

Sygn. akt: KIO 1262/20

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Sandvik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą Spółkę Akcyjną Oddział KWK Ruda w Rudzie Śląskiej**

przy udziale wykonawcy **MINOSTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chełmie Śląskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sandvik Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sandvik Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Sandvik Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach** na rzecz **Polskiej Grupy Górniczej Spółki Akcyjnej Oddział KWK Ruda w Rudzie Śląskiej** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna Oddział KWK Ruda w Rudzie Śląskiej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja kombajnów chodnikowych dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba z podziałem na zadania:

- 1) zadanie nr 1 - Modernizacja wysokowydajnego kombajnu chodnikowego typu AM- 75-EX-S;
- 2) zadanie nr 2 - Modernizacja kombajnu chodnikowego AM-50.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2020 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Sandvik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Minostar Sp. z o.o. w Chełmie Śląskim (dalej także: Minostar albo przystępujący) z postępowania, mimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania ww. warunku;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z Minostar, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej sformułowanego w części VIII pkt 1 lit a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.)

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Minostar jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Minostar z postępowania;

4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, wykonawca Minostar powinien zostać wykluczony z postępowania, natomiast oferta odwołującego w takiej sytuacji powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w Zadaniu nr 1. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią VIII pkt 1 lit. a s.i.w.z., dla wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla zadania nr 1, wykonawcy wykazać mieli się należytem wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. przed 6.09.2019 r.) zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na dostawie lub modernizacji lub remoncie kombajnów chodnikowych o łącznej wartości brutto co najmniej 2 000 000,00 zł, o mocy organu minimum 200 kW.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Minostar złożył wykaz dostaw ze wskazaniem 3 zamówień oraz przedłożeniem referencji, które miały potwierdzać należyte wykonanie 3 zamówień polegających na remoncie kombajnu chodnikowego. Przedmiotowe realizacje budziły wątpliwości zamawiającego, który dwukrotnie skierował do Minostar wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów, jak również zwrócił się z zapytaniami w tym zakresie bezpośrednio do podmiotów trzecich. Ostatecznie, zamawiający błędnie ocenił przedstawione przez Minostar dokumenty i wyjaśnienia, bowiem żadna z trzech zawartych w wykazie dostaw nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a przedstawiane przez Minostar dokumenty i oświadczenia wprowadzają zamawiającego w błąd co do faktycznych zdolności technicznych lub zawodowych tego wykonawcy.

Podnosząc się do pozycji poz. 1 wykazu - zamówienie wykonane na rzecz Biura Handlowego Protech M. P., w okresie od 10-09-2016 r. do nadal, o wartości pow. 3,69 mln zł brutto, odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 30.10.2019 r. oraz 28.11.2019 r., udzielanych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, Minostar wskazał, że remont kombajnu wskazany w wykazie wykonywany był na podstawie umów:

- 215/DEM/M - obejmującej kompletację (montaż i uruchomienie) i dostawę części zamiennych kombajnu chodnikowego AM-75 EX-S/181 - umowa trwa nadal - wartość na dzień 4.10.2019 r. - 135 300 zł brutto;

- 269/DEM/M - obejmującą remont kombajnu chodnikowego AM-75Ex-S/181 oraz obsługę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną - umowa trwa nadal - wartość na dzień 4.10.2019 r. - 3 769 502,28 zł brutto.

Minostar przedstawił:

- list referencyjny z dnia 02.09.2019 r. wystawiony przez BH Protech M. P., potwierdzający zlecenie remontu kombajnu chodnikowego AM75 Ex-S, ze wskazaniem wartości ponad 3 mln zł netto; bez podania dat wykonania.

- protokół odbioru z dnia 9.11.2016 r. (zał. nr 1 do wyjaśnień z 28.11.2019 r.) potwierdzający odbiór prac remontowych kombajnu pomiędzy Minostar i BH Protech, przy czym Minostar występował jako poddostawca: usług, części i podzespołów, wsparcia technicznego na rzecz BH Protech M. P., który z kolei działał jako wykonawca dla spółki Kopex-Pbsz S.A.

Odwołujący zaznaczył, że odbiorcą dostawy była działalność gospodarcza prowadzona przez p. M. P., który do dnia 11.02.2016 r. ujawniony był w KRS jako Prezes Zarządu Minostar sp. z o.o. Aktualni członkowie zarządu Minostar sp. z o.o. wskazywani są w materiałach promocyjnych jako pracownicy BH Protech (odpowiednio: Pan M. M. jako Dyrektor ds. Technicznych oraz p. M. M. jako Kierownik ds. Marketingu i Logistyki). Powiązania osobowe między Minostar a odbiorcą wskazanej w wykazie dostawy są zatem oczywiste.

Odwołujący wskazał, że w wykazie wskazano dalsze trwanie umowy, mimo iż zgodnie z protokołem odbioru, remont kombajnu został zakończony do dnia 9.11.2016 r.. Dużo poważniejsza niezgodność występuje między oświadczeniem Minostar a informacjami uzyskanymi bezpośrednio od właściciela kombajnu, którego dotyczyły wykazywane prace, tj. spółki PBSz S.A. W odpowiedzi na pytanie skierowane przez odwołującego, PBSz udzieliło w dniu 26.02.2020 r. informacji dotyczących kombajnu AM 75 Ex-S/181 oraz wskazało następujące umowy zawarte z BH Protech M. P.:

- umowa zakupu części zamiennych zawarta w 2014 r.;

- umowa z dnia 29 maja 2015 r. nr 269/2015/DEM, której przedmiotem była dzierżawa części/podzespołów kombajnowych stanowiących własność BH PROTECH zamontowanych dla przejściowego użytku w kombajnie górniczym AM-75 stanowiącym własność PBSz; zawarta na okres 16 miesięcy licząc od dnia 1 czerwca 2015 r.;

- umowa z dnia 1 czerwca 2015 r. nr 215/2015/DEM, której przedmiotem była kompletacja oraz uruchomienie kombajnu chodnikowego AM 75 Ex-S/181, stanowiącego własność PBSz z terminem realizacji do 31 sierpnia 2015 r.

Odwołujący stwierdził, że żadna z umów nie dotyczyła remontu kombajnu chodnikowego. Skoro zatem PBSz S.A. nie zleciło BH Protech wykonania remontu stanowiącego jego własność kombajnu chodnikowego, przedstawione przez Minostar informacje, iż prace takie wykonano w charakterze podwykonawcy BH Protech w ramach zleceń na rzecz PBSz S.A. są wprost nieprawdziwe. Z informacji przedstawionych przez właściciela i ostatecznego odbiorcę prac wynika, że wykonywane były jedynie prace, które nie odpowiadają wymaganym elementom warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, oświadczenia Minostar zawarte w wykazie dostaw oraz złożonych wyjaśnieniach nie są zgodne z prawdą i nie sposób twierdzić, iż stanowią one efekt niezawinionej omyłki po stronie wykonawcy, która wystąpiła mimo dochowania przez niego należytej staranności. Zamówienie wskazane w poz. 1 wykazu nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, a działania Minostar wypełniły przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do poz. 2 wykazu - zamówienie narzecz Konko S.A., w okresie 01.04.2017 do 30.11.2017 r. o wartości powyżej 1,23 mln zł brutto, odwołujący podniósł, że w wykazie Minostar oświadczył o wykonaniu remontu kombajnu chodnikowego. Jednakże przedstawiona w postępowaniu referencja z dnia 16.05.2019 r. wskazuje, iż Minostar był „partnerem podczas remontu kombajnu chodnikowego AM75 Ex-S/138”. List referencyjny precyzuje dalej, iż uruchomienie przedmiotowego kombajnu miało miejsce w ostatnim kwartale 2017 r. dla Oddziału KWK Mysłowice - Wesola oraz że łączna wysokość zrealizowanych zamówień, „przy współpracy z firmą Minostar” przekroczyła kwotę 1 000 000,00 zł netto (w wyjaśnieniach z 30.10.2019 r. wykonawca doprecyzował, iż wartość ta wyniosła 1 244 338,66 zł brutto).

Odwołujący wskazał, że list referencyjny w żadnym miejscu nie potwierdza zatem, iż Minostar faktycznie wykonywał prace remontowe. Okoliczności potwierdzone przez inne dokumenty wskazują, że przedmiotowe „partnerstwo” z Konko S.A. przy remoncie kombajnu, do którego odnosi się list referencyjny z 16.05.2019 r., nie polegało na remoncie kombajnu chodnikowego, a wyłącznie na dostawie części zamiennych. Zatem faktyczny zakres doświadczenia wykonawcy nie pokrywa się z oświadczeniem zawartym w wykazie ani z doświadczeniem wymaganym dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 15.09.2017 r., załączony przez Minostar do wyjaśnień z dnia 29.11.2019 r., nie potwierdza w swojej treści, iż przedmiotem wykonanych dostaw/usług był remont kombajnu chodnikowego. Wskazuje on, że współpraca po stronie Minostar ograniczona była do dostawy części i udziału w montażu.

Zatem nie jest to wystarczające doświadczenie odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia i gwarantujące należyte jego wykonanie.

Odwołujący nadmieniał, że w innym postępowaniu, prowadzonym dla LW Bogdanka S.A. nr 982/IZP/PFR/2019, Minostar przedstawił referencje od Konko S.A. wskazujące wyraźnie, iż Minostar był „dostawcą części zamiennych do kombajnu chodnikowego AM75 Ex-S”, o wartości 918 373,85 zł netto. Tę samą referencję Minostar przedstawił także w postępowaniu nr 983/IZP/PFR/2019 dla tego samego zamawiającego, wskazując również w JEDZ jednakową wartość zamówienia.

