

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Sofitec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sofitec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w**

Siemianowicach Śląskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sofitec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **Sofitec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** na rzecz zamawiającego - **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **3 677 zł 00**

gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Gliwicach.

Przewodniczący:
U z a s a d n i e

Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej „Zamawiający” lub „JSW S.A.”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę do kopalń JSW S.A. noży kombajnowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 029-068448.

W dniu 15 czerwca 2020 r. wykonawca Sofitec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 4-10 i 12-15 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy, a zatem nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania na tej podstawie.

2) art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powyższy przepis dotyczy również rozwiązania umów zawartych poza trybem z ustawy Prawo Zamówień Publicznych, podczas gdy z treści przepisu wprost wynika, że mowa jest o rozwiązaniu umów w sprawie zamówienia publicznego.

3) art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 4-10 i 12-15 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności by Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

4) art. 92 ust. 1a PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia (zawarte w powtórnie złożonym dokumencie JEDZ i

załączonych oświadczeniach) nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia Odwołującego.

5)art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP polegające na zaniechaniu przedstawienia okoliczności świadczących o niewykonaniu/nienależytym wykonaniu umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, jak również zaniechaniu wyjaśnienia okoliczności świadczących o poważnym i zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 4-10 i 12-15 oraz odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty; powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu oferty i treści złożonego przez Odwołującego dokumentu JEDZ i złożonych dodatkowo oświadczeń stanowiących wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania w części zamówienia nr 4-10 oraz 12-15.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Odwołujący podnosił, że w stosunku do żadnej z umów podanych w informacji o wykluczeniu oraz żadnego z opisanych zdarzeń Zamawiający nie wykazał, dlaczego należy uznać za uzasadniony zarzut poważnego i zawinionego naruszenia przez Odwołującego obowiązków zawodowych rozumianych jako niewykonanie, nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Ciężar wykazania tych okoliczności spoczywa na Zamawiającym, co wynika wprost z treści art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Zamawiający po pierwsze nie przedstawił żadnych argumentów świadczących o zaistnieniu tej podstawy wykluczenia, a po drugie uzasadniał wykluczenie powołując się na umowy, które nie stanowią umów (zamówień) w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił dalej, że spośród umów opisanych przez Zamawiającego w treści pisma o wykluczeniu z przetargu z dnia 4 czerwca 2020 r. wyłącznie dwie umowy zostały zawarte w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem tylko dwie umowy mogą zostać uznane za umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP i tylko te umowy mogą kreować zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Umowami tymi są: umowa numer 061902306 z dnia 12.11.2019 r. oraz umowa numer 061902233 z dnia 24.10.2019 r.

Rozwiązanie pozostałych umów w drodze jednostronnego oświadczenia o odstąpieniu (umowy numer 061901187 z dnia 15.05.2019 r. oraz numer 061801459 z dnia 07.06.2018 r.) nic uzasadnia wykluczenia z przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP z tej przyczyny, iż umowy te nie stanowią umów w sprawie zamówienia publicznego. Umowa 061901187 z dnia 15.05.2019 r. została zawarta w wyniku aukcji numer 267/A/WZ/19. Natomiast umowa 061801459 z dnia 07.06.2018 r. została zawarta w wyniku aukcji numer 443/A/DZZ/18. Obie aukcje zostały przeprowadzone z pominięciem ustawy prawo zamówień publicznych. Podstawą przeprowadzenia aukcji był regulamin wewnętrzny JSW S.A. W związku z tym zarówno umowa 061901187, jak i umowa 061801459 nie stanowią umów w sprawie zamówienia publicznego i nie mogły być wykorzystywane przy uzasadnieniu podstawy wykluczania z przetargu nieograniczonego ogłoszonego i prowadzonego na zasadach wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych (tj. nie mogą być objęte dyspozycją art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP).

Z tej samej przyczyny obie umowy nic mogły kreować zamówień, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Innymi słowy okoliczności związane z realizacją tych umów, tj. zarzuty związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówień złożonych w ramach tych umów nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie, czy Odwołujący dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, a w szczególności, czy Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Tożsamy argument dotyczy zarzucanego niewykonania nienależytego wykonania zamówień w ramach innych umów zawartych w trybie aukcji zorganizowanej poza trybem z ustawy PZP, tj. zamówień z umów numerach 061900599, 061901728 i 062000168.

I.Odstąpienie przez JSW S.A. od umowy 061902306 z dnia 12.11.2019 r. (24 ust. 5 pkt 4 PZP) oraz zarzut niewykonania przez Odwołującego zamówień w ramach tej umowy (art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP).

