

WYROK
z dnia 7 CZERWCA 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2021r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: Węglokoks Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 29, Linter Mining Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim, ul. 1 Maja 16F i Linter Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1194/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki**

cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2 i :

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2** na rzecz zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1** kwotę 4 688 zł 71 gr (słownie: cztery tysiące sześćset osiemdziesiąt osiem złotych siedemdziesiąt jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów wydatków pełnomocnika, dojazdu i opłaty skarbowej.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę odstaw głównych dla JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” – Nr postępowania: 51/P/20, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr SS 225 554698-2020 PL w dniu 18 listopada 2020 roku.

W dniu 8 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i o odrzuceniu ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. W tym samym dniu zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum firm: Węglkokoks Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 29, Linter Mining Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim, ul. 1 Maja 16F i Linter Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G do złożenia dokumentów informując także o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. zostało nadane, a w dniu 21 kwietnia 2021 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie MGM Mining &Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Szopieniecka 58, Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, ul. Staszica 1, K. R. – M. i P. M. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Deltamet Spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze, ul. Pokoju 27 i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wrońska 2. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 kwietnia 2021 r. udzielonego przez prokurenta samodzielnego MGM Mining&Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, działającego jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia na podstawie pełnomocnictw z dnia 14 grudnia 2020 r.(pełnomocnictwo MGM Mi-

ning&Contruction udzielone przez prokurenta samoistnego), 30 listopada 2020 r. (PRS „Wschód SA udzielone przez prezesa i wiceprezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS) i z dnia 11 grudnia 2020 r. (Carbon sp. z o.o. udzielone przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS).

W dniu 26 kwietnia 2021 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał do usunięcia braków formalnych odwołania pismem nr UZP/BO/LZ/9230/10832/21.

W dniu 28 kwietnia 2021r. pani K. R. będąca prokurentem samoistnym MGM Mining & Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożyła dwa pełnomocnictwa:

1. Pełnomocnictwo wykonawców działających w formie spółki cywilnej Deltamet K. R. i P. M. z siedzibą w Zabrze upoważniające K. R.-M. do samodzielnego reprezentowania spółki cywilnej udzielone przez P. M. w dniu 30 grudnia 2020r. – podpis odręczny i opatrzone podpisem elektronicznym przez K. R. – M.
2. Pełnomocnictwo konsorcjalne udzielone MGM Mining&Contruction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach przez Carbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie, Deltamet spółka cywilna K. R., P. M. z siedzibą w Zabrze i Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych Wschód Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie. Pełnomocnictwo to nie zawiera podpisów własnoręcznych i opatrzone jest wyłącznie podpisem elektronicznym złożonym przez K. R.-M. .

Tym samym Izba stwierdziła, że nastąpiło skuteczne uzupełnienie braków formalnych odwołania.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 kwietnia 2021 r. Wpis w prawidłowej wysokości został uiszczony.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 92 pkt 1 ustawy na skutek bezzasadnego wykluczenia odwołującego się jakoby nie wykazał przesłanki udziału w postępowaniu posiadania dolności technicznych, podczas gdy wnikliwa i obiektywna ocena złożonej oferty i dokumentów odwołującego dla wykazania posiadania zdolności technicznych do wykonania zamówienia, prowadzi do wniosku przeciwnego, iż odwołujący wykazał posiadanie wymaganych zdolności technicznych wykonania zamówienia, a tym samym nie powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta jako najkorzystniejsza winna być wybrana
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 92 pkt 1 ustawy na skutek odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu jakby podlegał on wykluczeniu z postępowania, podczas gdy wnikliwa i obiektywna ocena złożonej oferty i dokumentów odwołującego dla wykazania posiadania zdolności technicznych do wykonania zamówienia, prowadzi do wniosku przeciwnego, iż odwołujący wykazał posiadanie wymaganych zdolności

technicznych wykonania zamówienia , a tym samym nie powinien być wykluczony z postępowania , a jego oferta nie powinna być lecz jako najkorzystniejsza winna być wybrana

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz
2. unieważnienia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego się ;
3. nakazanie zamawiającemu prowadzenie dalszych czynności w postępowaniu z udziałem odwołującego przez dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu, bądź załączonych do niniejszego odwołania
5. przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego nr 51/P/20 na obsługę odstawy głównej dla JSW SA KWK Knurów-Szczygłowice , i w tym celu zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia rzeczowej dokumentacji do Krajowej Izby Odwoławczej .,
6. a w szczególności przeprowadzenie dowodów wyspecyfikowanych w załączniku nr 5 do niniejszego odwołania.
7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm prawem przepisanych lub na podstawie złożonego rachunku.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ wadliwe czynności zamawiającego prowadzące do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a w takim przypadku zamiast najkorzystniejszej oferty wybrana była oferta mniej korzystna dla zamawiającego , wybrana z naruszeniem przepisów ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy) .

Odwołujący wskazał, że gdyby nie wadliwe czynności zamawiającego uzyskałby on przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie są najkorzystniejsze , skoro zgodnie z warunkami zastrzeżonym w SI WZ o przeprowadzeniu jednorazowej aukcji elektronicznej, złożona przez odwołującego oferta cenowa była najkorzystniejsza dla zamawiającego, gdyż była najniższą ceną ofertową i była poniżej wartości, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia publicznego.

Na skutek bezprawne czynności zamawiającego poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo, że odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę i spełnił wszystkie przesłanki do udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy), oraz nie zaszła wobec odwołującego żadna z przesłanek negatywnych zapisanych w art. 24 ust. 1 pkt 13- 24 ustawy.

W dniu 16 grudnia 2020 r nastąpiło otwarcie ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Do chwili upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty .

W warunkach przetargu (pkt 17 SIWZ) zastrzeżono przeprowadzenie jednoetapowej zniżkowej aukcji elektronicznej jeżeli do przetargu złożone zostały co najmniej 2 oferty. Taka aukcja została przeprowadzona.

Zamawiający w dniu 13 stycznia 2021 r zawiadomił odwołującego o wynikach aukcji, podając, że najniższą cenę w aukcji, którą zaoferował odwołujący oferując cenę w kwocie 51 992 592 zł , natomiast drugi uczestnik aukcji wykonawca w składzie : Węgłokoks SA (pełnomocnik) , Linter Mining Spółka zoo ,(członek) , Linter SA (członek) , zaoferował cenę wyższą tj., 52 063 317 zł .

W dniu 14 stycznia 2021 r odwołujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia do dnia 26.01. 2021 r dokumentów wskazanych w pkt 10 i 11 SIWZ

Odwołujący w określonym terminie złożył zamawiającemu dokumenty wskazane w pkt 10 i 11 SIWZ , tj., że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 pkt 13- 23 oraz ,że spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 12 tj., że :

1 .Spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzone posiadaniem doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie , usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację , w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000 zł netto w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000 zł netto(pkt 6. 5 SIWZ), oraz :

2.. Spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej potwierdzonej dysponowaniem osobami niebędącymi pracownikami zamawiającego o odpowiedniej ilości i kwalifikacjach opisanych szczegółowo w pkt 6. 6 . 1 I 6.6.2 SIWZ (pkt 6. 6 SIWZ) , w tym min w zakresie wykazania zdolności technicznych wykonawca nr 1 przedłożył : załącznik nr 3 do SIWZ Wykaz usług, referencje oraz protokoły odbioru usług (robot).

Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie związania i wadium do dnia 14 kwietnia 2021 r
Zamawiający w dniu 10 lutego 2021r wezwał odwołującego do złożenia w terminie do dnia 18 marca 2021r wyjaśnień w zakresie oceny zdolności technicznych odwołującego , a odwołujący w określonym terminie przedłożył wyjaśnienia, skorygowany Wykaz usług powiększony o kolejne wykazane wykonane usługi potwierdzające posiadanie przez odwołującego zdolności technicznych (pkt 6 i 7 Wykaz usług) w postaci wykonanych usług obsługi i konserwacji , w tym energomaszynowej przenośników taśmowych o wartości powyżej 5 000 000 zł i łącznej wartości przewyższającej 10 0000 000 zł (Wykaz usług Załącznik nr 3 do SIWZ) a także referencję dla wykazania, że spełnia kryterium dopuszczenia do udziału w przetargu w zakresie zdolności technicznych , o jakich mowa w pkt 6. 5 SIWZ

Zamawiający w dniu 11 marca 2021r zwrócił się do Odwołującego o złożenie w terminie do dnia 18 marca 2021r wyjaśnień do pkt 6 i 7 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ , a odwołujący przedłożył wyjaśnienia

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2021 r, odwołujący przedłużył związanie ofertą do dnia 14 czerwca 2021 r oraz przedłużył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 14.06. 2021 r.

W dniu 10 kwietnia 2021 r odwołujący został poinformowany przez zamawiającego, że działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 UPZP :

1. wyklucza odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, ze względu na fakt ,że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej określonego w pkt. 6. 5 SIWZ oraz, że
2. odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował art. 91 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy dokonując wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 z tego powodu jakoby odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o jakim mowa pkt 6. 5 SIWZ posiadaniem zdolności technicznych , gdyż wnikliwa i obiektywna ocena przedłożonych przez odwołującego dokumentów w postaci Załącznika nr 3 do SIWZ - Wykazu usług, wszystkich referencji , a także dokumentów postaci protokołów odbioru u usług (robót), prowadzą do wniosku przeciwnego.

Odwołujący w ramach zdolności technicznych wskazał :

1. Wykonanie obsługi i konserwacji przerośników o wartości 13 319 700 zł (Lp 1 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel Bogdanka SA,
2. Wykonanie obsługi i konserwacji przerośników o wartości 2 361 190 zł (Lp 2 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel Bogdanka SA
3. Wykonanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziale GRP 1 , w tym obsługa i konserwacja przerośników o wartości 2 955 045, 60 zł (Lp 3 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel Bogdanka SA,
4. Wykonanie wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1 w JSW SA KWK Knurów Szczygłowice, w tym obsługa i konserwacja przerośników o wartości 15 850 000 zł, gdzie sama wartość robót za obsługę i konserwacje, w tym energomaszynową urządzeń odstawy wynosiła 5 246 300 zł (Lp 4 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) - na rzecz zamawiającego JSW SA ,
5. Wykonanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziale G 1 i G5 , w tym obsługa i konserwacja przerośników o wartości 659 401,60 zł (Lp 5 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Lubelski Węgiel Bogdanka SA,
6. Obsługa i konserwacja , w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy w ramach realizacji umowy o usługę drażenia wyrobisk górniczych w Tauron Wydobycie SA ZG

Janina o wartości powyżej 5 000 000 zł (Lp 6 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Trans Jan Spółka zoo,

7. Obsługa i konserwacja , w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy w ramach realizacji umowy o usługę drążenia wyrobisk górniczych w Tauron Wydobycie SA w pokładzie 405/ 1 ZG Brzeszcze o wartości powyżej 5 000 000 zł (Lp 7 Wykazu usług Załącznik nr 3 do SIWZ) na rzecz zamawiającego Trans Jan Spółka z o.o .

Odwołujący wykazał się posiadaniem zdolności technicznych z racji wykonania 7 usług , obejmujących obsługę i konserwację przenośników taśmowych o całkowitej wartości wykonanych usług znacznie przekraczające łączną wymaganą wartość 10 000 000 , co świadczy o posiadaniu ugruntowanych zdolności technicznych , a spośród tych usług przynajmniej 3 jednostkowe usługi w zakresie obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników taśmowych przekroczyły kwotę minimum 5 000 000 zł (wskazane w Lp 4, 6 i 7 Wykazu usług), a fakt prawidłowego ich wykonania potwierdzają referencje czy poświadczenia należytego wykonania, a także protokoły jednostkowych lub końcowych odbiorów zrealizowanych usług, wskazując zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2021 r., iż wartość wykonanej usługi obsługi i konserwacji , w tym i energomaszynowej przenośników taśmowych w ZG Janina wyniosła kwotę 5 844 976, 20 zł netto, a w przypadku usługi w ZG Brzeszcze wyniosła kwotę 5 291 748 zł netto.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania :

- ujęte w wykazie usług w poz. 1 , 2 i 5 nie mogą być uwzględnione do wykazania spełnienia kryterium zdolności technicznych odwołującego, bo co prawda obejmowały obsługę i konserwację przenośników Jednakże nie obejmowały obsługi pod względem energomaszynowym,
- ujęte w wykazie usług w poz. 4 nie mogą być uwzględnione do wykazania spełnienia kryterium zdolności technicznych odwołującego, bo pomimo tego, że obejmowały pełen zakres obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników oraz pomimo tego, że jak wynika z wystawionych referencji z dnia 8.01.2021 r., pracę były i są realizowane należycie, zgodnie z technologiami i przepisami i w sposób gwarantujący bezpieczeństwo i higienę pracy Jednakże przy realizacji umowy doszło do opóźnienia, przez co zdaniem zamawiającego umowa jako całość została wykonana nienależycie ,
- ujęte w wykazie usług w poz. 6 i 7 nie mogą być uwzględnione do wykazania spełnienia kryterium zdolności technicznych odwołującego, bo pomimo tego, że obejmowały pełen zakres obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników oraz pomimo tego ,że jak wynika z wystawionego poświadczenia wykonania, usługi zostały realizowane należycie i pomimo potwierdzenia tej okoliczności także przez Tauron Wydobycie SA na zapytanie zamawiającego Jednakże zamawiający uznał, że MGM Mining & Construction Sp. z o. o. nie był w stosunku do Tauron Wydobycie SA ZG Janina oraz ZG Brzeszcze wykonawcą ani

podwykonawcą , gdyż jak ujął to zamawiający „ Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia oznacza konieczność wykazania wykonania przez wykonawcę dostaw lub usług lub robót budowlanych w charakterze wykonawcy (w tym w ramach konsorcjum) lub podwykonawstwa, a nie wykazania, że pracownicy , którymi wykonawca dysponuje , posiadają odpowiednie doświadczenie”.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie można się zgodzić , gdyż nie jest ono trafne.

Zamawiający w pkt 6. 5 SIWZ określił kryterium zdolności technicznej wykonawcy jako warunku dopuszczenia do postępowania , w ten sposób ,że : „Spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzone posiadaniem doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie , usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację, w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 -000 000 zł netto w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000 zł netto„ (pkt 6. 5 SIWZ), a na okoliczność wykazania tego kryterium udziału w postępowania w wykonawca winien przedłożyć dokumenty w postaci wykazu usług (pkt 6. 1.3 SIWZ), co odwołujący wypełnił , a także przedstawić referencję bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego była wykonana usługa lub usługi wskazane wykazie, potwierdzające, że została lub zostały one wykonane należycie, mając na uwadze, że zamawiający w żadnym razie nie zastrzegł ,że to potwierdzenie czy referencję mogą pochodzić wyłącznie od inwestora.