Odwołujący zauważył, że nawet jeśliby uznać, że Minostar faktycznie uczestniczył częściowo w realizacji prac remontowych ponad samą dostawę części i ich montaż, to udział ten musiał mieć bardzo ograniczony zakres i zdecydowanie mniejszą wartość niż wskazane w wykazie ponad 1 mln zł brutto. Jeśli, jak wynika z dokumentów, „współpraca przy remoncie kombajnu” obejmowała dostawę części zamiennych za prawie 920 tysięcy złotych, to zaledwie ułamek tej wartości rzędu 100 tys. złotych stanowił wartość prac remontowych, tj. takich, które należało wykazać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i które Minostar wskazał w poz. 2 wykazu.

W ocenie odwołującego, w zakresie poz. 2 wykazu mamy do czynienia zarówno z intencjonalnym (a co najmniej - lekkomyślnym) przedstawieniem nieprawdziwych informacji wypełniającym przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., jak również z nieprzydatnością przedmiotowego zamówienia dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do poz. 3 wykazu - zamówienie wykonane na rzecz FHPU Metaltech Chełm Śląski, w okresie 01.03.2018 do 30.11.2018 r. o wartości powyżej 3,69 mln zł brutto, odwołujący podniósł, że wykonawca wyjaśnił w dniu 30.10.2019 r., iż w przedmiotowym okresie wskazanym w wykazie wykonał na podstawie trzech umów o łącznej wartości 3 936 000,00 zł brutto „pełen zakres remontu z modernizacją” kombajnu chodnikowego AM-75, który obecnie oferowany jest do sprzedaży. Wykonawca przedstawił również protokół odbioru potwierdzający zakończenie prac remontowych do dnia 30.11.2018 r. W uwagach zawarto zastrzeżenie, iż wykonane zostaną prace modernizacyjne w terminie od 01.12.2018 r. - 31.12.2019 r. Zatem zamówienie na rzecz Metaltech obejmowało remont i modernizację kombajnu, na podstawie trzech umów o łącznej wartości 3 936 000,00 zł brutto, przy czym remont kombajnu zakończono do dnia 30.11.2018 r.

Odwołujący wskazał, że ze sprawozdania finansowego złożonego przez Minostar do KRS wynika, iż w roku 2018 przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi (poz. A. Rachunku zysków i strat) wyniosły 442 570,00 zł. Abstrahując już od faktu, iż rachunek zysków

i strat obejmuje całościowe przychody ze sprzedaży, zatem powinien uwzględniać również inne realizacje, na które powołuje się Minostar wykazując swoje doświadczenie, wartość uzyskana przez Minostar w tym okresie wyznacza maksymalną wartość usług zakończonych w roku obrotowym 2018. Oznacza to, iż usługa remontowa wykonana w 2018 r., którą Minostar wykazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie mogła mieć wartości wyższej niż 442 570,00 zł - jest to zdecydowanie niższa wartość niż wymagana dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zatem poz. 3 wykazu nie może być uznana za wystarczającą dla dopuszczenia Minostar do udziału w postępowaniu, a zadeklarowanie w wykazie kwoty ponad 3 mln zł za wykonanie przedmiotowego remontu mija się z prawdą.

W ocenie odwołującego, niezależnie od powyższego, wątpliwości budzi nie tylko wartość podana w wykazie, ale również sam fakt aktualnego wykonania prac remontowych wskazanych w wykazie w poz. 3. Zaznaczył, że odbiorcą zamówienia z poz. 3 Wykazu jest FPHU Metaltech M. M. - działalność gospodarcza prowadzona przez osobę będącą od 2016 r. współnikiem i prezesem zarządu Minostar sp. z o.o. W tym kontekście, istotne wątpliwości budzi odpowiedź udzielona przez FPHU Metaltech na pytania zamawiającego o szczegóły dotyczące zamówienia wskazanego w wykazie Minostar - pan M. M. odmawia odpowiedzi na pytania zamawiającego, powołując się na okoliczności nie mające jakiegokolwiek uzasadnienia. Powody, które podaje, mogłyby najwyżej zmierzać do uzasadnienia zachowania poufności przekazywanych informacji wobec podmiotów trzecich, natomiast nie uzasadniają odmowy przekazania ich zamawiającemu dokonującemu w toku badania oferty weryfikacji prawidłowości informacji przekazanych przez Minostar. W sposób niewątpliwy natomiast, przystępujący uniemożliwia zamawiającemu ustalenie faktycznego zakresu i wartości wykonanych prac w celu zweryfikowania prawidłowości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że wskazane powyżej okoliczności oraz brak potwierdzenia, iż zamówienie o wymaganych dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zakresie i wartości faktycznie zostało zrealizowane, wskazują na intencjonalne wprowadzanie zamawiającego w błąd, przez wykonawcę i ściśle powiązanego z nim osobowo odbiorcę wskazanego w wykazie. Działanie takie kwalifikuje się jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wskazał, że złożenie przez Minsotar nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwia wystosowanie wobec tego wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazywano powyżej,

profesjonalny charakter działalności wykonawcy wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie Minostar, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.).

W ocenie odwołującego, działanie Minostar wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest co najmniej upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).

Odwołujący stwierdził, że powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., powodując konieczność wykluczenia Minostar z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 sierpnia 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych.

Zamawiający potwierdził, iż w toku postępowania żądał do wykonawców wykazu spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie należytego wykonania w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. przed dniem 6.09.2019 r.) zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. polegające na lub modernizacji lub remoncie kombajnów chodnikowych — dla zadania nr 1 o łącznej wartości brutto co najmniej 2.000.000,00 brutto. (cz. VIII s.i.w.z. oraz zał. nr 3 do s.i.w.z.).

Zamawiający wskazał, że wykonawca MINOSTAR sp. z o.o. złożył wykaz wykonanych dostaw wraz z załączeniem referencji przez następujące podmioty: Biuro Handlowe Protech M. P., Konko SA, FHPU Metaltech Chełm Śląski. Ze względu na to, iż przedstawione przez przystępującego referencje budziły wątpliwości zamawiającego, zamawiający wezwał Minostar do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, że przystępujący przedłożył zarówno wykaz wykonanych dostaw oraz potwierdził ich wykonanie poprzez przedłożenie do oferty. Zamawiający, celem należytego przeprowadzenia postępowania, uznał za konieczne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, celem ustalenia czy faktycznie przystępujący realizował usługi oraz

dostawy wymagane przez zamawiającego. Takie działanie zamawiającego miało na celu ustalenie, czy oferta przystępującego spełnia wymagania czy też powinna zostać a sam przystępujący wykluczony z postępowania. Odrzucenie jej bez wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie referencji byłoby przedwczesne i naruszałoby ustawę. Zamawiający nie jest uprawniony do prowadzenia śledztwa własnego w ramach procesu udzielania zamówienia publicznego (np. badanie autentyczności dokumentów załączanych do oferty), albowiem niewątpliwie wykracza to już poza kompetencje przyznane zamawiającemu. Ustawodawca natomiast zezwolił zamawiającemu na badanie zgodności oferty i załączników do niej z s.i.w.z. poprzez zastosowanie właśnie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4, art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający podkreślił, że dokument referencyjny nie musi posiadać szczególnej formy. Jego istotą jest bowiem treść, czyli potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Ustawodawca nie wskazał formy, w jakiej mają zostać wystawione referencje oraz nie wskazał elementów, z jakich referencje mają się składać. Ponadto zamawiający ani wykonawca przystępujący do przetargu nie może narzucić wzoru dokumentu referencyjnego — co będzie się znajdowało w referencjach zależy od wystawcy referencji. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, co do zasady, referencje są dokumentem, który służy do potwierdzenia należytego wykonania usług wymienionych w wykazie sporządzonym przez wykonawcę. Oznacza to, że to wykaz winien zawierać żądane przez zamawiającego informacje, w tym opis usług, natomiast referencje (lub inne równoważne dokumenty) winny zawierać potwierdzenie należytego wykonania tych usług (wyrok z dnia 27.12.2017 r., KIO 2632/17).

Zamawiający wskazał, iż Minostar przedstawił referencje dotyczące jedynie remontu kombajnu. Zamawiający wskazał, iż żądał potwierdzenia, iż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonawcy spełniają warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczący wykonania lub wykonywania dostaw lub modernizacji lub remontów kombajnu chodnikowego. Tym samym przystępujący do miał obowiązek wykazać, iż wykonał choć jedną z ww. czynności tj. dostawę lub remont lub modernizację kombajnu, a nie tylko remont jak wskazuje odwołujący.