Odwołujący kwestionował zasadność i skuteczność dokonanego przez JSW S.A. odstąpienia od umowy numer 061902306, jak również kwestionował, by okoliczność rozwiązania tej umowy mogła być przyczyną wykluczenia z przetargu. Pismem z dnia 11.12.2019 r. (znak: WEZ/PM.241-76/19) JSW S.A. próbowało nieskutecznie odstąpić od wyżej wymienionej Umowy powołując się na rzekome niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DEM16.241-16304/19 z dnia 15.11.2019 r. na dostawę raczków wiertniczych. Odwołujący oświadczył, że odstąpienie od Umowy było całkowicie bezzasadne, a na pewno nie nastąpiło z winy Odwołującego lub też przyczyn zależnych od Odwołującego. Odwołujący kwestionował złożone oświadczenie o odstąpieniu od Umowy i podtrzymał swoje stanowisko, uważając, że JSW S.A. nie miało żadnych podstaw do odstąpienia od Umowy.

Skoro Zamawiający powołuje się na odstąpienie od umowy 061902306, jako przyczynę wykluczenia Odwołującego z przetargu, to powinien wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Umowa 061902306 z dnia 12.11.2019 r. została zawarta w ramach ustawy PZP. Jednakże Odwołujący kwestionował, by dopuścił się zawinionego i istotnego niewykonania (nienależytego wykonania) tej umowy, co mogłoby stanowić podstawę do odstąpienia od tej umowy i wykluczenia z przetargu. Skoro

Zamawiający wprost powołuje się na dokonane odstąpienie od umowy (jej rozwiązanie) w kontekście wykluczenia Odwołującego z przetargu, to niezbędna jest analiza złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy.

Zgodnie z treścią pisma z dnia 11.12.2019 r. (znak: WEZ/PM.241-76/19) JSW S.A. odstąpiło od tej umowy powołując się wyłącznie na rzekome niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DEM 16.241-16304/19 z dnia 15.11.2019 r. na dostawę rączków wiertniczych. Wartość tego zamówienia wynosiła 18.239,80 zł netto, czyli około 5 % wartości całej umowy (wartość umowy 311.618,68 zł).

JSW S.A. w oświadczeniu o odstąpieniu od tej umowy nie podało żadnych innych podstaw faktycznych lub prawnych złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Biorąc powyższe pod uwagę badaniu, w kontekście art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP podlega kwestia, czy zarzucane przez JSW S.A. rzekome niewykonanie zamówienia DEM 16.241-16304/19 z dnia 15.11.2019r. wypełnia przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, a zatem czy okoliczności związane z tym jednym zamówieniem świadczą o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co skutkowało rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania.

Odwołujący wskazywał, że po pierwsze w treści umowy 061902306 z dnia 12.11.2019 r. nie został ustalony i uzgodniony wiążący obie strony sztywny, jasny i konkretny termin realizacji zamówień składanych przez JSW S.A. Żadne z postanowień umowy nie precyzują, aby Odwołujący był zobowiązany do realizacji zamówienia w określonym terminie liczonym od dnia złożenia zamówienia (przykładowo w terminie 14 czy 21 dni). Po drugie nie zostało nigdzie uzgodnione, czy ewentualny termin realizacji zamówienia ma być liczony poczynawszy od dnia złożenia zamówienia przez JSW S.A., czy też od dnia skutecznego doręczenia takiego zamówienia do Odwołującego. Zatem żadne z postanowień Umowy nie przyznają spółce JSW S.A. prawa do jednostronnego i dowolnego ustalania terminu realizacji zamówienia, który to termin byłby wiążący dla Odwołującego. Odwołujący nie wyraził w treści Umowy (ani w innym oświadczeniu złożonym w jakiegokolwiek formie) zgody na jednostronne narzucanie przez JSW S.A. wiążących terminów realizacji zamówień. Tymczasem JSW S.A. działając z naruszeniem postanowień umowy ustalał jednostronnie i bez akceptacji Odwołującego terminy realizacji zamówień, uważając jednocześnie, że te terminy są wiążące. Jednakże wniosek taki nie wynika ze stosunku prawnego ukształtowanego na podstawie umowy.

