamawiający nie wykazał stosownymi środkami dowodowymi zasadności swoich twierdzeń (KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21),
- art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21, KIO 1160/21)

skład orzekający nie mógł poddać rozpoznaniu.

Zgodnie z przepisem art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza właściwa jest do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp *„Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”*.

Ustawa, o której mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp to wyłącznie ustawa Prawo zamówień publicznych (użycie „ustawa” w obrębie aktu prawnego bez dalszego wskazania oznacza, że chodzi o ustawę Prawo zamówień publicznych).

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że skład orzekający Izby nie jest właściwy do rozpoznania zarzutu odwołania przypisującego zamawiającemu niezgodność czynności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji z konsumentów, czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co zaś do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp skład orzekający Izby wypowiedział się w niniejszym orzeczeniu.

Skład orzekający Izby, ze względu na tożsamość zarzutów i argumentacji w odwołaniach: KIO 1144/21 i KIO 1145/21 (I grupa), w odwołaniach: KIO 1147/21, KIO 1148/21 i KIO 1149/21 (II grupa), a także w odwołaniach: KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159/21 i KIO 1160/21 (III grupa) przyznał koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr w odniesieniu do każdej z trzech grup spraw, adekwatnie do nakładów pracy w tych sprawach.

Skład orzekający Izby odstąpił od przyznania kosztów zastępstwa procesowego zamawiającemu w związku z oceną, że kluczowe dla uznania zasadności odwołań było potwierdzenie się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp (zarzut główny, kluczowy), natomiast wagę i rodzaj pozostałych zarzutów skład orzekający Izby uznał za sformułowane w związku z główną czynnością zamawiającego, tj. wykluczenia odwołujących (przedmiot sporu).

Skład orzekający Izby nie zasądził od zamawiającego na rzecz odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 1157/21, KIO 1158/21, KIO 1159 i KIO 1160/21 kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ, wbrew zapowiedzi z odwołań, do zamknięcia rozprawy nie złożono wykazu kosztów. Nie złożono także żadnych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b), a także § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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:

Członkowie:

.....