Zamawiający wskazał, iż skorzystał również z procedury określonej w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli Zamawiający samodzielnie skierował zapytania do wystawców referencji celem potwierdzenia czy przystępujący zrealizował remonty/modernizację lub dostawy zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. oraz sprawdzał przedmiotowe informacje w ramach Oddziałów PGG SA i tak:

- w odpowiedzi od M. M. prowadzącego FPHU METALTECH (pismo z dnia 27.02.2020 r.) uzyskano informację, iż protokół odbioru z dnia 30.11.2018 r. potwierdza zgodnie ze stanem faktycznym realizację remontu i modernizację kombajnu AM•75 z układem równoważnym EX•S — zgodnie z wykazem wartość usług wyniosła 3,69 mln zł co oznacza, iż warunek wartości powyżej 2 mln zł brutto jest spełniony.
- z poczynionych pomiędzy Oddziałem KWK Ruda a KWK ROW w ramach Polskiej Grupy Górniczej S.A. wynika, iż MINOSTAR sp. z o.o. na rzecz KONKO S.A. wykonał remont kombajnu chodnikowego AM-75 w 2017 r, na kwotę ponad 1 mln zł.
- również odbiór techniczny z dnia 09.11.2016 potwierdzający remont kombajnu chodnikowego AM75-EX /181 na rzecz BH PROTECH,

Zamawiający zaznaczył, że tym samym już ww. przedstawione referencje, wyjaśnienia oraz zebrane informacje zgodnie z ww. § 2 ust 6. wskazują wprost, iż Minostar spełnił warunki wymagane przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, iż – wbrew w twierdzeniom odwołującego – nie żądał, aby wykonawcy wykazali się samodzielnym wykonaniem modernizacji/remontem/dostawa kombajnu chodnikowego. Także również referencje i wyjaśnienia dot. Konko S.A. należy uznać za prawidłowe i wykazujące, iż Minostar spełnia warunek wiedzy i oświadczenia zakreślony przez zamawiającego.

Co do poniesionej kwestii osobowych pomiędzy wystawcą referencji a Minostar, zamawiający stwierdził, że wystąpienie takiej okoliczności nie stanowi przesłanki do założenia, iż referencje wprowadzają w błąd czy też są nieprawdziwe, Ustawodawca nie ograniczył kręgu osób, które mogą są uprawnione od wystawienia referencji oraz nie wyłączył możliwości wystawienia referencji przez podmioty powiązane kapitałowo lub osobowo z wykonawcą w procedurze przetargowej.

Zamawiający stwierdził zatem, iż po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej nie miał podstaw do uznania, iż przedstawione referencje wprowadzają go w błąd i następnie wykluczenia przystępującego na tej podstawie w zw. z zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 16 lub/i 17 ustawy P.z.p.

W piśmie procesowym z dnia 29 lipca 2020 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poz. 1 wykazu — zamówienie wykonane przez przystępującego na rzecz Biura Handlowego Protech M. P., przystępujący wskazał, że twierdzenia odwołującego nie są prawdziwe. Świadczy o tym chociażby pismo otrzymane

przez BH Protech, dla którego prace wykonywał przystępujący, a które to z kolei realizowało zamówienie dla PBSz S.A., w odpowiedzi na jego „dodatkową” prośbę (pismo z 24.06.2020 r.) o potwierdzenie zgodnego ze stanem faktycznym wykonywania remontu kapitalnego kombajnu AM-75 Ex-S/181. Z odpowiedzi PBSz S.A. z dnia 25.06.2020 r, (DRS/JR/621/20) mającej treść bardziej szczegółową niż prezentuje to czy też otrzymał odwołujący, wynika bowiem jednoznacznie, że „zakres i przedmiot dwóch umów, jakie Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. zawarło z BH Protech (tj. „kompletacja i uruchomienie kombajnu” oraz „dzierżawa części/podzespołów kombajnowych stanowiących własność BH Protech zamontowanych do przejściowego użytku w kombajnie górniczym”), składały się łącznie na remont kapitalny kombajnu chodnikowego AM 75/181-Ex-S.”. Podtrzymano też stanowisko zawarte w wystawionych referencjach.

Przystępujący zwrócił uwagę, że nie można opierać się na samej nazwie/przedmiocie umowy w celu ustalenia charakteru wykonanych prac. Istotny jest przedmiot zamówienia, oferta, szczegółowy zakres remontu, a co najważniejsze definicja remontu kapitalnego jako pracy zmierzającej do przywrócenia obiektowi funkcjonalności pierwotnej poprzez wymianę lub naprawę wszystkich zużytych części. W konsekwencji nie można przyjąć, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie dostaw oraz złożonych wyjaśnieniach nie są zgodne z prawdą.

Przystępujący zauważył, że odwołujący wykazuje się w swoim działaniu swego rodzaju niekonsekwencją, ponieważ z jednej strony czyni zarzuty (*notabene* bezpodstawne) wobec referencyjnych zamówień przystępującego, a z drugiej strony - sam odwołujący wielokrotnie przytaczając definicję remontu kapitalnego m.in. w piśmie znak: W4/2020/00063 z dnia 17.02.2020 r., jak i w innych postępowaniach publicznych o identycznym przedmiocie zamówienia, chociażby w przetargach prowadzonych przez JSW S.A. o nr. ref. 039/P/19 - w pytaniu nr 1. ppkt. 1.2 wg. pisma o nr WZP/DK0.2280039"/19-44/19 z dnia 22.10.2019 r., lub 045/P/19 - w pytaniu nr 2. ppkt. 1.2 wg. pisma o nr. WZP/JT.2280045"/19-53/19 z dnia 16.10.2019 r. (załącznik nr 2 do niniejszego pisma procesowego strony 1 i 2) o następującej treści:

„Remont kapitalny - to praca zmierzająca do przywrócenia obiektowi funkcjonalności pierwotnej poprzez wymianę lub naprawę wszystkich zużytych części”

opisuje ją w sposób niepełny, ponieważ remont kapitalny zwykle związany jest z całkowitym demontażem maszyny lub urządzenia. Często w ramach remontu kapitalnego wykonywana jest również modernizacja, czyli działania podwyższające właściwości eksploatacyjne urządzenia. Podnoszona okoliczność ma w ocenie przystępującego istotne znaczenie w niniejszej sprawie, ponieważ skoro odwołujący zarzuca, że zawarte w wykazie dostaw

zamówienia nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, twierdząc, że żadna z usług nie polegała na remoncie kombajnu chodnikowego, a wyłącznie na dostawie części zamiennych, przeczy definicji remontu kapitalnego, którą sam przytacza. Należy bowiem podkreślić, że aby przywrócić obiektowi pierwotną funkcjonalność, należy wymienić lub naprawić wszystkie zużyte części. Tak więc wszystkie części, które nie kwalifikują się do naprawy, należy wymienić. W tym celu do maszyny/urządzenia, które w świetle ww. definicji remontu kapitalnego wiąże się z jej demontażem, należy te części/podzespoły dostarczyć, reszta części/podzespołów kwalifikujących się do ponownego użycia jest po prostu naprawiana w celu przywrócenia ich pełnej sprawności. Na dodatek sam odwołujący, o czym zdaje się zapominać formułując wobec innych zarzuty (w tym przypadku przystępującego), wykazuje czynności dostawy części, wykonywanie serwisu a nawet naprawy komponentów kombajnów w swoich referencjach na potwierdzenie spełniania warunku.

W ocenie przystępującego, za niezrozumiałe z punktu widzenia wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu należy uznać czynione przez odwołującego rozważania o powiązaniach osobowych między przystępującym a odbiorcą wskazanej w poz. 1 wykazu dostawy. Okoliczności takie, nawet gdyby istniały, nie stanowią same w sobie bariery uniemożliwiającej ubieganie się o zamówienie i wykazywanie takiej realizacji. W ocenie przystępującego, co podnosił już w wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego, tego rodzaju „zarzuty” mają na celu wyłącznie dyskredytację przystępującego i stanowią element walki konkurencyjnej.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poz. 2 wykazu — zamówienie wykonane na rzecz Konko S.A. — przystępujący stwierdził, że wykonywał i faktycznie uczestniczył w realizacji prac remontowych. Z dowodu z 15.09.2017 r. wynika należyte wykonanie zamówienia, wskazano w nim też, że „w celu wykonania prób ruchowych Wykonawca (tj. Minostar Sp. z o.o. Przystępujący) udostępnił nieodpłatnie lewą przekładnię podajnika”, a także, że „po wspólnym zmontowaniu kombajnu przeprowadzono próby ruchowe”. Ponadto potwierdzenie prawdziwości oświadczenia przystępującego złożonego w wykazie, czy też w dotychczasowych wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, stanowi informacja z dnia 07.02.2020 r. przekazana drogą poczty elektronicznej przez Prezesa Zarządu Konko S.A. — Pana A. Ż. do Pana M. S. — Kierownika Działu Zamówień i Przetargów KWK ROW w Rybniku. Wprawdzie została przekazana w innym postępowaniu, tym niemniej dotyczy zamówienia podanego w poz. 2 wykazu i przystępujący będąc zmuszony (na skutek ciągłych insynuacji odwołującego) wykazywać prawdziwość swoich oświadczeń, przedstawia je w celu ich potwierdzenia. W przywołanej korespondencji Prezes Zarządu Konko S.A. informuje, że cyt. „Potwierdzamy, że firma Minostar Sp. z o.o. wykonała dla nas remont kombajnu chodnikowego AM 75 w 2017 roku za kwotę ponad 1 000 000 PLN netto. Remont został wykonany solidnie i

terminowo”. Świadczy to jednoznacznie o tym, że to twierdzenia odwołującego, jakoby udział przystępującego „musiał mieć bardzo ograniczony zakres i zdecydowanie mniejszą wartość niż wskazane w Wykazie ponad 1 mln zł brutto”, nie mają racji bytu i potwierdzenia w rzeczywistym stanie faktycznym, a jedynie także w tym przypadku są celowym działaniem odwołującego zmierzającym do wywołania mylnego przeświadczenia o nieprawdziwości oświadczeń przystępującego.