Wobec powyższego całkowicie błędną i sprzeczną z umową była praktyka polegająca na kierowaniu do Odwołującego zamówień zawierających narzucony, a niezgodniony termin dostawy. Co istotnie Odwołujący nigdy nie potwierdzał narzuconych terminów realizacji zamówień, ani nie akceptował ich w jakiegokolwiek innej formie. Podstawą do narzucania terminu realizacji zamówienia nie był również §2 ust. 3 Umowy, ponieważ postanowienie to dotyczyło wyłącznie dookreślenia tego, co ma zawierać dokument zamówienia, tj. między innymi termin dostawy. Jednakże z tego postanowienia nie wynika w żaden sposób, by to JSW S.A. było uprawnione do jednostronnego ustalenia w dokumencie zamówienia terminu dostawy. Prawidłowa wykładnia §2 ust. 3 Umowy prowadzi do wniosku, iż dokument zamówienia powinien zawierać termin dostawy, który został uprzednio uzgodniony pomiędzy stronami. Do Umowy należy bowiem stosować cywilistyczne zasady na czele z autonomią woli stron oraz równymi prawami stron stosunku cywilnoprawnego. Oznacza to, że żadna ze stron nie może wiążąco narzucać drugiej stronie niezgodnionych lub nieobjętych wzajemnym konsensusem warunków realizacji umowy.

Zgodnie z twierdzeniami zawartymi w oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy rozwiązanie umowy miało uzasadniać niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DEM 16.241-16304/19 z dnia 15.11.2019 r. - w terminie określonym w tym zamówieniu. Odwołujący nie zgadzał się z przedstawioną przez Zamawiającego oceną realizacji Umowy, ponieważ, aby można było postawić zarzut niewykonania zamówienia należy przede wszystkim ustalić, do kiedy takie zamówienie miało być wykonane przez Odwołującego, jak również ustalić w jakim dniu zamówienie zostało skutecznie złożone (doręczone w taki sposób aby Odwołujący mógł się z nim zapoznać). Zamawiający nie wykazał powyższych okoliczności. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie uzgadniał tego terminu, jak również nigdy nie wyraził zgody na jego obowiązywanie. Termin jednostronnie narzucony przez JSW S.A. w dokumencie zamówienia mógł stanowić jedynie wstęp do dalszych negocjacji w zakresie ustalenia ostatecznego terminu dostawy. Należy zauważyć, że każdy dokument zamówienia posiada miejsce do potwierdzenia przyjęcia zamówienia (lub przyjęcia z zastrzeżeniami), co wskazuje, że JSW S.A. mogło jedynie proponować w treści zamówienia termin dostawy, a nie wiążąco go ustalać. Wobec tego okoliczność, iż w dniu wskazanym przez JSW S.A. nie doszło do wykonania dostawy nie świadczy o niewykonaniu/nienależytym wykonaniu zamówienia przez Odwołującego. Nie doszło do żadnego opóźnienia w wykonaniu tego zamówienia, a zatem odpada jedyna podstawa, na którą JSW S.A. powołało się przy odstąpieniu od umowy. Ponadto JSW S.A. nigdy nie wzywał do realizacji tego zamówienia, w tym pod rygorem odstąpienia od Umowy.

Na poparcie powyższej argumentacji zaznaczył, iż jedynym umownym terminem wykonania Umowy był termin wynikający z § 2 ust. 1. Zgodnie z tym postanowieniem dostawa i wydanie towaru miała nastąpić w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Skoro Umowa została zawarta 12.11.2019 r. to faktyczny termin realizacji Umowy kończył się

12.11.2020r. Z powyższego należy wyciągnąć następujące wnioski. Po pierwsze, po stronie Odwołującego nie doszło do opóźnienia w wykonaniu opisanego wyżej zamówienia, skoro termin realizacji Umowy ustalono na 12.11.2020 r. Po drugie, do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy doszło przed upływem terminu realizacji umowy, a co za tym idzie JSW S.A. uniemożliwiło Odwołującemu realizację Umowy w terminie wynikającym z Umowy.

