

Sygn. akt: KIO 382/18

Sygn. akt: KIO 383/18

WYROK

z dnia 15 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Anna Wojciechowska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2018 r **przez odwołującego:**

- I. Konsorcjum Universal Energy Sp. z o.o. Lider konsorcjum ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice; WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. Członek konsorcjum ul. Jesionowa 22/21; 40-158 Katowice w sprawie o Sygn. akt KIO 382/18
- II. Konsorcjum Universal Energy Sp. z o.o. Lider konsorcjum ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice; WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. Członek konsorcjum ul. Jesionowa 22/21; 40-158 Katowice w sprawie o Sygn. akt KIO 383/18

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego:** Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego na Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego KWK „Centrum” w częściach: I. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym; III. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole powierzchni zakładu górniczego; IV. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni znak sprawy KWK C/30/17/18 w sprawie o Sygn. akt KIO 382/18 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp
2. umarza postępowanie na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy pzp w związku z uwzględnieniem odwołania w części dotyczącej zarzutu określonego w pkt 7 odwołania t.j. co do zgody odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą w związku z jej wyrażeniem i przedstawieniem nowego wadium w sprawie Sygn. akt KIO 383/18, w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego na Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu, oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych” znak sprawy KWK P/07/17/18 w sprawie o Sygn. akt KIO 383/18 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp
3. kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 382/18 i Sygn. akt KIO 383/18
4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Universal Energy Sp. z o.o. Lider Konsorcjum ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice; WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. Członek konsorcjum ul. Jesionowa 22/21; 40-158 Katowice w sprawach o Sygn. akt KIO 382/18 i Sygn. akt KIO 383/18 tytułem wpisu od odwołania
5. zasądza od Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 382/18 i Sygn. akt KIO 383/18 kwotę 37.200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum Universal Energy Sp. z o.o. Lider konsorcjum ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice; WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. Członek

konsorcjum ul. Jesionowa 22/21; 40-158 Katowice tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w obu sprawach.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2164 ze 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Informacje ogólne

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2018 roku połączono do wspólnego rozpoznania odwołania, które wpłynęły w dniu 27 lutego 2018 roku od wykonawcy: konsorcjum firm Universal Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach pełniącego funkcję Lidera Konsorcjum i WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach pełniącego funkcje członka konsorcjum, zwanych dalej odwołującym.

Odwołania zostały złożone w związku z dwoma postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonymi przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu.

Pierwsze odwołanie dotyczyło świadczenia usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego KWK „Centrum” Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym; Część III Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole i powierzchni zakładu górniczego; Część IV Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni. Postępowaniu nadano znak sprawy KWK C/30/17/18. Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17.11.2017 roku pod poz. 2017/S 221-459 555. Sprawie nadano oznaczenie pod Sygn. akt KIO 382/18.

Drugie odwołanie dotyczyło „świadczenia usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu Oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych”. Postępowaniu nadano znak sprawy KWK P/07/17/18. Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.10.2017 roku pod poz. 2017/S 200-411757. Sprawie nadano oznaczenie pod Sygn. akt KIO 383/18.

Odwołujący następująco przedstawił stan faktyczny i prawny w obydwu odwołaniach, co następuje jak poniżej.

Odwołanie w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 382/18

Pismem z dnia 26.02.2018r. skierowano do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na adres ul. Postępu 17 a; 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom przez odwołującego Odwołujący: Wykonawca Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lider Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice jako Uczestnik, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołanie dotyczy: przetargu publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w którym przedmiotem zamówienia jest: Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego, KWK „Centrum”.

W zamówieniu wyodrębniono: Część I. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym; Część III. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole i powierzchni zakładu górniczego; Część IV. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni. Sprawie nadano Znak: KWK C/30/17/18.

Ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U./S S221 z 17.11.2017r., 459555-2017-PL.

Odwołujący jako datę powzięcia wiadomości o podstawie wniesienia odwołania wskazał: Data powzięcia wiadomości o podstawach do wniesienia odwołania: 22.02.2018r.

Data przekazania informacji o wykluczeniu, przesłana pocztą elektroniczną/faxem: 22.02.2018r., pismem L.dz. SRK/NZ/428/18/MK.

Odwołujący: Wykonawca Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lider Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice jako uczestnik, jako podstawę prawną wniesionego odwołania wskazał: działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 3) i 4) oraz ust. 4, w zw. z art. 179 ust 1, ustawy z 29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), wnosi odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego: Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom zwany „zamawiającym”, podjęte i zaniechane w postępowaniu a mianowicie:

czynności, dotyczące:

wykluczenia odwołującego z powyższego postępowania i odrzucenia oferty;

Zaniechania, dotyczące rzetelnego zbadania argumentów przedstawionych przez Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lidera Konsorcjum z udziałem Expedite Consulting Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 165, 02-952 Warszawa, przedłożonych w procesie samooczyszczenia, a w konsekwencji zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące podstawy prawne wniesienia odwołania: naruszenie przez zamawiającego postanowień: art. 24 ust. 5 pkt. 4); art. 24 ust. 6 w związku z art. 36 ust. 5a; art. 24 ustępy 8 i 9; art. 89 ust. 1 pkt. 5) i 8); art. 92 ust. 1 pkt. 2) i 3); art. 7 ust. 1 i 3, ustawy z

29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), polegające na:

1. Naruszenie art. 24 ust. 6 Pzp - poprzez brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp zastrzeżenie takie powinno być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli Zamawiający nie zamieścił takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu a jedynie powielił treść zapisów ustawy w SIWZ to nie spełnił wymogu o którym mowa w ust. 6 art. 24 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera podstaw do fakultatywnego wykluczenia.

2. Naruszenia art. 24 ust. 5 w związku z art. 36 ust. 5a Pzp - poprzez brak wskazania podstaw uzasadniających fakultatywne wykluczenie z postępowania a jedynie powielenie ogólnych zapisów z Pzp. Zamawiający powinien opisać podstawy wykluczenia w sposób umożliwiający ich zweryfikowanie. Przepisanie ogólnych zapisów z Pzp, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny rzekomego naruszenia innej umowy przez wykonawcę, co stanowi okoliczność sporną. Nadużyciem prawa jest postępowanie Zamawiającego, który nie określił żądanych dokumentów umożliwiających skorzystanie z procedury „samooczyszczenia” a nie uznał wyjaśnień wykonawcy z powodu braku przedłożenia dokumentów, które nie były w sposób jednoznaczny i konkretny opisane w SIWZ.

3. Naruszeniu przez zamawiającego postanowień art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, poprzez nie uzasadnione i nie uprawnione skorzystanie z fakultatywnego prawa ustalonego w tym przepisie, do wykluczenia z postępowania Odwołującego się, poprzez uznanie, w sposób sprzeczny z faktami, że z przyczyn leżących po jego stronie, nie została wykonana w sposób należyty, umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w okresie poprzedzającym wykluczenie, ponad dwóch miesięcy, toczy się spór prawny pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, Universal Energy Spółka z o.o. ul. Oświęcimska 54, 41-400 Mysłowice, dotyczący zasadności i skuteczności wypowiedzenia umowy przed czasem, gdzie w ramach obfitej korespondencji dotyczącej tej sprawy, również w ramach procesu samooczyszczenia, Wykonawca wykazał w sposób jednoznaczny, że zarzut podstawiania do dyspozycji mniejszej ilości pracowników, aniżeli wynikało to z zamówień, spowodowany był oddziaływaniem siły wyższej, a pozostałe argumenty użyte przez zamawiającego, jako przemawiające za takim wypowiedzeniem, były nieprawdziwe.

4. Zaniechaniu obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego

niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4), nie powinien zostać zastosowany.

5. Zaniechaniu rzetelnej oceny działań przedstawionych przez odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczało mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas i możliwości, aby się o to zwrócić. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytatem, wyrwanym z kontekstu i pochodzącymi z Wyroku KIO, dotyczącego sprawy znacząco różniącej się od objętej niniejszym odwołaniem.

6. Nie uwzględnieniu przez Zamawiającego, stosownie do postanowień art. 24 ust. 9 Pzp, wagi i szczególnych okoliczności, w jakich doszło do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego.

7. Postawienie Odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie dostarczenia wraz z pismem z dnia 11.02.2018r., złożonym w dniu 12.01.2018r., na wniosek Zamawiającego, sformułowany na piśmie z dnia 10.02.2018r., na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp, żądanego pełnomocnictwa dla Prezesa Zarządu UE Sp. z o.o., do działania w imieniu Work Development Sp. z o.o., jako Uczestnika Konsorcjum. Stworzyło to fałszywą przesłankę do odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8) Pzp.

8. W konsekwencji powyższego bezpodstawnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4), jako przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz postawienia nieprawdziwego zarzutu, o rzekomym nie dostarczeniu pełnomocnictw udzielonego przez Work Development, doszło do bezprawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu Universal Energy Spółka z o.o. przetargowym, przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik. Doszło przez to do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 8), które uprawniają Zamawiającego

do odrzucenia oferty wykonawcy, jedynie w przypadku, gdy rzeczywiście: wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego; wykonawca, występujący w postępowaniu przetargowym jako Konsorcjum, faktycznie nie dostarczył pełnomocnictwa ze strony Uczestnika, dla Lidera, do działania w jego imieniu, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

9. Dalszą konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest nie uprawnione zastosowanie postanowień artykułu 92 ust 1 punkty 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, pomimo iż braku było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, a przez to doszło do strat wizerunkowych Odwołującego się.

10. Kolejną konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3, ponieważ w wyniku tych czynności, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa jest w ust. 1, nie została zachowana. W wyniku tego, Wykonawcą zamówienia może zostać podmiot wybrany z naruszeniem postanowień ustawy, z uwagi na przedstawione powyżej naruszenia prawa, jakie w trakcie tegoż postępowania miały miejsce, co stanowi naruszenie postanowień ust. 3 art. 7 Pzp. Nie dojdzie tym samym do ustalenia wartości rynkowej zamówienia, z powodu ograniczenia konkurencji, przez wyeliminowanie jednego z uczestników postępowania, z przyczyn nie związanych z wartością jego oferty.

Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik.
3. Nakazanie Zamawiającemu kontynuacji przedmiotowego postępowania przetargowego, z udziałem wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne oferty.
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Interes Odwołującego się Universal Energy Spółka z o.o.

Odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego podstaw Prawa zamówień publicznych, narusza prawa Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum oraz prawa Uczestnika Konsorcjum, do ubiegania się o zamówienie publiczne, bowiem w wyniku tego grozi mu doznanie uszczerbku interesu, w wyniku bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty w/w Konsorcjum, w którym jest Liderem. Utracił on prawo do uzyskania zamówienia, pomimo iż przy dalszym prowadzeniu postępowania z jego udziałem, oferta Konsorcjum, którego jest Liderem, mogła się okazać najkorzystniejsza. Brak zamówienia spowoduje ograniczenie możliwości uzyskiwania przychodów przez Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum i Firmy Work Development, jako jego Uczestnika, z wszystkimi negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. W związku z powyższym zachodzą okoliczności, o których mowa jest w art. 179 Pzp, jako że środki ochrony prawnej określone w postaci między innymi odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, co zostało powyżej uprawdopodobnione.

Uzasadnienie podstaw złożenia odwołania.

Ad. 1 do Ad. 4. Zamawiający prowadzi przetarg publiczny, w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego jest wybór wykonawcy zamówienia: Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego, KWK „Centrum”. Część I. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górnico-wentylacyjnym. Część III. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole i powierzchni zakładu górniczego. Część IV. Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni. Znak sprawy: KWK C/30/17/18. W ogłoszeniu dotyczącym tego postępowania, nr Dz.U./S S221 17/11/2017 459555-2017-PL, brak jest wskazania podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Natomiast w SIWZ do tego postępowania, a mianowicie w punkcie 5.2.4, Zamawiający powielił jedynie treść w/w zapisów ustawy. Natomiast nie wskazał podstaw wykluczenia. W dniu 22.02.2018r., Zamawiający przekazał Odwołującemu się i pozostałym wykonawcom, informację o wykluczeniu. Została ona przesłana pocztą elektroniczną, w formie pisma, o L.dz. SRK/NZ/428/18/MK, załącznik nr 5 do niniejszego Odwołania. W piśmie tym Zamawiający odwołał się do swego pisma z 15.12.2017r., L.dz. SRK/8445/2017, w którym wypowiedział realizowaną przez Konsorcjum, którego Liderem jest Odwołujący się, a Uczestnikiem Expedite Consulting, nr SRK/KWK/K/13/17, z 19.06.2017r. Zamawiający obszernie zacytował to pismo, wymieniając wszystkie przesłanki wypowiedzenia umowy, z rzekomej winy Odwołującego, ujęte w cytowanym piśmie wypowiedzającym umowę, w punktach a) do f). Podkreślił, że zasadniczą przyczyną wypowiedzenia umowy, było

niedostarczanie wymaganej ilości pracowników, o odpowiednich kwalifikacjach, czyli zarzut wymieniony w punkcie c) w/w pisma wypowiadającego umowę, co miało znaczenie dla bezpieczeństwa prowadzenia ruchu zakładu górniczego. Zamawiający pomija natomiast milczeniem fakt, że w odpowiedzi na w/w pismo wypowiadające umowę, Odwołujący się, w dniu 28.12.2017r., pismem o sygn.: UE 205/12/2017, załącznik nr 6 do niniejszego odwołania, wykazał, że do częściowego niewykonania umowy, doszło bez jego winy, czyli przyczyny nie leżały po jego stronie. Powołał się mianowicie na siłę wyższą, którą okazał się gwałtownie rosnący, bo 2,3 krotnie licząc 3 kwartały 2017r., do 3 kwartałów 2016r., poziom cen węgla koksowego, niemożliwy do przewidzenia w momencie składania oferty do przetargu, poprzedzającego zawarcie w/w umowy, co z kolei doprowadziło do nie notowanych wcześniej braków chętnych do pracy w Kopalni „Krupiński”, która położona jest w sąsiedztwie kopalń węgla koksowego, oferujących atrakcyjniejsze niż UE Sp. z o.o. warunki wynagradzania, których nie można było zmienić, z uwagi na ustalenia przedmiotowej umowy. Ponadto Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, że przyczynił się do pogłębienia tych trudności, przejmując część pracowników, czym naraził go na dodatkowe straty, związane z bezproduktywnymi kosztami ich adaptacji zawodowej. Pozostałe zarzuty, wymienione w punktach a), b), d), e) i f), zostały przez Odwołującego się w całości odrzucone, jako niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący się uznał wypowiedzenie za bezpodstawne i tym samym za nieskuteczne. Zaproponował negocjacje zmierzające do ustalenia warunków wznowienia realizacji umowy lub jej rozwiązania za porozumieniem stron, bez wskazywania winnego, co umowa przewidywała. Zamawiający w swym w/w powiadomieniu z 22.02.2018r., pomija też fakt wystosowania przez Odwołującego się, kolejnego pisma w sprawie bezpodstawnego wypowiedzenia umowy, z dnia 29.01.2018r., sygn.: UE 32/01/2018, załącznik nr 7 do niniejszego odwołania, w którym w ujęciu syntetycznym przypomniano argumenty użyte w w/w piśmie z 28.12.2017r., wezwano do realizacji umowy i zaproponowano rozmowy, zmierzające do ugodowego załatwienia sporu. Oba w/w pisma Odwołującego się, nie doczekały się odpowiedzi ze strony Zamawiającego, a Zamawiający, przez fakty dokonane, czyli wstrzymanie zamawiania pracowników, doprowadził do jednostronnego zaniechania realizacji umowy. Również w ramach procedury samooczyszczenia, uruchomionej przez Zamawiającego pismem z 08.02.2018r., załącznik nr 8 do niniejszego Odwołania, Odwołujący się, w swym piśmie z 13.02.2018r., sygn.: UE 50/02/2018, załącznik nr 9 do niniejszego Odwołania, po raz kolejny przedstawił argumenty, wskazujące na bezpodstawność wypowiedzenia w/w umowy z rzekomej winy Odwołującego się. Odwołujący się, przystąpił do uczestniczenia w procedurze samooczyszczenia, pomimo kwestionowania przez niego zasadności wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, przymuszony kategorycznym stwierdzeniem zawartym w piśmie wzywającym do samooczyszczenia z 08.02.2018r., że w przeciwnym razie zostanie wykluczony z