Przystępujący wskazał, że odwołujący powołuje się na referencje od Konko S.A. przedstawione przez przystępującego w innych postępowaniach, zapominając, że treść referencji uzyskiwanych przez wykonawcę nie jest zależna od niego, a od wystawcy referencji. Referencje kształtuje podmiot, który je wystawia i to jego wola zawarcia pewnych informacji w referencji zostaje uwidoczniona. Z faktu nie tożsamej treści referencji w danych postępowaniach m.in. co do wartości wykonanych usług, wystawianej na prośbę wnioskującego, nie można wywodzić automatycznie - jak próbuje to czynić odwołujący - braku spełnienia warunku udziału w tym konkretnym postępowaniu, a tym bardziej zarzutu w postaci przedstawienia nieprawdziwych informacji, wypełniających przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego dotyczących poz. 3 wykazu — zamówienie wykonane na rzecz FHPU Metaltech Chełm Śląski – przystępujący poinformował, że zamawiający w toku postępowania zwracał się o wyjaśnienia w tym zakresie. Przystępujący udzielił wówczas wyjaśnień, że Minostar Sp. z o.o. posiada podpisane stosowne umowy, które są nadal w trakcie realizacji. Wykonywane zobowiązania w ramach zawartych umów, które nadal trwają, zostaną rozliczone w momencie zakończenia tych umów. Przedstawione w referencjach kwoty wynikają z zawartych umów i ich aneksów. Wskazane przez spółkę Minostar w załączniku nr 3, do s.i.w.z. poz. 3 wartość, pokazuje więc poziom faktycznie wykonanych dotychczas prac. Umowne odroczenie momentu zakończenia wykonania usług/dostaw, spowodowało tym samym przesunięcie momentu powstania obowiązku podatkowego.

Przystępujący zauważył, że odwołujący próbuje podważać prawdziwość oświadczeń przystępującego powołując się na powiązania „osobowe” odbiorcy zamówienia — Metaltech z przystępującym. Podniósł, że w świetle przepisów ustawy P.z.p. nie jest wymagane wykazywanie się przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie doświadczeniem zdobytym jedynie dla określonego kręgu podmiotów (np. publicznych, odrębnych od wykonawcy itd.). Nie można formułować zarzutów o nieprawdziwości oświadczeń nie mając ku temu rzeczywistych dowodów, opierając się jedynie na własnych hipotezach i wnioskach. Odwołujący zdaje się pomijać okoliczność, że odbiorca usługi, tym bardziej prywatny nie ma

obowiązku przekazywania wszystkich informacji szczegółowych dotyczących danej realizacji, tym bardziej jeżeli powołuje się na klauzule poufności. W tym przypadku przekazano zamawiającemu wszystkie te informacje, które były niezbędne do oceny weryfikacji prawdziwości informacji przedstawionych przez przystępującego i ustalenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Formułowane przez odwołującego stwierdzenia, że zaistniałe okoliczności cyt. „wskazują na intencjonalne wprowadzanie Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę ściśle powiązanego z nim odbiorcą” stanowią nadużycie ze strony odwołującego i nie zostały poparte żadnymi dowodami, ponieważ takowych po prostu nie ma.

Przystępujący zwrócił uwagę, że odwołujący ograniczył się w odwołaniu - formułując zarzuty mające skłonić zamawiającego do wykluczenia przystępującego z postępowania - do przywołania po raz kolejny okoliczności, które były już przedmiotem wnikliwej, rozłożonej w czasie, analizy zamawiającego zanim doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Analiza ta przejawiała się między innymi w wzywaniu przystępującego do wyjaśnień, wykorzystaniu instrumentów w postaci zwrócenia się do odbiorców usług/dostaw, których przystępujący wskazał w wykazie i od których otrzymał dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień. Jednocześnie odwołujący, poza przywołaniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., jako mających zastosowanie do przystępującego oraz przytoczeniem też z kilku orzeczeń KIO, nie udowodnił ich faktycznego zaistnienia, nie opisał (nie udowodnił) na czym miałyby polegać jednoczesne spełnienie tylu przesłanek, czy to „zamierzone działanie”, „rażące niedbalstwo”, czy też „lekkomyślność lub „niedbalstwo”. Wbrew wszelkim zasadom odwołujący zakłada, że zarówno przystępujący, odpowiadając na wezwania zamawiającego, jak i inne podmioty (odbiorcy usług), działają niezgodnie z przepisami, a wręcz „z premedytacją” przedstawiają nieprawdziwe informacje. Nie można pomijać, że zamawiający zwrócił się, zgodnie z § 2 ust. 6 rozporządzenia 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. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.), bezpośrednio do właściwych podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje w zakresie powstałych wątpliwości odnośnie złożonych dokumentów. Uzyskał informacje od tych innych podmiotów wskazujące, że prezentowane dane są zgodne z rzeczywistością. Zapewniał to też przystępujący, zarówno składając ofertę, wykaz, jak i każdorazowo odpowiadając na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień, co więcej był i jest nadal pewny, że przekazane zamawiającemu informacje odpowiadają rzeczywistości.

Przystępujący zauważył, iż – wbrew oczekiwaniu co do żądania odwołującego zawartego w odwołaniu odnoszącego się do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w

Zadaniu nr 1 – nie byłoby to i tak możliwe z powodu nieprawidłowości zawartych w ofercie odwołującego w zakresie deklaracji zgodności.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z częścią VIII pkt 1 lit. a s.i.w.z., dla wykazania spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla zadania nr 1, wykonawcy wykazać mieli się należytem wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. przed 6.09.2019 r.) zamówień odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na dostawie lub modernizacji lub remoncie kombajnów chodnikowych o łącznej wartości brutto co najmniej 2 000 000,00 zł, o mocy organu minimum 200 kW.

Przystępujący złożył wykaz dostaw ze wskazaniem 3 zamówień oraz przedłożeniem referencji na potwierdzenie należytego wykonania 3 zamówień, polegających na remoncie kombajnu chodnikowego:

1	2	3.	4	5	6	
	Przedmiot zamówienia	Wartość zamówienia brutto zł w <u>okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert</u>	Data wykonania (należy podać, dd/mm/rrrr lub Okres od dd/mm/rrrr. do dd./mm/rrrr)	Pełna nazwa Podmiotu, na rzecz którego dostawy zostały wykonane/są wykonywane	Podmiot wykonujący zamówienie w przypadku powołania się przez Wykonawcę na zasoby innych podmiotów	Nr strony zawierającej dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia ^{z)}
Zadanie nr I						
1	Remont kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S	Powyżej 3,69 mln zł brutto	10.09.2016r. - do nadal	Biuro Handlowe Protech M. P. Jaworzno ul. Piłsudskiego 58		
2	Remont kombajnu chodnikowego AM-75 Ex.S	Powyżej 1,23 mln zł brutto	01.04.2017r. do 30.11.2017r.	Konko SA. Mysłowice ul. Fab czna 6		2
3	Remont kombajnu chodnikowego AM-75 w wersji wyposażenia układu zraszania równoważnej z Ex-	Powyżej 3,69 mln brutto	01.03.2018r, do 30.11.2018r	FHPU Metaltech Chełm Śląski ul. Podłuże IA		3

Do wykazu przystępujący załączył referencje potwierdzające należyte wykonanie umów.

Pismem z dnia 28 października 2019 roku zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień pismem następującej treści:

Działając zgodnie z art. 26 ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) Zamawiający w ramach analizy dokumentów stwierdził następujące niejasności wymagające wyjaśnienia treści oferty w zakresie zadania nr 1.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.10.2019 r. Wykonawca przedłożył m.in. wykaz wykonanych dostaw zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z częścią VIII ust. 1 lit a) SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, a mianowicie:

poz. 1 wykazu dostaw/usług

1) Jakie umowy wchodziły w zakres wykonanych prac o wartości ponad 3,69 mln złotych? Czego one dotyczyły? Z treści referencji wynika, iż były to umowy, natomiast wykaz w pkt. 1 wskazuje na jedną umowę.

2) Jaki zakres czynności wykonywał MINOSTAR sp. z o.o. na rzecz działalności gospodarczej pod firmą BH Protech M. P. - Jaworzno w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt. 1 w wykazie dostaw stanowiącym załącznik do oferty ?

3) Jaka była wartość dostaw/prac wykonanych przez MINOSTAR sp. z o.o. w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt. 1 w wykazie stanowiącym załącznik do oferty, a jaka była ogólna wartość umów/umowy wskazanych w pkt. 1 w wykazie stanowiącym załącznik do oferty zawartych przez BH Protech M. P. Jaworzno z Zamawiającym, którego przedmiotem było wykonanie remontu kombajnu chodnikowego AM-75 w wersji wyposażenia układu zraszania równoważnej EX -S ?

4) W jakim charakterze występowała spółka MINOSTAR sp. z o.o. w związku z realizacją umowy wskazanej pkt. 1 wykazu dostaw stanowiącym załącznik do oferty (tj. w roli podwykonawcy, konsorcjanta etc.)?

poz. 2 wykazu dostaw/usług

1) Jakie umowy wchodziły w zakres wykonanych prac o wartości ponad 1,23 mln złotych? Czego one dotyczyły? Z treści referencji wynikało, iż były zamówienia, natomiast wykaz dostaw w pkt. 2 wskazuje na jedną umowę.

2) Jaki zakres czynności wykonywał MINOSTAR sp. z o.o. na rzecz działalności gospodarczej pod firmą Konko S.A. - Mysłowice w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt. 2 w wykazie dostaw stanowiącym załącznik do oferty ?