W wyroku z dnia 20 listopada 2017 r sygn. akt KIO 2327/17 wskazano ,że „Dokumenty potwierdzające należyta realizację zamówienia mogą być wydane przed podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a zatem również przez głównego wykonawcę zamówienia, na którego rzecz dany podmiot realizował dane zamówienie czy jego część. Dla skuteczności wykazania się zrealizowaniem zamówień nie ma znaczenia czy dany podmiot był zgłoszony jako podwykonawca przy ubieganiu się o pozyskanie tych zamówień. „

Przekładając powyższe orzeczenie na grunt rozpatrywanego przypadku potwierdzenia należytego wykazania wykonania usług z ujętych w Wykazie usług z pozycji Lp. 6 i 7, odwołujący zauważył, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ ,że w tym przypadku referencje należytego wykonania usługi mogą być wystawione li tylko przez Tauron Wydobycie SA , a ponadto jak wskazano w uzasadnieniu cyt. wyroku KIO z dnia 20.11. 2017 r sygn. akt KIO 2327/17 , takie ograniczenie w żadnym razie nie wynika z treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26.07. 2016 r w sprawie rodzajów dokumentów , jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (DzU z 2016 poz. 1126)

Ponadto w uzasadnieniu tym wskazano, że: dokumenty potwierdzające należyta realizację zamówienia mogą być wydane przez podmiot na rzecz którego (w tym przypadku był to

wszak Trans Jan Spółka z o. o., będący głównym wykonawcą usług na rzecz Tauron Wydobycie SA), a zatem taki dany podmiot (w tym przypadku była to MGM Mining & Construction), który zrealizował dane zamówienie czy jego część nabywa wynikające z takiego wykonania zdolności techniczne w tym zakresie, oraz wskazano w tym orzeczeniu, że także dla skuteczności wykazania należytego wykonania zamówienia nie ma znaczenia czy taki podmiot realizujący cały bądź określony zakres zamówienia, był zgłoszony jako podwykonawca przy ubieganiu się o zamówienie .

Trans Jan ubiegając się o zamówienia wskazane w pkt Lp 6 i Lp 7 Wykazu usług - załącznik nr 3 do SIWZ nie wskazał wobec Tauron Wydobycie SA jako podwykonawcy MGM Mining & Construction Spółka zoo Jednakże wykonał te pozyskane zamówienia w zakresie obsługi i konserwacji, w tym konserwacji energomaszynowej przenośników taśmowych z udziałem MGM Mining & Construction , a zatem w Wykazie usług wskazał zakres tego wykonania oraz poświadczył należyte wykonanie tego zakresu przez MGM Mining & Construction Spółka z o.o. .

Zatem jak wynika z tezy i uzasadnienia cytowanego wyroku KIO z dnia 20.11. 2017 r sygn. akt KIO 2327/17 istotny jest fakt należytego wykonania przez MGM Mining & Construction Spółką z o.o. dwóch usług obsługi i konserwacji, w tym konserwacji energomaszynowej o wartości każdej z nich przewyższającej kwotę 5 000 000 zł na rzecz głównego wykonawcy , którym był TRANS JAN Spółka z o.o., a która to spółka należycie zrealizowała całość umowy na rzecz TAURON WYDOBYCIE SA ujętych w Lp. 6 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ (Umowa nr 905304 P ZG Janina) i Lp. 7 Wykazu usług - Załącznik nr J do SIWZ (umowa nr 01700933 ZG Brzeszcze), co bezsprzecznie potwierdziła także sama spółka TAURON WYDOBYCIE SA

Na zapytanie Zamawiającego TAURON WYDYBICIE SA potwierdził bowiem fakt : należytego wykonania Umowy nr 905304 P ZG Janina, w tym należyte wykonanie obsługi i konserwacji energomaszynowej przenośników taśmowych (Lp. 6 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ) oraz należytego wykonania Umowy nr 01700933 ZG Brzeszcze , w tym należyte wykonanie obsługi i konserwacji energomaszynowej przenośników taśmowych (Lp 7 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ.) .

Bezsprzecznie zatem dokumenty te potwierdzają ,że odwołujący w przypadkach opisanych w Lp. 6 i Lp. 7 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ wykazał spełnienie kryterium technicznego udziału w postępowaniu , skoro wykazał należyte wykonanie dwóch usług obsługi i konserwacji także w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych, w każdym przypadku wartość wykonanej usługi przekroczyła kwotę 5 000 000 zł netto.

Co się tyczy zakwestionowania przez zamawiającego w zakresie wykazania kryterium udziału w postępowaniu tj. posiadania zdolności technicznych przez niezaliczenie usług z Lp wykazu usług nr 1, 2 i 5 to odwołujący podniósł, że nie można zgodzić się z zamawiającym ,że

nie można zaliczyć tych usług z racji braku jednoczesnego wykonywania całego zakresu usługi wchodzących w badane kryterium zdolności technicznej.

Po pierwsze w pkt 6. 5 SIWZ zamawiający nie zastrzegł w żadnym razie, że w każdym przypadku jest wymagane jednoczesne wykonanie pełnego zakresu usługi czyli ,że podlega zaliczeniu taka i tylko taka usługa, która ma jednocześnie obsługę i konserwację, w tym konserwację energomaszynową przenośników taśmowych, skoro wskazano tam, że wykonawca ma mieć doświadczenie wykonania usługi lub usług, a ponadto także z analizy dalszych postanowień SIWZ tj pkt 10. 1.3 i pkt 10.1.5 ,w żadnym razie nie wynika, aby jednoznacznie wysłowiono wymóg każdorazowego wykazania jednoczesnego wykonania pełnego zakresu usługi, czyli nie podkreślono tam elementu jej kompleksowego świadczenia . Wszak możliwa jest segmentacja wykonywania tego rodzaju usług. To na zamawiającym ciąży obowiązek sprecyzowania SIWZ jednoznacznie, precyzyjnie i niedyskryminacyjnie .

Odwołujący wskazał, że treść pkt 6. 5 SIWZ budzi wątpliwości, a w takim przypadku należy rozstrzygać je na korzyść wykonawcy, w tym przypadku odwołującego. Powyższą zasadę wykładni SIWZ potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in.: w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 18.6.2015 r. (sygn. akt KIO 1148/15), w wyroku z 20.1.2017 r., KIO 8/17, Legalis), w wyroku z 21.2.2013 r. W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, w myśl którego wszelkie niejasności i niezgodności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców' (por wyrok . KIO z 16.3.2010 r., sygn. KIO/UZP 240/10, czy wyrok KIO z 28.3.2011 r., sygn. KIO 545/11, wyrok KIO z 6.10.2011 r., sygn. KIO 2077/11 , wyrok KIO z 29.3.2010 r., sygn. KIO/UZP 269/10)", wyrok KIO z 21.2.2013 r., sygn. KIO 310/13, publik . Legalis).

Stanowisko, że wątpliwości dotyczące treści SIWZ powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, jest ugruntowane w orzecznictwie KIO, co potwierdzają przywołane powyżej i zacytowane orzeczenia ,a w takim przypadku nie powinny być pominięte odwołującemu należycie wykonane usługi z Lp 1 , 2 i 5 Wykazu usług - Załącznik nr 3 do SIWZ w zakresie wykazania spełniania kryterium zdolności technicznej w postaci posiadania doświadczenia , o jakim mowa w pkt 6.5 SIWZ .

Odwołujący nie może zgodzić się z zamawiającym w zakresie braku uwzględnienia usługi ujętej w Lp 4 Wykazu usług -Załącznik nr 3 do SIWZ do wskazania spełnienia kryterium zdolności technicznej w postaci wykazania się doświadczeniem w zakresie należytego wykonania obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników taśmowych o wartości przekraczającej 5 000 000 zł .

Odwołujący powołał wyrok z dnia 15 maja 2018 r sygn. akt KIO 833/18

Celem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej odwołującego jest wykazanie się przez odwołującego doświadczeniem w realizacji należytej obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników taśmowych o wartości przekraczającej 5 000

000 zł i łącznej wartości o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł a nie innego rodzaju zadań , w tym przypadku wykonania całej umowy w terminie wskazanym w umowie .

Wbrew konstatacji zamawiającego zawartej w decyzji o wykluczeniu, odwołujący wykazał przedstawionymi referencjami samego zamawiającego, że należycie wykonywał usługi obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników taśmowych realizowane u zamawiającego w ramach Umowy nr 121900026 z dnia 18.01. 2019 r o „ Wykonania wyrobisk górniczych w pokładzie 403/lw JSW SA KWK Knurów Szczygłowice , skoro w referencjach z dnia 8.01. 2021 r zamawiający stwierdził, że odwołujący w zakresie umownym realizował min zabudowę i obsługę urządzeń odstawy oraz konserwację w zakresie górnictwem i energomaszynowym urządzeń odstawy oraz, że prace były i są wykonane należycie, zgodnie z technologiami i przepisami, w sposób gwarantujący bezpieczeństwo i higienę pracy.

Dodatkowo odwołujący powołał się na poszczególne protokoły odbioru wykonania przedmiotu umowy za poszczególne miesięczne okresy realizacji umowy, podpisane przez zamawiającego, które każdorazowo potwierdzają należyte wykonanie usługi obsługi i konserwacji, w tym energomaszynowej przenośników taśmowych .

Jako dowody powołał :Referencje Zamawiającego z dnia 8.01. 2021 r

Miesięczne protokoły odbioru do Umowy nr 121900026 z dnia 18.01. 2019 r „Wykonania wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1 w JSW SA KWK Knurów Szczygłowice”

Skoro w danym konkretnym jest badany jako warunek udziału w postępowaniu w postaci istnienia zdolności technicznej wykonawcy, to wynika z tego niezbicie, że wykazanie istnienia takiej zdolności nie może być skutecznie zanegowane poprzez wskazanie na brak czy wadliwe wykonanie innego zadania , w tym przypadku przez powołanie się na zaistnienie opóźnienia w stosunku do umownej terminu realizacji umowy, skoro jest to inna okoliczność, nie mającą ani związku z faktem prawidłowego wykonania obsługi i konserwacji górniczej i energomaszynowej przenośników taśmowych, a ponadto w żadnym razie zamawiający w pkt 6. 5 SIWZ w ramach wskazania warunku wykazania się zdolnością techniczną , nie zastrzegł żadnego innego warunku , w tym zwłaszcza nie zastrzegł, aby dla spełnienia warunku zdolności technicznej wymagane było także wykonanie innych jeszcze warunków , a zwłaszcza wykonanie całej przedmiotu umowy w terminie umownym.. Zatem brak zapisania w pkt 6.5 SIWZ dodatkowych warunków co do rozumienia przesłanki zdolności technicznej jako warunku udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do dowolnej jej interpretacji przez zamawiającego przy podjęciu zaskarżonych bezprawnych czynności, gdyż nie zostały one zapisane w SIWZ ,a w takim przypadku wszelkie niejasności i wątpliwości winny być interpretowane na korzyść odwołującego.

Co więcej sam fakt ewentualnego wydłużenia realizacji całej umowy, nie wpływał w żadnym razie na wykonanie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych , gdyż ta musiała być należycie wykonywana i była faktycznie tak wykonywana, aż do momentu w którym z rucho-

wego punktu widzenia przestała być konieczna, a że była należycie wykonywana i wykonana, zostało to potwierdzone naprowadzonymi powyżej Referencjami wydanymi przez zamawiającego i załączonymi do niniejszego odwołania poszczególnymi miesięcznymi protokołami odbioru.

Okoliczność zaistnienia opóźnienia w stosunku do umownej terminu realizacji umowy może stać się powodem wykluczenia wykonawcy z postępowania na innej podstawie prawnej (art. 24 ust. 4 ustawy), jednakże zamawiający w decyzji wykluczającej odwołującego w żadnym razie nie skorzystał z tej możliwości i nie wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4. Jednakże w ocenie odwołującego także w tym przypadku nie zaistniały przesłanki faktyczne do tego, aby można było legalnie dokonać wykluczenia Odwołującego z tej to przyczyny .

Odwołujący, biorąc pod uwagę zaistnienie obiektywnych okoliczności mających miejsce w czasie realizacji Umowy nr 121900026 z dnia 18.01. 2019 r, w tym min zaistniały stan epidemii COVID 19 i wynikających z tego zarządzanych przez zamawiającego ograniczeń w funkcjonowaniu zakładu górniczego KWK Knurów, zwiększonej absencji chorobowej, etc. a więc mający wszelkie przymioty siły wyższej, a także dalszych obiektywnych uwarunkowań jak np. w postaci trudnych warunków górniczo - geologicznych prowadzenia robót drążenia wyrobisk, bardzo skomplikowanego techniczno górniczego charakter wybiegu zrealizowanych robót drążenia wyrobisk, w tym liczne i zmienne kierunki drążenia, a także występujące po stronie samego zamawiającego braki w zakresie należytego współdziałania z odwołującym przy wykonaniu rzeczony umowy w postaci chociażby opóźnień lub braków w dostarczaniu materiałów do realizacji umowy czy opóźnienia lub braki w dostarczaniu wymaganej ilości wagonów do odstawy urobku, co ograniczało odwołującego w wykonaniu dobowego postępu robót drążenia, kwestionuje aby za czasowy zakres opóźnienia wskazany przez zamawiającego, można przypisać mu odpowiedzialność z tytułu opóźnienia, czemu dał wyraz w odrębnym trybie w pisemnym stanowisku do zamawiającego.

Te kwestie są sporne pomiędzy odwołującym i zamawiającym i winny być przedmiotem mediacji w odrębnym trybie, za czym odwołujący optuje . .

W ocenie odwołującego są jednak one odrębnymi zagadnieniami poza sferą niniejszego postępowania, skoro nie odnoszą się do pojmowanej ściśle i wykazanej przez odwołującego zdolności technicznej do wykonania zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na 51/P/20 na obsługę odstawy głównej dla JSW KWK Knurów-Szczygłowice

W dniu 19 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm: Węglkokoks Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 29, Linter Mining Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim, ul. 1 Maja 16F i Linter Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego. Zgłaszający wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ jego oferta wobec decyzji o wykluczeniu odwołującego się i odrzuceniu jego oferty z postępowania jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i to przystępującemu zamawiający winien powierzyć wykonanie zamówienia. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego została podjęta w ocenie przystępującego w sposób prawidłowy, na podstawie wnikliwej oceny przedłożonych przez odwołującego się dokumentów i wyjaśnień i jako taka powinna się ostać.

Bezspornym w świetle przedłożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów i wyjaśnień jest, iż Odwołujący się nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ, w szczególności w zakresie:

- 1) warunku określonego w pkt 6.5 SIWZ w zakresie spełniania warunku technicznego,
- 2) posiadania referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi z pkt 4 wykazu usług – tu zamawiający powziął informacje, iż usługi te nie zostały przez odwołującego się wykonane w sposób należyty,
- 3) niewykazania wykonania usług określonych w poz. 6 i 7 uzupełnionego wykazu usług, co zostało przez zamawiającego potwierdzone.

W powyższym zakresie przystępujący uznał, iż argumenty zamawiającego, które legły u podstaw decyzji o wykluczeniu odwołującego się z postępowania i odrzuceniu jego oferty zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, zaś motywy i wnioski przedstawione przez odwołującego się nie wnoszą nic nowego do sprawy i wydają się opierać na zupełnie bezzasadnych argumentach.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 kwietnia 2021 r. nr 150/2021/WP.Bes udzielonego przez Węgłokoks SA tj. przez lidera i podpisanego przez dwóch prokurentów łącznych, który działał na podstawie pełnomocnictw udzielonych w dniu 15 grudnia 2020 r. przez Linter Mining sp. z o.o. przez prokurenta samoistnego i przez Linter SA przez prezesa zarządu, zgodnie z załączonymi odpisami z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom w dniu 22 kwietnia 2021 r.

W dniu 1 czerwca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- a) oddalenie odwołania w całości,
- b) obciążenie solidarnie odwołujących kosztami postępowania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania zgodnie ze spisem kosztów przedłożonym na rozprawie,

c) przeprowadzenie dowodu ze środków dowodowych powołanych w treści niniejszego pisma.

Zamawiający obszernie przytoczył stan faktyczny sprawy i wskazał, że warunek określony w pkt 6.5 SWIZ, zgodnie z którym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzać będzie posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto, w sposób jednoznaczny wskazuje, że dla wykazania spełnienia tego warunku konieczne jest wykazanie przez wykonawcę okoliczności wykonania lub wykonywania usługi lub usług, z których każda obejmować powinna obsługę i konserwację przenośników taśmowych w zakresie energomaszynowym.