postępowania, a oferta Konsorcjum, z jego udziałem jako Liderem, zostanie odrzucona. Kierowano się przy tym regulacjami, zawartymi w art. 24 ust. 8 Pzp, które w ramach samooczyszczenia, w zakresie dotyczącym częściowego niewykonania umowy, co było faktem, dopuszczają również wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego. Odwołujący upatrywał w tej regulacji możliwości przedstawienia po raz kolejny, swych argumentów, potwierdzających, że chociaż do częściowego niewykonania umowy rzeczywiście doszło, to nie było to spowodowane przesłankami, o których mowa jest w art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, zgodnie z którymi: „Z Universal Energy Spółka z o.o. postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 4) 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 zakres podmiotowy ustawy ust. 1 pkt 1)-4), co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.” Odwołujący się oczekiwał, że Zamawiający w ramach procedury samooczyszczenia, uzna przedstawione przez niego argumenty i odstąpi od wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji z odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z jego uczestnictwem w charakterze Lidera. Tak się jednakże nie stało. Argumenty, które w piśmie Odwołującego się z 13.02.2018r., w zakresie dotyczącym bezpodstawności wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, w powołaniu na rzekomą winę Wykonawcy, zostały co prawda „zauważone” przez Zamawiającego, co odnotowane zostało w piśmie powiadającym o wykluczeniu i odrzuceniu oferty, z 22.02.2018r. Skwitowano je jednakże jednym krótkim zdaniem, cytując: „a) Kontestuje (Odwołujący się) zasadność i skuteczność dokonania przez SRK S.A. wypowiedzenia umowy SRK/KWK/K/13/17 z 19.06.2017r.” Oznacza to, że nie podjęto nawet próby udowodnienia, że Odwołujący nie ma racji, podważając skuteczność wypowiedzenia umowy. Za jedyny argument ma służyć słowo „kontestuje”, które w tej konkretnej sytuacji ma negatywny podtekst. Według Słownika Języka Polskiego, „kontestowanie” to bowiem „ostentacyjne okazywanie braku akceptacji dla jakichś norm, wartości lub obyczajów.” Czyli Zamawiający daje do zrozumienia, że Odwołujący się podważa coś oczywistego, czym w jego mniemaniu było wypowiedzenie umowy, w powołaniu się na winę Wykonawcy, chociaż nie przedstawia na to twierdzenie żadnych argumentów. Tymczasem, jak to już przedstawiono powyżej, według art. 24 ust. 5 pkt. 4), 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. Jak to wykazano powyżej, Zamawiający nie udowodnił, że do częściowego niewykonania w/w umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego się. Tym samym zastosowanie wobec Odwołującego się, art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, jako podstawy wykluczenia z postępowania przetargowego, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum, w którym Odwołujący się

jest Liderem, było bezprawne. Swoje podejście do tej sprawy, Zamawiający uzasadnia powołaniem się na swego rodzaju precedens, wynikający z przywołanego w piśmie z 22.02.2018r., Wyroku KIO z dnia 03.02.2017r., sygnatura akt 139/17. W Uzasadnieniu tego Wyroku, na stronie 26, zdanie drugie, znalazł się akapit, zacytowany przez SRK S.A. w piśmie z 22.02.2018r., w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania przetargowego, zgodnie z którym: „W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem sine qua non takiej procedury „samooczyszczenia” jest uznanie przez przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć „samooczyszczenie”. Przywołanie tego cytatu należy rozumieć w ten sposób, że Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy przyznania się, wbrew faktom, do tego, iż z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu, wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, która w związku z tym została przez Zamawiającego wypowiedziana z winy Wykonawcy. Tymczasem w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed KIO, w wyniku którego zapadł w/w wyrok, jest nie porównywalna do sprawy, będącej przedmiotem niniejszego Odwołania. Otóż tam Odwołującym się do KIO, było Konsorcjum Conbelts i Węglokoks, które JSW S.A. wykluczyła z postępowania, z powodu wcześniejszego rozwiązania z nim umowy na dostawę taśmy. Zamawiający wykazał, że Konsorcjum regularnie nie wywiązywało się z dostaw, a co ważniejsze, dostarczana taśma nie spełniała wymogów niepalności, co Zamawiający udowodnił zleconymi przez siebie badaniami. Mało tego, do nowego przetargu podstawiono tę samą taśmę, tylko zmieniono oznaczenia. Konsorcjum nie oprotestowało odstąpienia od umowy. Zapłaciło karę umowną. W odwołaniu do KIO, odnoszącym się do tej sprawy, podnoszono argumenty, zgodnie z którymi wykluczenie było niesłuszne, bo Odwołujący zapłacił karę i przedstawił działania profilaktyczne. Zamawiający tego nie uznał, twierdząc w skrócie, że skoro jest to ta sama taśma, to skutecznych działań naprawczych z pewnością nie było. KIO przyznało rację Zamawiającemu. W sprawie objętej niniejszym odwołaniem, Wykonawca nie uznał wypowiedzenia. Wykazał brak swej winy w zakresie częściowego nie wykonania umowy. Od ponad dwóch miesięcy pozostaje w sporze prawnym z Zamawiającym. Argumenty podnoszone przez Odwołującego się, wskazujące na bezpodstawność wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy, nie zostały przez Zamawiającego podważone. W tej sytuacji Odwołujący nie mógł w procesie samooczyszczenia przyznać się do popełnienia deliktu, bo byłoby to niezgodne ze stanem faktycznym. Stąd też zastosowano sposób postępowania, w ramach samooczyszczenia, przewidziany w art. 24 ust. 8, obejmujący wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego. W świetle przedstawionych powyżej faktów i okoliczności, stanowisko Odwołującego się, zgodnie z którym Zamawiający: naruszył przepisy art. 24 ust 6, w związku z art. 3(5 ust. 5a Pzp, a także, iż bezpodstawnie zastosował wobec niego art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, należy uznać za uzasadnione. To samo dotyczy słuszności zarzutu,

postawionego przez Odwołującego się Zamawiającemu, odnośnie zaniechania obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego się.

2. Ad. 5. Według art. 24 ust. 8 Pzp, odczytanego pod kątem przedmiotu sprawy, czyli wykluczenia Odwołującego się z postępowania przetargowego, dotyczącego KWK „Pokój”, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 5, może w szczególności udowodnić podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W piśmie skierowanym do Zamawiającego, w ramach „samooczyszczenia”, z dnia 13.02.2018r., Odwołujący się wskazał podjęte przez siebie środki zapobiegawcze. W swym piśmie powiadamiającym o wykluczeniu i odrzuceniu, z 22.02.2018r., Zamawiający przedstawił te działania organizacyjne i kadrowe, które zapobiegają występowaniu w przyszłości problemów z dostawą SRK S.A., zamawianej ilości ludzi. Dalej Zamawiający wskazał, iż podstawowe znaczenie ma ocena, czy działania te będą skuteczne. Zamawiający podkreślił, że co prawda oświadczenie Wykonawcy, generalnie może stanowić dowód na potwierdzenie podjęcia działań umożliwiających samooczyszczenie, jednakże równocześnie uznaje, że takie podejście nie wydaje się zasadne, z uwagi na fakt, że Wykonawca mógł przedstawić dowody na podjęcie tychże działań w postaci deklaracji zatrudnienia, umów o pracę, umów zlecenia, dowodów potwierdzających uruchomienie nowego biura do opieki nad pracownikami, a tego nie zrobił. Następnie SRK S.A. przytacza cytaty, pochodzące z Komentarza do Pzp, którego autorem jest J. Pieróg, ze stron 212 i 213. Ten cytat w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się, ma brzmienie: „Wykonawca może przedkładać zamawiającemu nieograniczone środki dowodowe w wykazaniu jego rzetelności, o ile pozostaną relewantne dla ustalenia, czy podjął on odpowiednie działania, zmierzające do wyeliminowania podobnych negatywnych sytuacji w przyszłości. Mogą to być wszelkiego rodzaju dokumenty, nośniki danych lub osobowe źródła informacji. (...) Tym samym samooczyszczenie nie może opierać się na obiecywaniu poprawy, czy nawet zobowiązaniu się do podjęcia konkretnych działań. Dlatego ocenie powinny być też poddawane rzeczywiste działania oraz sposób i cel ich podjęcia przez Wykonawcę.” Następnie SRK S.A. przechodzi do stwierdzenia, że z tych względów, wykluczenie Odwołującego się, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) jest zasadne, a tym samym uzasadnione jest odrzucenie oferty, złożonej przez Konsorcjum, którego jest Liderem, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5). Odwołujący nie może przyjąć, w tak istotnej dla siebie sprawie, tak pokrętnej argumentacji za

wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem oferty. Zamawiający najpierw robi obszerny wywód, z którego wynika, że oświadczenie na piśmie złożone przez Wykonawcę może być dowodem na podjęcie działań umożliwiających skorzystanie z procedury samooczyszczenia, a następnie sam sobie zaprzecza i twierdzi, że przyjęcie oświadczenia nie wydaje się zasadnym, bo Wykonawca mógł jednak przedstawić dowody, a tego nie zrobił. Odwołujący uznaje takie podejście Zamawiającego, za zaniechanie rzetelnej oceny działań przedstawionych przez Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczało mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem, co sam potwierdza i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas, jako że termin związania ofertą został przedłużony do 30.03.2018r. i możliwości ku temu, aby się o to zwrócić do Wykonawcy. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o omówione powyżej rozumowanie oraz skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytacjami, z komentarza do Pzp, które uznał za przesądzające w tej sprawie. W tej sytuacji, Odwołujący się, stoi na stanowisku, że słusznie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie rzetelnej oceny działań przedstawionych przez Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp.

3. Ad. 6. Biorąc pod uwagę fakty i okoliczności, przedstawione w powyższych punktach Ad. 1 do Ad. 3 Uzasadnienia do niniejszego Odwołania, za zasadny należy uznać zarzut Odwołującego się, do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezprawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz odrzucenia oferty, do czego nie doszłoby, gdyby nie zaniechania Zamawiającego, w zakresie realizacji czynności, o których mowa jest w art. 24 ust. 9 Pzp.

4. Ad. 7. W piśmie informującym o wykluczeniu i odrzuceniu z 22.02.2018r., L. dz. SRK/NZ/428/18/MK, Zamawiający podnosi też wobec Wykonawcy kolejny zarzut. Otóż w piśmie tym, Zamawiający pisze, że w dniu 10.01.2018r., działając na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp, wezwał Odwołującego się do uzupełnienia oferty, w zakresie pełnomocnictwa udzielonego Liderowi Konsorcjum, przez Work Development, upoważniające do składania oświadczeń woli i reprezentowania Work Development w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego na przedmiotowe zadanie. Dalej Zamawiający napisał, że dokument ten, zgodnie z punktem 9.10 SIWZ winien być podpisany przez wszystkich wykonawców i złożony w formie oryginału lub w formie równoważnej, tzn. kopii poświadczonej za zgodność przez Notariusza. W złożonej przez Wykonawcę ofercie, w/w pełnomocnictwo zostało dołączone z nieczytelną, zeskanowaną parafką i podpisane w oryginale przez Pana W. M. - Prezesa Zarządu UE Sp. z o.o. Ponadto pełnomocnictwa udzielił Pan J. N. - Prezes Zarządu, natomiast zgodnie z wydrukiem KRS z 05.01.2018r., Prezesem Work Development Sp. z o.o. jest T. A. . Wykonawca w piśmie z 11.01.2018r., złożonym w Kancelarii w dniu 12.01.2018r., oświadczył, że składa wraz z pismem przewodnim pełnomocnictwo oraz Uchwałę w sprawie zmiany Prezesa Zarządu. Natomiast w rzeczywistości nie zostało dołączone żadne pełnomocnictwo. Tym samym Zamawiający w dalszym ciągu nie posiada prawidłowo udzielonego pełnomocnictwa. W związku z brakiem możliwości ze strony Zamawiającego dokonania ponownego wezwania Wykonawcy o uzupełnienie braku pełnomocnictwa, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8). Ten zarzut, postawiony Odwołującemu się odnośnie braku pełnomocnictwa, jest niezgodny ze stanem faktycznym, a także budzi różne wątpliwości. Faktycznie, pełnomocnictwo zostało dostarczone. Jako załącznik nr 10 do niniejszego Odwołania, załączono pismo Odwołującego się, z dnia 11.01.2018r., sygn.: UE-7/01/2018, złożone w Kancelarii SRK S.A. w dniu 12.01.2018r., o czym świadczy stempel dzienny, w sprawie przedłożenia pełnomocnictwa udzielonego przez Work Development Sp. z o.o. oraz przekazania Uchwały dotyczącej zmiany Prezesa Zarządu Work Development Sp. z o.o. Do pisma tego dołączono w/w dokumenty. Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że do Kancelarii dostarczono tylko pismo, zawierające jedno zdanie z informacją o załączonych do niego dokumentach, a bez tychże dokumentów i, że zostało ono przyjęte. Osoba zatrudniona w Kancelarii, odbierająca takie pismo, powinna go nie przyjąć, jeżeli nie zawierałoby załączników, o których jest w nim mowa. Ponadto, biorąc pod uwagę treść art. 26 ust 3a Pzp, zgodnie z którym, jeżeli Wykonawca nie złożył wymaganego pełnomocnictwa, albo złożył wadliwe, Zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo złożenia oferta podlega odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z przepisu tego nie wynika, że wezwanie o uzupełnienie lub skorygowanie pełnomocnictwa może być tylko raz skierowane do Wykonawcy. Brak możliwości ponownego powiadomienia nie wynikał też z braku czasu. Od dnia 12.01.2018r., czyli od złożenia przez Wykonawcę pisma z 11.01.2018r., do którego według Odwołującego się dołączono pełnomocnictwo i Uchwałę Work Development Sp. z o.o. o zmianie Prezesa, a według Zamawiającego tych załączników, lub tylko pełnomocnictwa, nie było, do dnia 22.02.2018r., kiedy to wystosowano do wykonawców pismo informujące o wykluczeniu i odrzuceniu oferty, minęło 41 dni, czyli na ponowne

wezwanie było dosyć czasu. W dniu 12.01.2018r., a także później, nie było podstaw, aby zakładać, że Zamawiający podejmie decyzję o wykluczeniu Odwołującego się oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez Konsorcjum, którego jest Liderem, bo dopiero w dniu 08.02.2018t., skierowano pismo w sprawie samoocyszczenia się. Tym samym nie zachodziła przesłanka dotycząca rezygnacji z wzywania Wykonawcy do uzupełnienia braków dotyczących pełnomocnictwa, o której mowa jest w art. 26 ust. 3a Pzp, chyba, że wykluczenie i odrzucenie już wówczas zaplanowano, nie czekając na wynik procedury samoocyszczenia. Ponadto, w dniu 22.02.2018r., równoległe z powiadomieniem wszystkich wykonawców o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania i odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum, w którym uczestniczy jako Lider, wystosowano pismo z dnia 22.02.2018r., L. dz. SRK/NZ/431/18/MK, załącznik nr 11 do niniejszego Odwołania, w którym wezwano Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, czyli do 27.04.2018r., a także do odpowiedniego wydłużenia ważności wadium. To też potwierdza, że nie tylko przepisy Pzp, ale również czas na przeprowadzenie postępowania przetargowego, nie uniemożliwiały Zamawiającemu dokonanie ponownego wezwania Odwołującego się, do uzupełnienia braków w zakresie przedłożonych pełnomocnictw, jeżeli takie były według niego. Wybrano jednak inne rozwiązanie, zmierzające do wyeliminowania Odwołującego się, z przedmiotowego postępowania. Oznacza to, że Zamawiający posłużył się fałszywą przesłanką, do uzyskania kolejnej podstawy dla odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem, tym razem na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 8). Tym samym słuszny jest zarzut Odwołującego się, postawiony Zamawiającemu, dotyczący odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest on Liderem, na podstawie nieprawdziwej przesłanki, a mianowicie rzekomego nie przedłożenia pełnomocnictwa, pomimo tego, że pismo w sprawie dostarczenia tegoż pełnomocnictwa oraz Uchwały Zgromadzenia Wspólników Word Development o zmianie Prezesa Zarządu zostało dostarczone, wraz z załącznikami.