3) *Jaka była wartość dostaw/prac wykonanych przez MINOSTAR sp. z o.o. w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt. 2 w wykazie dostaw stanowiącym załącznik do oferty , a jaka była ogólna wartość umów/umowy wskazanych w pkt. 2 w wykazie dostaw stanowiącym załącznik do oferty zawartych przez Konko SA - Mysłowice z Zamawiającym, którego przedmiotem było wykonanie remontu kombajnu chodnikowego AM-75 w wersji wyposażenia układu zraszania równoważnej EX -S ?*

4) *W jakim charakterze występowała spółka MINOSTAR sp. z o.o. w związku z realizacją umowy wskazanej pkt, 2 wykazu stanowiącym załącznik do oferty (tj. w roli podwykonawcy, konsorcjanta etc.)?*

poz. 3 wykazu dostaw/usług

1) *Jakie umowy wchodziły w zakres wykonanych prac o wartości ponad 3,69 mln złotych? Czego one dotyczyły? Z treści referencji wynika, iż były to umowy, natomiast wykaz dostaw w pkt. 3 wskazuje na jedną umowę,*

2) *Jaki zakres czynności wykonywał MINOSTAR SP. z o.o. na rzecz działalności gospodarczej pod firmą FPHU METALTECH M. M. w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt 3 w wykazie stanowiącym załącznik do oferty ?*

3) *Jaka była wartość dostaw/prac wykonanych przez MINOSTAR sp. z o.o. w zakresie umów/umowy wskazanych w pkt. 3 w wykazie stanowiącym załącznik do oferty, a jaka była ogólna wartość umów/umowy wskazanych w pkt. 3 w wykazie dostaw stanowiącym załącznik do oferty zawartych przez FPHU METALTECH M. M. z Zamawiającym, którego przedmiotem było wykonanie remontu kombajnu chodnikowego AM•7S w wersji wyposażenia układu zraszania równoważnej EX -S ?*

4) *W jakim charakterze występowała spółka MINOSTAR sp. z o.o. w związku z realizacją umowy wskazanej pkt. 3 wykazu stanowiącym do oferty (tj. w roli podwykonawcy, konsorcjanta etc.)?*

Pismem z dnia 30 października 2020 roku przystępujący udzielił następujących odpowiedzi:

Ad. 1. Dotyczy: poz. 1. wykazu dostaw/usług:

1) Zamawiający słusznie zauważył że zakres wykonanych prac był zgodny z umowami. Firma Minostar Sp. z o.o., świadczyła usługi na podstawie umów:

-215/DEM/M -- obejmującą kompletację (montaż oraz uruchomienie) i dostawę części zamiennych kombajnu chodnikowego AM-75 EX-S/181— umowa trwa do nadal

-269/DEM/M obejmującą remont kombajnu chodnikowego AM-75Ex-S/181 —umowa trwa do nadal

Ze względu na to, że Zamawiający określił 3 letni okres ważności Referencji (cz. VIII SIWZ) firma Minostar Sp. z o.o. wystąpiła do BH Protech o wystawienie Referencji obejmującą dwie umowy, które dotyczyły jednego remontu kombajnu chodnikowego AM-75Ex-S/181.

2) Zakres czynności:

- umowa 215/DEM/M — kompletacja (montaż oraz uruchomienie) i dostawa części zamiennych kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/181*
- umowa 269/DEM/M -obejmująca remont kombajnu AM-75Ex-S/181 oraz obsługę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną*

3) Wartość umów z dnia przesłania zał. nr 3, tj. 04.10.2019r:

- umowa 215/DEM/M — 110 000 zł netto (trwa do nadal), czyli: 135 300 zł brutto*
- umowa 269/DEM/M – 3 064 636 zł netto (trwa do nadal), czyli: 3 769 502,28 zł brutto*

Informujemy, że w przesłanym przez nas zał. nr 3 wskazaliśmy wersję układu zraszania Ex-S (w pkt 1), identycznie jak w Referencjach z BH Protech. Informujemy również, że dokonaliśmy remontu odtworzeniowego układu zraszania na remontowanym kombajnie AM-75Ex-S/181 a remont kapitalny kombajnu obejmował w swym zakresie:

- piaskowanie 100% konstrukcji*
- remont odtworzeniowy wszystkich podzespołów kombajnowych lub ich wymianę na podzespoły nowe*
- kompletacje (montaż na powierzchni), uruchomienie, próby ruchowe zakończone pozytywnym odbiorem technicznym*
- demontaż na hali i montaż na dole w wyrobisku kamiennym ZG Janina (Tauron Wydobycie S.A.)*
- serwis gwarancyjny z dostawą części zamiennych*
- serwis pogwarancyjny z dostawą części zamiennych*

4) Spółka Minostar występowała jako poddostawca: usług, części i podzespołów, wsparcia technicznego, swoją wiedzą i doświadczeniem wg potrzeb BH Protech M. P.,

Ad. Dotyczy poz. 2 wykazu dostaw/usług:

Odpowiedź Wykonawcy:

1) *Informujemy Zamawiającego, że w wykazie dostaw zał. nr 3 w pkt. 2 występują zrealizowane zamówienia, co potwierdzają przedstawione Referencje. Zamówienia te zostały zrealizowane w oparciu o wspólne uzgodnienia z przedstawicielami Konko S.A. (negocjacje techniczno-handlowe)*

2) *Zakres czynności wykonanych należycie przez Minostar Sp z o.o. na rzecz firmy Konko S.A. wg zamówień obejmował:*

- remont wybranych podzespołów mechanicznych, konstrukcji i przekładni,

- dostawa nowych i poremontowych części i podzespołów kombajnowych obejmujących układ hydrauliczny, układ wodny, układ elektryczny, części mechanicznych kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-s/138

- udział w montażu oraz kompletacji i uruchomieniu kombajnu

- serwis gwarancyjny z dostawą części zamiennych

3) *Wartość dostaw zgodnie z wystawionymi Referencjami wyniosła: 1 011 657,45 zł netto, czyli: 1 244 338,66 zł brutto*

Informujemy, że w przesłanym przez nas zał. nr 3 wskazaliśmy wersję układu zraszania Ex-S (w pkt 2), identycznie jak w Referencjach z Konko SA. Informujemy również, że w związku z realizacją zamówień na rzecz Konko S.A. firma Minostar Sp. z o.o. dostarczyła szereg nowych komponentów układu wodnego w wersji Ex-S do kombajnu chodnikowego AM-75 0 numerze bocznym 138.

4) *Spółka Minostar występowała jako poddostawca usług, dostaw części nowych i poremontowych, a pozytywną współpracę potwierdzają wystawione Referencje.*

Ad. III. Dotyczy: poz. 3 wykazu dostaw/usług:

Odpowiedź Wykonawcy;

1) *Niniejszym informujemy Zamawiającego, że w okresie 01.03.2018 do 30.11.2018r, zostały zrealizowane 3 umowy dotyczące remontu kapitalnego kombajnu chodnikowego AM-75.*

Firma FHPU Metaltech M. M. nabyła w dniu 28.08.2014r kombajn chodnikowy AM-75 (dokument zakupu kombajnu chodnikowego, faktura nr: 201416780483), który w przytoczonym okresie został wyremontowany Minostar Sp. z o.o. Obecnie kombajn ten oferujemy na rynku do sprzedaży.

2) *Zgodnie z w/w umowami Minostar Sp z o.o. wykonała pełen zakres remontu z modernizacją (Remont Kapitalny prace zmierzające do poprzez wymianę lub naprawę wszystkich zużytych*

części) wg. przynależnej Deklaracji zgodności (kombajnu chodnikowego AM-75 nabytego przez FHPU Metaltech M. M.), FTZU 05 ATEX 0241 z dnia 31.08.2005r. oraz FTZU 05 ATEX 0245 z dnia 31.08.2005r.

3) Zgodnie z informacjami podanymi w zał. nr 3 oraz w przedstawionych Referencjach, zrealizowano 3 umowy o łącznej wartości: 3 200 000 zł netto czyli 3 936 000 zł brutto.

4) Spółka Minostar występowała jako poddostawca usług, dostaw części nowych i poremontowych, wsparcia technicznego, swoją wiedzą i doświadczeniem wg potrzeb FHPU Metaltech a pozytywną współpracę potwierdzają wystawione Referencje.

Informujemy również Zamawiającego że spółka Minostar posiada ocenę zdolności do wykonywania remontów kombajnów chodnikowych oraz podzespołów kombajnów chodnikowych o nr KOMAG 18 REMONT 96 i aneks 1, potwierdzoną pozytywnym wynikiem kontroli (audyt) z dnia 9 lipca 2019r — pismo potwierdzające i certyfikaty w załączniku.

Do pisma przystępujący załączył dowody wymienione w treści pisma.