Oznacza to według zamawiającego, że jeśli wykonawca dla wykazania spełnienia tego warunku powołuje się na wykonywanie dwóch lub większej ilości usług, warunek udziału w postępowaniu przetargowym określony w pkt. 6.5. SIWZ jest spełniony, jeśli łączna wartość dwóch lub większej ilości usług obejmujących obsługę i konserwację przenośników taśmowych w zakresie energomaszynowym wynosi co najmniej 10 000 000 zł netto. Innymi słowy, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym określonego pkt 6.5. SIWZ nie jest wystarczające wykazanie wykonania lub wykonywania usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację przenośników taśmowych w zakresie energomaszynowym, jeśli ich wartość lub łączna wartość jest mniejsza niż 10 000 000 zł, w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

Wprowadzenie przez zamawiającego takiego warunku udziału w postępowaniu przetargowym wynika z warunków, w jakich przedmiot zamówienia będzie realizowany oraz jego znaczenie dla funkcjonowania zakładu zamawiającego, w ramach którego zamówienie ma być realizowane – a to dla JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice (dalej: KWK).

Mianowicie, odstawa główna w KWK Knurów-Szczygłowice stanowi przenośniki o szerokości 1200, 1400 mm typu Pioma, Gwarek, Internet, Mifama. Długości tych przenośników niejednokrotnie przekraczają 1000 metrów, zaś ich napędy w sposób znaczny różnią się konstrukcją od przenośników o szerokości 1000 mm. np. typu Gwarek1000, PTGm 50/1000. Obsługa takich przenośników wymaga niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyspecjalizowanej kadry, w tym przede wszystkim doświadczenia w zakresie obsługi i konserwacji energomaszynowej, na którą składają się takie czynności jak:

a) bieżąca obsługa, konserwacja i utrzymanie w sprawności urządzeń zasilających o konstrukcji przeciwwybuchowej oraz urządzeń automatyzacji odstawy wraz z monitoringiem,

- b) bieżąca kontrola i przeglądy okresowe stacji transformatorowych zasilających obsługiwane urządzenia,
- c) bieżąca kontrola zabezpieczeń obsługiwanych urządzeń oraz ich wymiana zgodnie z terminami ważności badań wystawionymi przez rzeczoznawcę.
- d) smarowanie węzłów kinematycznych zgodnie z DTR,
- e) kontrola i uzupełnianie olejów zgodnie z DTR,
- f) wymiana, okuwania zgarniaczy,
- g) kontrola połączeń elementów napędu,
- h) przygotowanie taśmy do planowanego klejenia,
- i) wykonywanie połączeń taśmowych (szycia),
- j) wymiana taśmy,
- k) regulacja biegu taśmy,
- l) wymiana uszkodzonych elementów napędów zgodnie z wykazami części zamiennych zawartych w Instrukcjach Obsługi lub DTR (bębny napędowe, zwrotne, przekładnie, silniki, układy hamulcowe, sprzęgła, rolki odciskowe, elementy: konstrukcji, wysięgnika, pętlicy, zwrotni, przesypów).

Odstawa główna jest wrażliwym elementem całego ruchu KWK, ponieważ odprowadzany jest na nią urobek z prawie wszystkich ścian i przodków. Odstawa główna pracuje 6 dni w tygodniu przez 24 godziny na dobę, a każdy jej postój generuje straty które bezpośrednio wpływają na zdolność wydobywczą zakładu i efekt ekonomiczny. Mianowicie, postój odstawy głównej w wymiarze jednej godziny generuje straty w wysokości 105 000 zł dla Ruchu Szczygłowice, oraz 96 000 zł dla Ruchu Knurów.

W związku z tym zamawiający zawsze wymaga, aby wykonawcy, którzy mają wykonywać w jego zakładach górniczych usługę polegającą na obsłudze odstawy głównej, posiadali odpowiednie doświadczenie w zakresie obsługi i konserwacji energomaszynowej, gwarantujące bezawaryjną pracę przenośników odstawy głównej, a w przypadku wystąpienia ich awarii – szybkie i bezpieczne jej usunięcie.

Zamawiający wskazał, że w świetle przepisów ustawy, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Jak bowiem wskazuje się słusznie w nauce prawa oraz orzecznictwie, podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy (wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia) jest podstawą, co do zastosowania której ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy. Ciężar ten sprowadza się do wykazania, że spełnia on w wystarczającym stopniu warunki udziału w postępowaniu i że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Aktywność w tym zakresie musi wykazać wykonawca i od jego działań zależy, czy będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia.

Co według zamawiającego istotne, zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przesłanka wykluczenia odnosi się do formalnego wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie samego faktu ich spełnienia przez wykonawcę. Uwzględniając zasadę pisemności postępowania ustawodawca przyznał zatem prym prawdzie formalnej nad prawdą materialną w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest to skutkiem przerwania na wykonawców ciężaru dowodu w zakresie wykazania spełniania warunków udziału i wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Powołał wyrok KIO 683/20, wyrok KIO 1020/12, wyrok KIO 1125/18, wyrok KIO 1276/17.

Oznacza to zdaniem zamawiającego, że w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu przetargowym określonego w pkt. 6.5. SIWZ to na wykonawcach ciąży ciężar dowodu co do wykazania, że wykonali lub wykonywali usługi określone w tymże pkt. 6.5 SIWZ w sposób należyty. O ile dany wykonawca nie podoła temu obowiązkowi, tj. w odpowiedzi na stosowne wezwania ze strony zamawiającego w określonym mu terminie nie przedłożył zamawiającemu dokumentów, z których jednoznacznie wynika, że wykonał lub wykonywał należycie usługi określone w tymże pkt. 6.5. SIWZ, to zamawiający ma obowiązek wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania przetargowego nawet jeśli wykonawca taki w rzeczywistości legitymuje się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem.

Zamawiający wskazał również, że co prawda doświadczenie, jakim wykazują się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) w postępowaniu przetargowym w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu może zostać nabyte przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, przez każdego z nich, ale również może zostać nabyte przez jednego wykonawcę w wyniku realizacji zamówienia wspólnie z innym wykonawcą lub wykonawcami. Niemniej, w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Istotnym jest to, że oceny tej należy dokonywać w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, bowiem z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, a zatem nie może tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne, działając w innym składzie konsorcjum. Wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie, w jakim realnie je nabył, tj. jeśli brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawca musi każdorazowo, powołując się na doświadczenie zdobyte w trakcie wspólnej realizacji zamówienia wykazać, że brał udział w wykonywaniu prac służących za potwierdzenie doświadczenia oraz ewentualnie podać zakres wy-

konywanych przez niego osobiście prac, ale nie ma obowiązku przedłożenia na tę okoliczność jakichś szczególnych dowodów (por. wyrok KIO 2755/12, wyrok KIO 1607/18, wyrok KIO 477/18).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.5. SIWZ może powołać się na usługi, które zostały wykonane w sposób należyty (por. pkt. 10.1.5. SIWZ).

Przez należyte wykonanie zamówienia w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane należy przy tym rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności (por. wyrok KIO 462/17, wyrok KIO 858/12, wyrok KIO 861/12, wyrok SO w Bydgoszczy z 23.10.2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12).

Wreszcie, zamawiający wskazał, że udostępnienie zasobów w postaci pracowników innemu podmiotowi realizującemu zamówienie publiczne nie jest realizacją tego zamówienia publicznego przez podmiot udostępniający pracowników, zatem podmiot udostępniający zasoby nie może powoływać się na doświadczenie, jakie jego pracownicy zdobyli przy realizacji zamówienia przez wykonawcę, na rzecz którego udostępniono zasoby. Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia oznacza konieczność wykazania wykonania (lub wykonywania) przez wykonawcę dostaw, usług, lub robót budowlanych w charakterze wykonawcy (w tym w ramach konsorcjum) lub podwykonawcy, a nie – wykazania, że pracownicy, którymi wykonawca dysponuje, posiadają odpowiednie doświadczenie.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazali, aby spełnili warunek udziału w postępowaniu przetargowym określony w pkt. 6.5. SIWZ, a zatem decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołujących z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu złożonych przez nich oferty jest prawidłowa i znajduje podstawy w przepisach PZP.

W szczególności, usługi, na wykonywanie których odwołujący powołali się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie obejmują usług określonych w pkt. 6.5. SIWZ, które zostały wykonane przez odwołujących czy któregośkolwiek z odwołujących.

Zamawiający podniósł, że – jak jednoznacznie wynika z wyjaśnień przedłożonych przez Odwołujących – usługi wskazane w poz. 1, 2, 3, 5 wykazu usług przedłożonego przez Odwołujących nie były wykonywane przez jednego z odwołujących (przez PRS WSCHÓD S.A. z siedzibą w Lublinie) w zakresie obsługi i konserwacji energomaszynowej.

Z kolei usługa określona w poz. 4 wykazu usług, która była wykonywana na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 121900026 z dnia 18.01.2019 r. przez odwołujących w postaci: MGM Mining&Construction sp. z o.o., CARBON sp. z o.o., DELTAMET S.C. K. R.-M., P. M. w konsorcjum ze spółką TRANSJAN sp. z o.o., która pełniła funkcję lidera konsorcjum, co prawda obejmowała również obsługę i konserwację przenośników taśmowych, w tym obsługę i konserwację energomechaniczną, nie została wykonana w sposób należyty.

Mianowicie, przedmiot zamówienia objęty tą umową obejmował przede wszystkim drążenie wyrobisk o łącznej długości 970 m w okresie realizacji tej umowy, tj. w okresie jej realizacji wynoszącym 18 miesięcy. Ze względu na okoliczności zawinione przez odwołujących nastąpiło przekroczenie pierwotnego terminu realizacji tej umowy (tj. wykonania wyrobisk) o ponad 7 miesięcy. Spowodowane to było przyczynami leżącymi po stronie odwołujących, przede wszystkim problemami organizacyjnymi odwołujących (brak kadry niezbędnej do prawidłowego i terminowego wykonywania prac objętych umową), w związku z czym odwołujący od samego początku realizacji zamówienia objętego tą umową nie wykonywali założonych planów dotyczących długości wydrążonych wyrobisk w danym miesiącu rozliczeniowym. Jak zamawiający wskazywał w piśmie z 22.05.2019 r., w miesiącu marcu 2019 r. i kwietniu 2019 r. plan robót przygotowawczych, który na podstawie przedmiotowej umowy odwołujący mieli realizować, przewidywał wykonanie co najmniej 10 metrów chodnika na miesiąc (czyli w ciągu dwóch miesięcy wykonawca obowiązany był wydrążyć co najmniej 20 metrów chodnika), tymczasem odwołujący w tym okresie wydrążyli jedynie 3 metry chodnika.

Ponadto w czasie realizacji umowy nr 121900026 zamawiający wielokrotnie stwierdzał naruszanie przez pracowników odwołujących zasad i regulacji dotyczących organizacji pracy w podziemnych wyrobiskach, jak samowolne opuszczanie miejsc pracy. Efektem niewykonania przez odwołujących określonej w umowie nr 121900026 długości chodników były problemy techniczno-organizacyjne KWK, polegające m.in. na trudnościach z przewietrzaniem ścian w rejonie podsieci szybu Aniołki. W związku z powyższym zamawiający obciążył konsorcjum firm na które składali się odwołujący karą umowną w wysokości 3 684 649,50 zł.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

- a) umowa nr 121900026 z 18.01.2019 r.,
- b) specyfikacja techniczna w przetargu 227/R/DZP/18,
- c) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 22.05.2019 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-128/2019,
- d) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 16.09.2019 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-231/2019,
- e) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 01.06.2020 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-086/2020,

- f) pismo TRANS-JAN sp. z o.o. do JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice S.A. z 08.06.2020 r.,
- g) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 23.07.2020 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-110/2020,
- h) pismo TRANS-JAN sp. z o.o. do JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice S.A. z 04.08.2020 r.,
- i) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 16.10.2020 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-163/2020,
- j) pismo TRANS-JAN sp. z o.o. do JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice S.A. z 29.10.2020 r.,
- k) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 17.11.2020 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-182/2020,
- l) pismo TRANS-JAN sp. z o.o. do JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice S.A. z 30.11.2020 r.,
- m) Notatka w sprawie realizacji umowy nr 121900026 zawartej pomiędzy JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice a konsorcjum firm, których liderem jest firma TRANS-JAN sp. z o.o., dotyczącej wykonania wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1, z dnia 09.09.2020 r.,
- n) Notatka w sprawie umowy nr 121900026 zawartej pomiędzy JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice a konsorcjum firm, których liderem jest firma TRANS-JAN sp. z o.o., z dnia 25.01.2021 r.,
- o) Protokół końcowy odbioru robót górniczych z 05.03.2021 r.,
- p) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do TRANS-JANS sp. z o.o. z 12.02.2021 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-052/2021,
- q) nota księgowa NZ/12/SNZ/21/00045 z 02.04.2021 r.

Jak wynika z przytoczonych wyżej okoliczności, Odwołujący nie wykonali umowy nr 121900026 w sposób należyty, albowiem w założonym terminie nie wykonali wszystkich zleconych im prac – nie wydrążyli takiej ilości podziemnych wyrobisk, jakie zgodnie z tą umową miały zostać wykonane, a ponadto w trakcie realizacji tej umowy osoby wykonujące prace objęte umową dopuszczały się szeregu naruszeń, o których mowa powyżej, co samo w sobie oznacza nienależyte wykonywanie tej umowy.

Tym samym według zamawiającego nie można uznać, że usługa określona w poz. 4 wykazu usług została wykonana należyście.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia objętego umową nr 121900026 obejmował przede wszystkim wykonanie wyrobisk górniczych, a zatem cała wartość tej umowy nie odnosi się do obsługi i konserwacji przenośników taśmowych. Wartość zrealizowanego zamówienia w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych w ramach tej umowy wyniosła 3 205 787,01 zł netto.

Na okoliczność wykazania tej wartości zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących środków dowodowych:

a) pismo JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice do Dyrektora Zakładu Wsparcia Produkcji JSW S.A. z 15.03.2021 r., TG-K.GG2-K.BK.0764-073/2021.

W ocenie zamawiającego nawet przy założeniu, że umowa ta wykonana byłaby w sposób należyty, to z uwagi na wartość objętej nią usługi w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych samodzielnie nie stanowi ona realizacji warunku określonego w punkcie 6.5. SIWZ.

Jeśli zaś chodzi o usługi wskazane w poz. 6 i 7 wykazu usług, to zarówno z dokumentów uzyskanych przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego, jak i z wyjaśnień uzyskanych od odwołujących jednoznacznie wynika, że były one wykonywane przez spółkę TRANS-JAN sp. z o.o. bez wykorzystywania podwykonawców, a jeden z odwołujących – MGM Mining&Construction sp. z o.o. – zapewniał jedynie spółce TRANS-JAN sp. z o.o. swoich pracowników.