5. Ad. 8 do Ad. 10. W świetle dowodów, przedstawionych przez Odwołującego się w punktach Ad. 1 do Ad. 5 uzasadnienia do Odwołania, za zasadny należy uznać zarzut Odwołującego się, pod adresem Zamawiającego, że w wyniku jego działań i zaniechań, doszło do: 1) bezpodstawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik, a tym samym doszło do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 8) Pzp; 2) bezprawnego zastosowania postanowień artykułu 92 ust. 1 punkty 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum jak wyżej,

pomimo iż braku było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, co naraziło Odwołującego się na szkodę wizerunkową; 3) naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ w wyniku opisanych w niniejszym Odwołaniu, czynności oraz zaniechań Zamawiającego, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa jest w ust. 1 tegoż przepisu, nie została zachowana, bowiem w postępowaniu pozostała bezpodstawnie zaniżona przez Zamawiającego ilość uczestniczącym w nim wykonawców, co obniżyło konkurencyjność. Ponadto, do wyboru wykonawcy, w związku z powyższymi okolicznościami, przy uwzględnieniu przedstawionych powyżej nieprawidłowości, jakie wystąpiły w trakcie realizacji różnych czynności przez Zamawiającego, a także w wyniku zaniechań z jego strony, mogą być zgłaszane w przyszłości wątpliwości. Wątpliwości te mogą się odnosić do tego, czy wybrany zostanie w sposób zgodny z przepisami ustawy, jak to stanowi ust. 3 w/w art. 7 Pzp. Jak wynika z powyższego, uzasadniono zarzuty Odwołującego się, wobec Zamawiającego, że swymi działaniami i zaniechaniami, doprowadził do naruszenia przepisów: art. 89 ust. 1 pkt. 5) i 8); art. 92 ust. 1 pkt. 2) i 3); art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę, przedstawione powyżej argumenty faktyczne i prawne, uzasadniające Odwołanie i wnioski sformułowane przez Odwołującego się, wnosimy jak powyżej.

W załączeniu przedłożono: 1.Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości; 2. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu; 3.Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego; 4.Pełnomocnictwo udzielone dla W. M., jako Prezesa Zarządu Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lidera Konsorcjum, przez Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnika Konsorcjum, którego oferta została odrzucona w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem;5.Pismo SRK S.A., jako Zamawiającego, z 22.02.2018r., L.dz. SRK/NZ/428/18/MK, powiadamiające wykonawców o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania i odrzuceniu oferty Konsorcjum, którego Odwołujący się jest Liderem; 6.Pismo Odwołującego się do SRK S.A., kwestionujące zasadność wypowiedzenia umowy, w powołaniu się na winę Wykonawcy, z 28.12.2017r., sygn.: UE 205/12/2017;7.Pismo Odwołującego się do SRK S.A., z 29.01.2018r., sygn.: UE 32/01/2018, wzywające do realizacji umowy SRK/KWK/K/13/17 oraz zawierające propozycje negocjacji; 8.Pismo SRK S.A., z 08.02.2018r, L.dz. SRK/NZ/304/18/MK, wzywające Odwołującego się do zastosowania procedury samooczyszczenia się; 9.Pismo Odwołującego się z 13.02.2018r., sygn.: UE 50/02/2018, skierowane do Zamawiającego w ramach procedury samooczyszczenia;10.Pismo Odwołującego się, z dnia 11.01.2018r., sygn.: UE-7/01/2018, złożone w Kancelarii SRK S.A. w dniu 12.01.2018r., w sprawie przedłożenia pełnomocnictwa udzielonego przez Work Development Sp. z o.o.;11.Pismo Zamawiającego, z dnia 22.02.2018r., L. dz.

Sygn. akt KIO 382/18; Sygn. akt KIO 383/18

SRK/NZ/431/18/MK, w którym wezwano Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum, do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, czyli do 27.04.2018r., a także do odpowiedniego wydłużenia ważności wadium.

Zamawiający udzielił odpowiedzi w sprawie Sygn. akt KIO 382/18

dotyczy: odwołania w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego KWIC „Centrum”

Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym

Część III Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno- szybowym na dole i powierzchni zakładu górniczego

Część IV Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni.

znak sprawy: KWK 030/17/18 sygn. akt. KIO 382/18

Data posiedzenia: 14.03.2018r. Godzina posiedzenia: 10:00

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

Odwołujący: Konsorcjum firm: Lider - Universal Energy Sp. z o.o. ul. Oświęcimska 54, 41-400 Mysłowice Członek - WORK DEVELOPMENT sp. z o.o. ul. Gen. J. Hallera 92/6, 53-203 Wrocław

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający odpowiada na odwołanie wniesione przez Konsorcjum w składzie Universal Energy Sp. z o.o. i WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. w dniu 26 lutego 2018 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt. Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego, KWIC „Centrum” Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym. Część III Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno — szybowym na dole powierzchni zakładu górniczego. Część IV Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni „-e znak sprawy KWK/C/30/17/18, wnosząc o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów Odwołującego dotyczących czynności i zaniechania Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu dotyczącym przetargu publicznego, prowadzonego przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu w trybie przetargu nieograniczonego dot. postępowania, którego przedmiotem było:

Świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego, KWK „CENTRUM”
Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu zakresie górniczo- wentylacyjnym. Część III
Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno szybowym na dole
powierzchni zakładu górniczego. Część IV Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie
obsługi powierzchni, wskazać należy jak niżej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w każdym przypadku możliwość uzyskania zamówienia publicznego przez danego wykonawcę warunkowana jest przede wszystkim wykazaniem braku wobec niego podstaw do wykluczenia. W art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. zostały zebrane przesłanki fakultatywnego wykluczenia z postępowania. Zamawiający może zastosować wszystkie lub niektóre przesłanki wykluczenia wedle własnego wyboru determinowanego okolicznościami danego postępowania. W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu określonych przesłanek zamawiający obowiązany jest podać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji, które przesłanki będą stosowane. Niemniej jednak — co istotne - jeżeli fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania zostaną przez zamawiającego przewidziane, stają się w danym postępowaniu obligatoryjnymi podstawami wykluczenia.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, jaką ustawodawca krajowy przewidział w ustawie prawo zamówień publicznych. Co więcej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zamieszczania informacji o zastosowaniu fakultatywnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 5 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykładnia art. 24 ust 6 w/w ustawy skutkuje przyjęciem, iż podstawy wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 24 ust. 5 muszą być wskazane przez Zamawiającego alternatywnie (nie w znaczeniu potocznym, ale logicznym) w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a więc nie mamy tutaj do czynienia koniunkcją. Zgodnie z powyższym Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wybrane podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, dokonując tym samym wyboru kilku z dopuszczalnych przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 ustawy PZP podstaw wykluczenia. Prawdą jest, iż przesłanka wskazana w SIWZ, zgodnie z którą wykluczeniu podlega wykonawca, 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, jest powtórzeniem podstawy wskazanej przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Niemniej jednak powyższy zapis stanowi wystarczająco precyzyjne określenie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych, skutkujących podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Konsorcjum nie toczy się żaden spór prawny pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Umowa z dnia 19 czerwca 2017 r. nr SRK/KWK/K/13/17, która była realizowana przez Konsorcjum: Universal Energy Sp. z o.o. oraz Expedite Consulting Sp. z o.o. została skutecznie wypowiedziana przez SRK S.A. pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. z zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia tj. ze skutkiem na dzień 29 grudnia 2017 r. Okoliczność kwestionowania w/w oświadczenia SRK S.A. przez Odwołującego jest o tyle nieistotna, iż Zamawiający złożył skutecznie oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, natomiast wykonawca nie wystąpił z roszczeniem przeciwko SRK S.A. do sądu o uznanie tej czynności prawnej za bezskuteczną. W tym kontekście wywody Odwołującego niejako potwierdzają w ocenie Zamawiającego - że wykonawca miał świadomość nienależytego wykonywania umowy, która w konsekwencji została rozwiązana przez SRK S.A., a nie wystąpienie ze stosownym powództwem potwierdza, że argumenty przez niego podnoszone, a mające na celu kwestionowanie oświadczenia woli złożonego przez SRK S.A., miałyby małe szanse obrony stanowiska, którego skutkiem miałyby być rozstrzygnięcie Sądu stwierdzające bezskuteczność złożonego oświadczenia woli przez SRK S.A. Tylko dodatkowo wskazać należy, iż powoływanie się przez Odwołującego na siłę wyższą skutkującą przedstawieniem na podstawie wypowiedzianej umowy do dyspozycji Zamawiającego mniejszej liczby pracowników, niż wynikało to z zamówienia, jest argumentem zupełnie chybionym, oderwanym od klauzuli siły wyższej przewidzianej w umowie. Co więcej to właśnie na Wykonawcy ciąży obowiązek takiego zabezpieczenia swoich możliwości w realizacji zadania, aby składając ofertę, która następnie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu zajmującego się profesjonalnym świadczeniem usług objętych zamówieniem, zapewnić jej należyte wykonanie, czego Wykonawca nie uczynił.

Z uwagi na powyższe Odwołujący już dnia 12 grudnia 2017 r. posiadał wiedzę o złożeniu mu przez SRK S.A. wypowiedzenia umowy nr SRK/KWK K/ 13/17 zawartej dnia 19 czerwca 2017 r., której przedmiotem było realizacja zadania polegającego na świadczeniu usług utrzymania ruchu w zakresie górniczym, wentylacyjnym i mierniczym dla SRK S.A. Oddział KKWK „Krupiński” Mimo to dnia 29 grudnia 2017 r. Odwołujący złożył ofertę, oświadczając jednocześnie o braku podstaw do wykluczenia go z postępowania. W zasadzie, gdyby nie

zbieg okoliczności, iż stroną tamtej umowy wypowiedzianej przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, była również SRK S.A., to Zamawiający w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszych rozważań, nie posiadałby wiedzy o tejże okoliczności, która de facto została zatajona przez Odwołującego.

Wskazać należy, iż Wykonawca wypełniając formularz JEDZ w zakresie odnoszącym się do fakultatywnej podstawy wykluczenia, a taka podstawa została przewidziana w postępowaniu nr KWIC C/30/17/18, bezwzględnie winien taką okoliczność wskazać — czego Wykonawca nie uczynił. W oświadczeniu końcowym zawartym w JEDZ wykonawca składa potwierdzenie dokładności oraz prawidłowości przedstawionych danych. Towarzyszyć temu musi świadomość konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego w tym zakresie, skutkująca wykluczeniem z postępowania.

Niewskazanie powyższego w JEDZ skutkuje przyjęciem, iż wiarygodność Odwołującego budzi poważne wątpliwości i ma na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający posiadając — niejako z urzędu — wiedzę co do istnienia fakultatywnej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwał go na zasadzie art. 24 ust 8 w związku z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp w piśmie z dnia 8 lutego 2018 r, do przedstawienia dowodów dotyczących podjęcia środków zmierzających do naprawienia skutków negatywnego zachowania oraz wykazania swojej rzetelności, czyli dokonania tzw. „samooczyszczenia”.

„Samooczyszczenie” ma na celu umożliwienie podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia. W/w procedura naprawcza pozwala wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16—20 i ust. 5 Pzp podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów, musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą solidność i uczciwość wykonawcy. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust 8 ustawy Pzp musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, które znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym, żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu, bowiem, jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum nie wykazało, że w ramach tzw. samooczyszczenia podjęło wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy.

Konsorcjum, zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i w Odwołaniu do KIO konsekwentnie kwestionuje, że znalazło się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jednocześnie Konsorcjum nie wystąpiło ze stosownym powództwem w stosunku do SRK S.A. o stwierdzenie bezskuteczności czynności prawnej dokonanej przez SRK S.A. tj. wypowiedzenia umowy nr SRK /KWK K/ 13/17 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zataiło wypełniając formularz JEDZ w/w okoliczność dot. podstawy wykluczenia z postępowania, toteż nie sposób uznać, iż Wykonawca dokonując w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r. próby samooczyszczenia jest wiarygodny. Ogólne sformułowania, stanowiące w zasadzie li tylko oświadczenia i zapewnienia wykonawcy, nie poparte żadnymi dowodami, nie sposób uznać za wiarygodne i rzetelne w szczególności w kontekście w/w okoliczności tj. kwestionowaniu deliktu i nierzetelnym sporządzeniu JEDZ.

Gdyby Odwołujący wskazał, iż podlega wykluczeniu, jednakże udokumentowałby dokonując self-cleaningu, jakie konkretne kroki podjął, w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu przy ew. realizacji umowy, mające na celu wykazanie jego rzetelność, to niewątpliwie nie byłaby to jedna z przesłanek uzasadniających decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy. Wskazać należy, iż Zamawiający w swojej praktyce miał do czynienia z sytuacjami, w której podmiot w formularzu JEDZ wskazał, że podlega wykluczeniu, niemniej jednak przedstawił szereg dokumentów mających na celu wykazanie zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jego rzetelność. Nie sposób uznać za trafną argumentację Odwołującego, że Zamawiający winien w sposób szczegółowy podać w jaki sposób Konsorcjum winno udokumentować procedurę self-cleaningu. W ocenie Zamawiającego to na Wykonawcy ciążył obowiązek przekonywującego i rzeczowego udokumentowania kroków, jakie zostały podjęte w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu przy realizacji umowy, gwarantujących jego rzetelność mimo istnienia podstaw do wbrew twierdzeniom Konsorcjum z uwagi na brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów, Zamawiający nie miał możliwości dokonania weryfikacji argumentów przedstawionych w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r. W niniejszej sprawie istotne jest to, że trudno uznać za wiarygodne li tylko oświadczenia Odwołującego o podjętych krokach naprawczych opisanych w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r., przy jednoczesnym kwestionowaniu przez niego swojej winy przy nieprawidłowym wykonaniu umowy, którą SRK S.A. wypowiedział. Wg zamawiającego kluczową kwestią było udokumentowanie przez Odwołującego, iż podjął działania, których skutkiem jest zapobiegnięcie powstaniu sytuacji, jaka miała miejsce przy realizacji umowy nr SRK/KWK K/ 13/17 z dnia 19 czerwca 2017 r., gdzie wykonawca realizował zapotrzebowanie na personel jedynie w części: w lipcu 2017 r. na poziomie 31,32

0/0, w sierpniu 2017 r. na poziomie 50,76%, we wrześniu 2017 r. na poziomie 44,15%, w październiku 2017 r. na poziomie 60,82 0/0, w listopadzie 2017 r. na poziomie 69,75,

Odnosząc się do kwestii przedstawienia przez Universal Energy Sp. z o.o. dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania w postępowaniu przetargowym członka konsorcjum Work Development Sp. z o.o. wskazać należy, iż mimo że Universal Energy Sp. z o.o. jest podmiotem, który wielokrotnie przystępował do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego na podstawie ustawy PZP w trybie przetargu nieograniczonego, to do oferty składanej jako Konsorcjum w składzie Universal Energy Sp. z o.o. i Work Development Sp. z o.o. Odwołujący załączył li tylko kolorową kserokopię pełnomocnictwa, co nie spełniała wymogów formalnych wynikających z SIWZ i przepisów prawa, a następnie na wezwanie Zamawiającego do usunięcia braków formalnych oferty w wyznaczonym terminie do 12 stycznia 2018 r. do pisma przewodniego załączył li tylko Protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Work Development Sp. z o.o. SRK S.A. nie posiada w dokumentacji pełnomocnictwa, które rzekomo w oryginale miał złożyć Odwołujący.

Z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3a ustawy PZP iż wezwanie do złożenia pełnomocnictwa ma być dokonane tylko jednokrotnie. Wskazany przepis jednoznacznie stanowi o wezwaniu do uzupełnienia w określonym terminie - używa zatem liczby pojedynczej. Jeżeli wykonawca złożył niekompletne dokumenty to trudno przyjąć, że Zamawiający ma wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dowolną ilość razy, tj. do skutku. Zdaniem Zamawiającego za niezasadne należy uznać twierdzenie, że zamawiający może ponawiać wezwanie do uzupełniania brakujących dokumentów.

Dodatkowo wskazać należy, iż wątpliwości Zamawiającego wzbudził również fakt, iż pełnomocnictwo dołączone do oferty jako podpis zawierało kolorową zeskanowaną parafę. Nie sposób na podstawie tak przedłożonego dokumentu uznać, iż wyżej opisany znak stanowi podpis, co również potwierdza li tylko słuszność podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty na zasadzie art. 89 ust 8 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę podstawowe funkcje, jakie powinien spełniać podpis, a mianowicie: identyfikowanie osoby składającej oświadczenie woli, potwierdzenie stanowczości decyzji wywołania skutków złożonego oświadczenia oraz wskazanie, że oświadczenie zostało zakończone, podnieść należy, iż rzeczoną parafę rozumieć należy jako znak stwierdzający jedynie, że dokument został przygotowany do złożenia na nim podpisu. Własnoręczny podpis ma doniosłe znaczenie, gdyż stanowi wiarygodną gwarancję tego, iż pochodzi od osoby, którą nadto indywidualizuje oraz stanowi wskazówkę, że podpisane oświadczenie woli ma charakter ostateczny.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego do Kancelarii SRK S.A. dostarczono pismo z dnia 11 stycznia 2018 r., złożone dnia 12 stycznia 2018 r. wraz z jednym załącznikiem tj. Protokołem Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Work Development Sp. z o.o. Do w/w dokumentu nie został załączony żaden oryginał pełnomocnictwa. W tym kontekście wątpliwość budzi przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu argumentacja, iż Zamawiający mógł kolejny raz wezwać wykonawcę do złożenia oryginału pełnomocnictwa, ponieważ był na to czas, podczas gdy równocześnie Odwołujący twierdzi, że oryginał pełnomocnictwa złożył jako załącznik do pisma z dnia 11 stycznia 2018 r. Za prawidłowo uzupełnione pełnomocnictwo należy uznać takie, które zostało wystawione przed dniem dokonania czynności przez pełnomocnika, a więc w przypadku złożenia oferty — przed datą jej podpisania i złożenia. W kontekście powyższego trudno dać wiarę wykonawcy, który nawet w odwołaniu podnosi okoliczności, które wzajemnie sobie przeczą. Argument podniesiony w odwołaniu, jakoby wykluczenie i odrzucenie zostały przez Zamawiającego uprzednio zaplanowane, stanowi co najmniej nadużycie.

Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie przy zachowaniu zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp, natomiast postępowanie Odwołującego budzi wątpliwości Zamawiającego nie tylko co do jego rzetelności, ale i uczciwości w podejmowanych działaniach w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie.

Konkludując, wskazać należy, iż argumenty Odwołującego w ocenie Zamawiającego w zakresie próby wykazania nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu na podstawie ustawy PZP w trybie przetargu nieograniczonego na zasadnie pt. Świadczenie usług W zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego, KWIC „CENTRUM” Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu zakresie górniczo-wentylacyjnym. Część III Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole powierzchni zakładu górniczego, są nietrafne i w części zawierają informacje nieprawdive.

W świetle naprowadzonych argumentów zamawiający wnosi i wywodzi jak w petitum niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Na posiedzeniu odwołujący przedłożył pismo z dnia 14.03.2018 rok.

W niniejszym uzupełnieniu do Odwołania, pragniemy zwrócić się do KIO o uznanie, że nasze stanowisko, zawarte w Odwołaniu, którego dotyczy to uzupełnienie, sprowadzające się do kwestionowania zasadności wykluczenia Universal Energy Sp. z o.o. z postępowania przetargowego, oparte jest na utrwalonym już orzecznictwie KIO.

Poniżej przytaczamy fragment Wyroku KIO z 12.05.2017r., sygn. akt KIO 782/17, cytując ze stron 16 i 17: „Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Izba nie zgadza się z poglądem jakoby dla wykluczenia na podstawie powołanego przepisu, wystarczający był sam fakt rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania oraz aby bez znaczenia było to, czy rozwiązanie umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie. Przyjęcie tego poglądu, prowadziłoby do konstatacji, że sposób zachowania zamawiającego w związku z realizacją takiej umowy jest obojętny prawnie, co byłoby niezgodne z przepisami Kodeksu cywilnego, dotyczącymi wykonania zobowiązań, które — w braku szczególnych uregulowań ustawy — zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, stosują się do umów w sprawie zamówień publicznych wprost. Art. 354 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast zgodnie z art. 354 § 2 k.c. w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Na zastosowanie tych przepisów w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazał również Sad Najwyższy w wyroku w sprawie IV CSK 626/13. Z powołanych przepisów wynika zatem, zdaniem Izby, że sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku, Izba może badać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę. Należy też podkreślić, że ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie w odniesieniu do obu wskazanych podstaw prawnych spoczywa na zamawiającym. Sformułowanie użyte w art. 24 ust. 5 pkt 2) Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”, którego źródłem jest prawo europejskie, nie zmienia zasady, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających dane twierdzenia, spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 PZP w zw. z art. 6 k.c.).”

Liczymy, że KIO badając nasze Odwołanie, uwzględni swe wcześniejsze Wyroki w podobnych sprawach, a w związku z tym uzna, że skoro częściowe niewykonanie bezzasadnie wypowiedzianej umowy, nie było spowodowane przyczynami leżącymi po stronie Wykonawcy, a Zamawiający przyczynił się do powstania trudności z realizacją umowy, przejmując od Wykonawcy część pracowników, których ten przygotował do realizacji

Sygn. akt KIO 382/18; Sygn. akt KIO 383/18

zamówienia, to wykluczenie Odwołującego się z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy Pzp oraz tym samym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum z jego udziałem, było bezpodstawne. Podając powyższe informacje do wiadomości KIO, wnosimy o uwzględnienie, przedstawionej powyżej, utrwalonej już linii orzecznictwa KIO, w trakcie rozpatrywania naszego Odwołania.

Sygn .akt KIO 383/17

WPLYW BEZPOŚREDNI Prezes Krajowej Izby Odwoławczej Przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom

Odwołujący: Universal Energy Sp. z o.o. ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice

Jako Lider Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o. ul. Oświęcimska 54; 41-100 Mysłowice WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. ul. Jesionowa 22/21

ODWOŁANIE

Dotyczy: przetargu publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiot zamówienia: Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej, w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych. Znak sprawy: KWK P/07/17/18.

Wskazanie numeru ogłoszenia o przetargu: Dz.U./S S200,18.10.2017, 411757-2017-PL.

Terminy.

Data powzięcia wiadomości o podstawach do wniesienia odwołania: 22.02.2018r.

Data przekazania informacji o wykluczeniu, przesłana pocztą elektroniczną/faxem: 22.02.2018r., pismem L.dz. SRK/NZ/429/18/MK.

Odwołujący: Wykonawca Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lider Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 3) i 4) oraz ust. 4, w zw. z art. 179 ust 1, ustawy z 29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), wnosi odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego: Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914

Bytom, podjęte i zaniechane w postępowaniu dotyczącym przetargu publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, o przedmiocie zamówienia: Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej, w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych”, o znaku sprawy: KWK P/07/17/18, a mianowicie:

- Czynności, dotyczące wykluczenia Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, z powyższego postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz Sp. z o.o., Work Development ul. Gen. J. Hallera 92/6, 53-203 Wrocław;
- Zaniechania, dotyczące rzetelnego zbadania argumentów przedłożonych przez Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lidera Konsorcjum z udziałem Expedite Consulting Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 165, 02-952 Warszawa, przedłożonych w procesie samooczyszczenia, a w związku z tym zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz Sp. z o.o., Work Development ul. Gen. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice.

Podstawa prawna wniesienia odwołania: naruszenie przez Zamawiającego postanowień: art. 24 ust. 5 pkt. 4); art. 24 ust. 6 w związku z art. 36 ust. 5a; art. 24 ustęp 8 i 9; art. 89 ust. 1 pkt. 5) i 7a); art. 92 ust. 1 pkt. 2) i 3); art. 7 ust. 1 i 3, ustawy z 29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), polegające na:

1. Naruszenie art. 24 ust. 6 Pzp - poprzez brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp zastrzeżenie takie powinno być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli Zamawiający nie zamieścił takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu a jedynie powielił treść zapisów ustawy w SIWZ to nie spełnił wymogu o którym mowa w ust. 6 art. 24 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera podstaw do fakultatywnego wykluczenia.
2. Naruszenia art. 24 ust. 5 w związku z art. 36 ust. 5a Pzp - poprzez brak wskazania podstaw uzasadniających fakultatywne wykluczenie z postępowania a jedynie powielenie ogólnych zapisów z Pzp. Zamawiający powinien opisać podstawy wykluczenia w sposób umożliwiający ich zweryfikowanie. Przepisanie ogólnych zapisów z Pzp, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny rzekomego naruszenia innej umowy przez wykonawcę, co stanowi okoliczność sporną. Nadużyciem prawa jest postępowanie Zamawiającego, który nie określił żądanych dokumentów

umożliwiających skorzystanie z procedury „samooczyszczenia” a nie uznał wyjaśnień wykonawcy z powodu braku przedłożenia dokumentów, które nie były w sposób jednoznaczny i konkretny opisane w SIWZ.

3. Naruszeniu przez Zamawiającego postanowień art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, poprzez nie uzasadnione i nie uprawnione skorzystanie z fakultatywnego prawa ustalonego w tym przepisie, do wykluczenia z postępowania Odwołującego się, czyli Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz Sp. z o.o., poprzez uznanie, w sposób sprzeczny z faktami, że z przyczyn leżących po jego stronie, nie została wykonana w sposób należyty, umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w okresie poprzedzających wykluczenie, ponad dwóch miesięcy, toczy się spór prawny pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, dotyczący zasadności i skuteczności wypowiedzenia umowy przed czasem, gdzie w ramach obfitej korespondencji dotyczącej tej sprawy, również w ramach procesu samooczyszczenia, Wykonawca wykazał w sposób jednoznaczny, że zarzut podstawiania do dyspozycji mniejszej ilości pracowników, aniżeli wynikało to z zamówień, spowodowany był oddziaływaniem siły wyższej, a pozostałe argumenty użyte przez Zamawiającego, jako przemawiające za takim wypowiedzeniem, były nieprawdziwe.

4. Zaniechaniu obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4), nie powinien zostać zastosowany.

5. Zaniechaniu rzetelnej oceny działań przedstawionych przez Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczyło mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas i możliwości, aby się o to zwrócić. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytatem, wyrwanym z kontekstu i pochodzącymi z Wyroku KIO, dotyczącego sprawy znacząco różniącej się od objętej niniejszym odwołaniem.

6. Nie uwzględnieniu przez Zamawiającego, stosownie do postanowień art.24 ust. 9 Pzp, wagi i szczególnych okoliczności, w jakich doszło do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego.

7. Postawienie Odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, o której mowa jest w artykule 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo iż faktycznie, na co Odwołujący się prezentuje poniżej dowody, zgoda taka została wyrażona, jak również przedstawiono nowe wadium, obowiązujące w przedłużonym terminie. Stworzyło to fałszywą przesłankę do odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem.

8. W konsekwencji powyższego bezpodstawnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4), jako przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz postawienia nieprawdziwego zarzutu, o rzekomym braku wyrażonej w terminie zgody na przedłużenie związania Wykonawcy ofertą i równocześnie nie przedstawienia nowego wadium, doszło do bezprawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., jako Uczestnik. Doszło przez to do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 7a), które uprawniają Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jedynie w przypadku, gdy rzeczywiście: wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego; wykonawca faktycznie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

9. Dalszą konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest nie uprawnione zastosowanie postanowień artykułu 92 ust 1 punkty 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, pomimo iż braku było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, a przez to doszło do strat wizerunkowych Odwołującego się.

10. Kolejną konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3, ponieważ w wyniku tych czynności, zasada uczciwej

konkurencji, o której mowa jest w ust. 1, nie została zachowana. W postępowaniu pozostał bowiem tylko jeden wykonawca, a mianowicie Konsorcjum, którego Liderem jest Z.B.R. Budrem, J. R. , ul. Katowicka 154, 41-500 Chorzów, który może uzyskać przedmiotowe zamówienie, pomimo iż nie zostanie wybrany zgodnie z postanowieniami ustawy, z uwagi na przedstawione powyżej naruszenia prawa, jakie w trakcie tegoż postępowania miały miejsce, co stanowi naruszenie postanowień ust. 3 art. 7 Pzp. Nie dojdzie tym samym do ustalenia wartości rynkowej zamówienia, z powodu ograniczenia konkurencji.

Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik.
3. Nakazanie Zamawiającemu kontynuacji przedmiotowego postępowania przetargowego, z udziałem wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne oferty.
4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Interes Odwołującego się.

Odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego podstaw Prawa zamówień publicznych, narusza prawa Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum oraz prawa Uczestnika Konsorcjum, do ubiegania się o zamówienie publiczne, bowiem w wyniku tego grozi mu doznanie uszczerbku interesu, w wyniku bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty w/w Konsorcjum, w którym jest Liderem. Utracił on prawo do uzyskania zamówienia, pomimo iż przy dalszym prowadzeniu postępowania z jego udziałem, oferta Konsorcjum, którego jest Liderem, mogła się okazać najkorzystniejsza. Brak zamówienia spowoduje ograniczenie możliwości uzyskiwania przychodów przez Odwołującego się, jako Lidera Konsorcjum i Firmy Work Development, jako jego Uczestnika, z wszystkimi negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. W związku z powyższym zachodzą okoliczności, o których mowa jest w art. 179 Pzp, jako że środki ochrony prawnej określone w postaci między innymi odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, co zostało powyżej uprawdopodobnione.

Uzasadnienie podstaw złożenia odwołania.

1. Ad. 1 do Ad. 4. Zamawiający prowadzi przetarg publiczny, w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego jest wybór wykonawcy zamówienia: Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej, w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych, znak sprawy: KWK P/07/17/18. W ogłoszeniu dotyczącym tego postępowania, nr Dz.U./S S200 18/10/2017 411757-2017-PL, brak jest wskazania podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Natomiast w SIWZ do tego postępowania, a mianowicie w punkcie 5.2.4, Zamawiający powieili jedynie treść w/w zapisów ustawy. Natomiast nie wskazał podstaw wykluczenia. Zamawiający przekazał Odwołującemu się i pozostałym wykonawcom, informację o wykluczeniu. Została ona przesłana pocztą elektroniczną, w formie pisma, o L.dz. SRK/NZ/429/18/MK, załącznik nr 5 do niniejszego Odwołania. W piśmie tym Zamawiający odwołał się do swego pisma z 15.12.2017r., L.dz. SRK/8445/2017, w którym wypowiedział realizowaną przez Konsorcjum, którego Liderem jest Odwołujący się, a Uczestnikiem Expedite Consulting, nr SRK/KWK/K/13/17, z 19.06.2017r. Zamawiający obszernie zacytował to pismo, wymieniając wszystkie przesłanki wypowiedzenia umowy, z rzekomej winy Odwołującego, ujęte w cytowanym piśmie wypowiadającym umowę, w punktach a) do f). Podkreślił, że zasadniczą przyczyną wypowiedzenia umowy, było niedostarczanie wymaganej ilości pracowników, o odpowiednich kwalifikacjach, czyli zarzut wymieniony w punkcie c) w/w pisma wypowiadającego umowę, co miało znaczenie dla bezpieczeństwa prowadzenia ruchu zakładu górniczego. Zamawiający pomija natomiast milczeniem fakt, że w odpowiedzi na w/w pismo wypowiadające umowę, Odwołujący się, w dniu 28.12.2017r., pismem o sygn.: UE 205/12/2017, załącznik nr 6 do niniejszego odwołania, wykazał, że do częściowego niewykonania umowy, doszło bez jego winy, czyli przyczyny nie leżały po jego stronie. Powołał się mianowicie na siłę wyższą, którą okazał się gwałtownie rosnący, bo 2,3 krotnie licząc 3 kwartały 2017r., do 3 kwartałów 2016r., poziom cen węgla koksowego, niemożliwy do przewidzenia w momencie składania oferty do przetargu, poprzedzającego zawarcie w/w umowy, co z kolei doprowadziło do nie notowanych wcześniej braków chętnych do pracy w Kopalni „Krupiński”, która położona jest w sąsiedztwie kopalń węgla koksowego, oferujących atrakcyjniejsze niż UE Sp. z o.o. warunki wynagradzania, których nie można było zmienić, z uwagi na ustalenia przedmiotowej umowy. Ponadto Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, że przyczynił się do pogłębienia tych trudności, przejmując część pracowników, czym naraził go na dodatkowe straty, związane z bezproduktywnymi kosztami ich adaptacji zawodowej. Pozostałe zarzuty, wymienione w punktach a), b), d), e) i f), zostały przez Odwołującego się w całości odrzucone, jako niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący się uznał wypowiedzenie za bezpodstawne i tym samym za nieskuteczne. Zaproponował negocjacje zmierzające do ustalenia warunków wznowienia realizacji umowy lub jej rozwiązania za