Pismem z dnia 22 listopada 2019 roku zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień:

I. Działając zgodnie z art. 26 ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), Zamawiający w ramach analizy dokumentów stwierdził następujące niejasności wymagające wyjaśnienia treści oferty w zakresie zadania nr 1.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28.10.2019 r. znak pisma: 72/D/DE/EZP/MZ/1650 /2019 Wykonawca wyjaśnił w zakresie:

poz. 1 wykazu dostaw/usług, że firma świadczyła usługi na podstawie umów: 215/DEM/M — obejmującą kompletację (montaż oraz uruchomienie) i dostawę części zamiennych kombajnu chodnikowego AM-75 EX-S/181 umowa trwa do nadal i 269/DEM/M/ obejmującą remont kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/181 umowa trwa do nadal. Umowy dotyczyły jednego. remontu kombajnu chodnikowego AM-75Ex-S/181. Wartość umowy netto: 3 174 636,00 zł poz.2 wykazu dostaw/usług, że w wykazie dostaw zał. Nr 3 poz.2 występują zrealizowane zamówienia, co potwierdzają przedstawione referencje. Zamówienia te zostały zrealizowane w oparciu o wspólne uzgodnienia z przedstawicielami KONKO S.A. Zakres obejmował remont wybranych podzespołów mechanicznych, konstrukcji i przekładni, dostawę nowych i poremontowych części i podzespołów kombajnowych obejmujących układ hydrauliczny, układ wodny, układ elektryczny, części mechanicznych kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/138,

udział w montażu oraz kompletacji i uruchomieniu kombajnu, serwis gwarancyjny z dostawą części zamiennych. Wartość dostaw/netto 1 011 657,45 zł.

poz.3 wykazu dostaw/usług, w którym to firma wykazuje, że w okresie 01.03.2018 r. do 30.11.2018 r. zostały zrealizowane 3 umowy dotyczące remontu kapitalnego kombajnu chodnikowego AM-75 0 łącznej wartości netto 3 200 000,00 zł.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, na rzecz jakich podmiotów wykonywali Państwo remonty kombajnów AM-75Ex-s/138, kto był zlecającym (Zamawiającym) wykonania remontu kombajnu, chodzi o wskazanie głównego (pierwotnego) Zamawiającego (podanie jego pełnej nazwy), a nie o podmioty w postaci Wykonawców, podwykonawców na rzecz których Państwo wykonywali usługi. Jeśli usługi na rzecz głównego (pierwotnego) Zamawiającego były wykonywane w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego objętego lub nie przepisami Prawa Zamówień Publicznych Zamawiający wzywa o wskazanie numeru postępowania, jego nazwy oraz daty jego wszczęcia.

Jednocześnie w wyniku ponownej analizy treści referencji i wykazu usług/dostaw złożonych w niniejszym postępowaniu oraz porównaniu ich treści z jawnymi informacjami wynikającymi ze sprawozdań finansowych, zgłaszanych przez tą spółkę do rejestru przedsiębiorców w latach 2016, 2017 oraz 2018, gdzie Wykonawca MINOSTAR Sp. z o.o. wykazywał w rachunku zysków i strat w pozycji „przychody ze sprzedaży i zrównane z nimi” odpowiednio kwoty 818.100,00 PLN, 1.555.067,45 PLN, 442.570,00 PLN, łączna suma przychodów z tych trzech lat stanowi kwotę 2.815.737,45 PLN <https://ekrs.ms.gov.pl/>, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wartościami przedłożonymi w wykazie usług/dostaw a wartościami wykazanymi w sprawozdaniach finansowych przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi.

Ponadto Zamawiający wnosi o następujące wyjaśnienia w stosunku do:

poz. 1 wykazu dostaw/usług, że firma świadczyła usługi na podstawie umów:

215/DEM/M — obejmującą kompletację (montaż oraz uruchomienie) i dostawę części zamiennych kombajnu chodnikowego AM-75 EX-S/181 umowa trwa do nadal i 269/DEM/M/ obejmującą remont kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/181 umowa trwa do nadal. Umowy dotyczyły jednego remontu kombajnu chodnikowego AM-75Ex-S/181. Wartość umowy netto: 3 174 636,00 zł

Zamawiający wzywa do wskazania dat kiedy zostały zawarte umowy 215/DEM/M oraz 269/DEM/M/, jaki jest w nich wskazany okres realizacji. Do jakiej kwoty na dzień sporządzania wyjaśnień ww. umowy przez MINOSTAR zostały zrealizowane wraz z potwierdzeniem

okoliczności ich realizacji w postaci np. wystawionej przez MINOSTAR faktury vat, protokołu odbioru prac etc.

poz.2 wykazu dostaw/usług, że w wykazie dostaw zał. Nr 3 poz.2 występują zrealizowane zamówienia, co potwierdzają przedstawione referencje. Zamówienia te zostały zrealizowane w oparciu o wspólne uzgodnienia z przedstawicielami KONKO S.A.

Zakres obejmował remont wybranych podzespołów mechanicznych, konstrukcji i przekładni, dostawę nowych i poremontowych części i podzespołów kombajnowych obejmujących układ hydrauliczny, układ wodny, układ elektryczny, części mechanicznych kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/138, udział w montażu oraz kompletacji i uruchomieniu kombajnu, serwis gwarancyjny z dostawą części zamiennych. Wartość dostaw netto 1 011 657,45 zł,

Zamawiający wzywa do przedłożenia dokumentów w postaci np. protokołu odbioru, wystawionej faktury VAT potwierdzających wykonanie ww. usług.

poz.3 wykazu dostaw/usług w którym to firma wykazuje, że w okresie 01.03.2018 r. do 30.11.2018 r. zostały zrealizowane 3 umowy dotyczące remontu kapitalnego kombajnu chodnikowego AM-75 o łącznej wartości netto 3 200 000,00 zł.

Zamawiający wzywa do przedłożenia dokumentów w postaci np. protokołu odbioru, wystawionej faktury VAT potwierdzających wykonanie ww. usług.

Pismem z dnia 28 listopada 2019 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Odnosnie wezwania do wyjaśnienia na rzecz jakich podmiotów były wykonywane remonty kombajnów AM-75Ex-s:

Firma Minostar Sp z o.o. informuje, że wykonywała remonty kombajnów chodnikowych AM-75 Ex-S na rzecz podmiotów prywatnych (firm prywatnych) o nazwach:

Biuro Handlowe Protech M. P., który wykonywał remont kapitalny kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/181 na rzecz Kopex-Pbsz S.A. którym to kombajnem firma Kopex-Pbsz S.A. drążyła chodnik kamienny w KWK Janina w Libiążu, Tauron Wydobyte S.A.

KONKO S.A., która w Świercie posiadanych przez nas informacji wraz z firmą Temkop Sp. z o.o. z Katowic wykonywała chodnik w KWIK „Mysłowice-Wesoła” obecnie oddział PGG S.A. Drażone wyrobisko nazywało się "pochylnia 512 w pokładzie 416".

FHPU Metaltech M. M., kombajnu chodnikowego AM-75 nabytego przez Pana M. M.

Informujemy, że firma Minostar Sp. z o.o. nie posiada aż tak szczegółowej wiedzy, czy ww. usługi, które wykonywała dla ww. podmiotów prywatnych były zamówione w wyniku

rozstrzygnięć postępowań przetargowych. W związku z tym nie wskazujemy numerów postępowań, ich nazw czy też dat ich wszczęcia,

Niezależnie od powyższego pragniemy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (część XI ust. 1) zamawiający wskazał, że będzie żądał wykazu (...) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane () Takie postanowienie odpowiada treści § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia 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 ze zm.). Wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca podaje w wykazie podmioty, na rzecz których wykonywał usługi/dostawy. Nie ma obowiązku podawania (ustalania) kto był głównym (pierwotnym) zamawiającym, czy było to zamówienie publiczne (przetargowe) prowadzone na podstawie przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych czy też nie, a takich informacji szczegółowych w wezwaniu Państwo żądacie wykraczając znacznie poza uprawnienia określone we wskazanych przepisach. Ponadto ugruntowane w praktyce, stanowiskach UZP i orzecznictwie KIO jest, że wykonawca nabywa odpowiednie doświadczenie także wykonując prace jako podwykonawca czy dostawca głównego wykonawcy i może je wykazywać uczestnicząc w postępowaniach przetargowych, a tym samym na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ustawy Pzp nie ma podstaw do zakazania wykonawcy wykazywania się doświadczeniem własnym lub cudzym, ale zdobytym w ramach podwykonawstwa (zob. np. A.Gawrońska-Baran „Dokumenty składane w zamówieniach publicznych w praktyce”, wyd. CH Beck, wyrok KIO z 24.10.2013 r., KIO 2394/13). Nie ma też znaczenia, czy realizuje się prace na rzecz podmiotu prywatnego czy publicznego. Co więcej podmiotem, który jest uprawniony do potwierdzenia należytego wykonania umowy (wystawienia referencji) jest co do zasady główny wykonawca, ponieważ to z nim zawiera się umowę i wobec niego ponosi odpowiedzialność, a nie wobec pierwotnego (jak Państwo nazwaliście) zamawiającego. Wykonawca ma więc prawo potwierdzić należyte wykonanie usługi/dostawy, jaką zlecił swemu podwykonawcy. Podmiot, który wykonanie usługi czy dostawy zlecił i odebrał jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy.

Odnosnie wezwania do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wartościami z wykazu a wykazywanymi w sprawozdaniach (

Zamawiający słusznie zauważył, że łączna suma przychodów z trzech lat stanowi kwotę 2,815, 737,45 PLN.

Jednakże, firma Minostar Sp. z o.o. posiada podpisane stosowne umowy, które są nadal w trakcie realizacji. Wykonywane zobowiązania w ramach zawartych umów, które nadal trwają,

zostaną rozliczone w momencie zakończenia tych umów. Przedstawione w Referencjach kwoty wynikają z zawartych umów i ich aneksów.

Wskazane przez Spółkę Minostar w załączniku nr 3, do SIWZ poz. 1 i 3 wartości, pokazują poziom faktycznie wykonanych dotychczas prac. Umowne Odroczenie momentu zakończenia wykonania usług/dostaw, spowodowało tym samym przesunięcie momentu powstania obowiązku podatkowego.