Powyższe okoliczności wynikają z mianowicie z:

a) umowy nr 011700933 oraz umowy nr 905304P, w których wskazano, że wykonawcą na ich podstawie była wyłącznie spółka TRANS-JAN sp. z o.o., a w ich § 8 wyraźnie wskazano, że zaangażowanie podwykonawcy wymaga uprzedniej pisemnej zgody zamawiającego – spółki Tauron Wydobycie S.A.,

b) pism Tauron z dnia 18.03.2021 r. oraz z dnia 25.03.2021 r. w których wskazano, że umowa nr 011700933 oraz umowa nr 905304P realizowane były bez udziału podwykonawców,

c) pisma TRANS- JAN sp. z o.o. z 12.02.2021 r., w którym wskazano, że „MGM MINING&CONSTRUCTION sp. z o.o. na podstawie zawartej umowy zapewnia na rzecz „TRANS-JAN” sp. z o.o. pracowników do prac dołowych”

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

a) umowa nr 011700933,

b) umowa nr 905304P,

c) pismo Tauron Polska Energia S.A. z 18.03.2021 r.,

d) pismo Tauron Polska Energia S.A. z 25.03.2021 r.,

e) pismo TRANS- JAN sp. z o.o. z 12.02.2021 r.

Powyższe zdaniem zamawiającego oznacza, że odwołujący MGM MINING&CONSTRUCTION sp. z o.o. nie wykonywał usług o których mowa w poz. 6 i 7 wykazu usług samodzielnie jako wykonawca, współwykonawca lub podwykonawca w ramach realizacji zamówienia dotyczącego tych usług, a jedynie udostępniał swoich pracowników wykonawcy tych usług (spółce TRANS-JAN sp. z o.o.).

Tym samym usługi wskazane w poz. 6 i 7 wykazu usług nie były usługami wykonywanymi przez któregokolwiek z odwołujących, a zatem nie mogą potwierdzać spełnienia przez odwołujących warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 6.5. SIWZ.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz po modyfikacji, oferty odwołującego, wezwania z dnia 14 stycznia 2021 r., złożonych dokumentów na wezwanie, wezwania do wyjaśnień z dnia i udzielonej odpowiedzi, wezwania do wyjaśnień z dnia i udzielonej odpowiedzi, dowodów dołączonych do odwołania oraz dowodów złożonych przez odwołującego i zamawiającego w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W siwz zamawiający zawarł następujące postanowienia:

6. Warunki udziału w postępowaniu

6.5. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzać będzie posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

10. Dokumenty i oświadczenia, składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego

10.1. Na wezwanie zamawiającego, złożone w trybie art. 26 ust. 1, ust. 2f lub ust. 3 PZP wykonawca przesyła pocztą elektroniczną na skrzynkę mailową o adresie przetargi@zwp.jsw.pl następujące dokumenty:

10.1.3. wykaz obejmujący wykonanie lub wykonywanie usługi lub usług polegających na obsłudze i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto, w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem jej lub ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu albo podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (załącznik nr 3 do SIWZ),

10.1.5. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego była wykonywana usługa lub usługi wskazane w wykazie, potwierdzające, że została lub zostały one wykonane należycie,

10.1.6. oświadczenie wykonawcy, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest on w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w punkcie 10.1.5. SIWZ,

10.2. Wykonawca przesyła oświadczenia i dokumenty wskazane w punktach 10.1.1. – 10.1.6. SIWZ w formie lub postaci elektronicznej (oryginału dokumentu elektronicznego) albo elektronicznej kopii oświadczeń lub dokumentów, sporządzonych w innej formie, poświadczonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. Wykonawca dokonuje poświadczania za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego w sposób przewidziany w § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 14 stycznia 2021 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego m. in. do złożenia wykazu usług oraz referencji lub innych dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Odwołujący złożył wykaz, w którym wykazał następujące usługi:

1. Wykonanie robót górniczych i usług w Kopalni Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w wyrobiskach p/z w Polu Bogdanka w tym obsługa i konserwacja przenośników (Umowa 1100/G/PG-4/201 7/710/IZP/AWA na rzecz Lubelski Węgiel" Bogdanka S.A. Bogdanka 21-013 Puchaczów od 02.01.2018 do 31.12.2019 o wartości 24 479 961 zł netto, w tym obsługa i konserwacja przenośników 10 319 700,00 zł Referencje, uzupełnienie referencji, protokoły odbioru
2. Wykonanie robót górniczych i usług w Kopalni Lubelski Węgiel "Bogdanka S.A. W wyrobiskach p/z w Polu Bogdanka w tym obsługa i konserwacja przenośników (Umowa 1098/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA na rzecz Lubelski Węgiel "Bogdanka " S.A. Bogdanka 21-013 Puchaczów od 02.01.2018 do 30.09.2019o wartości 20 446 852,05 zł netto, w tym obsługa i konserwacja przenośników 2 361 190,00 zł Referencje, uzupełnienie referencji, protokoły odbioru
3. Wykonanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziale GRP-I, w tym obsługa i konserwacja przenośników (Umowa 1101/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA na rzecz Lubelski Węgiel "Bogdanka S.A. Bogdanka 21-013 Puchaczów od 02.01.2018 do 30.09.2019 o wartości 2 955 045,60 zł Protokoły odbioru
4. Wykonanie wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1 w JSW SA KWK Knurów-Szczygłowice w tym obsługa i konserwacja przenośników (Umowa nr 121900026) na rzecz JSW SA KWK Knurów-Szczygłowice 44-190 Knurów ul. Dworcowa 1 Referencje od 18.01.2019 r do 08.012021 r Umowa nadal realizowana o wartości 15 850 000,00 zł netto Poświadczenie realizacji Umowy.
5. Wykonanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziałach G-1 i G-5, w tym obsługa i konserwacja przenośników (Umowa 1099/C/PG-4/201 7/710/IZP/AWA na rzecz Lu-

belski Węgiel "Bogdanka " S.A. Bogdanka 21-013 Puchaczów od 02.01.2018 do 30.09.2019 o wartości 659 401 zł Protokoły odbioru

Do wykazu dołączono dwie referencje z 12 maja 2020r. Lubelskiego Węgla Bogdanka SA na rzecz PRS Wschód SA jako lidera konsorcjum dotyczące umów 1100/G/PG-4/2017/710/ZP/AWA i 1098/G/PG-4/2017/710/ZP/AWA, z których wynika potwierdzenie wykonania konserwacji i obsługi podnośników i urządzeń odstawy wykonane należycie, zgodnie z umową. Dołączono także oświadczenie Lubelskiego Węgla Bogdanka, że wcześniejsze referencje dotyczyły także podnośników o szerokości taśmy 1200mm. Wystawiono także poświadczenie wartości robót z umowy nr 1100 na kwotę 10 319 700zł. oraz poświadczenie wartości robót z umowy 1098 na kwotę 2 361 190zł. a także dołączono zbiorcze protokoły odbioru częściowego za cały okres trwania obu umów, przy czym w zakresie żadnego z nich nie wymieniono się konserwacji elektromaszynowej, dołączono także poświadczenie wartości robót z umowy z Lubelskim Węglem Bogdanka nr 1101 na kwotę 2 955 045,60zł. i protokoły zbiorcze częściowego odbioru za cały okres trwania umowy, a także poświadczenie wartości robót dotyczące umowy z Lubelskim Węglem Bogdanka nr 1099 na kwotę 659 401,60zł, wraz ze zbiorczymi protokołami odbioru częściowego za cały czas trwania umowy – w żadnym z tych dokumentów nie wymieniono konserwacji elektromaszynowej. Dołączono również referencje JSW SA z dnia 8 stycznia 2021 wystawione dla Trans Jan sp. z o.o. oraz Deltamet, Carbon i MGM Mining&Construction dotyczące umowy z dnia 18 stycznia 2019r. numer 121900026 wykonania wyrobisk górniczych na pokładzie 403/1 JSW SA KWIK Knurów-Szczygłowice przez 18 miesięcy za 15 850 000zł. netto obejmującą zabudowę i obsługę urządzeń odstawy i konserwację w zakresie górniczym i elektromaszynowym urządzeń odstawy. Usługa była i jest wykonywana należycie, zgodnie z technologią i przepisami w sposób gwarantujący bezpieczeństwo i higienę pracy, przy czym wystawca zaznaczył, że jest w trakcie ustalania kar umownych ze względu na wykonanie robót górniczych po terminie realizacji wynikającym z umowy.

W dniu 10 lutego 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego wskazując, że zgodnie z pkt 10.1.3. SIWZ zamawiający wymagał złożenia wykazu obejmującego wykonanie lub wykonywanie usługi lub usług polegających na obsłudze i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto, w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem jej lub ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu albo podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (załącznik nr 3 do SIWZ).

W wykazie usług poz. 1 i 2 wykonawca wykazał wykonywanie robót górniczych i usług w Kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka S.A.” w wyrobiskach p/z w Polu Bogdanka w tym obsłu-

ga i konserwacja przerośników (umowy nr 1100/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA oraz 1098/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA) oraz przedstawił referencje znak 146.PK.22.05.2020.3024 i 146.PK.21.05.2020.3025 z dnia 12.05.2020 r. wystawione przez Lubelski Węgiel „Bogdan-ka S.A.” oraz zbiorcze protokoły częściowego odbioru robót. W poz. 3 wykonawca wykazał wykonywanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziale GRP-I , w tym obsługa i konserwacja przerośników (umowa nr 1101/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA) i w poz. 5 wykazał wykonywanie robót w soboty, niedziele i święta w oddziale GRP-I, w tym obsługa i konserwacja przerośników (umowa nr 1099/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA), do których przedstawił zbiorcze protokoły częściowego odbioru robót.

Z wykazu usług jak również złożonych referencji i zbiorczych protokołów częściowego odbioru robót wynika, iż wykonawca prowadził obsługę i konserwację przerośników, jednak nie wynika z nich czy wykonywał obsługę i konserwację energomaszynową przerośników taśmowych.

W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 PZP wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy w ramach usług wskazanych w poz. 1, 2, 3 i 5 wykazu usług wykonywał obsługę i konserwację energomaszynową przerośników taśmowych.

Ponadto protokoły częściowego odbioru robót do umów:

nr 1101/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA (poz. 3 wykazu usług) za miesiąc czerwiec i lipiec 2018 roku nie wykazują w jakim zakresie rzeczowym wykonawca PRS „Wschód” realizował ww umowę,

nr 1099/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA (poz. 5 wykazu usług) za okres od stycznia do maja 2018 roku wskazują, że obsługa przerośników odstawy realizowana była przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A. — lider konsorcjum, Lubelskie Zakłady Remontowe, Lider&Partners sp z o.o., nie wynika z nich natomiast w jakim zakresie finansowym wykonawca PRS „Wschód” S.A. realizował usługę, natomiast protokoły za miesiąc czerwiec i lipiec 2018 roku nie wykazują w jakim zakresie rzeczowym wykonawca PRS „Wschód” realizował ww umowę.

W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w jakim zakresie rzeczowym PRS „Wschód” S.A. realizował umowę z poz. 3 i z poz. 5 wykazu usług w miesiącu czerwcu i lipcu 2018 roku oraz w jakim zakresie finansowym realizował umowę z poz. 5 wykazu usług za okres od stycznia do maja 2018 roku w ramach konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Specjalistycznych „Wschód” S.A. — lider konsorcjum, Lubelskie Zakłady Remontowe, Lider&Partners sp. z o.o.

W dniu 15 lutego 2021 r. odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

Zamawiający żąda, aby wykonawca wykazał się również doświadczeniem w zakresie obsługi i konserwacji przerośników taśmowych w zakresie energomaszynowym.

Niejednoznaczne użycie w SIWZ zapisu „w tym energomaszynowym” sugeruje w sposób jednoznaczny, że w ramach wykonywania usług w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych, co najmniej część z którejkolwiek wskazanej usługi powinna być również świadczeniem usług w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych w zakresie energomaszynowym. Natomiast z wezwania do wyjaśnienia wynika, iż zamawiający niewłaściwie interpretuje postanowienie SIWZ, rozumiejąc je, zdaniem wykonawcy niewłaściwie w stosunku do literalnego brzmienia SIWZ, a mianowicie zamawiający uważa, iż każda z wymienionych usług polegających na obsłudze i konserwacji przenośników taśmowych powinna być realizowana również w zakresie energomaszynowym. Takiego wymogu nie zawiera natomiast SIWZ, gdyż wystarczy, że wykonawca w jakimkolwiek zakresie w ramach co najmniej jednej wskazanej w wykazie usługi polegającej na obsłudze i konserwacji przenośników taśmowych wskaże, że wykonywał tę usługę również w zakresie energomaszynowym. Jeszcze raz wykonawca stanowczo podkreślił, że nie jest zamawiający uprawniony do żądania od wykonawcy wykazania się obsługą i konserwacją przenośników taśmowych w zakresie energomaszynowym co do każdej usługi wskazanej w Wykazie usług. Rozumiejąc w ten sposób powyższy zapis wykonawca w Wykazie usług w pozycji 1, 2, 3 oraz 5 wykazał się doświadczeniem polegającym na obsłudze i konserwacji przenośników taśmowych z wyłączeniem zakresu energomaszynowego. Wykonawca oświadczył, że uczestnik Konsorcjum – PRS Wschód S.A. w zakresie prac wskazanych w pozycji 1, 2, 3, oraz 5 nie wykonywał obsługi i konserwacji energomaszynowej. Jak już było wskazane, z SIWZ w żaden sposób nie można wywnioskować, iż wszystkie wskazane w Wykazie usługi polegające na obsłudze i konserwacji przenośników taśmowych muszą być wykonywane w zakresie energomaszynowym.

Obsługę i konserwację przenośników taśmowych w pełnym zakresie tj. również w zakresie energomaszynowym wykonawca wykazał w pozycji nr 4 Wykazu usług. Przy czym wykonawca wskazuje, iż kwota 15 850 000,00 zł dotyczy realizacji całego zadania dotyczącego wykonania wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1 w JSW S.A. KWK Knurów-Szczygłowice. W treści w/w Umowy nr 121900026 z dnia 18.01.2019 r nie wyszczególniono podziału prac na przodkowe i obsługę i konserwację urządzeń odstawy, tym zakresie energomaszynowym, z obiektywnych więc przyczyn Poświadczenie realizacji Umowy nr 121900026 z dnia 18.01.2019 r nie zawiera kwot związanych z obsługą i konserwacją urządzeń odstawy. Na wniosek Członków Konsorcjum przanalizowano strukturę i ilości przepracowanych roboczodniówek, z podziałem na przodkowe oraz obsługę i konserwację urządzeń odstawy, w tym zakresie energomaszynowym.

Prace wykonywane przez pracowników spółek Carbon sp. z o.o. oraz MGM Mining & Construction sp. z o.o. dotyczyły obsługi oraz konserwacji, w tym w zakresie górniczym i energomaszynowym, urządzeń odstawy urobku. Kwota obsługi i konserwacji urządzeń odstawy

urobku ,wyliczona z ilości przepracowanych w tym zakresie roboczodniówek wyniosła 5 246 300 ,00 zł netto. Tym samym zdaniem wykonawcy przedstawione w Wykazie usług prace potwierdzają wymagania stawiane przez zamawiającego w SIWZ. Wykonawca ponadto wyjaśnił, iż ze względu na zmianę w sposobie rozliczeń (tj. przechodzenie z form papierowych na elektroniczną) nie jest w stanie ustalić, w jakim zakresie rzeczowym PRS „Wschód” S.A. realizował w miesiącu czerwiec i lipiec 2018r. umowę nr 1101/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA (pozycja nr 3 wykazu) w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych. Ze względu na brak wpływu powyższego na całość przedstawionych dokumentów potwierdzający spełnianie wymogów stawianych przez zamawiającego, wykonawca proponuje przyjąć, iż udział w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych wyniósł 0 %.