porozumieniem stron, bez wskazywania winnego, co umowa przewidywała. Zamawiający w swym w/w powiadomieniu z 22.02.2018r., pomija też fakt wystosowania przez Odwołującego się, kolejnego pisma w sprawie bezpodstawnego wypowiedzenia umowy, z dnia 29.01.2018r., sygn.: UE 32/01/2018, załącznik nr 7 do niniejszego odwołania, w którym w ujęciu syntetycznym przypomniano argumenty użyte w w/w piśmie z 28.12.2017r., wezwano do realizacji umowy i zaproponowano rozmowy, zmierzające do ugodowego załatwienia sporu. Oba w/w pisma Odwołującego, nie doczekały się odpowiedzi ze strony Zamawiającego, a Zamawiający, przez fakty dokonane, czyli wstrzymanie zamawiania pracowników, doprowadził do jednostronnego zaniechania realizacji umowy. Również w ramach procedury samooczyszczenia, uruchomionej przez Zamawiającego pismem z 08.02.2018r., załącznik nr 8 do niniejszego Odwołania, Odwołujący się, w swym piśmie z 13.02.2018r., sygn.: UE 51/02/2018, załącznik nr 9 do niniejszego Odwołania, po raz kolejny przedstawił argumenty, wskazujące na bezpodstawność wypowiedzenia w/w umowy z rzekomej winy Odwołującego się. Odwołujący się, przystąpił do uczestniczenia w procedurze samooczyszczenia, pomimo kwestionowania przez niego zasadności wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, przymuszony kategorycznym stwierdzeniem zawartym w piśmie wzywającym do samooczyszczenia z 08.02.2018r., że w przeciwnym razie zostanie wykluczony z postępowania, a oferta Konsorcjum, z jego udziałem jako Liderem, zostanie odrzucona. Kierowano się przy tym regulacjami, zawartymi w art. 24 ust. 8 Pzp, które w ramach samooczyszczenia, w zakresie dotyczącym częściowego niewykonania umowy, co było faktem, dopuszczają również wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego. Odwołujący upatrywał w tej regulacji możliwości przedstawienia po raz kolejny, swych argumentów, potwierdzających, że chociaż do częściowego niewykonania umowy rzeczywiście doszło, to nie było to spowodowane przesłankami, o których mowa jest w art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, zgodnie z którymi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 4) 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 zakres podmiotowy ustawy ust. 1 pkt 1)—4), co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.” Odwołujący się oczekiwał, że Zamawiający w ramach procedury samooczyszczenia, uzna przedstawione przez niego argumenty i odstąpi od wykluczenia go z postępowania, a w konsekwencji z odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z jego uczestnictwem w charakterze Lidera. Tak się jednakże nie stało. Argumenty, które w piśmie Odwołującego się z 13.02.2018r., w zakresie dotyczącym bezpodstawności wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego, w powołaniu na rzekomą winę Wykonawcy, zostały co prawda „zauważone” przez Zamawiającego, co odnotowane zostało w piśmie powiadającym o wykluczeniu i odrzuceniu oferty, z 22.02.2018r. Skwitowano je jednakże

jednym krótkim zdaniem, cytat: „a) Kontestuje (Odwołujący się) zasadność i skuteczność dokonania przez SRK S.A. wypowiedzenia umowy SRK/KWK/K/13/17 z 19.06.2017r.” Oznacza to, że nie podjęto nawet próby udowodnienia, że Odwołujący nie ma racji, podważając skuteczność wypowiedzenia umowy. Za jedyny argument ma służyć słowo „kontestuje”, które w tej konkretnej sytuacji ma negatywny podtekst. Według Słownika Języka Polskiego, „kontestowanie” to bowiem „ostentacyjne okazywanie braku akceptacji dla jakichś norm, wartości lub obyczajów.” Czyli Zamawiający daje do zrozumienia, że Odwołujący się podważa coś oczywistego, czym w jego mniemaniu było wypowiedzenie umowy, w powołaniu się na winę Wykonawcy, chociaż nie przedstawia na to twierdzenie żadnych argumentów. Tymczasem, jak to już przedstawiono powyżej, według art. 24 ust. 5 pkt. 4), 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. Jak to wykazano powyżej, Zamawiający nie udowodnił, że do częściowego niewykonania w/w umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego się. Tym samym zastosowanie wobec Odwołującego się, art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, jako podstawy wykluczenia z postępowania przetargowego, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem, było bezprawne. Swoje podejście do tej sprawy, Zamawiający uzasadnia powołaniem się na swego rodzaju precedens, wynikający z przywołanego w piśmie z 22.02.2018r., Wyroku KIO z dnia 03.02.2017r., sygnatura akt 139/17. W Uzasadnieniu tego Wyroku, na stronie 26, zdanie drugie, znalazł się akapit, zacytowany przez SRK S.A. w piśmie z 22.02.2018r., w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania przetargowego, zgodnie z którym: „W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem sine qua non takiej procedury „samooczyszczenia” jest uznanie przez przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć „samooczyszczenie”. Przywołanie tego cytatu należy rozumieć w ten sposób, że Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy przyznania się, wbrew faktom, do tego, iż z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu, wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, która w związku z tym została przez Zamawiającego wypowiedziana z winy Wykonawcy. Tymczasem w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed KIO, w wyniku którego zapadł w/w wyrok, jest nie porównywalna do sprawy, będącej przedmiotem niniejszego Odwołania. Otóż tam Odwołującym się do KIO, było Konsorcjum Conbelts i Węglokoks, które JSW S.A. wykluczyła z postępowania, z powodu wcześniejszego rozwiązania z nim umowy na dostawę taśmy. Zamawiający wykazał, że Konsorcjum regularnie nie wywiązywało się z dostaw, a co ważniejsze, dostarczana taśma nie spełniała wymogów niepalności, co Zamawiający udowodnił zleconymi przez siebie badaniami. Mało tego, do nowego przetargu podstawiono tę samą taśmę, tylko zmieniono oznaczenia. Konsorcjum nie oprotestowało

odstąpienia od umowy. Zapłaciło karę umowną. W odwołaniu do KIO, odnoszącym się do tej sprawy, podnoszono argumenty, zgodnie z którymi wykluczenie było niesłuszne, bo Odwołujący zapłacił karę i przedstawił działania profilaktyczne. Zamawiający tego nie uznał, twierdząc w skrócie, że skoro jest to ta sama taśma, to skutecznych działań naprawczych z pewnością nie było. KIO przyznało rację Zamawiającemu. W sprawie objętej niniejszym odwołaniem, Wykonawca nie uznał wypowiedzenia. Wykazał brak swej winy w zakresie częściowego nie wykonania umowy. Od ponad dwóch miesięcy pozostaje w sporze prawnym z Zamawiającym. Argumenty podnoszone przez Odwołującego się, wskazujące na bezpodstawność wypowiedzenia umowy z winy Wykonawcy, nie zostały przez Zamawiającego podważone. W tej sytuacji Odwołujący nie mógł w procesie samooczyszczenia przyznać się do popełnienia deliktu, bo byłoby to niezgodne ze stanem faktycznym. Stąd też zastosowano sposób postępowania, w ramach samooczyszczenia, przewidziany w art. 24 ust. 8, obejmujący wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego. W świetle przedstawionych powyżej faktów i okoliczności, stanowisko Odwołującego się, zgodnie z którym Zamawiający: naruszył przepisy art. 24 ust 6, w związku z art. 36 ust. 5a Pzp, a także, iż bezpodstawnie zastosował wobec niego art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, należy uznać za uzasadnione. To samo dotyczy słuszności zarzutu, postawionego przez Odwołującego się Zamawiającemu, odnośnie zaniechania obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego się.

2. Ad. 5. Według art. 24 ust. 8 Pzp, odczytanego pod kątem przedmiotu sprawy, czyli wykluczenia Odwołującego się z postępowania przetargowego, dotyczącego KWK „Pokój”, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 5, może w szczególności udowodnić podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W piśmie skierowanym do Zamawiającego, w ramach „samooczyszczenia”, z dnia 13.02.2018r., Odwołujący się wskazał podjęte przez siebie środki zapobiegawcze. W swym piśmie powiadamiającym o wykluczeniu i odrzuceniu, z 22.02.2018r., Zamawiający przedstawił te działania organizacyjne i kadrowe, które zapobiegają występowaniu w przyszłości problemów z dostawą SRK S.A., zamawianej ilości ludzi. Dalej Zamawiający wskazał, iż podstawowe znaczenie ma ocena, czy działania te będą skuteczne. Zamawiający podkreślił, że co prawda oświadczenie Wykonawcy, generalnie może stanowić dowód na potwierdzenie podjęcia działań umożliwiających samooczyszczenie, jednakże równocześnie

uznaje, że takie podejście nie wydaje się zasadne, z uwagi na fakt, że Wykonawca mógł przedstawić dowodu na podjęcie tychże działań w postaci deklaracji zatrudnienia, umów o pracę, umów zlecenia, dowodów potwierdzających uruchomienie nowego biura do opieki nad pracownikami, a tego nie zrobił. Następnie SRK S.A. przytacza cytaty, pochodzące z Komentarza do Pzp, którego autorem jest J. Pieróg, ze stron 212 i 213. Ten cytat w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się, ma brzmienie: „Wykonawca może przedkładać zamawiającemu nieograniczone środki dowodowe w wykazaniu jego rzetelności, o ile pozostaną relewantne dla ustalenia, czy podjął on odpowiednie działania, zmierzające do wyeliminowania podobnych negatywnych sytuacji w przyszłości. Mogą to być wszelkiego rodzaju dokumenty, nośniki danych lub osobowe źródła informacji. (...) Tym samym samooczyszczenie nie może opierać się na obiecywaniu poprawy, czy nawet zobowiązaniu się do podjęcia konkretnych działań. Dlatego ocenie powinny być też poddawane rzeczywiste działania oraz sposób i cel ich podjęcia przez Wykonawcę.” Następnie SRK S.A. przechodzi do stwierdzenia, że z tych względów, wykluczenie Odwołującego się, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) jest zasadne, a tym samym uzasadnione jest odrzucenie oferty, złożonej przez Konsorcjum, którego jest Liderem, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5). Odwołujący nie może przyjąć, w tak istotnej dla siebie sprawie, tak pokrętnej argumentacji za wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem oferty. Zamawiający najpierw robi obszerny wywód, z którego wynika, że oświadczenie na piśmie złożone przez Wykonawcę może być dowodem na podjęcie działań umożliwiających skorzystanie z procedury samooczyszczenia, a następnie sam sobie zaprzecza i twierdzi, że przyjęcie oświadczenia nie wydaje się zasadnym, bo Wykonawca mógł jednak przedstawić dowody, a tego nie zrobił. Odwołujący uznaje takie podejście Zamawiającego, za zaniechanie rzetelnej oceny działań przedstawionych przez Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczyło mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem, co sam potwierdza i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas, jako że termin związania ofertą został przedłużony do 30.03.2018r. i możliwości ku temu, aby się o to zwrócić do Wykonawcy. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o omówione powyżej rozumowanie oraz skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytatami, z komentarza do Pzp, które uznał za przesądzające w tej sprawie. W tej sytuacji, Odwołujący się, stoi na stanowisku, że słusznie zarzucił Zamawiającemu zaniechanie rzetelnej oceny działań przedstawionych przez

Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp.

3. Ad. 6. Biorąc pod uwagę fakty i okoliczności, przedstawione w powyższych punktach Ad. 1 do Ad. 3 Uzasadnienia do niniejszego Odwołania, za zasadny należy uznać zarzut Odwołującego się, pod adresem Zamawiającego, że nie uwzględnił On wagi i szczególnych okoliczności, w jakich doszło do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezprawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz odrzucenia oferty, do czego nie doszłoby, gdyby nie zaniechania Zamawiającego, w zakresie realizacji czynności, o których mowa jest w art. 24 ust. 9 Pzp.

4. Ad. 7. W piśmie informującym o wykluczeniu i odrzuceniu z 22.02.2018r., Zamawiający podnosi też wobec Wykonawcy kolejny zarzut. Twierdzi mianowicie, że Odwołujący się nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, czyli na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, to jest do 30.03.2018r., a także nie przedłożył nowego wadium, obowiązującego w przedłużonym okresie związania ofertą. Według Zamawiającego, Wykonawca złożył co prawda pismo z 26.01.2018r., w sprawie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wraz z nowym wadium, ale zostało ono złożone dopiero 30.01.2018r. Dalej Zamawiający przytacza szereg argumentów, w tym różne wyroki KIO, potwierdzające, że zgoda taka musi wpłynąć do Zamawiającego do końca dnia, w którym kończy się poprzedni termin związania ofertą. Odwołujący nie kwestionuje tego. Doszło natomiast do postawienia zarzutu przez Zamawiającego, opartego na nieprawdziwych przesłankach, w sprawie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, czyli do 29.01.2018r., o której mowa jest w artykule 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Ten zarzut, postawiony Odwołującemu się, jest niezgodny ze stanem faktycznym. Faktycznie, zgoda taka została wyrażona, jak również przedstawiono nowe wadium, obowiązujące w przedłużonym terminie. W załączeniu, załącznik nr 10 do niniejszego Odwołania, Odwołujący się przedkłada swe pismo z 26.01.2018r., w sprawie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą

1 przedłożenia nowego wadium, z datą stempla Kancelarii SRK S.A., potwierdzającą, że pismo to trafiło do Zamawiającego w dniu 29.01.2018r., czyli zgodnie z wyznaczonym terminem. Oznacza to, że Zamawiający posłużył się fałszywą przesłanką, do uzyskania kolejnej podstawy dla odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem, tym razem na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 7a). Tym samym słuszny jest zarzut Odwołującego się, postawiony Zamawiającemu, dotyczący odrzucenia oferty, złożonej przez

Konsorcjum, w którym jest on Liderem, na podstawie nieprawdziwej przesłanki, a mianowicie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, o której mowa jest w artykule 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo tego, że pismo w sprawie zgody na przedłużenie terminu związania zostało złożone faktycznie w dniu 29.01.2018r., czyli w terminie ustalonym przez Zamawiającego.

5. Ad. 8 do Ad. 10. W świetle dowodów, przedstawionych przez Odwołującego się w punktach Ad. 1 do Ad. 5 uzasadnienia do Odwołania, za zasadny należy uznać zarzut Odwołującego się, pod adresem Zamawiającego, że w wyniku jego działań i zaniechań, doszło do: 1) bezpodstawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik, a tym samym doszło do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 7a) Pzp; 2) bezprawnego zastosowania postanowień artykułu 92 ust 1 punkty 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum jak wyżej, pomimo iż braku było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, co naraziło Odwołującego się na szkodę wizerunkową; naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ponieważ w wyniku opisanych w niniejszym Odwołaniu, czynności oraz zaniechań Zamawiającego, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa jest w ust. 1 tegoż przepisu, nie została zachowana, bowiem w postępowaniu pozostał tylko jeden wykonawca, do wyboru którego, przy uwzględnieniu przedstawionych powyżej nieprawidłowości, przy realizacji różnych czynności przez Zamawiającego, a także w wyniku zaniechań z jego strony, mogą być zgłaszane wątpliwości, czy został wybrany w sposób zgodny z przepisami ustawy, jak to stanowi ust. 3 w/w art. 7 Pzp.

Biorąc pod uwagę, przedstawione powyżej argumenty faktyczne i prawne, uzasadniające Odwołanie i wnioski sformułowane przez Odwołującego się, wnosimy jak powyżej.

W załączeniu.1.Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;2.Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;3. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego;4. Pełnomocnictwo udzielone dla W. M. , jako Prezesa Zarządu Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice, jako Lidera Konsorcjum, przez Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnika Konsorcjum, którego oferta została odrzucona w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem;5.Pismo SRK S.A., jako Zamawiającego, z 22.02.2018r., L.dz. SRK/NZ/429/18/MK, powiadamiające wykonawców o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania i odrzuceniu oferty Konsorcjum, którego

Odwołujący się jest Liderem.6. Pismo Odwołującego się do SRK S.A., kwestionujące zasadność wypowiedzenia umowy, w powołaniu się na winę Wykonawcy, z 28.12.2017r., sygn.: UE 205/12/2017;7.Pismo Odwołującego się do SRK S.A., z 29.01.2018r., sygn.: UE 32/01/2018, wzywające do realizacji umowy SRK/KWK/K/13/17 oraz zawierające propozycje negocjacji;8.Pismo SRK S.A., z 08.02.2018r, L.dz. SRK/NZ/305/18/MK, wzywające Odwołującego się do zastosowania procedury samooczyszczenia się;9.Pismo Odwołującego się z 13.02.2018r., sygn.: UE 51/02/2018, skierowane do Zamawiającego w ramach procedury samooczyszczenia;10.Pismo Odwołującego się, z dnia 26.01.2018r., złożone w Kancelarii SRK S.A. w dniu 29.01.2018r., w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłożenia nowego wadium.