Niezależnie od powyższego pragniemy zauważyć, że .także zakres wezwania do wyjaśnień w tym aspekcie „finansowym” znacznie wykracza poza sformułowane w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu, zważywszy, że zamawiający nie określił w SIWZ warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nie wiadomo z czego wynika potrzeba wyjaśniania kwot wskazanych w wykazie w kontekście kwot podanych w sprawozdaniach finansowych i związanego z tym badania przez zamawiającego przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi. Przedmiotem oceny zamawiającego powinny być usługi/dostawy podane w wykazie i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, które to zostały zamawiającemu przekazane, a jeżeli zamawiający ma wątpliwości w tym zakresie może je wyjaśniać, ale w granicach zakreślonych przez przepisy ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych do nich, w tym wyżej wymienionego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Oдноśnie wezwania w zakresie akapitu „(...) wskazania dat (...) co do poz. 1 wykazu”:

Zamawiający wskazał, że wzywa m.in. do potwierdzenia realizacji umów w postaci np. wystawionej przez Minostar faktury VAT, protokołu odbioru etc. Należy zauważyć, że dla zamówień wskazanych w wykazie dostaw (zał. nr 3 do SIWZ) dla podanych firm prywatnych otrzymaliśmy stosowne referencje potwierdzające należyte ich wykonanie, a tym samym także fakt ich wykonania. Referencje te zostały Państwu przekazane na uprzednie wezwanie, Są dowodem określającym, czy usługi/dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, czym nie jest faktura VAT, ponieważ nie zawiera co do zasady informacji o należyтым wykonaniu czy wykonywaniu usługi. Pragniemy zapewnić, że nie negujemy uprawnień zamawiającego, w sytuacji, gdy w toku wykonywania tych czynności powźmiemy wątpliwości, które wymagają stosownych wyjaśnień, do żądania takich wyjaśnień, ale żądanie poza wyjaśnieniami złożenia (poza już przedstawionymi referencjami) kolejnych dokumentów od nas jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie np. w postaci faktury wystawionej przez Minostar (jak w wezwaniu w zakresie poz. 1 wykazu) czy też oдноśnie pozostałych pozycji wykazu np. protokołu odbioru, wystawionej faktury VAT potwierdzających wykonanie usług, nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach dotyczących zamówień: Stosownie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może

żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które to wskazuje m.in. w SIWZ. Z ww. postanowień SIWZ i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów C..) wynika, że dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zostały usługi/dostawy wykonane lub są wykonywane. Referencjom zatem przyznano pierwszeństwo złożenia, a skoro zostały złożone i jednoznacznie potwierdzają należytą jakość usług/dostaw, żądanie kolejnych dokumentów nie jest uzasadnione. Pragniemy przy tym zauważyć, że stosownie do § 2 ust. 6 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Zapewniamy jednocześnie, że wskazaliśmy informacje i przedłożyliśmy dokumenty zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym (stanem rzeczy).

Warto zauważyć, że z orzecznictwa KIO wynika, że obowiązkiem zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy, który złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wezwania do złożenia wyjaśnień, w każdym przypadku gdy oświadczenia te lub dokumenty z jakichkolwiek względów są dla zamawiającego niejasne, budzą wątpliwości, przy czym brak jest jakichkolwiek innych przesłanek skierowania wezwania (innych niż wątpliwości zamawiającego) Obowiązek skierowania takiego wezwania oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego w toku badania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu informacji pozyskanych w wyniku takiego wezwania. Stanowisko przeciwne oznaczałoby pozbawienie wykonawcy prawa wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantowany mu przepisami prawa (zob. np. wyrok KIO z 08.01.2018 r., KIO 2690/17). Niezależnie od powyższego dostosowując się do treści wezwania zamawiającego, w którym wezwano (pomimo złożenia przez nas referencji wystawionych przez podmioty, na rzecz których usługi/dostawy zostały wykonane) do przedłożenia dokumentów w zakresie zamówień podanych w poz. 1-3 wykazu podając, że może to być np. protokół odbioru, przekazujemy co następuje: Odnosnie wniosku o wyjaśnienie dla poz. nr 1, 2 i 3 wykazu:

Umowy dotyczące poz. 1 wykazu (zał. nr 3do SIWZ) tj. na realizację remontu kombajnu chodnikowego AM-75 Ex-S/181 wraz z dzierżawą, serwisowaniem i dostawą części zamiennych pomiędzy BH Protech a Minostar Sp. z o.o. zostały podpisane 10.09.2016r i trwają do nadal. Nie został wskazany ostateczny okres ich realizacji (są zawarte na czas nieoznaczony). Protokół odbioru technicznego dot. poz. 1 wykazu, przedkładamy w załączniku

nr 1 do niniejszego pisma. Umowy są realizowane (do nadal) a na dzień sporządzenia niniejszych wyjaśnień kwota netto wynosi: 3 174 636, 00 zł.

W zakresie poz. 2 wykazu - Protokół zdawczo-odbiorczy z dnia: 15.09,2017r. dla KONKO S.A. potwierdzający realizację dostaw do kombajnu AM-75 Ex-S / 138, stanowi zał. nr 2 do niniejszego pisma.

W zakresie poz. 3 wykazu - Protokół odbioru technicznego potwierdzający realizację remontu i częściowej modernizacji kombajnu AM-75 z układem równoważnym z Ex-S , stanowi zał. nr 3 do niniejszego pisma. Wykonana usługa zakwalifikowała Minostar Sp z o.o. do uzyskania Certyfikatu Remontowego KOMAG 18 REMONT 96.

Do pisma przystępujący załączył protokół odbioru technicznego z dnia 9 listopada 2016 roku i protokół zdawczo-odbiorczy z 15 września 2017 roku.

Pismem z dnia 20 lutego 2020 roku zamawiający zwrócił się do FHPU METALTECH M. M. z prośbą o udzielenie informacji w jakim zakresie, okresie i na jaką wartość został ostatecznie zrealizowany remont kombajnu chodnikowego AM-75 z modernizacją przez Minostar. W szczególności, kiedy został zakończony remont, czy i kiedy została zakończona modernizacja i jaka była wartość tych 2 usług oddzielnie, bowiem z protokołu odbioru technicznego z dnia 30.11.2018 r. wynika, iż modernizacja miała zostać wykonana dopiero w okresie od 01.12.2018 r. do 31.12.2019 r.

W odpowiedzi na pismo FHPU METALTECH M. M. poinformował, że:

Protokół odbioru technicznego z dnia 30.11.2018 r., którego dotyczy Państwa zapytanie potwierdza zgodnie ze stanem faktycznym realizację remontu i modernizacji kombajnu AM-75 z układem równoważnym z Ex-S, który to upoważnił też to spółkę Minostar do uzyskania Certyfikatu Remontowego. Wszystkie zawarte w nim informacje są zgodne z postanowieniami zawartych umów.

Jednocześnie pragniemy poinformować, że pozostałe szczegółowe informacje, o które Państwo proszą w powyżej przytoczonym piśmie nie mogą zostać Państwu przekazane, ponieważ są informacjami poufnymi posiadającymi wartość gospodarczą, tym samym jesteśmy zobowiązani do nieprzekazywania oraz nieujawnienia Informacji Poufnych jakiegokolwiek podmiotowi trzeciemu. Ponadto wskazujemy iż brak jest podstaw prawnych do ujawnienia i udostępnienia informacji, które są poufne. Ich ujawnienie mogłoby wywołać negatywne skutki gospodarcze dla firmy FHPU Metaltech, która jest właścicielem maszyny, w szczególności mogłaby negatywnie wpłynąć na proces jej sprzedaży. Przemysł wydobywczy jest obecnie w trudnej fazie transformacji, a wraz z nim i cały biznes podlega nieustannym zmianom. Zmieniają się oczekiwania klientów, które ciągle ewoluują. Za nimi starają się

podążać dostawcy usług oraz produktów, dopasowując, modyfikując i usprawniając zarówno swoje oferty jak i system sprzedaży, tak aby spełnić je w możliwie najpełniejszy sposób. Nie możemy zatem wykluczyć takiej sytuacji, w której inny podmiot zwróci się do Państwa o przekazanie informacji, o które Państwo prosicie i w przyszłości może wykorzystać je do działań konkurencyjnych wobec naszej firmy.

Pismem z dnia 20 lutego 2020 roku zamawiający zwrócił się do Przedsiębiorstwa Budowy Szybów SA w Tarnowskich Górach z prośbą o udzielenie informacji, w jakim zakresie, okresie i na jaką wartość realizowany był przez Biuro Handlowe PROTECH P. z siedzibą w Jaworznie, ul. Piłsudskiego 58 remont (lub remonty) kombajnu AM-75 ExS/181 w latach 2016-2019 oraz czy i w jakim zakresie uczestniczył w remoncie podwykonawca Minostar Sp. z o.o.

W odpowiedzi z dnia 27 lutego 2020 roku Przedsiębiorstwo Budowy Szybów SA wyjaśniło, że zawarło następujące umowy z M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Biuro Handlowe „PROTECH”, z siedziba w Jaworznie, 43-609 Jaworzno al. Piłsudskiego 58/361 NIP: 646-257-17-11, REGON: 241632549, wpisanym do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej prowadzonej przez Ministerstwo Rozwoju:

- 1) umowy zakupu części zamiennych z 2014 r.;
- 2) umowa z dnia 29 maja 2015 r. nr 269/2015/DEM, której przedmiotem była dzierżawa części/podzespołów kombajnowych stanowiących własność BH PROTECH zamontowanych dla przejściowego użytku w kombajnie górniczym AM-75 stanowiącym własność PBSz; zawarta na okres 16 miesięcy licząc od 1 czerwca 2015 r.
- 3) umowa z dnia 1 czerwca 2015 r. nr 215/2015/DEM, której przedmiotem była kompletacja oraz uruchomienie kombajnu chodnikowego AM 75 Ex-S/181 stanowiącego własność PBSz z terminem realizacji do 31 sierpnia 2015 r.