Odnosząc się do zakresu realizacji umowy nr 1099/G/PG-4/2017/710/IZP/AWA (pozycja nr 3 Wykazu usług), wykonawca oświadcza, iż PRS „WSCHÓD” S.A. nie brał czynnego udziału w realizacji zamówienia. Jednakże jako uczestnik Konsorcjum uważa, że może posługiwać się referencjami w powyższym zakresie, tym bardziej, iż umowa realizowana była przez Spółkę powiązaną z PRS „Wschód” S.A. – Lubelskie Zakłady Remontowe sp. z o. o.. Co do zakresu rzeczowego powyższych prac ze względu na zmianę w sposobie rozliczeń (tj. przechodzenie z form papierowych na elektroniczną) wykonawca nie jest w stanie ustalić, w jakim zakresie rzeczowym umowa realizowana była w miesiącu czerwiec i lipiec 2018r. Ze względu na brak wpływu powyższego na całość przedstawionych dokumentów potwierdzający spełnianie wymogów stawianych przez zamawiającego, wykonawca proponuje przyjąć, iż udział rzeczowy w zakresie obsługi i konserwacji przenośników taśmowych wyniósł 0 %.

Ze względów ostrożnościowych, wynikających prawdopodobnie z odmiennej interpretacji pkt 10.1.3 SIWZ przez zamawiającego i wykonawcę, wykonawca przedkłada zaktualizowany załącznik nr 3 do SIWZ (Wykaz usług), zawierający dodatkowe pozycje nr 6 i 7 wraz z poświadczeniem wykonania usług do dodanych pozycji nr 6 i 7

Dołączono poz. 6 obsługa i konserwacja w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy w ramach realizacji umowy na usługę drażenia wyrobisk górniczych w Tauron Wydobycie SA ZG Janina na rzecz Trans Jan sp. z o.o. w okresie 26 marca 2019 – 31 grudnia 2020 powyżej 5 000 000,00zł. poświadczenie wykonania usług i poz. 7 obsługa i konserwacja w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy w ramach realizacji umowy na usługę drażenia wyrobisk górniczych w pokładzie 405/1 w Tauron Wydobycie SA ZG Brzeszcze na rzecz Trans Jan sp. z o.o. w okresie 2018 – 2019 powyżej 5 000 000,00zł. poświadczenie wykonania usług

Dołączono poświadczenie wykonania usług, z którego wynika, że

„TRANS-JAN” sp. z o. o. potwierdza, że z MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o., 40-432 Katowice, ul. Szopienicka 58, współpracuje od 2013r..

MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. na podstawie zawartej umowy zapewnia na rzecz „TRANS-JAN” sp. z o. o. pracowników do prac dołowych w kopalniach węgla kamiennego, głównie do realizacji prac pomocniczych związanych z drażeniem wyrobisk górniczych. W latach 2018-2020 przychody należne MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. od „TRANS-JAN” sp. z o. o. w ramach prac realizowanych na rzecz Tauron Wydobyćcie oraz PG Silesia sp. z o. o. przekroczyły kwotę netto 25 000 000,00 zł,

W zakresie umowy nr 905304P z dnia 26.03.2019r. zawartej pomiędzy „TRANS-JAN” sp. z o. o., a Tauron Wydobyćcie S.A. na Usługę drażenia wyrobisk górniczych w Tauron Wydobyćcie S.A. ZG Janina, w latach 2019-2020 MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. wykonywał m.in. pracę w zakresie obsługi i konserwacji, w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy na kwotę przewyższającą 5 000 000,00 zł netto.

W zakresie umowy nr 011700933 zawartej pomiędzy „TRANS-JAN” sp. z o. o., a Tauron Wydobyćcie S.A. na Usługę drażenia wyrobisk górniczych w pokładzie 405/1 w Tauron Wydobyćcie S.A. ZG Brzeszcze, w latach 2018-2019 MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. wykonywał m.in. pracę w zakresie obsługi i konserwacji, w tym w zakresie energomaszynowym urządzeń odstawy na kwotę przewyższającą 5 000 000,00 zł netto.

W dniu 11 marca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego:

Wykonawca w dniu 15.02.2021 r. w ramach wyjaśnień złożył nowy wykaz usług poszerzony o pozycje nr 6 i 7, zawierające usługi obejmujące obsługę i konserwację, w tym obsługę i konserwację energomaszynową urządzeń odstawy, o wartości jednostkowej powyżej 5 000 000,00 zł netto każda i łącznej wartości powyżej 10 000 000,00 zł netto wraz z poświadczeniem wykonania usług. Z przedstawionych dokumentów wynika, że wskazane usługi (poz. 6 i 7 wykazu usług) realizowane były przez TRANS-JAN Sp. z o.o. w Tauron Wydobyćcie S.A. ZG Janina umowa nr 905304P oraz w Tauron Wydobyćcie S.A. ZG Brzeszcze umowa nr 011700933. W ramach tych umów MGM Mining&Construction Sp. z o.o. zapewniał na rzecz TRANS-JAN Sp. z o.o. pracowników do prac dołowych. Z poświadczenia wykonania usługi wystawionego przez TRANS-JAN Sp. z o.o. do ww. umów nie wynika jaką rolę pełnił MGM Mining&Construction Sp. z o.o. w realizacji umów, co jest konieczne, aby ocenić prawidłowość złożonego wykazu usług oraz referencji. Ponadto z wykazu usług w zakresie pozycji 6 i 7 nie wynika jakich urządzeń odstawy dotyczyła obsługa i konserwacja oraz na jaką wartość każda z umów była realizowana przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o. w zakresie obsługi i konserwacji w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 PZP wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień:

- jaką rolę MGM Mining&Construction Sp. z o.o. pełnił w umowach nr 905304P i 011700933 zawartych między TRANS-JAN Sp. z o.o. a Tauron Wydobyćcie S.A. tj. czy był podwykonaw-

cą, czy członkiem konsorcjum, czy udostępniał pracowników fizycznych wraz z dozorem i dozorem wyższym, czy samych pracowników fizycznych,

- jakich urzędzeń odstawy dotyczyła usługa realizowana w zakresie pozycji 6 i 7 wykazu usług, - na jaką wartość każda z umów była realizowana przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o. w zakresie obsługi i konserwacji w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

Ponadto zamawiający poinformował, iż pkt. 6.5. SIWZ „Spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej potwierdzać będzie posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usługi lub usług obejmujących obsługę i konserwację w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł netto w tym jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto” jednoznacznie wskazuje na konieczność wykazania się przez wykonawcę usługą lub usługami, z których każda obejmować powinna obsługę i konserwację w tym energomaszynową przenośników taśmowych (...) Wobec powyższego zamawiający uznał zarzut wykonawcy ujęty w piśmie z dnia 15.02.2021 r. dotyczący niewłaściwej interpretacji przez zamawiającego warunków ujętych w pkt 6.5 SIWZ za bezzasadny.

W dniu 11 marca 2021 r. zamawiający wystąpił też do KWK Knurów-Szczygłowice w trybie par. 6 Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) z prośbą o:

- określenie obowiązków wynikających z umowy, których nie zrealizowano prawidłowo,
- podanie procentowego zakresu niezrealizowanych prawidłowo obowiązków oraz podanie kwoty umowy zrealizowanej należycie w zakresie obsługi i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych,
- podanie terminów, w których obowiązki miały być wykonane oraz okresu ewentualnego opóźnienia wykonawcy, wskazanie wysokości kar umownych oraz terminów ich naliczania.
- o wyjaśnienie czy opóźnienia wykonawcy w realizacji umowy i naliczenie z tego tytułu kar umownych umożliwiają stwierdzenie, że umowa została w całości wykonana należycie czy też opóźnienia były tak znaczne (istotne), że uniemożliwiają one stwierdzenie, że umowa została w całości wykonana należycie.

W dniu 11 marca 2021 r. zamawiający zwrócił się również do Tauron Wydobycie SA z prośbą o udzielenie informacji:

- czy umowy nr 905304P ZG Janina oraz nr 011700933 ZG Brzeszcze obejmowały obsługę i konserwację w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych i czy były wykonywane należycie,

- czy usługi objęte umowami były realizowane przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa czy w ramach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z TRANS-JAN Sp. z o.o.,

- jaka była wartość ww umów w zakresie obsługi i konserwacji w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych wykonanych przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o.

Niezależnie od powyższego na podstawie art. 2 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 06.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej w związku z art. 139 ust. 3 ustawy z 29.01.2004 r. PZP Zakład Wsparcia Produkcji JSW S.A. zwrócił się z prośbą o udostępnienie kopii umów: nr 905304P oraz nr 011700933.

W dniu 15 marca 2021 r. odwołujący odpowiedział:

MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. świadczył na rzecz „TRANS-JAN” sp. z o. o. w ramach realizacji umów nr 905304P oraz 011700933 zawartych pomiędzy „TRANS-JAN” sp. z o. o., a Tauron Wydobywanie S.A. usługi outsourcingu w zakresie obsługi i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych, rozumianego jako przekazanie MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. do realizacji tej części zadań wchodzących w zakres wykonania umów nr 905304P oraz 011700933.

Świadcząc usługi w powyższym zakresie MGM MINING & CONSTRUCTION wykonywał zadania własnymi pracownikami na stanowiskach robotniczych (fizycznych) oraz pracownikami na stanowiskach dozoru średniego oraz dozoru wyższego, w ilości adekwatnej do realizacji zadania związanego z obsługą i konserwacją w tym energomaszynową przenośników taśmowych. Zatrudnieni pracownicy, posiadali wymagane uprawnienia i kwalifikacje do prac związanych z obsługą i konserwacją przenośników taśmowych w tym w zakresie energomaszynowym. Pracownicy dozoru średniego i wyższego, sprawujący nadzór nad wykonywanymi pracami również posiadali niezbędne uprawnienia w zakresie górniczym, elektrycznym lub mechanicznym.

Prace przy obsłudze i konserwacji przenośników taśmowych w tym w zakresie energomaszynowym realizowane przez pracowników MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. zatrudnionych na stanowiskach robotniczych oraz dozoru średniego i dozoru wyższego wykonywane były w podziemnych wyrobiskach ZG JANINA oraz ZG BRZESZCZE.

Pracownicy MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z. o. o. nadzorowali oraz wykonywali obsługę i konserwację, w tym energomaszynową przenośników taśmowych odstawy urobku. W zakresie realizacji Umowy nr 905304P w ZG JANINA — od jednego do sześciu przenośników taśmowych w terminie 22 miesięcy, przy realizacji prac w systemie czterozmianowym. W zakresie realizacji Umowy nr 011700933 w ZG BRZESZCZE — od jednego do pięciu przenośników taśmowych w terminie 24 miesięcy, przy realizacji prac w systemie czterozmianowym.

Wartość umowy w zakresie obsługi i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych przez MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. przy realizacji umowy nr 905304P w ZG JANINA (pozycja nr 6 w Wykazie usług) wyniosła 5 844 976,20 zł netto. Wartość umowy w zakresie obsługi i konserwacji w tym energomaszynowej przenośników taśmowych przez MGM MINING & CONSTRUCTION sp. z o. o. przy realizacji umowy nr 011700933 w ZG BRZESZCZE (pozycja nr 7 w Wykazie usług) wyniosła 5 291 748,00 zł netto.

Reasumując wykonawca posiada wymagane doświadczenie w zakresie wykonywania usługi obsługi i konserwacji, w tym i energomaszynowej przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych tak o łącznej wartości 10 000 000 zł netto jak i jednostkowej usługi o wartości co najmniej 5 000 000 zł netto

W dniu 15 marca 2021 r. odpowiedzi udzieliła KWK Knurów-Szczygłowice :

W odpowiedzi na pismo znak PP/JT.2280-51/P/20-145/21 z dnia 11.03.2021r w sprawie otrzymanej oferty do w/w postępowania przetargowego, zawierającego referencje firmy Trans-Jan Lidera umowy nr 121900026 z dnia 18.01.2019r KWK Knurów-Szczygłowice poinformował:

Ust. 1

Określenie obowiązków wynikających z umowy, których nie zrealizowano prawidłowo Obowiązki, jakie wynikały z przedmiotowej umowy możemy podzielić na dwa obszary:

- 1) prawidłowe wykonanie zakresu robót objętego zamówieniem (par.1 ust. III umowy) — punkt ten został wykonany prawidłowo,
- 2) realizacja umowy w wyznaczonym terminie (par. 1 ust. 1 umowy) — czas wykonania zadania został zawarty w terminie 18 miesięcy od daty zawarcia umowy tj. od 18.01.2019r. Zgodnie z tym zapisem umowa powinna zostać wykonana 18.07.2020r. Ostatni protokół odbioru robót został podpisany dopiero 05.03.2021 r. czyli ponad 7 miesięcy później.

Prawidłowo nie zrealizowano, zatem obowiązku terminowej realizacji robót.

Ust. 2

Podanie procentowego zakresu niezrealizowanych prawidłowo obowiązków Termin realizacji zawarty w umowie: 18 miesięcy 100%

Realizacja umowy przez firmę: 25 miesięcy 138,9% Przekroczenie o 38,9%

Ust. 3

Podanie terminów, w których obowiązki miały być wykonane oraz okresu ewentualnego opóźnienia wykonawcy.

1. Podstawa: par 1 ust. 1 umowy

Termin realizacji umowy: do 18 m-cy od daty zawarcia umowy, czyli:

Data zawarcia umowy: 18.01.2019r.

Data zakończenia umowy: 18.07.2020r.

2. Realizacja umowy przez firmę: Rozpoczęcie robót: 18.01.2019r

Zakończenie robót: 05.03.2021 r

3. Podsumowanie

Przekroczenie terminu realizacji o ponad 7 miesięcy.

Wskazanie wysokości kar umownych oraz terminów ich naliczania.

W chwili obecnej jest przygotowany wniosek do CUW dotyczący naliczenia kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy 121900026. Kwota stanowiąca wysokość kary umownej wynosi 3 411 712,50 zł.

Ust. 5

Określenie, na jaką wartość była realizowana umowa w zakresie obsługi i konserwacji w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych.

1. Umowa nie zawiera pozycji z wyszczególnionymi stawkami roboczodniówek. Poszczególne pozycje zawierające ceny odnoszą się do zakresów robót gdzie jednostką miary są: usługa kompleksowa, sztuki wykonania oraz ilości metrów.

2. Wymagania zawarte par. 1 ust. III UWAGI pkt. 23 umowy wskazują, że Wykonawca jest zobowiązany do posiadania niezbędnej ilości osób posiadających poszczególne kwalifikacje i uprawnienia w tym również do obsługi przenośników. Ich liczba wynika z opracowanej kalkulacji przygotowanej do wniosku o uruchomienie procedury przetargowej, z której wynikają następujące informacje:

a) Wartość przetargu: 14 214 535,14 zł

b) Ilość osób potrzebnych do obsługi odstawy urobku w całym okresie realizacji: obsługa przenośników: 5 456 dniówek x 383,44 zł/dn 2 092 048,64 zł elektryk: 1 021 dniówek x 387,46 zł/dn 395 596,66 zł ślusarz: 1 021 dniówek x 417,93 zł/dn 426 706,53 zł Razem: 2 914 351,83 zł.

Wartość umowy została zawarta na kwotę 15 850 000,00 zł tj. różnica pomiędzy wartością przetargu a umową wynosi 10%, które doliczamy do wartości wyliczonej na obsługę przenośników. $2\,914\,351 \times 110\% - 3\,205\,787,01$ zł.

Podsumowując stwierdzamy że pod względem technicznym zakres robót został wykonany prawidłowo. Jednak znaczne przekroczenie terminu realizacji o 38,9% (ponad 7 m-cy) a w konsekwencji naliczenie kar umownych, stanowi podstawę do stwierdzenia iż umowa jako całość została wykonana nienależycie.