Zamawiający udzielił odpowiedzi w sprawie Sygn. akt KIO 383/18

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w przedmiocie odwołania na: „Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Pokój I” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych” znak sprawy: KWK P/07/17/18

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

Odwołujący: Konsorcjum firm: Lider - Universal Energy Sp. z o.o. ul. Oświęcimska 54, 41-400 Mysłowice; Członek - WORK DEVELOPMENT sp. z o.o. ul. Gen. J. Hallera 92/6, 53-203 Wrocław

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Zamawiający odpowiedział na odwołanie wniesione przez Konsorcjum w składzie Universal Energy Sp. z o.o. i WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. w dniu 26 lutego 2018 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt. Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych — znak sprawy KWK P/07/17/18:

- uznał odwołanie w części dotyczącej zarzutu określonego pkt 7 odwołania tj. „postawienie Odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, o której mowa jest w artykule 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo, iż faktycznie, na co Odwołujący się prezentuje poniżej dowody, zgoda taka została wyrażona, jak również przedstawiono nowe wadium, obowiązujące w przedłużonym

terminie”; w pozostałym zakresie wniesiono o oddalenie odwołania. Odnosząc się do poszczególnych argumentów Odwołującego dotyczących czynności i zaniechania Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu dotyczącym przetargu publicznego, prowadzonego przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu w trybie przetargu nieograniczonego dot. postępowania, którego przedmiotem było: Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych, wskazać należy jak niżej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w każdym przypadku możliwość uzyskania zamówienia publicznego przez danego wykonawcę warunkowana jest przede wszystkim wykazaniem braku wobec niego podstaw do wykluczenia. W art. 24 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. zostały zebrane przesłanki fakultatywnego wykluczenia z postępowania. Zamawiający może zastosować wszystkie lub niektóre przesłanki wykluczenia wedle własnego wyboru determinowanego okolicznościami danego postępowania. W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu określonych przesłanek zamawiający obowiązany jest podać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji, które przesłanki będą stosowane. Niemniej jednak — co istotne - jeżeli fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania zostaną przez zamawiającego przewidziane, stają się w danym postępowaniu obligatoryjnymi podstawami.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, jaką ustawodawca krajowy przewidział w ustawie prawo zamówień publicznych. Co więcej wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zamieszczania informacji o zastosowaniu fakultatywnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 5 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykładnia art. 24 ust 6 w/w ustawy skutkuje przyjęciem, iż podstawy wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 24 ust. 5 muszą być wskazane przez Zamawiającego alternatywnie (nie w znaczeniu potocznym, ale logicznym) w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a więc nie mamy tutaj do czynienia koniunkcją. Zgodnie z powyższym Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wybrane podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, dokonując tym samym wyboru kilku z dopuszczalnych przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 ustawy PZP podstaw wykluczenia. Prawdą jest, iż przesłanka wskazana w SIWZ, zgodnie z którą wykluczeniu podlega wykonawca, 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, jest powtórzeniem podstawy wskazanej przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Niemniej jednak powyższy zapis stanowi wystarczająco precyzyjne określenie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych, skutkujących podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Konsorcjum nie toczy się żaden spór prawny pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Umowa z dnia 19 czerwca 2017 r. nr SRK/KWK/K/13/17, która była realizowana przez Konsorcjum została skutecznie wypowiedziana przez SRK S.A. pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. z zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia tj. ze skutkiem na dzień 29 grudnia 2017 r. Okoliczność kwestionowania w/w oświadczenia SRK S.A. przez Odwołującego jest o tyle nieistotna, iż Zamawiający złożył skutecznie oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, natomiast wykonawca nie wystąpił z roszczeniem przeciwko SRK S.A. do sądu o uznanie tej czynności prawnej za bezskuteczną. W tym kontekście wywody Odwołującego niejako potwierdzają - w ocenie Zamawiającego że wykonawca miał świadomość nienależytego wykonywania umowy, która w konsekwencji została rozwiązana przez SRK S.A., a nie wystąpienie ze stosownym powództwem potwierdza, że argumenty przez niego podnoszone, a mające na celu kwestionowanie oświadczenia woli złożonego przez SRK S.A., miałyby małe szanse obrony stanowiska, którego skutkiem miałyby być rozstrzygnięcie Sądu stwierdzające bezskuteczność złożonego oświadczenia woli przez SRK S.A. Tylko dodatkowo wskazać należy, iż powoływanie się przez Odwołującego na siłę wyższą skutkującą przedstawieniem na podstawie wypowiedzianej umowy do dyspozycji Zamawiającego mniejszej liczby pracowników, niż wynikało to z zamówienia, jest argumentem zupełnie chybionym, oderwanym od klauzuli siły wyższej przewidzianej w umowie. Co więcej to właśnie na Wykonawcy ciąży obowiązek takiego zabezpieczenia swoich możliwości w realizacji zadania, aby składając ofertę, która następnie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej od podmiotu zajmującego się profesjonalnym świadczeniem usług objętych zamówieniem, zapewnić jej należyte wykonanie, czego Wykonawca nie uczynił.

Z uwagi na powyższe Odwołujący już dnia 12 grudnia 2017 r. posiadał wiedzę o złożeniu mu przez SRK S.A. wypowiedzenia umowy nr SRK/KWK K/ 13/17 zawartej dnia 19 czerwca 2017 r., której przedmiotem było realizacja zadania polegającego na świadczeniu usług utrzymania ruchu w zakresie górniczym, wentylacyjnym i mierniczym dla SRK S.A. Oddział KWK „Krupiński”.

Niemniej jednak Zamawiający posiadając -- niejako z urzędu — wiedzę co do istnienia fakultatywnej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwał go na zasadzie art. 24 ust 8 w związku z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy PZP w piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. do przedstawienia dowodów dotyczących podjęcia środków zmierzających do naprawienia skutków negatywnego zachowania oraz wykazania swojej rzetelności, czyli dokonania tzw. „samooczyszczenia”.

„Samooczyszczenie” na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia. W/w procedura naprawcza pozwala wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16—20 i ust. 5 Pzp. podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów, musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą solidność i uczciwość wykonawcy. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust 8 ustawy Pzp musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, które znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym, żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu, bowiem, jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum nie wykazało, że w ramach tzw. samooczyszczenia podjęło wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. Konsorcjum, zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i w Odwołaniu do KIO konsekwentnie kwestionuje, że znalazło się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jednocześnie Konsorcjum nie wystąpiło ze stosownym powództwem w stosunku do SRK S.A. o stwierdzenie bezskuteczności czynności prawnej dokonanej przez SRK S.A. tj. wypowiedzenia umowy nr SRK /KWK K/13/17 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, toteż nie sposób uznać, iż Wykonawca dokonując w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r. próby samooczyszczenia jest wiarygodny. Ogólne sformułowania, stanowiące w zasadzie li tylko oświadczenia i zapewnienia wykonawcy, nie poparte żadnymi dowodami, nie sposób uznać za wiarygodne i rzetelne w szczególności w kontekście w/w okoliczności tj. kwestionowaniu zaistnienia deliktu.

Gdyby Odwołujący wskazał, iż podlega wykluczeniu, jednakże udokumentowałby dokonując self-cleaningu, jakie konkretne kroki podjął, w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu przy ew. realizacji umowy, mające na celu wykazanie jego rzetelność, to

niewątpliwie nie byłaby to jedna z przesłanek uzasadniających decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy. Wskazać należy, iż Zamawiający w swojej praktyce miał do czynienia z sytuacjami, w której podmiot w formularzu JEDZ wskazał, że podlega wykluczeniu, niemniej jednak przedstawił szereg dokumentów mających na celu wykazanie zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jego rzetelność. Nie sposób uznać za trafną argumentację Odwołującego, że Zamawiający winien w sposób szczegółowy podać w jaki sposób Konsorcjum winno udokumentować procedurę self-cleaningu. W ocenie Zamawiającego to na Wykonawcy ciążył obowiązek przekonywującego i rzeczowego udokumentowania kroków, jakie zostały podjęte w celu zapobieżeniu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy przy realizacji umowy, gwarantujących jego rzetelność mimo istnienia podstaw do wykluczenia. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum z uwagi na brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów, Zamawiający nie miał możliwości dokonania weryfikacji argumentów przedstawionych w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r. W niniejszej sprawie istotne jest to, że trudno uznać za wiarygodne li tylko oświadczenia Odwołującego o podjętych krokach naprawczych opisanych w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r., przy jednoczesnym kwestionowaniu przez niego swojej winy przy nieprawidłowym wykonaniu umowy, którą SRK S.A. wypowiedział. Wg zamawiającego kluczową kwestią było udokumentowanie przez Odwołującego, iż podjął działania, których skutkiem jest zapobiegnięcie powstaniu sytuacji, jaka miała miejsce przy realizacji umowy nr SRK/KWK K/13/17 z dnia 19 czerwca 2017 r., gdzie realizował zapotrzebowanie na personel jedynie w części: w lipcu 2017 r. na poziomie 31,32 0/0, w sierpniu 2017 r. na poziomie 50,76%, we wrześniu 2017 r. na poziomie 44,15%, w październiku 2017 r. na poziomie 60,82 0/0, w listopadzie 2017 r. na poziomie 69,75.

Odnosząc się do kwestii skutecznego przedłużenia przez Universal Energy Sp. z o.o. terminu związania ofertą wskazać należy, iż na piśmie Odwołującego z dnia 26 stycznia 2018 r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie oferty i przedłożeniu gwarancji wadium, widnieje jako data wpływu data 30 stycznia 2018 r., potwierdzona nr wpływu do Kancelarii Głównej SRK S.A. Zamawiający na podstawie powyższego dokumentu z oznaczoną datą wpływu 30 stycznia 2018 r., podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, bowiem nie można przedłużyć terminu, który już upłynął. Na dokumencie załączonym do odwołania widnieje data 29 stycznia 2018 r. Po przeanalizowaniu w/w dokumentów Zamawiający stwierdza, iż na skutek omyłki, na piśmie które zostało złożone do Kancelarii Głównej SRK S.A., została postawiona tylko pieczęć z datą kiedy dokument ten został wprowadzony do nowego systemu tzw. ELOI, a nie widnieje na dokumencie pieczęć potwierdzająca datę wpływu do Kancelarii Głównej SRK S.A. Wskazać należy, iż mogło dojść do powyższego błędu, ponieważ w dacie wpływu korespondencji do SRK S.A.,

wprowadzany był nowy systemu tzw. ELOI i odbywało się w tym czasie szkolenie pracowników Kancelarii Głównej SRIC S.A. W świetle powyższego SRK S.A. uznaje zarzut Odwołującego określony w pkt 7 odwołania.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania Konsorcjum i podnosi, iż Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie przy zachowaniu zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp., natomiast postępowanie Odwołującego budzi wątpliwości Zamawiającego nie tylko co do jego rzetelności, ale i uczciwości w podejmowanych działaniach w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie.

Konkludując, wskazać należy, iż argumenty Odwołującego w ocenie Zamawiającego w zakresie próby wykazania nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu na podstawie ustawy PZP w trybie przetargu nieograniczonego na zasadnie pt. Świadczenie usług utrzymania ruchu zakładu górnictwa SRK S.A. w Bytomiu KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych, są nietrafne i w części zawierają informacje nieprawdzie.

W świetle naprowadzonych argumentów zamawiający wnosi i wywodzi jak w petitum niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Pismo uzupełniające odwołanie w sprawie KIO 383/18 wniesione na posiedzeniu w dniu 14 marca 2018r.

Przesłanki, stanowiące podstawę wniesienia niniejszego uzupełnienia do Odwołania.

W niniejszym uzupełnieniu do Odwołania, pragniemy zwrócić się do KIO o uznanie, że nasze stanowisko, zawarte w Odwołaniu, którego dotyczy to uzupełnienie, sprowadzające się do kwestionowania zasadności wykluczenia z postępowania przetargowego, oparte jest na utrwalonym już orzecznictwie KIO.

Poniżej przytaczamy fragment Wyroku KIO z 12.05.2017r., sygn. akt KIO 782/17, cytując ze stron 16 i 17: „Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Izba nie zgadza się z poglądem jakoby dla wykluczenia na podstawie powołanego przepisu, wystarczającym był sam fakt rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania oraz aby bez znaczenia było to, czy rozwiązanie umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie. Przyjęcie tego poglądu, prowadziłoby do konstatacji, że sposób zachowania zamawiającego w związku z realizacją takiej umowy jest obojętny prawnie, co byłoby niezgodne z przepisami Kodeksu cywilnego, dotyczącymi wykonania zobowiązań,

które — w braku szczególnych uregulowań ustawy — zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, stosują się do umów w sprawie zamówień publicznych wprost. Art. 354 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast zgodnie z art. 354 § 2 k.c. w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Na zastosowanie tych przepisów w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie IV CSK 626/13. Z powołanych przepisów wynika zatem, zdaniem Izby, że sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku, Izba może badać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę. Należy też podkreślić, że ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie w odniesieniu do obu wskazanych podstaw prawnych spoczywa na zamawiającym. Sformułowanie użyte w art. 24 ust. 5 pkt 2) Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”, którego źródłem jest prawo europejskie, nie zmienia zasady, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających dane twierdzenia, spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c.).”

Liczymy, że KIO badając nasze Odwołanie, uwzględni swe wcześniejsze Wyroki w podobnych sprawach, a w związku z tym uzna, że skoro częściowe niewykonanie bezzasadnie wypowiedzianej umowy, nie było spowodowane przyczynami leżącymi po stronie Wykonawcy, a Zamawiający przyczynił się do powstania trudności z realizacją umowy, przejmując od Wykonawcy część pracowników, których ten przygotował do realizacji zamówienia, to wykluczenie Odwołującego się z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy Pzp oraz tym samym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum z jego udziałem, było bezpodstawne.

Podając powyższe informacje do wiadomości KIO, wnosimy o uwzględnienie, przedstawionej powyżej, utrwalonej linii orzeczniczej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Obydwa odwołania złożone zostały przez tego samego odwołującego, w postępowaniach prowadzonych o udzielenie zamówienia publicznego przez tego samego zamawiającego, w przedmiocie świadczenia usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego.

Pierwsze z odwołań (Sygn. akt KIO 382/18) dotyczyło świadczenia usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego KWK „Centrum” Część I Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie górniczo-wentylacyjnym; Część III Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie mechaniczno-szybowym na dole i powierzchni zakładu górniczego; Część IV Świadczenie usług utrzymania ruchu w zakresie obsługi powierzchni. Postępowaniu nadano znak sprawy KWK C/30/17/18. Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17.11.2017 roku pod poz. 2017/S 221-459 555. Sprawie nadano oznaczenie pod Sygn. akt KIO 382/18.

Drugie z odwołań (Sygn. akt KIO 383/18) dotyczyło „świadczenia usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego SRK S.A. w Bytomiu Oddział KWK „Pokój” w Rudzie Śląskiej w zakresie mierniczym, budowlanym i szkód górniczych”. Postępowaniu nadano znak sprawy KWK P/07/17/18. Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18.10.2017 roku pod poz. 2017/S 200-411757. Sprawie nadano oznaczenie pod Sygn. akt KIO 383/18.

Przyczyną wniesienia odwołań, była czynność odrzucenia oferty odwołującego z powodu jego wykluczenia z postępowań, z powodu wypowiedzenia przez zamawiającego umowy świadczenia usługi utrzymania ruchu zakładu górniczego na kopalni „Krupiński”, którą zawarto w miesiącu czerwcu 2017 roku a wypowiedziano w grudniu 2017 roku.

Odwołujący wnosząc odwołania zaskarżył czynności zamawiającego podnosząc następujące zarzuty i żądania odwołania.

W sprawie o Sygn. akt 382/18 odwołujący podniósł jak poniżej.

Zaniechania, dotyczące rzetelnego zbadania argumentów przedstawionych przez odwołującego, przedłożonych w procesie samooczyszczenia, a w konsekwencji zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące podstawy prawne wniesienia odwołania: naruszenie przez zamawiającego postanowień: art. 24 ust. 5 pkt. 4); art. 24 ust. 6 w związku z art. 36 ust. 5a; art. 24 ustępy 8 i 9; art. 89 ust. 1 pkt. 5) i 8); art. 92 ust. 1 pkt. 2) i 3); art. 7 ust. 1 i 3, ustawy z 29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), polegające na:

1. Naruszenie art. 24 ust. 6 Pzp - poprzez brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp zastrzeżenie takie powinno być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli Zamawiający nie zamieścił takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu a jedynie powielił treść zapisów ustawy w SIWZ to nie spełnił wymogu o którym mowa w ust. 6 art. 24 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera podstaw do fakultatywnego wykluczenia.