W wyniku wykonania ww. umów Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. wystawiło firmie BH PROTECH referencje.

Jednocześnie PBSz poinformował, że nie ma żadnych informacji dotyczących zakresu uczestnictwa firmy MINOSTAR Sp. z o.o. w realizacji ww. umów.

Pismem z dnia 6 lutego 2020 roku skierowanym do KONKO SA w Mysłowicach oraz pismem z dnia 13 lutego 2020 roku skierowanym do BH PROTECH M. P. zamawiający zwrócił się o potwierdzenie referencji wystawionych na rzecz przystępującego. BH PROTECH M. P. w piśmie z dnia 20 lutego 2020 roku potwierdził oświadczenie zawarte w referencjach, w tym również zakres i wartość wykonanych prac. KONKO SA w e-mailu z dnia 7 lutego 2020 roku

potwierdziło, że firma Minostar wykonała remont kombajnu chodnikowego AM75 w 2017 roku za kwotę ponad 1 000 000 zł netto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, iż usługa wskazana w pkt. 1 wykazu wykonanych dostaw nie była remontem kombajnu chodnikowego, ale szeregiem czynności wykonanych w ramach 3 umów, których przedmiotem był zakup części zamiennych, dzierżawa części/podzespołów kombajnowych zamontowanych dla przejściowego użytku w kombajnie górniczym oraz kompletacja i uruchomienie kombajnu chodnikowego.

Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, że żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie przywołał definicji remontu kombajnu chodnikowego, obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przywoływał definicję remontu kapitalnego (pismo z dnia 17 lutego 2020 roku), niemniej jednak nie wykazał, iż jest to definicja wiążąca dla uczestników postępowania.

Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że czynności wykonane w ramach 3 wskazanych wyżej umów nie składały się na remont kombajnu. Podkreślić należy, iż wskazany ogólnie przedmiot zamówienia umów nie stanowi o tym, jaki był ich rzeczywisty zakres. Zakres ten można ustalić na podstawie analizy treści przedmiotowych umów, jednakże umowy te nie zostały Izbie przedłożone. Podkreślić należy, że to na odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. spoczywał obowiązek udowodnienia podnoszonych argumentów.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez uczestników postępowania odwoławczego i skonstatowała, co następuje:

- pismo PBSz SA w Tarnowskich Górach z dnia 27 lutego 2020 roku w pierwszym zdaniu odnosi się do „remontu kombajnu AM 75 Ex-S/181”,

- pismo PBSz SA w Tarnowskich Górach z dnia 25 czerwca 2020 roku skierowane do BH PROTECH M. P. jednoznacznie wskazuje, że przedmiot i zakres umów, których przedmiotem były „kompletacja i uruchomienie kombajnu” oraz „dzierżawa części/ podzespołów kombajnowych stanowiących własność BH PROTECH, zamontowanych do przejściowego użytku w kombajnie górniczym” składały się łącznie na remont kapitalny kombajnu chodnikowego AM75/181 Ex-S,

- pismo BH PROTECH M. P. z dnia 20 lutego 2020 roku podtrzymuje zakres i wartości robót wskazane w referencjach,

- protokół odbioru technicznego z dnia 9 listopada 2016 roku potwierdza wykonanie remontu kombajnu chodnikowego AM75/181 Ex-S,

Pozostałe dokumenty, tj. referencje wystawione przez PBSz SA oraz pismo z dnia Tauron Wydobycie SA z 28 czerwca 2020 roku nie stanowią dowodu, iż czynności zrealizowane w ramach wskazanych umów nie obejmowały wykonania remontu kombajnu. Referencje w swej istocie mają bowiem potwierdzać należyte wykonanie umów i w tym celu są składane w postępowaniu. Fakt, iż w swej treści wskazują one na dostawę części i podzespołów, nie dowodzi, iż tego rodzaju dostawy, wraz z innymi czynnościami wykonanymi w ramach umowy, a nieobjętymi treścią referencji, nie składały się na remont kombajnu. Z kolei z pisma Tauron Wydobycie SA wynika, że przedmiotowy kombajn był eksploatowany w latach 2017-2019, co oznacza, że jego remont mógł się zakończyć w dniu określonym w protokole odbioru technicznego, tj. w dniu 9 listopada 2016 r.

Odnosząc się do wskazanej w treści odwołania informacji dotyczącej powiązań osobowych pomiędzy przystępującym a podmiotem BH PROTECH M. P., Izba wskazuje, że odwołujący nie sformułował w treści odwołania żadnego zarzutu w zakresie wskazywanych powiązań. Nie wyjaśnił również, jaki związek ma podana informacja z podniesionym zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zamówienie wykazane w poz. 2 wykazu nie obejmowało remontu kombajnu chodnikowego, lecz dostawę części zamiennych. Jako dowody przywołał:

- referencję z dnia 16.05.2019 r., wystawioną przez KONKO SA, z której wynika, że Minostar był „partnerem podczas remontu kombajnu chodnikowego AM75 Ex-S/138”,

- protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 15.09.2017 załączony przez Minostar do wyjaśnień z dnia 29.11.2017 r., który – w ocenie odwołującego – nie potwierdza w swojej treści, iż przedmiotem wykonanych dostaw/usług był remont kombajnu chodnikowego, lecz wskazuje, że współpraca po stronie Minostar ograniczona była do dostawy części i udziału w montażu,

- list referencyjny z dnia 21 marca 2019 roku, wystawiony przez KONKO SA, z którego wynika, że Minostar był dostawcą części zamiennych do kombajnu chodnikowego AM75-Ex-S,

- pismo PGG Oddział KWK Mysłowice-Wesoła z dnia 12 czerwca 2020 roku, na okoliczność wykazania, że kombajn AM-75/Ex-S Nr 138 był wykorzystywany w okresie 13.09.2017 – 23.05.2019.

Ponadto Izba przeprowadziła dowód z korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Prezesem Zarządu KONKO SA, Panem A. Ż., z dnia 7 lutego 2020 roku, w której KONKO SA potwierdza, że firma Minostar Sp. z o.o. wykonała na rzecz KONKO SA remont kombajnu chodnikowego AM 75 w 2017 roku za kwotę ponad 1 000 000 zł netto.

Dokonując analizy wskazanych wyżej dowodów Izba ustaliła, że dokumenty, na które powołał się odwołujący, nie stanowią *expressis verbis*, iż zakres czynności objętych zamówieniem nie składał się na remont kombajnu chodnikowego. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wobec zarzutów dotyczących pozycji 1 wykazu, odnoszące się do braku obowiązującej w postępowaniu definicji remontu kombajnu chodnikowego.

Jednakże zasadnicze dla rozstrzygnięcia zarzutu w zakresie pozycji 2 wykazu jest stanowisko podmiotu zlecającego usługę, tj. KONKO SA, z którego wprost wynika, że przystępujący wykonał na rzecz KONKO SA remont kombajnu chodnikowego za kwotę przekraczającą 1 mln zł netto. Izba stoi na stanowisku, iż podmiot, który zamawia usługę, ma najlepszą wiedzę co do zakresu wykonanych czynności i jego oświadczenie było w tym zakresie decydujące.

Odnosząc się do pozycji 3 wykazu odwołujący podniósł, że usługa remontowa wykonana w 2018 r., którą Minostar wykazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie mogła mieć wartości wyższej niż 442 570,00 zł, ponieważ ze sprawozdania finansowego złożonego przez Minostar do KRS wynika, iż w roku 2018 przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi (poz. A. Rachunku zysków i strat) wyniosły 442 570,00 zł. Jest to zdecydowanie niższa wartość niż wymagana dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że sprawozdanie finansowe nie zostało wymienione w § 2 ust. 4 rozporządzenia 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. 2016, poz. 1126 ze zm.) jako jeden z dokumentów, na podstawie których zamawiający ocenia, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Ocena ta dokonywana jest przede wszystkim na podstawie wykazu dostaw i usług oraz załączonych do nich dokumentów potwierdzających, że zamówienia zostało wykonane w sposób należyty.

Izba wskazuje, że przystępujący złożył wykaz oraz referencje potwierdzające wykonanie remontu kombajnu chodnikowego na rzecz METALTECH M. M., za kwotę przekraczającą 3,69 mln zł brutto. Ponadto, na żądanie zamawiającego, przedłożył protokół odbioru technicznego z dnia 30 listopada 2018 roku potwierdzającego wykonanie usługi wskazanej w wykazie. W protokole podano również szacowaną wartość przedmiotu umowy

na kwotę 3 200 000 zł. Odwołujący jako przeciwdowód przedłożył jedynie sprawozdanie finansowe przystępującego, które – jak to już wyżej wskazano – nie jest dokumentem, na podstawie którego ocenia się zdolność techniczną i zawodową wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż sam fakt wykonania wskazanego w wykazie zamówienia jest wątpliwy z uwagi na to, że właścicielem METALTECH jest Pan M. M., będący od 2016 roku współnikiem i prezesem zarządu przystępującego, Izba wskazuje, że dokonuje oceny podniesionych zarzutów przede wszystkim na podstawie złożonych dokumentów. Z dokumentów złożonych przez przystępującego wynikało, że wykonał on zamówienie wskazane w pkt. 3 wykazu. Izba nie ma uprawnień do badania autentyczności dokumentów oraz prawdziwości danych w nich zawartych. O ile odwołujący kwestionuje informacje zawarte w dokumentach, winien w tym zakresie zwrócić się do właściwych organów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....