Ponadto wysokość kary umownej została obniżona o 39 dni ze względu na wprowadzone na kopalni obostrzenia spowodowane pandemią COVID-19, oraz zaistniałymi problemami górnymi wynikającymi ze strony kopalni w 2020 roku.

W dniu 25 marca 2021 r. odpowiedzi udzielił Tauron Wydobycie:

W odpowiedzi na Państwa pismo informujemy, że umowa nr 905304P z firmą TRANS-JAN Sp. z o.o.:

1. Obejmuje obsługę i konserwację w tym zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych i jest wykonywana przez firmę TRANS-JAN Sp. z o.o. należycie.

2. Ww. usługi objęte ww. umową były realizowane przez firmę TRANS-JAN Sp. z o.o. bez wykorzystywania podwykonawców.

3. Zgodnie z zapisami umowy koszt obsługi i konserwacji w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych wliczony jest w cenie za metr bieżący postępu.

Natomiast jeśli chodzi o pytania dot. umowy nr 011700933 informujemy, że:

1. Obejmowała ona obsługę i konserwację w tym zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych i była wykonywana należycie.

2. Usługi objęte ww. umową nie były realizowane przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa.

3. Nie było umowy podwykonawstwa w zakresie obsługi i konserwacji w tym w zakresie energomaszynowym przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych wykonanych przez MGM Mining&Construction Sp. z o.o.

Zgodnie z prośbą przesyłano również kopie ww. umów.

Dowody dołączone do odwołania:

Dowody dołączone do odwołania to w przeważającej mierze dowody znajdujące się w dokumentacji postępowania, które Izba opisała powyżej.

- Dodatkowo odwołujący złożył 27 protokołów odbioru robót dotyczących wykonania wyrobisk górniczych w pokładzie 403/1 dla JSW SA KWK Knurów-Szczygłowice dotyczących okresu styczeń 2019 – marzec 2021, w których poświadczono wykonanie prawidłowe robót i użycie właściwych materiałów.

- Pismo Tran-Jan sp. z o.o. z dnia 14 kwietnia 2021r. do KWK Knurów-Szczygłowice dotyczące wyjaśnienia niezależnych przyczyn opóźnień w realizacji umowy nr 121900026, w którego wyniku, że w pismach z dnia 8 marca i 23 marca 2021 r. informował o zwiększonej ilości zwolnień lekarskich w okresie trwającej pandemii, co powodowało, że wykonawca nie mógł w pełnym zakresie korzystać z posiadanych zasobów i nie był w stanie terminowo i należycie realizować umowy zwiększoną ilością pracowników, nawet dodatkowe zatrudnienie pracowników nie pozwoliło na zniwelowanie opóźnień w realizacji umowy. Na opóźnienia miały też wpływ warunki wentylacyjne i istnienie sytuacji przekroczenia dopuszczalnych stężeń metanu powodujące wyłączenia urządzeń elektrycznych, przerwy i niesystematyczność w drążeniu. Występowały także braki w podstawianiu pustych wozów do odstawy urobku, co wstrzymywało prace drążeniowe – było to spowodowane organizacją po stronie kopalni. Przez kilka dni brak wozów wynikał z obwału przekopu G6E. Powodem przerw były także

braki w zaopatrzeniowości. Kopalni wskazywała na priorytet ważności prac związanych ze zbrojeniem ściany wydobywczej kopalni. Spółce nie zgłaszano pretensji z tytułu opóźnień i zapewniano o braku przeciwwskazań do zawarcia aneksu, pod warunkiem zgody na opust 2% na wynagrodzeniu. Dodatkowo powodami opóźnień były trudności górniczo-geologiczne, zwiększona twardość skał, konieczność przejazdu przez stare wyrobisko w ramach akcji ratowniczej, uciążliwy skomplikowany i czasochłonny przejazd przez dwa napotkane uskoki. Trans Jan powołał się także na art. 15r ust. 4 pkt 1 i ust.6 i 7 i 15 s pkt 1 i 2 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 , innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. W piśmie podnoszono także wygórowanie kary umownej.

Dowody zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- Zamawiający dołączył także umowę nr 121900026, z której wynika, że została ona zawarta w 18 stycznia 2019r. pomiędzy Jastrzębską Spółką Węglową, z Trans-Jan sp. z o.o., Delta-met s.c., Carbon sp. z o.o. i MGM Mining&Construction sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie wyrobisk górniczych, zgodnie z par. 1 pkt. Iv. Ppkt 2 pppkt 16 wykonawca zapewnia zabudowę, wydłużanie, utrzymanie i konserwację wszystkich maszyn i urządzeń odstawczych niezbędnych do wykonania zadania (przenośniki taśmowe, przenośniki zgrzebłowe) od przodka drążonego wyrobiska, do punktu zdawczo-odbiorczego dla odstawy urobku, zgodnie z par. 1 termin realizacji miał wynieść 18 miesięcy od daty zawarcia umowy, w par. 2 podano wartości poszczególnych robót łącznie na kwotę 15 850 000zł.. W par. 9 pkt. 1.1. przewidziano możliwość naliczenia przez zamawiającego kary umownej w wysokości 0,1% całkowitej wartości brutto wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia ponad ustalony termin. Do umowy dołączono kartę uzgodnień i specyfikację techniczną, w którym w pkt. IV.2. 16 dodano ponad treść umowy, że zabudowa wydłużanie, utrzymanie i konserwacja ma dotyczyć także układów zasilania sterowania i sygnalizacji.

- Z pisma zamawiającego JSW – KWK Knurów do TRANS-JAN z dnia 22 maja 2019 r. dot. Umowy 121900026 wynika, że w żadnym miesiącu realizacji firma nie wykonała założonego planu metrów i stopień realizacji jest coraz bardziej zatrważający. Stan załogi został zmniejszony. Obecna reorganizacja robót firmy stwarza coraz większe zagrożenie niewykonania metrów ujętych w harmonogramie. Opóźnienia zwiększają się, a działania firmy nie przekonują do dalszej współpracy.

- Z pisma zamawiającego JSW – KWK Knurów do TRANS –JAN z dnia 16 września 2019 r. wynika, że nadal postęp prac jest znikomy i zamawiający wzywa do podjęcia natychmiastowych działań w celu uzyskania niezbędnego postępu prac, nadto stwierdzono uchybienia i nieprawidłowości w związku z prowadzonymi pracami, co skutkowało zatrzymaniem robót

przez zamawiającego do czasu usunięcia usterek, nadto pracownicy opuścili miejsce pracy po 6 h łamiąc regulamin pracy.

- Z pisma zamawiającego JSW - KWK Knurów do TRANS-JAN z dnia 16 września 2019r. wynika to samo – pismo załączone dwukrotnie.

- Z pisma zamawiającego JSW – KWK Knurów do TRANS – JAN z dnia 1 czerwca 2020 r. wynika, że zamawiający zwracał się o sprecyzowanie jakie opóźnienie wyniknęło ze zmiany systemu pracy i czasu pracy spowodowanego zagrożeniem epidemiologicznym COVID-19.

- Z pisma z dnia 8 czerwca 2020 r. wynika, że TRANS-JAN zwracał się do zamawiającego o wydłużenie do 31 grudnia 2020 r. terminu wykonania, gdyż 4 pierwsze miesiące opóźnienia wyniknęły z utrudnień organizacyjnych, gdyż Carbon nie posiadał pracowników o odpowiednich kwalifikacjach, po czterech miesiącach to TRANS-JAN samodzielnie świadczył usługę i zapewnił właściwe pod względem ilościowym i kwalifikacyjnym obłożenie pracowników i osób z dozoru ruchu. Firma nie jest w stanie dokończyć drążenia do 31 sierpnia 2020 r. Do zakończenia drążenia zostało 360m. W związku z epidemią i zmianą systemu i czasu pracy TRANS-JAN doznał opóźnienia w drążeniu ok. 80m.

- Z pisma zamawiającego JSW - KWK Knurów do TRANS-JAN z dnia 23 lipca 2020 r. wynika, że upłynął termin wykonania umowy, a nie wykonano 450 m drążenia i 60m przebudowy, a mimo to 4 pracowników samodzielnie opuściło swoje stanowiska pracy.

- Z pisma TRANS-JAN do JSW KWK Knurów z 4 sierpnia 2020 r. wynika, że wobec samowolnie opuszczających miejsce pracy pracowników wyciągnięto konsekwencje w postaci obniżenia premii regulaminowej o 50% i przeprowadzono pouczenie na temat zachowania dyscypliny i prawidłowego i bezpiecznego poruszania się po drogach przewozowych.

- Z pisma zamawiającego JSW KWK-Knurów z dnia 16 października 2020 r. wynika, że nadal pracownicy całymi brygadami wcześniej opuszczają stanowiska pracy, łamią regulamin pracy i wewnętrzne akty prawne.

- Z pisma TRANS-Jan z dnia 29 października 2020 r. wynika, że wobec pracowników wyciągnięto konsekwencje w postaci kar pieniężnych oraz przeprowadzono przeszkolenie.

- Z pisma zamawiającego JSW KWK Knurów z dnia 17 listopada 2020 r. wynika, że nadal pracownicy nie przestrzegają regulaminu czasu pracy.

- Z pisma TRANS-JAN z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że pracownikom obniżono premie regulaminowe o 50% i ponownie pracowników zapoznano z regulaminem jazdy ludzi szybami.

- Z notatki z 9 września 2020 r. wynika, że termin wykonania umowy nr 121900026 upłynął 20 lipca 2020 r. wysokość kar umownych na dzień 31 sierpnia 2020 r. wyniosła 818 811zł., wysokość kar przekracza 2% upust cenowy, więc podjęto decyzję o niepodpisaniu aneksu. Także z uwagi na fakt, że czteromiesięczne opóźnienie umowy wynikało bezpośrednio z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

- Z notatki z dnia 25 stycznia 2021 r. wynika, że warunki górniczo-geologiczne nie miały wpływu na opóźnienie robót, negocjacje z 10 lipca i brak odpowiedzi na pismo z 14 lipca 2020 nie dają podstaw do przyjęcia, że doszło do skutecznej zmiany umowy tj. zawarcia aneksu o upuście i zmianie terminu wykonania, albo że istnieje obecnie taki obowiązek. Opóźnienia na które wpływ miał zamawiający wynikają z działań podjętych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, a także obwałem skał stropowych w przekopie G6E. Łączny okres obniżenia kar umownych wynosi 39 dni kalendarzowe.
- Z protokołu końcowego odbioru robót górniczych z dnia 5 marca 2021 r. wynika, że roboty zostały wykonane w okresie 18 stycznia 2019 – 5 marca 2021. Umowa została realizowana na łączną wartość netto 15 312 450zł. Wystąpiło opóźnienie o 189 dni.
- Z pisma zamawiającego JSW KWK Knurów do TRANS-JAN z dnia 12 lutego 2021 r. wynika, że przebudowa przekopu G6E, zabudowa rozjazdów torowych oraz torowiska wynika bezpośrednio z zapisów w umowie, której TRANS-JAN nie dotrzymywał z uwagi na zbyt małe obłożenie osobowe. Warunki przebudowy przekopu G6E były znane od samego początku, a zastosowana technika nie odbiegała od typowych rozwiązań stosowanych w górnictwie. Drażenie za pomocą środków wybuchowych wynikało z umowy, którą to pracę prowadzono zaledwie na 1 zmianie roboczej. TRANS-JAN sam przyznał się do czteromiesięcznego opóźnienia w piśmie z dnia 8 czerwca 2020. Deklaracje co do zwiększenia stanu osobowego nie zostały przez spółkę spełnione. Na 8 dni przed umownym terminem zakończenia drażenia zaległości TRANS – JAN wynosiły 250 m przy drażeniu pochylni VIII i 45 m przy przebudowie przekopu G6E. Wskazano na brak prawidłowego i bieżącego usuwania zalegającego urobku. TRANS-JAN był wielokrotnie informowany o konsekwencjach opóźnień w postaci kar umownych. Strony prowadziły rozmowy w celu zmiany umowy, do której jednak nie doszło.
- z noty księgowej z dnia 2 kwietnia 2021 r. nr NZ/12/SNZ/21/00045 wynika, że JSW KWK Knurów obciążyła TRANS-JAN kwotą 3 684 649,50zł. z terminem płatności do 16 kwietnia 2021 r. zgodnie z par. 10 ust. 1 pkt. 1.1. umowy 121900026 za przekroczenie terminu obowiązyującego w umowie o 189 dni wraz z wnioskiem o naliczenie kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy, z którego wynika, że JSW KWK Knurów nie naliczył kary za okres 39 dni.
- pismo JSW KWK Knurów z dnia 15 marca 2021 r. – Izba już powyżej w dowodach z dokumentacji postępowania dokonała ustaleń na podstawie tego dowodu
- pismo Tauron spółka akcyjna z dnia 18 marca 2021 r. – Izba już powyżej w dowodach z dokumentacji postępowania dokonała ustaleń na podstawie tego dowodu
- pismo Tauron spółka akcyjna z dnia 25 marca 2021 r. – Izba już powyżej w dowodach z dokumentacji postępowania dokonała ustaleń na podstawie tego dowodu
- pismo odwołującego z dnia 15 marca 2021 r. – Izba już powyżej w dowodach z dokumentacji postępowania dokonała ustaleń na podstawie tego dowodu

- z umowy o dzieło nr 011700933 zawartej pomiędzy Tauron Wydobyćcie spółka akcyjna i TRANS-JAN sp. z o.o. wynika, że przedmiotem zamówienia jest usługa drażenia wyrobisk górniczych w pokładzie 405/1, a także iż z par. 4 pkt. 5 lit. a i f wynika, że zamawiający zapewnia wykonawcy maszyny i urządzenia spełniające wymogi prawa i dopuszczone do stosowania na dole kopalni – kompletne trasy przenośników taśmowych wraz z napędami i stacjami zwrotnymi oraz układami zasilania, sterowania i zabezpieczenia ruchu i zamawiający ponosi koszty materiałów eksploatacyjnych, napraw awaryjnych, serwisowych i części zamiennych dla obsługi i konserwacji w branży górniczej i energomechanicznej wszystkich maszyn, urządzeń, instalacji oraz kabli i przewodów zasilających przekazanych wykonawcy przez zamawiającego, a zgodnie z pkt 6 zamawiający zobowiązał się do zapewnienia wykonania usług serwisowych udostępnionych wykonawcy maszyn i urządzeń wymienionych w pkt. 5 przez ekipy serwisowe na podstawie zawartych przez zamawiającego umów serwisowych, a z pkt. 10 wynika, że zamawiający zobowiązał się do zapewnienia obsługi przenośników taśmowych głównej odstawy zbiorczej ze ścian eksploatowanych oraz przenośników odstawy urobku z wyrobisk drażonych przez zamawiającego, zgodnie z par. 5 wykonawca TRANS-JAN zobowiązał się w pkt. 14 do konserwacji, przeglądów i serwisowania własnych maszyn i urządzeń wymienionych w pkt. 12 i 13 oraz konserwacji, przeglądów maszyn i urządzeń udostępnionych wykonawcy przez zamawiającego dla realizacji przedmiotu umowy, o których mowa w par 4 ust. 5 i pkt. 28 utrzymania sprawności infrastruktury technicznej wyrobisk górniczych w tym tras transportu materiałów i odstawy urobku. Zgodnie z par. 8 pkt 3 do zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą jest wymagane udzielenie przez zamawiającego zgody w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zgodnie z par. 11 ust. 1 pkt 1 także ta umowa przewidywała karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,01% wartości wynagrodzenia netto wykonawcy. Nadto zostało przewidziane dla zamawiającego prawo do odstąpienia od umowy, jeśli opóźnienie przekroczy 30 dni.