2. Naruszenia art. 24 ust. 5 w związku z art. 36 ust. 5a Pzp - poprzez brak wskazania podstaw uzasadniających fakultatywne wykluczenie z postępowania a jedynie powielenie ogólnych zapisów z Pzp. Zamawiający powinien opisać podstawy wykluczenia w sposób umożliwiający ich zweryfikowanie. Przepisanie ogólnych zapisów z Pzp, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny rzekomego naruszenia innej umowy przez wykonawcę, co stanowi okoliczność sporną. Nadużyciem prawa jest postępowanie Zamawiającego, który nie określił żądanych dokumentów umożliwiających skorzystanie z procedury „samooczyszczenia” a nie uznał wyjaśnień wykonawcy z powodu braku przedłożenia dokumentów, które nie były w sposób jednoznaczny i konkretny opisane w SIWZ.

3. Naruszeniu przez zamawiającego postanowień art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, poprzez nie uzasadnione i nie uprawnione skorzystanie z fakultatywnego prawa ustalonego w tym przepisie, do wykluczenia z postępowania Odwołującego się, poprzez uznanie, w sposób sprzeczny z faktami, że z przyczyn leżących po jego stronie, nie została wykonana w sposób należyty, umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w okresie poprzedzającym wykluczenie, ponad dwóch miesięcy, toczy się spór prawny pomiędzy Zamawiającym a odwołującym, dotyczący zasadności i skuteczności wypowiedzenia umowy przed czasem, gdzie w ramach obfitej korespondencji dotyczącej tej sprawy, również w ramach procesu samooczyszczenia, Wykonawca wykazał w sposób jednoznaczny, że zarzut podstawiania do dyspozycji mniejszej ilości pracowników, aniżeli wynikało to z zamówień, spowodowany był oddziaływaniem siły wyższej, a pozostałe argumenty użyte przez zamawiającego, jako przemawiające za takim wypowiedzeniem, były nieprawdziwe.

4. Zaniechaniu obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4), nie powinien zostać zastosowany.

5. Zaniechaniu rzetelnej oceny działań przedstawionych przez odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczyło mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas i możliwości, aby się o to zwrócić. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytatem, wyrwanym z kontekstu i pochodzącymi z Wyroku KIO, dotyczącego sprawy znacząco różniącej się od objętej niniejszym odwołaniem.

6. Nie uwzględnieniu przez Zamawiającego, stosownie do postanowień art. 24 ust. 9 Pzp, wagi i szczególnych okoliczności, w jakich doszło do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego.

7. Postawienie Odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie dostarczenia wraz z pismem z dnia 11.02.2018r., złożonym w dniu 12.01.2018r., na wniosek Zamawiającego, sformułowany na piśmie z dnia 10.02.2018r., na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp, żądanego pełnomocnictwa dla Prezesa Zarządu UE Sp. z o.o., do działania w imieniu Work Development Sp. z o.o., jako Uczestnika Konsorcjum. Stworzyło to fałszywą przesłankę do odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8) Pzp.

8. W konsekwencji powyższego bezpodstawnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4), jako przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz postawienia nieprawdziwego zarzutu, o rzekomym nie dostarczeniu pełnomocnictw udzielonego przez Work Development, doszło do bezprawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego. Doszło przez to do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 8), które uprawniają Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jedynie w przypadku, gdy rzeczywiście: wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego; wykonawca, występujący w postępowaniu przetargowym jako Konsorcjum, faktycznie nie dostarczył pełnomocnictwa ze strony Uczestnika, dla Lidera, do działania w jego imieniu, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

9. Dalszą konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest nieuprawnione zastosowanie postanowień artykułu 92 ust. 1 pkt. 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, pomimo iż brak było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, a przez to doszło do strat wizerunkowych Odwołującego się.

10. Kolejną konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3, ponieważ w wyniku tych czynności, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa jest w ust. 1, nie została zachowana. W wyniku tego, Wykonawcą zamówienia może zostać podmiot wybrany z naruszeniem postanowień ustawy, z uwagi na przedstawione powyżej naruszenia prawa, jakie w trakcie tegoż postępowania miały miejsce, co stanowi naruszenie postanowień ust. 3 art. 7 Pzp. Nie dojdzie tym samym do ustalenia wartości rynkowej zamówienia, z powodu ograniczenia konkurencji, przez wyeliminowanie jednego z uczestników postępowania, z przyczyn nie związanych z wartością jego oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.

2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

3. Nakazanie Zamawiającemu kontynuacji przedmiotowego postępowania przetargowego, z udziałem wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne oferty.

4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego

W sprawie o Sygn. akt 383/18 odwołujący podniósł jak poniżej

Podstawa prawna wniesienia odwołania: naruszenie przez Zamawiającego postanowień: art. 24 ust. 5 pkt. 4); art. 24 ust. 6 w związku z art. 36 ust. 5a; art. 24 ustęp 8 i 9; art. 89 ust. 1 pkt. 5) i 7a); art. 92 ust. 1 pkt. 2) i 3); art. 7 ust. 1 i 3, ustawy z 29.04.2004r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017r., poz. 1579 z późniejszymi zmianami), polegające na:

1. Naruszenie art. 24 ust. 6 Pzp - poprzez brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw do zastosowania fakultatywnego wykluczenia z zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp zastrzeżenie takie powinno być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli Zamawiający nie

zamieścił takiego zastrzeżenia w ogłoszeniu a jedynie powielił treść zapisów ustawy w SIWZ to nie spełnił wymogu o którym mowa w ust. 6 art. 24 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera podstaw do fakultatywnego wykluczenia.

2.Naruszenia art. 24 ust. 5 w związku z art. 36 ust. 5a Pzp - poprzez brak wskazania podstaw uzasadniających fakultatywne wykluczenie z postępowania a jedynie powielenie ogólnych zapisów z Pzp. Zamawiający powinien opisać podstawy wykluczenia w sposób umożliwiający ich zweryfikowanie. Przepisanie ogólnych zapisów z Pzp, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny rzekomego naruszenia innej umowy przez wykonawcę, co stanowi okoliczność sporną. Nadużyciem prawa jest postępowanie Zamawiającego, który nie określił żądanych dokumentów umożliwiających skorzystanie z procedury „samooczyszczenia” a nie uznał wyjaśnień wykonawcy z powodu braku przedłożenia dokumentów, które nie były w sposób jednoznaczny i konkretny opisane w SIWZ.

3.Naruszeniu przez Zamawiającego postanowień art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp, poprzez nie uzasadnione i nie uprawnione skorzystanie z fakultatywnego prawa ustalonego w tym przepisie, do wykluczenia z postępowania Odwołującego się, czyli Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice oraz Sp. z o.o., poprzez uznanie, w sposób sprzeczny z faktami, że z przyczyn leżących po jego stronie, nie została wykonana w sposób należyty, umowa w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w okresie poprzedzających wykluczenie, ponad dwóch miesięcy, toczy się spór prawny pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, dotyczący zasadności i skuteczności wypowiedzenia umowy przed czasem, gdzie w ramach obfitej korespondencji dotyczącej tej sprawy, również w ramach procesu samooczyszczenia, Wykonawca wykazał w sposób jednoznaczny, że zarzut podstawiania do dyspozycji mniejszej ilości pracowników, aniżeli wynikało to z zamówień, spowodowany był oddziaływaniem siły wyższej, a pozostałe argumenty użyte przez Zamawiającego, jako przemawiające za takim wypowiedzeniem, były nieprawdziwe.

4.Zaniechaniu obowiązku rzetelnego zweryfikowania argumentów przedstawionych, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp, w trakcie której nie rozpatrzono wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności, w jakich doszło do częściowego niewykonania umowy, przedstawionych przez Odwołującego się, wskazujących na to, że nie doszło do tego z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4), nie powinien zostać zastosowany.

5.Zaniechaniu rzetelnej oceny działań przedstawionych przez Odwołującego się, w ramach procedury samooczyszczenia, przewidzianej w artykule 25 ustęp 8 Pzp, które to działania Zamawiający uznał za niewiarygodne i nie poparte dowodami, pomimo iż obejmowały one

zrealizowane już przedsięwzięcia, a nie deklaracje przyszłych działań, a jeżeli nie wystarczyło mu pisemne oświadczenie Zamawiającego, które też jest dowodem i oczekiwał przedstawienia innych dokumentów je potwierdzających, to miał czas i możliwości, aby się o to zwrócić. Pomimo tego, Zamawiający odrzucił przedstawione działania, mające usprawnić dalsze funkcjonowanie Odwołującego na rynku usług dla górnictwa, bez przedstawienia niepodważalnych argumentów w tym zakresie, jedynie w oparciu o skonfrontowanie tendencyjnie przez siebie przedstawionego stanu faktycznego, z cytatem, wyrwanym z kontekstu i pochodzącymi z Wyroku KIO, dotyczącego sprawy znacząco różniącej się od objętej niniejszym odwołaniem.

6. Nie uwzględnieniu przez Zamawiającego, stosownie do postanowień art. 24 ust. 9 Pzp, wagi i szczególnych okoliczności, w jakich doszło do częściowego nie wykonania umowy, wypowiedzianej przez Niego bezpodstawnie przed czasem, w powołaniu na nie udowodnioną winę Wykonawcy, co stało się podstawą do podjęcia decyzji o bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego.

7. Postawienie Odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, o której mowa jest w artykule 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo iż faktycznie, na co Odwołujący się prezentuje poniżej dowody, zgoda taka została wyrażona, jak również przedstawiono nowe wadium, obowiązujące w przedłużonym terminie. Stworzyło to fałszywą przesłankę do odrzucenia oferty Konsorcjum, w którym Odwołujący się jest Liderem.

8. W konsekwencji powyższego bezpodstawnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4), jako przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz postawienia nieprawdziwego zarzutu, o rzekomym braku wyrażonej w terminie zgody na przedłużenie związania Wykonawcy ofertą i równocześnie nie przedstawienia nowego wadium, doszło do bezprawnego odrzucenia oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., jako Uczestnik. Doszło przez to do naruszenia postanowień artykułu 89 ust. 1 pkt. 5) i 7a), które uprawniają Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jedynie w przypadku, gdy rzeczywiście: wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego; wykonawca faktycznie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

9. Dalszą konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest nie uprawnione

zastosowanie postanowień artykułu 92 ust 1 punkty 2) i 3), poprzez powiadomienie wszystkich wykonawców, o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania przetargowego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, pomimo iż braku było ku temu podstaw, zarówno prawnych, jak i faktycznych, a przez to doszło do strat wizerunkowych Odwołującego się.

10.Kolejną konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum, w którym jest Liderem, jest naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 3, ponieważ w wyniku tych czynności, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa jest w ust. 1, nie została zachowana. W postępowaniu pozostał bowiem tylko jeden wykonawca, a mianowicie Konsorcjum, którego Liderem jest Z.B.R. Budrem, J. R. , ul. Katowicka 154, 41-500 Chorzów, który może uzyskać przedmiotowe zamówienie, pomimo iż nie zostanie wybrany zgodnie z postanowieniami ustawy, z uwagi na przedstawione powyżej naruszenia prawa, jakie w trakcie tegoż postępowania miały miejsce, co stanowi naruszenie postanowień ust. 3 art. 7 Pzp. Nie dojdzie tym samym do ustalenia wartości rynkowej zamówienia, z powodu ograniczenia konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

1.Uwzględnienie odwołania.

2.Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, w składzie: Universal Energy Sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54, 41-100 Mysłowice jako Lider oraz Work Development Sp. z o.o., ul. Jesionowa 22/21, 40-158 Katowice, jako Uczestnik.

3.Nakazanie Zamawiającemu kontynuacji przedmiotowego postępowania przetargowego, z udziałem wszystkich wykonawców, którzy złożyli ważne oferty.

4.Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Z powyższego zestawienia zarzutów i żądań zawartych w odwołaniach wynika, że odwołujący jako pierwszy zarzut stawia brak w obydwu ogłoszeniach o zamówieniach informacji o zastosowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania zawartej w art.24 ust.5 pkt 4 w związku z art.24 ust.6 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przepisu art.24 ust.5 pkt 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę między innymi takiego, 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. Z kolei zgodnie z treścią art. 24 ust.6 ustawy Pzp. jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust.5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) lub w zaproszeniu do negocjacji.

Dalsze zarzuty odwołującego to brak skonkretyzowania postanowień co do spełnienia warunku wymienionego w art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp. i posłużenie się w siwz tylko dosłownym brzmieniem tego przepisu, brak również skonkretyzowania jakie dowody ma dostarczyć wykonawca na okoliczność tzw. samooczyszczenia o którym mowa w art. 24 ust.8 ustawy Pzp. oraz zarzut pod adresem zamawiającego, który nie wzywał odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień czy też dowodów na okoliczność podjętych środków przez odwołującego w celu uniknięcia w przyszłości nieprawidłowościom w wykonywaniu umowy, skoro uznał oświadczenie odwołującego o podjętych działaniach zaradczych za niewystarczające.

Powyżej przedstawione zarzuty, żądania i ich uzasadnienie są takie same w obydwu odwołaniach to jest w sprawach KIO 382/18 i KIO 383/18, ponieważ zamawiający wykluczył wykonawcę i odrzucił jego ofertę na podstawie art.24 ust.5 pkt 4) ustawy Pzp w związku z nie wykonaniem tej samej umowy.

Przy czym jako dodatkowe zarzuty wynikające z poszczególnych odwołań to zarzut co do braku złożenia oświadczenia o dalszym związaniu ofertą jak i przedłożenia nowego wadium co według odwołującego nastąpiło w terminie w związku z wezwaniem zamawiającego w trybie art.85 ust.2 ustawy Pzp. (Sygn. akt KIO 383/18). Zarzut ten został uwzględniony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 12.03.2018 roku.

Drugim zarzutem nie powielonym w odwołaniach to zarzut nie przedstawienia prawidłowego pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum Universal Energy Sp. z o.o. udzielonego przez WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. partnera konsorcjum (Sygn. akt KIO 382/18). Zarzut ten nie został uwzględniony przez zamawiającego tak jak zresztą pozostałe zarzuty odwołań, czemu zamawiający dał wyraz składając do poszczególnych odwołań odpowiedzi na odwołania to jest pisma z dnia 12.03.2018 roku.

Izba na rozprawie na wniosek stron przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego na okoliczności wskazywane jako niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy.

I tak jak poniżej przeprowadzono dowody z następujących dokumentów:

KIO 382/18 dowody z dokumentacji postępowania według pozycji w nich wymienionych:

Poz. 5 Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ); Poz. 6 Potwierdzenie wysłania ogłoszenia do publikacji oraz ogłoszenie o zamówieniu; Poz. 8 Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej dotyczącej modyfikacji treści SIWZ; Poz. 9 Modyfikacja treści SIWZ wraz z potwierdzeniem zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego; Poz.10 Potwierdzenie wysłania ogłoszenia do publikacji oraz ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji; Poz. 22 Wezwanie Wykonawcy konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (41-400) przy ul. Oświęcimskiej 54 oraz członek - WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty wraz z odpowiedzią Wykonawcy; Poz. 23 Opinia prawna; Poz. 24 Pismo dotyczące wypowiedzenia umowy nr SRK/KWK/K/13/17 pomiędzy oddziałem KWK „Krupiński” a wykonawcą konsorcjum firm: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (41-400) przy ul. Oświęcimskiej 54 oraz członek – Expedite Consulting Sp. z o.o.; Poz. 25 Wezwanie Wykonawcy: konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. oraz członek – WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. na podstawie art.24 ust.8 Pzp do dokonania samooczyszczenia wraz z odpowiedzią Wykonawcy; Poz. 26 opinia prawna; Poz. 27 zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy: konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. oraz członek – WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty skierowane do nw. Wykonawców; Poz. 29 Oferta wykonawcy konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (41-400) przy ul. Oświęcimskiej 54 oraz członek - WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o.

W związku z załączonymi do odwołania dokumentami nie znajdującymi się w dokumentacji zamawiającego z uwagi na to, że dotyczyły one innego postępowania, odwołujący wniósł o zaliczenie w poczet dowodów następujących pism wymienionych w załącznikach do odwołania jak poniżej.

Załącznik 6 Pismo Odwołującego do SRK S.A. kwestionujące zasadność wypowiedzenia umowy, w powołaniu się na winę Wykonawcy z dn. 28.12.2017 Sygn: UE 205/12/2017; Załącznik 7 Pismo odwołującego do SRK S.A. z dn. 29.01.2018 Sygn: UE 32/01/2018 wzywające do realizacji umowy nr SRK/KWK/K/13/17 oraz zawierające propozycje negocjacji; Załącznik 10 pismo Odwołującego z dn. 11.01.2018r. sygn:UE-7/01/2018, złożone w Kancelarii SRK S.A. w dniu 12.01.2018 r. w sprawie przedłożenia pełnomocnictwa udzielonego przez WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. wraz z załącznikiem pełnomocnictwo z dnia 27.12.17r. od członka konsorcjum dla lidera, protokół z NZW z dnia 9.11.2017r., protokół wraz z uchwałami odwołania A. T. z funkcji prezesa i powołanie J. N. na prezesa zarządu, uchwała nr 1/11/2017 NZW, uchwała nr 2/11/2017 NZW, lista obecności jako załącznik tego pisma.