Z umowy nr 2019/UM/TWD/CENF2Z/05304/L z dnia 26 marca 2019 r. pomiędzy Tauron Wydobyćcie spółka akcyjna i TRANS-JAN na usługę drażenia wyrobisk górniczych wynika, że z par. 4 pkt. 5 lit. a wynika, że zamawiający zapewnia wykonawcy maszyny i urządzenia spełniające wymogi prawa i dopuszczone do stosowania na dole kopalni – kompletne trasy przenośników taśmowych wraz z napędami i stacjami zwrotnymi oraz układami zasilania, sterowania i zabezpieczenia ruchu, a zgodnie z pkt 6 zamawiający zobowiązał się do zapewnienia wykonania usług serwisowych udostępnionych wykonawcy maszyn i urządzeń wymienionych w pkt. 5 przez ekipy serwisowe na podstawie zawartych przez zamawiającego umów serwisowych, a z pkt. 10 wynika, że zamawiający zobowiązał się do zapewnienia obsługi przenośników taśmowych głównej odstawy zbiorczej ze ścian eksploatowanych oraz przenośników odstawy urobku z wyrobisk drażonych przez zamawiającego, zgodnie z par. 5

wykonawca TRANS-JAN zobowiązał się w pkt. 13 do konserwacji, przeglądów i serwisowania własnych maszyn i urządzeń wymienionych w pkt. 11 i 12 oraz konserwacji, przeglądów maszyn i urządzeń udostępnionych wykonawcy przez zamawiającego dla realizacji przedmiotu umowy, o których mowa w par 4 ust. 5 i pkt. 27 utrzymania sprawności infrastruktury technicznej wyrobisk górniczych w tym tras transportu materiałów i odstawy urobku. Zgodnie par. 12 ust. 2 pkt 1 zostało przewidziane dla zamawiającego prawo do odstąpienia od umowy, jeśli opóźnienie przekroczy 30 dni.

Dowody przedłożone przez odwołującego:

- pismo TRANS-JAN do JSW KWK Knurów z prośbą o wyrażenie zgody na wydłużenie okresu wykonywania zadań, z uwagi na zaistniałe zagrożeniem epidemiologiczne i absencję pracowników, zmiany w organizacji pracy i skrócenie czasu pracy przez zamawiającego do 6h na zmianie roboczej, które utrudniają prawidłowe obłożenie robót i terminową realizację zadań.

- pismo TRANS-JAN do JSW z dnia 14 lipca 2020 r., z którego wynika, że TRANS-JAN jest skłonny do renegotjacji umowy i zawarcia aneksu i wyraża zgodę na obniżenie pozostałej wartości finansowej umowy o 2% z zachowaniem dotychczasowych terminów płatności i zmianą terminu realizacji do 31 stycznia 2021r.

- pismo TRANS-JAN do JSW KWK Knurów z dnia 14 kwietnia 2021 r. z którego wynika, że dane i przyczyny nieobecności pracowników spółki TRANS-JAN, MGM Mining&Construction i spółki Carbon w dnia 1 lutego 2020 - 28 lutego 2021 są właściwe prawidłowe i wiarygodne. Pomimo zwiększenia liczby zatrudnionych pracowników z powodu nieobecności i absencji chorobowej związanej z pandemią zwiększenie liczby zatrudnianych pracowników i tak było niewystarczające i nie pozwoliło na zniwelowanie opóźnień w realizacji umowy. Na opóźnienia miały również wpływ częste przekroczenie dopuszczalnych stężeń metanu w przodku powodujące wyłączenia urządzeń elektrycznych, przerwy i niesystematyczność w drażeniu. Wskazał na braki w podstawianiu pustych wozów do odstawy urobku, w tym obwał przekopu G6E, brak rytmicznych dostaw materiałów zaopatrzeniowych. Podkreślono, że spółce nie zgłaszano pretensji z powodu opóźnień, ani przeciwskażeń do zawarcia aneksu. Dodatkowo trudnościami powodującymi opóźnienia były trudności górniczo-geologiczne tj. zwiększona twardość skał w czasie drażenia, co przyczyniało się do opóźnień i zwiększonej awaryjności stosowanych maszyn i urządzeń. Ponadto był przejazd przez stare wyrobisko w ramach akcji ratowniczej i czasochłonny przejazd przez dwa napotkane uskoki. W świetle tego naliczenie kar umownych nie ma usprawiedliwionych podstaw faktycznych i prawnych. Wskazał na treść art. 15s pkt 1 i 2 ustawy covidowej oraz na to, że w nowym PZP kara umowna za opóźnienia stanowi klauzulę abuzywną. Ponadto podniesiono rażące wygórowanie kary.

- pismo TRANS-JAN do JSW spółka akcyjna z dnia 17 maja 2021r. w którym opisano przebieg realizacji umowy 121900026, podkreślono, że poza pismami z 22 maja 2019 i 26 września 2019r. spółki nie przynaglano do realizacji zamówienia. Spółka przywołała argumentację z pisma z dnia 14 kwietnia 2021r. co do przyczyn powstania opóźnień, opisała przebieg negocjacji w sprawie zawarcia aneksu, negocjacje mające na celu odstąpienie od naliczenia kar, w tym podniosła argument, że gdyby prawidłowo uwzględnić ilość absencji, to umowa zostałaby zrealizowana 15 dni przed pierwotnym terminem wykonania. Wskazano także na przebieg procedury w przedmiotowym postępowaniu wskazujący na niechęć zamawiającego do wykonawców.

- pismo z dnia 20 maja 2021 r. do JSW – KWK Knurów podnosi, że przyczyny opóźnień były obiektywne i zewnętrzne oraz niezależne od TRANS-JAN, zamawiający nie wykonał obowiązku współdziałania, przez co kara powinna być anulowana a nadto kara umowna jest rażąco wygórowana i powinna być zmiarkowana do kwoty 100 000zł. TRANS –JAN nie zgadza się z przyjętą ilością opóźnienia zależnego od zamawiającego, uważa, że 263 dni opóźnienia wynikały z przyczyn od niego niezależnych, że wnioskiem o wydłużenie terminu umowy występowała od maja 2020 r. że wyraziła zgodę na 2% obniżenie wynagrodzenia, a przewlekane postępowanie przez zamawiającego doprowadziło do naliczenia rażąco wygórowanej kary. Dla wykonawcy byłoby korzystniej zerwać umowę przed terminem zakończenia, gdyż wówczas zapłaciłby mniejszą karę. TRANS-Jan przedstawił własne ustalenia, co do przyczyn opóźnień w 4 wykazach i z tytułu opóźnień spowodowanych przestojami technologicznymi związanymi z brakiem wentylacji i napięcia, brakiem i niesystematycznym podstawianiem wozów do odstawy urobku i wydawania złomu, brakiem i niesystematycznym dostarczaniem materiałów, brakiem wody do kombajnu chodnikowego należy z opóźnień odjąć 48 dni roboczych, z powodu opóźnień wynikających z obostrzeń związanych z pandemią i trudności komunikacyjnych, ograniczeniem ilości zmian i skróceniem czasu pracy należy odjąć 23,4 dnia, w związku z absencją pracowników spowodowaną zachorowaniami, zakażeniami i kwarantanną należy odjąć 263,5 dnia, co spowodowałoby, że termin umowny należałoby uznać za dochowany.

Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę:

Izba w pierwszej kolejności zanalizowała treść warunku z pkt. 6.5 siwz w celu ustalenia, czy językowa treść warunku może powodować różne jego rozumienie. W ocenie Izby taka wątpliwość nie zachodzi, wbrew stanowisku odwołującego. Zamawiający wymagał usługi lub usług obejmujących zakres przedmiotowy polegający na obsłudze i konserwacji (a więc z uwagi na użycie spójnika „i” jako koniunkcji obsługa i konserwacja musiały wystąpić łącznie), dalej zamawiający wskazał, że w obsłudze i konserwacji musi zawierać się element obsługi i konserwacji energomaszynowej przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Zatem zamawiający używając pojęcia „w tym” skonkretyzował, że nie chodzi mu o

dowolną obsługę i konserwację, ale taką w której występował element obsługi i konserwacji ściśle określonej tak co do sposobu wykonania „energomaszynowej” jak i przedmiotu konserwacji i obsługi czyli przenośników taśmowych i miejsca wykonania konserwacji i obsługi czyli podziemnych wyrobisk górniczych. Wbrew stanowisku odwołującego, ze sformułowania użytego przez zamawiającego „usługa lub usługi obejmujących obsługę i konserwację, w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych” nie da się logicznie wyprowadzić wniosku, że jeśli wykazywana jest więcej niż jedna usługa, to wystarczy, aby jedna z tych usług obejmowała obsługę i konserwację energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Przede wszystkim zamawiający wymogi łącznie do spełnienia i do spełnienia w ramach pojedynczej usługi sformułował wyłącznie w zakresie wartości wykazywanych usług, a nie do ich przedmiotu. Nadto, gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, to można byłoby przyjąć absurdalną interpretację, że zamawiający wymagał jednej usługi polegającej na obsłudze i konserwacji energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych, natomiast pozostałe wykonywane usługi mogłyby dotyczyć dowolnej obsługi i konserwacji nawet nie wykonywanej w podziemnych wyrobiskach górniczych, a także obsługę i konserwację dowolnych urządzeń, a nie przenośników taśmowych, gdyż po słowach „w tym” wskazano właśnie na te trzy elementy sposób – energomaszynowy, przedmiot usługi – przenośniki taśmowe i miejsce wykonania – podziemne wyrobiska górnicze. Jeśli zatem uznać, że nie musi być spełniony wymóg w zakresie sposobu energomaszynowego, to także nie musi dotyczyć przedmiotu i miejsca, bo znajdują się one w szyku zdania za sposobem wykonania usługi, a zamawiający nie zastosował żadnych znaków interpunkcyjnych, które pozwoliłyby na ustalenie które elementy stanowią zdanie nadrzędne, a które są jedynie wtrąceniem. Tym samym wszystkie elementy po słowach „w tym” powinny być jednakowo traktowane, a przyjęcie wykładni odwołującego prowadziłoby do wykładni absurdalnej, że można wykazać się np. obsługą i konserwacją urządzeń biurowych w przedsiębiorstwie niegórnym, o ile tylko jedna usługa dotyczyła obsługi i konserwacji energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych. W ocenie Izby zamawiający użył dookreślenia „obsługa i konserwacją, w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych”, tak, aby umożliwić udział wykonawcom, którzy wykonywali obsługę i konserwację urządzeń górniczych spełniającą wymagania wartościowe, ale zakres świadczenia tej usługi sposobem energomaszynowym był mniejszy niż wymagania kwotowe postawione przez zamawiającego.

Z tego względu Izba uznała, że stanowisko zamawiającego, co do tego, że wymagał on, aby w każdej z usług wykazać się obsługą i konserwacją, w tym energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych jest prawidłowe i odzwierciedla jedynie logiczną wykładnię literalną postawionego warunku.

W konsekwencji Izba ustaliła, że pomiędzy stronami sporna była wykładnia warunku z pkt. 6.5. siwz, ale niesporny był fakt, że w poz. 1,2, 3 i 5 wykazu usług odwołujący nie wykazał usług polegających na świadczeniu obsługi i konserwacji energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych.

Przechodząc do poz. 4 wykazu Izba ustaliła, że z referencji z 8 stycznia 2021 r. wynika, że pod względem poprawności technicznej wykonania zamówienia zamawiający potwierdził należyłą staranność, ale już w tej referencji wskazywał, że z powodu przekroczenia terminu wykonania naliczy kary umowne. Natomiast w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 marca 2021 r. JSW KWK Knurów –Szczygłowice podtrzymało swoje dotychczasowe stanowisko stwierdzając, że pod względem technicznym zakres robót został wykonany prawidłowo. Jednak znaczne przekroczenie terminu realizacji o 38,9% (ponad 7 miesięcy), a w konsekwencji naliczenie kar umownych na kwotę 3 411 712,50zł., stanowi podstawę do stwierdzenia, iż umowa jako całość została wykonana nienależycie. Ponadto wysokość kary umownej została obniżona o 39 dni ze względu na wprowadzone na kopalni obostrzenia spowodowane pandemią COVID-19, oraz zaistniałymi problemami górniczymi wynikającymi ze strony kopalni w 2020.

Zgodnie z art. 483 par. 1 kc kara umowna to zryczałtowane umownie odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Tym samym już sam fakt, że w referencji wskazano, że będzie naliczona kara umowna świadczył, że wystawca referencji nie ocenia całościowo wykonanej usługi, jako wykonanej należycie.

Izba wzięła pod uwagę treść art. 22 d ustawy, zgodnie z którym oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Przepis ten zatem oznacza, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej określone przez zamawiającego służą ocenie czy wykonawca zdolny jest wykonać zamówienia z odpowiednią jakością. O jakości wykonania zamówienia w ocenie Izby nie świadczy wyłącznie fakt prawidłowego wykonania czynności składających się na zamówienia, ale także kiedy te czynności zostały wykonane (trudno np. byłoby uznać za należyte wykonanie świadczenia usług ratownictwa na kąpieliskach miejskich w zimie) i czy wykonane były zgodnie z warunkami zamówienia (tu przykładem może być wykonanie umowy z udziałem podwykonawcy, w tych częściach które zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę). Tym samym nieprzekonujący jest argument odwołującego, że skoro warunek z art. 22d ustawa dotyczy zdolności technicznej, to podstawą wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy może być wyłącznie nieprawidłowe pod względem technicznym wykonanie zamówienia wykazanego jako nabyte doświadczenie. Izba

zbadala także to stanowisko odwołującego pod względem prawnym i ustaliła, że art. 24 ust. 1 pkt 12 stanowi, że zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, przedmiotem oceny pod kątem podstaw wykluczenia jest to, czy wykonawca wykazał – udowodnił, że warunek spełnia. To czego może żądać od wykonawców zamawiający określa rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 t.j. z 2020 poz. 1282), w którym w par. 2 ust. 4 pkt 2 wskazano, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle tego rozporządzenia jeśli zamawiający ustanowił warunek zdolności technicznej i żądał potwierdzenia go dokumentami, to wykonawca był zobowiązany przedstawić dowód, czy usługi zostały wykonane należycie. Zatem ustalenie czy wykonawca przedstawił dowody potwierdzające należyte wykonanie jest elementem badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie zamawiający twierdzi, że odwołujący w poz. 4 nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał, że usługę tę wykonał należycie. Tym samym rolą Izby jest ustalenie, czy z dowodów, którymi dysponował zamawiający rzeczywiście wynika, że dla poz. 4 nie wykazano należytego wykonania usługi. W tym miejscu Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z par. 9 pkt 1 ppkt 1.1. umowy nr 121900026 odwołujący przyjął na siebie rozszerzony model odpowiedzialności kontraktowej, a więc zgodził się na naliczanie kar za opóźnienie. Rozróżnienie pomiędzy zwłoką, a opóźnieniem wynika z art. 476 kc stosowanego w zamówieniach publicznych odpowiednio z uwagi na normę art. 14

ustawy. Przepis ten stanowi, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wykładając ten przepis należy zatem stwierdzić, że niezawinione przez dłużnika uchybienie terminu, to opóźnienie, natomiast zawinione przez dłużnika uchybienie terminu - to zwłoka. Przenosząc to na grunt umowy 121900026 konsorcjum TRANS-JAN, Deltamet, Carbon i MGM Mining & Construction przyjęło na siebie odpowiedzialność odszkodowawczą niezależnie od tego czy uchybienie terminowi realizacji nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie, czy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub niezależnych od stron, w postaci zryczałtowanego odszkodowania – kara umowna wysokości 0,1 % całkowitej wartości brutto wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia ponad ustalony termin.

Izba w tym postępowaniu bada wyłącznie prawidłowość czynności zamawiającego podjętą w postępowaniu. Tym samym argumentacja o abuzywności tego postanowienia umownego nie może być uznana za zasadną nawet nie z tego względu, że klauzule abuzywne obowiązują w ustawie od 1 stycznia 2021 r., a umowa była zawarta w dniu 18 stycznia 2019, ale przede wszystkim z tego względu, że Izba nie ma kompetencji do badania postanowień umownych funkcjonujących w innych postępowaniach niż to, w którym zostało wniesione odwołanie. Z tego też względu Izba ustaliła, że konsorcjum TRANS-JAN, Deltamet, Carbon i MGM Mining & Construction przyjęło na siebie solidarną odpowiedzialność za terminowość wykonania umowy 121900026 niezależnie od przyczyn, które mogły prowadzić do powstania opóźnień. W konsekwencji Izba uznała za niecelowe prowadzenie ustaleń na podstawie dowodów przedstawionych przez zamawiającego i odwołującego, a dotyczących oceny czy opóźnienie powstało z przyczyn leżących po stronie odwołującego, czy też z przyczyn po stronie zamawiającego lub od stron niezależnych.

Izba dostrzegła, że art. 471 kc (stosowany odpowiednio z mocy art. 14 ustawy) konstruuje domniemanie prawne, że jeśli doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to jest to wynikiem działania dłużnika, dłużnik dopiero może się ekskulpować wykazując, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Jednak to jest konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej ustawowej, natomiast z mocy art. 473 par. 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, co oznacza, że prawnie dopuszczalne było rozszerzenie odpowiedzialności konsorcjum TRANS-JAN, Deltamet, Carbon i MGM Mining & Construction za niezawinione uchybienia terminowi realizacji (opóźnienia).

W konsekwencji Izba ustaliła, że JSW KWK Knurów-Szczygłowice stwierdziła wystąpienie uchybienia terminowi o ponad 7 miesięcy i tej okoliczności nie negował odwołujący. Odwołujący negował jedynie ustalenia z których przyczyn uchybienie nastąpiło. Izba zaś ustaliła, że w świetle zawartej umowy, dla odpowiedzialności odwołującego przyczyna uchybienia dla przyznania zryczałtowanego odszkodowania nie ma znaczenia.

Izba przeszła zatem do ustaleń, co wynika z dowodów, którymi dysponował zamawiający w dacie podejmowania decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Dowodami tymi były: załączona do wykazu referencja z 8 stycznia 2021 r. i pismo JSW KWK Knurów-Szczygłowice z dnia 15 marca 2021 r. Z obu tych pism wynika, że inwestor stwierdził wykonanie robót górniczych po terminie realizacji, co w referencji miało być podstawą do ustalania kar umownych, a w piśmie z dnia 15 marca 2021 r. dało postawę inwestorowi do oceny, że znaczne przekroczenie terminu realizacji o 38,9% (ponad 7 m-cy), a w konsekwencji naliczenie kar umownych stanowi podstawę do stwierdzenia, iż umowa jako całość została wykonana nienależycie.

Izba na podstawie tych dowodów ustaliła, że odwołujący nie wykazał, że usługa w poz. 4 była wykonana należycie, a to prowadzi do dalszego ustalenia, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który z mocy prawa polegał na wykazaniu się należycie wykonanym doświadczeniem zawodowym. Izba oceniła jako prawidłowe postępowanie zamawiającego, który na podstawie par. 2 ust. 6 ma prawo, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą jego wątpliwości, zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Zamawiający w wezwaniu z 11 marca 2021 r. wręcz oczekiwał informacji, które pozwolą mu na ocenę, czy umowa była wykonana należycie, gdyż prosił o wyjaśnienie czy opóźnienia wykonawcy w realizacji umowy i naliczenie z tego tytułu kar umownych umożliwiają stwierdzenie, że umowa w całości została wykonana należycie, czy też opóźnienia były tak znaczne (istotne), że uniemożliwiają one stwierdzenie, że umowa została w całości wykonana należycie. Tak sformułowane pytanie przez zamawiającego, w ocenie Izby świadczy o tym, że zamawiający nie był skłonny każdego uchybienia terminowi, czy każdej kary umownej traktować jako nienależyte wykonanie, ale tylko tych istotnych. To zresztą koresponduje z dowodami złożonymi przez zamawiającego, czyli umowami z firmą Tauron Wydobycie spółka akcyjna, z których wynika, że w branży górnictwa wyrobisk górniczych za istotne uchybienie uznaje się opóźnienie o ponad 30 dni, gdyż w obu umowach przedstawionych przez zamawiającego takie opóźnienie uprawnia zamawiających do odstąpienia od umowy.

Tym samym zamawiający prawidłowo uzyskując z referencji z dnia 8 stycznia 2021 r. informację o uchybieniach w terminowej realizacji i ustalaniu wysokości kary, wyjaśniał tę oko-

liczność z inwestorem, aby nie wykluczyć wykonawcy, którego uchybienie było nieistotne i nie wpływające na pozytywną ocenę realizacji całości zamówienia.

Izba zatem ustaliła, że postępowanie zamawiającego przy badaniu poz. Nr 4 było prawidłowe i zgodne z ustawą, jak również wynik tego badania i stwierdzenie braku wykazania warunku udziału było prawidłowe i nie naruszało przepisów ustawy.

Izba zbadała także argumentację odwołującego wskazującą, że podstawą badania niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia jest wyłącznie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Izba tej argumentacji nie podziela z następujących powodów:

1. Wykazanie warunku udziału zgodnie z przytoczonym wyżej rozporządzeniem wymaga przedstawienia dowodów, że usługa była lub jest wykonywana należycie – takiemu dowodowi odwołujący nie sprostał,
2. Przesłanka z art. 24 ust. 4 pkt 5 ustawy jest przesłanką fakultatywną i może stanowić podstawę wykluczenia, tylko jeśli zamawiający przewidział jej stosowanie w dokumentach zamówienia
3. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Przepis ten ma zatem zastosowanie do każdego zamówienia wcześniejszego zawartego z zamawiającym publicznym, a nie tylko doświadczenia wykazywanego w ramach warunku.
4. Sankcją za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego na rzecz zamawiającego publicznego zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 jest 3 letnie wykluczenie z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jednocześnie ustawodawca dla takiego wykonawcy przewidział w art. 24 ust. 8 procedurę samooczyszczenia. Przepisy te nie mają zastosowania w przypadku wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. To wykluczenie eliminuje wykonawcę tylko z danego postępowania nie ograniczając mu możliwości ubiegania się o zamówienia w przyszłości.

Izba przechodząc do oceny czynności zamawiającego związanych z badaniem poz. 6 i 7 wykazu ponownie wróciła do brzmienia literalnego warunku. Z pkt. 6.5. wynika, że zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania określonych usług w ramach prowadzonej działalności gospodarczej – na co wskazuje użyte sformułowanie „a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie”. Oznacza to, że w celu spełnienia warunku udziału nie można było wykazać się doświadczeniem pracowniczym, ale doświadczeniem nabytym w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Odwołujący na tak brzmiący warunek wskazał poz. 6 i 7 i przedstawił referencję, z której wynikało, że TRANS-JANM współpracuje z MGM Mining&Construction od 2013 i na podstawie zawartej umowy zapewnia na rzecz TRANS – JAN pracowników do prac dołowych w kopalniach węgla kamiennego, głównie do realizacji prac pomocniczych związanych z drążeniem wyrobisk górniczych i w ramach tej współpracy MGM Mining&Construction osiągnął przychody. Przy czym z referencji tej nie wynika, czy to zapewnienia pracowników polega na ich oddelegowaniu pod kierownictwo TRANS-JAN, czy też pracownicy nadal świadczyli pracę na rzecz MGM Mining&Construction i pod jego kierownictwem. Izba oceniła, że przedstawiona referencja nie wskazywała na to, że MGM Mining&Construction wykonywał w ramach swojej działalności gospodarczej część usług związanych z umowami nr 011700933 i 905304P świadcząc je na rzecz TRANS-JAN za pomocą własnych pracowników, których pracę kontrolował, przydzielał zadania karał za dopełnienie obowiązków służbowych, czy też otrzymywał jedynie przychody z tego tytułu, że TRANS-JAN mógł korzystać z pracowników wykonawcy wydając im polecenia służbowe, wyznaczając zadania, rozliczając z ich wykonania.

Izba ustaliła, że w świetle tych wątpliwości zamawiający prawidłowo w dniu 11 marca 2021 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia jaką rolę pełnił MGM Mining&Construction w umowach 011700933 i 905304P, czy był podwykonawcą, członkiem konsorcjum, czy udostępniał pracowników. W dniu 15 marca 2021 r. odwołujący odpowiedział, że świadczył usługi outsourcingu rozumianego jako przekazanie mu do realizacji części zadań z tych umów. Wykonywał te zadania własnymi pracownikami, a pracownicy nadzorowali i wykonywali obsługę i konserwację.

Zamawiający jednocześnie wystąpił do Tauron spółka akcyjna, który 25 marca 2021 r. udzielił odpowiedzi, że żadna z obu umów nie była wykonywana przez MGM Mining&Construction, ani nie było umowy podwykonawstwa.

Izba ustaliła, że zachodzi sprzeczność stanowisk pomiędzy odwołującym, a Tauron i TRANS-JAN. Jedynie odwołujący uważa, że wykonywał część usług, natomiast Tauron nie wie o jego udziale w wykonaniu zamówienia, a TRANS-JAN wskazuje na oddelegowanie pracowników. Tym samym, w ocenie Izby udzielone przez odwołującego wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, w świetle pozostałych przedstawionych dowodów nie rozwiały wątpliwości zamawiającego, co do tego kto nabył doświadczenie z umów 011700933 i 905304P w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń odstawy, odwołujący czy TRANS-JAN. Odwołujący w toku rozprawy nie przedstawił umowy współpracy na którą powołuje się TRANS-JAN, ani nie przedstawił umowy outsourcingowej na którą sam wskazuje. Te dokumenty mogłyby pozwolić ustalić, a w konsekwencji usunąć wątpliwości co do tego, czy w ramach umów 011700933 i 905304P odwołujący świadczył outsourcing usług i nabył doświadczenie, czy świadczył outsourcing pracowniczy i doświadczenie korzystając z pracowników odwołującego nabył TRANS-JAN. W ocenie Izby tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wy-

konawca ma obowiązek wykazać warunki udziału w postępowaniu, jak i w postępowaniu odwoławczym skoro odwołujący twierdzi, że wykonał część usług, to na nim ciąży z mocy art. 534 ust. 1 ustawy obowiązek dowodowy, którego w ocenie Izby nie uniósł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne, o których mowa w art. 522 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 92 pkt 1 ustawy na skutek bezzasadnego wykluczenia odwołującego się jakoby nie wykazał przesłanki udziału w postępowaniu posiadania dolności technicznych, podczas gdy wnikliwa i obiektywna ocena złożonej oferty i dokumentów odwołującego dla wykazania posiadania zdolności technicznych do wykonania zamówienia, prowadzi do wniosku przeciwnego, iż odwołujący wykazał posiadanie wymaganych zdolności technicznych wykonania zamówienia, a tym samym nie powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta jako najkorzystniejsza winna być wybrana

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu usługi lub usług obsługi i konserwacji, które zawierały w sobie konserwację energomaszynową przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Wymóg ten dotyczył każdej z wykazywanych usług. Izba ustaliła, że poz. 1, 2, 3 i 5 nie wykazywały doświadczenia w obsłudze i konserwacji energomaszynowego przenośników taśmowych w podziemnych wyrobiskach górniczych, a więc zamawiający prawidłowo ustalił, że te doświadczenia nie służą wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, że zamawiający kierując się wymaganiami art. 22d czyli wymogiem wykazania się doświadczeniem o odpowiedniej jakości i par. 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymagał przedstawienia mu dowodu należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 4. Zarówno z referencji jak i pisma JSW KWK Knurów-Szczygłowice z dnia 15 marca 2021 r. wynika, że konsorcjum TRANS-JAN, Deltamet, Carbon i MGM Mining & Construction uchybiło terminowi wykonania zamówienia i uchybienie to jest na tyle istotne, że świadczy o nienależyтым wykonaniu umowy. Z par. 9 umowy 121900026 wynika, że konsorcjum TRANS-JAN, Deltamet, Carbon i MGM Mining & Construction przyjęło na siebie rozszerzoną

odpowiedzialność także za niezawinione uchybienia terminowi. Izba ustaliła zatem, że skoro z przedstawionych zamawiającemu dowodów wynika istotne uchybienie terminowi kwalifikujące do oceny nienależytego wykonania umowy, to zamawiający prawidłowo zbadał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału za pomocą poz. 4 wykazu.

Izba ustaliła, że z referencji TRANS-JAN wynikało, że w umowach 011700933 i 905304P MGM Mining&Construction udostępniło TRANS-JAN pracowników dołowych, mimo prowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśnień tak z odwołującym jak z inwestorem nie doszło do ustalenia, czy MGM Mining&Construction świadczył w ramach swojej działalności gospodarczej usługi obsługi i konserwacji urządzeń odstawy na rzecz TRANS-JAN, czy też wyłącznie udostępnił TRANS-JAN swoich pracowników. W świetle tych wątpliwości i braku inicjatywy dowodowej odwołującego w tym zakresie zgromadzony materiał dowodowy nie dał podstaw do ustalenia, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba ustaliła, że zamawiający prawidłowo i zgodnie z ustawą zbadał odwołującego i właściwie ocenił, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału. Izba zważyła, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału. Tym samym skoro ustalono, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału, to zamawiający podjął zgodną z ustawą decyzję o wykluczeniu wykonawcy odwołującego się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 92 pkt 1 ustawy na skutek odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu jakby podlegał on wykluczeniu z postępowania, podczas gdy wnikliwa i obiektywna ocena złożonej oferty i dokumentów odwołującego dla wykazania posiadania zdolności technicznych do wykonania zamówienia, prowadzi do wniosku przeciwnego, iż odwołujący wykazał posiadanie wymaganych zdolności technicznych wykonania zamówienia, a tym samym nie powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta nie powinna być lecz jako najkorzystniejsza winna być wybrana

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zastosowania. Jest to przepis, który ma zastosowanie wyłącznie w trybach przewidujących wstępną procedurę eliminacyjną, a więc wszędzie tam, gdzie zamawiający w pierwszej kolejności ustala krąg wykonawców w najwyższym stopniu spełniającym kryteria selekcji i tylko tym umożliwia składanie ofert. W tych trybach dochodzi do rozdzielenia czynności badania od czynności oceny ofert. Tym samym zarzut odwołującego jest nietrafny. Do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ma zastosowanie art. 24 ust. 4 ustawy, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednakże nawet prawidłowe wskazanie podstawy prawnej w świetle tego,

że Izba uznała czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego za prawidłową nie powodowałoby uwzględnienia odwołania, gdyż i tak oferta odwołującego byłaby traktowana jak odrzucona.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego i nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu kwoty 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów wydatków pełnomocnika tytułem jego wynagrodzenia, 491,45zł i 581,72 związanych z dojazdem na rozprawę na podstawie złożonego spisu kosztów oraz kosztów poniesionych przez zamawiającego w związku z uiszczeniem opłaty skarbowej w wysokość 51zł. co stanowi łącznie kwotę 4 688,71zł.

Przewodniczący:.....