KIO 383/18 dowody z dokumentacji postępowania według pozycji w nich wymienionych

Poz.4 Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ); Poz.5 Potwierdzenie wysłania ogłoszenia do publikacji oraz ogłoszenie o zamówieniu); Poz.6 Potwierdzenie zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ; Poz.25 Opinia członka komisji z dnia 17 stycznia 2018r., Poz.27 Wezwanie Wykonawcy: konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. oraz członek – WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. na podstawie art.24 ust.8 Pzp do dokonania samooczyszczenia wraz z odpowiedzią Wykonawcy;Poz.28 Opinia prawna z 15 lutego 2018r.; Poz.29 Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy: konsorcjum: Lider – Universal Energy Sp. z o.o. oraz członek – WORK DEVELOPMENT Sp. z o.o. z dnia 22.02.2018). Odwołujący jak powyżej przywołuje dokumenty wymienione w odwołaniu to jest załączniki a które nie znajdują się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego z uwagi, że dotyczą innego postępowania i tak wskazuje: Zał. 6 pismo odwołującego do zamawiającego, co do braku zasadności wypowiedzenia umowy z powołaniem się na winę wykonawcy 28.12.2017 sygnatura UE 205/12/2017; Zał. 7 pismo odwołującego do zamawiającego 29.01.2018 Sygn: UE 32/01/2018, wzywające do realizacji umowy SRK/KWK/K/13/17 z propozycją negocjacji.

Przeprowadzono również dowód na wniosek zamawiającego w uzupełnieniu wniosku dowodowego do sprawy KIO 382/18 z oferty odwołującego w zakresie pełnomocnictwa przedłożonego dla lidera od członka konsorcjum tj. pełnomocnictwa z dn. 27.12.2017r., gdzie zamawiający okazuje oryginał oferty Izbie i odwołującemu, z której wynika, że pełnomocnictwo jest podpisane dwoma parafami, przy czym jedna z nich ma przystawioną pieczęć „prezes zarządu W. M. ”, a druga jest nieczytelna i nie ma pieczęci. Ponadto Pani M. K. pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że dokonując oględzin oferty stwierdziła po osiągnięciu KRS-u, że członek konsorcjum w KRS-ie wśród upoważnionych ma Pana T., a w pełnomocnictwie z 27.12.2017 roku widnieje Pan J. N.. W związku z tym 10.01.2018 roku wezwano odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa. Ponadto oświadczam, że w mojej ocenie parafa niezidentyfikowana jest kserokopią, a nie oryginałem podpisu. W tym miejscu Izba okazuje prezesowi pełnomocnictwo, który oświadcza, że nie zgadza się, że okazane pełnomocnictwo na której widnieje nieczytelna parafa (27.12.2017) jest kserokopią.

Na pytanie członka składu orzekającego do prezesa zarządu odwołującego, w jakiej dacie uzyskano poświadczenie notarialne dla pełnomocnictwa podpisanego przez Pana N.. Prezes Zarządu udziela odpowiedzi „ok. 2 tygodni” na uzupełniające pytanie, czy po odrzuceniu oferty - wskazuje „tak, po odrzuceniu oferty”. W zakresie regulacji SIWZ i ogłoszenia odnośnie art. 24 ust. 5 pkt 4, gdzie one znajdują się radca prawny zamawiającego wyjaśnia, że dla KIO 382/18 mieści się postanowienie w punkcie 5.2 SIWZ, a w ogłoszeniu nie ma takiego postanowienia. Podobnie udziela odpowiedzi do KIO 383/18, gdzie postanowienie w zakresie 24 ust. 5 pkt 4 znajduje się w punkcie 5.2. SIWZ, a brak jest takiego postanowienia

w ogłoszeniu. Dalej kolejne pytanie - Czy zamawiający ma wiedzę na okoliczność zatrudniania w okresie 19 czerwca 2017 do 15 grudnia 2017 nowych pracowników u zamawiającego, jeżeli tak, to czy ma wiedzę na temat, czy przechodzili oni od innego pracodawcy i jeżeli tak, to od jakiego. Radca prawny wyjaśnia, że nie jest w stanie szczegółowo udzielić odpowiedzi na zadane pytanie. Taki zamiar miał dyrektor, aby zatrudnić część osób do zabezpieczenia ruchu na kopalni. Nie wiem, kto był pracodawcą poprzednim dla tych osób, ale nie nastąpiło to już 19 czerwca. Nastąpiło to w okresie późniejszym zgodnie z brakami zapewnienia zabezpieczenia ruchu zakładu górniczego. Zaczęto przyjmować pracowników w terminie późniejszym. Wiem, że byli przyjmowani pracownicy z innych spółek tj. uszczegóławiam, to nie zamawiający zatrudniał pracowników tylko Jastrzębska Spółka Węglowa (JSW), tylko zamawiający dawał zlecenie JSW, aby ona swoimi pracownikami zapewniła niezbędne utrzymanie ruchu, przy czym było to w trybie awaryjnym wobec sytuacji rozstrzygniętego przetargu, oraz usługi te były drogie, nie jest mi nic wiadomo na okoliczność, nie słyszałam o takiej okoliczności, że zamawiający bezpośrednio przejął pracowników odwołującego dla zapewnienia ruchu.

W głosie końcowym, po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym strony podtrzymały swoje stanowiska co do przedstawionych zarzutów i żądań w szczególności podnosząc jak poniżej.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu odwoławczym potwierdzono, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie było warunków wykluczenia fakultatywnego, natomiast pełnomocnik zamawiającego nie wypowiedział się wprost, co do zadanego pytania w zakresie „podbierania” pracowników odwołującego. Pełnomocnik odwołującego uważa taką sytuację za przyznanie twierdzeń odwołania w zakresie „podbierania pracowników”. Prezes zarządu wyjaśniał, że już w miesiącu lipcu nasi pracownicy byli przejmowani przez SRK i odbywało się to w takiej sytuacji, że zamawiający stwierdzał, iż nie posiadają odpowiednich kwalifikacji, jako moi pracownicy, ale mimo takich stwierdzeń SRK byli oni następnego dnia przejmowani przez SRK, natomiast co do JSW, to obecność JSW była uzasadniona okolicznością, że była właścicielem likwidowanej kopalni i miała prawo pozyskać pozostawiony sprzęt i urządzenia, które nie były przejęte przez SRK. Ja pracowałem w górnictwie ponad 30 lat na kierowniczych stanowiskach i ze zdziwieniem przyjmowałem sytuację, że pomimo moich pism (wskazuje na dwa pisma) nikt nie chciał ze mną rozmawiać. Podtrzymuje oświadczenia z odwołania, że w ubiegłym roku nagle niespodziewanie, cena węgla koksowniczego wzrosła o kilkaset procent w stosunku rocznym i wówczas pracownicy, którymi dysponował przechodzili do produkcji w górnictwie. Jako mały przedsiębiorca nie był w stanie w tej sytuacji konkurować z JSW. Tracił ludzi, bo przechodzili do SRK i JSW, nie miał szans jako mały przedsiębiorca, chociaż stwierdził, że dałby radę, bo na Krupińskim funkcjonował w

ruchu energomaszynowym, a najbardziej go boli to, że zamawiający nie chciał rozmawiać w zaistniałej sytuacji nawet nie udzielając odpowiedzi na pisma.

Zamawiający w głosie końcowym podkreślił jak poniżej. Podtrzymuje dotychczasowe stanowisko co do oddalenia odwołań i oświadcza, że okoliczność, iż JSW przyjęła zlecenie w zakresie utrzymania ruchu wynika z faktu, że dokonywała przejęcia urządzeń będących jej własnością, które nie zostały przejęte przez zamawiającego. Realizacja zlecenia w zakresie utrzymania ruchu miała miejsce do czasu odzyskiwania przez JSW urządzeń będących jej własnością. Po zakończeniu przejęcia urządzeń JSW nie wykonywała odrębnie dla nas zlecenia utrzymania ruchu. Reasumując zlecenie utrzymania ruchu było wykonywane w związku z przejmowaniem urządzeń przez JSW. Zaprzeczam twierdzeniu odwołującego, że nie został obciążony kosztami wykonania zastępczego, bowiem została wystawiona nota obciążeniowa, która jest kwestionowana przez odwołującego zgodnie z obowiązującą umową. Ponadto odnosząc się do zarzutów braku wskazania w ogłoszeniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia stwierdzam, że w zamówieniach unijnych, jakim jest przedmiotowe postępowanie nie ma możliwości zaznaczenia przesłanek fakultatywnego wykluczenia. Odnosząc się do wskazywania przez odwołującego siły wyższej stwierdzam, że umowa na kopalni Krupiński przewidywała wypowiedzenie przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czyli nie tylko w przypadku winy wykonawcy, ale wszelkich okoliczności leżących, czy z jego winy, czy nie z jego winy po jego stronie. W związku z tym, skoro wykonawca nie dysponował pracownikami, a to jego był obowiązek, to przyczyna wypowiedzenia powstała po jego stronie, jako podmiotu zobowiązanego do świadczenia usług. W mojej ocenie kwalifikacja zdarzenia do siły wyższej nie znajduje oparcia w zawartej umowie, gdzie siła wyższa została zdefiniowana, ja bym tą sytuację tj. braku pracowników kwalifikowała w granicach ryzyka prowadzenia działalności, uważam, że dynamika w górnictwie jest najbardziej nieprzewidywalna, bo w górnictwie funkcjonuje podwyższone ryzyko zmian na rynku. Wypowiedzenie ma ze swojej natury charakter jednostronny, odwołujący nie kwestionuje otrzymania tego oświadczenia i stwierdzam, że nie toczy się żaden spór sądowy. Zamawiający podtrzymuje wnioski i żądania zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów, na wniosek stron i opisanych powyżej, z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność z oryginałem włączonej do akt sprawy oraz dowodów z dokumentów spoza dokumentacji załączonych do odwołań, zważyła jak poniżej.

Obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się zarzut naruszenia art.24 ust.6 ustawy Pzp zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust.5 tegoż artykułu, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. W przedmiotowych postępowaniach o udzielenie zamówienia zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania uregulowaną art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp zgodnie z kolei z którą zamawiający wyklucza z postępowania 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.

W toku postępowania odwoławczego bezspornie ustalono, że zamawiający zaniechał zamieszczenia tej przesłanki wykluczenia z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu, które opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W ocenie zamawiającego takiego obowiązku nie miał co stwierdził na rozprawie, ponieważ w formularzu ogłoszenia o zamówieniu nie ma na to przeznaczonego miejsca jak i taki obowiązek nie wynika z treści art. 24 ust.6 ustawy Pzp. Możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy na tak sformułowanej fakultatywnej podstawie odnosi się do zamawiających wymienionych w art.3 ust.1 pkt 1-4 ustawy Pzp., które obejmują zamawiającego to jest Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu. Bowiem w art.3 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp wymienia się podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Pzp., które udzielają zamówień w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art.132 w tym wypadku zamówień udzielanych w celu wykonywania rodzaju działalności wydobywania węgla kamiennego (art.132 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp.). Z samej treści Ogłoszenia o zamówieniu wynika, że głównym przedmiotem działalności zamawiającego jest górnictwo - likwidacja kopalń. W związku z powyższym jest uprawnionym zastosowanie w postępowaniach zamawiającego fakultatywnej klauzuli wykluczenia wykonawcy z postępowania zastrzeżonej w art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp. Przechodząc do oceny obowiązków publikacyjnych związanych z fakultatywnym wykluczeniem na podstawie art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp w związku z jego ust.5 to w ocenie Izby obowiązek wskazania podstawy wykluczenia odnosi się zarówno do ogłoszenia jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe stwierdzenie Izba wywodzi z literalnego brzmienia treści przepisu, z którego wynika, że jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie to wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. W ocenie Izby spójnik „lub” odnosi się do „specyfikacji istotnych warunków zamówienia” oraz

do „zaproszenia do negocjacji” a nie odnosi się do „ogłoszenia o zamówieniu” i „specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Również stosując wykładnię funkcjonalną należy wskazać na różne przeznaczenie i czas dostępności dla ogółu potencjalnych wykonawców czy to ogłoszenia o zamówieniu czy to specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też zaproszenia do składania ofert. Zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia jak i zaproszenie do składania ofert jest poprzedzone ogłoszeniem o zamówieniu (np.: art.41 w związku z art.42 ustawy Pzp. oraz art.55a1 w związku z art.60 ust.1 i ust. 2 ustawy Pzp).

Reasumując Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku obowiązku zamieszczenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp. w każdym przypadku zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też w zaproszeniu do składania ofert. W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego twierdzącego w sprawie o braku obowiązku zamieszczenia informacji o zastosowaniu warunku wykluczenia o charakterze fakultatywnym wynikającym w przedmiocie sprawy z art.24 ust.5 pkt 4 w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie stanowi również usprawiedliwienia do pominięcia ustawowego wymogu wskazania podstawy wykluczenia fakultatywnej przesłanki z art.24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu okoliczność, iż w formularzu ogłoszenia o zamówieniu w „zamówieniach unijnych” nie wyodrębniono do osobnej sekcji fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy z art.24 ust.5 pkt 4 ustawy pzp. Obowiązek zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wynika również wprost z treści art.41 pkt 7) ustawy Pzp. zgodnie z którym „Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art.40 ust.1, zawiera co najmniej :7) warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia”.

Reasumując powyższe brak informacji o fakultatywnej przesłance wykluczenia z postępowania przewidzianej w art.24 ust.5 pkt 4 w związku z treścią art. 24 ust.6 ustawy Pzp. skutkuje trwałą wadą postępowania kwalifikującą się do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.93 ust.1pkt 7ustawy Pzp. Zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bowiem w myśl art.146 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp. umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W ocenie Izby przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówienia nie zawierającego ustawowo wymaganych informacji w tym przypadku określonych w art.24 ust.5 pkt 4) w związku z art.24 ust.5 ustawy Pzp jest równoznaczne z nie przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii

Europejskiej co wyczerpuje przesłankę do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała zamawiającemu w obydwu postępowaniach unieważnienie postępowania.

W związku z częściowym uwzględnieniem odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO 383/18 co do oświadczenia odwołującego w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą jak i wniesieniem nowego wadium to jest uwzględnieniem zarzutu odwołania w pkt 7 o treści „Postawienie odwołującemu się, opartego na nieprawdziwych przesłankach, zarzutu w sprawie rzekomego nie wyrażenia zgody, na wniosek Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, o której mowa jest w artykule 85 ust.2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo iż faktycznie, na co Odwołujący się prezentuje poniżej dowody, zgoda taka została wyrażona, jak również przedstawiono nowe wadium, obowiązujące w przedłużonym terminie. Stworzyło to fałszywą przesłankę do odrzucenia oferty Konsorcjum w którym odwołujący się jest Liderem.” W tym stanie rzeczy Izba w trybie art.186 ust. 4a. ustawy Pzp. co do uwzględnionych zarzutów umorzyła postępowanie a w pozostałym zakresie rozpoznała zarzuty nakazując unieważnienie postępowania opierając się na treści przepisu zgodnie z którym „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów”.

W związku z nakazaniem unieważnienia obu postępowań o udzielenie zamówienia, z powodu braku w ogłoszeniach o zamówieniu informacji o zastosowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust.5 pkt 4 w związku z ust.5 tegoż artykułu ustawy Pzp., rozpatrzenie pozostałych zarzutów odwołań nie ma wpływu na ich rozstrzygnięcie.

Należy również w tym miejscu zaznaczyć, że podstawę orzeczenia o nakazaniu zamawiającemu unieważnienia postępowań w sytuacji gdy takiego żądania w odwołaniu nie było stanowi artykuł 192 ust.3 pkt 1) w związku z jego ust.2 oraz ust.7, w myśl których Izba związana jest zarzutami odwołania (a nie żądaniem), które Izba uznaje, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenie powyższego skutkuje uwzględnieniem odwołania, w którym Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Niniejszym wyrokiem Izba powyższe uczyniła nakazując unieważnienie postępowań prowadzonych przez zamawiającego wskazanych w sentencji niniejszego wyroku.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach w obu sprawach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r. poz.47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w obu sprawach w łącznej kwocie 30.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 37.200,00 zł. jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego oraz koszty reprezentacji pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 7.200,00 zł. na podstawie przedłożonych faktur do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....