Podsumowując, odstąpienie od umowy nr 061902306 z dnia 12.11.2019 r. nastąpiło bez żadnej podstawy faktycznej. Odwołujący nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania tej Umowy. Nie doszło zatem do rozwiązania Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący. Zatem jedyną podstawą odstąpienia od Umowy jest nieprawdziwa. Odwołujący zaznacza, iż ewentualne powoływanie się przez JSW S.A. na inne podstawy faktyczne odstąpienia od Umowy należy uznać za nieuprawnione na tym etapie. Za niedopuszczalne należy uznać rozszerzenie podstawy do odstąpienia od umowy ponad te okoliczności, które zostały wyraźnie wskazane w treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W innym przypadku Zamawiający mógłby bez ograniczeń w zależności od bieżących potrzeb przedstawiać nowe argumenty, które jego zdaniem uprawniały go do odstąpienia od umowy. Przyczyna odstąpienia powinna być jawna i jasna dla drugiej strony umowy i to w chwili, w której odebrała ona oświadczenie złożone przez odstępującego. Umożliwia to bowiem pełne ustosunkowanie się do argumentów podniesionych przez podmiot odstępujący od umowy. Ponadto dokument oświadczenia o odstąpieniu od umowy stanowi przejaw woli podmiotu je składającego w chwili sporządzenia takiego pisma, a wolę i zasadność oświadczenia uzasadniać może wyłącznie przyjęta w treści pisma podstawa faktyczna i prawna. Ocena skuteczności i zgodności z prawem oraz umową oświadczenia o odstąpieniu od umowy jest dokonywana w oparciu o podstawy faktyczne i prawne przedstawione przez składającego oświadczenie woli.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznaczał, iż nie doszło do sytuacji, w której zarzucane mu przez JSW S.A. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Samo bowiem powoływanie się przez JSW S.A. na niewykonanie zamówienia o niewielkiej wartości w skali całej umowy (wartość umowy 311.618,68 zł netto, wartość zamówienia 18.293,80 zł netto, czyli około 5 % wartości całej umowy) świadczy o tym, że zarzucane niewykonanie jednego zamówienia w żadnym wypadku nie mogło mieć w kontekście całej umowy istotnego charakteru. W skali całej umowy jest to wielkość nieistotna. W związku z powyższym Zamawiający nieprawidłowo bezpodstawnie uznaje, że doszło do istotnego niewykonania umowy.

Nadto Odwołujący podkreślał, że do złożenia przez JSW S.A. oświadczenia o odstąpieniu od Umowy doszło po zaledwie jednym miesiącu obowiązywania tej umowy, w czasie którego JSW S.A. nic skierował w ogóle do Odwołującego zamówień na zdecydowaną większość przedmiotu umowy. W tym konkretnym przypadku nie można uznać, że zarzucane niewykonanie/nienależyte wykonanie całej umowy mogło mieć charakter istotny.

Powyższe argumenty dotyczące w szczególności niezgodnienia szczególnego terminu realizacji zamówienia oraz nie wykazania skutecznego doręczenia zamówień Odwołującemu świadczą również o tym, że w ramach Umowy 061902306 nie doszło do żadnego poważnego wykroczenia zawodowego, jak również Odwołujący nie dopuścił się zawinonego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w ramach tej Umowy, co wyklucza również zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Powyższe odnosi się w szczególności do bezzasadnego zarzutu niewykonania zamówień w ramach umowy 061902306 o numerach DEM 16.241-16304/19 oraz DEM. 16.241-16596/19.

Z przedstawionych powyżej argumentów wynika, że Odwołujący nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a tym samym nie można postawić mu zarzutu zamierzonego niewykonania lub nienależytego wykonania tych zamówienia, jak również nie można mu przypisać rażącego niedbalstwa. Nadto należy podkreślić, iż podaną przez JSW S.A. i jedyną przyczyną odstąpienia od Umowy 061902306 był wyłącznie zarzut niewykonania zamówienia DEM 16.241-16304/19. JSW S.A. nigdy wcześniej (przed wykluczeniem) nie podnosiło zarzutu niewykonania zamówienia DEM.16.241-16596/19, co świadczy o wykorzystywaniu niepotwierdzonego zarzutu związanego z zamówieniem DEM,16.241-16596/19 wyłącznie w celu bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z przetargu. Co więcej, narzucony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia, tj.

18.12.2019r. przypadał 7 dni po próbie bezpodstawnego odstąpienia od umowy 061902306 przez JSW S.A., co oznacza że zamówienie to nie mogło być ani podstawą odstąpienia od umowy (co też nie miało miejsca), które JSW S.A. datowała na 11.12.2019., a tym bardziej podstawą do wykluczenia z przetargu. Dodatkowo po 11.12.2019 r. JSW S.A. uniemożliwiła realizację obu ww. zamówień.

2.Odstąpienie przez JSW S.A. od umowy 061902233 z dnia 24.10.2019 r. (24 ust. 5 pkt 4 PZP) oraz zarzut niewykonania przez Odwołującego zamówień związanych z tą umową (art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP).

Odwołujący kwestionował również zasadność i skuteczność dokonanego przez JSW S.A. odstąpienia od umowy numer 061902233, jak również kwestionował, by okoliczność rozwiązania tej umowy mogła być przyczyną wykluczenia z przetargu. Pismem z dnia

24.01.2020r. (znak: WEZ/PM.241-4/20) JSW S.A. próbowało nieskutecznie odstąpić od wyżej wymienionej Umowy powołując się na rzekome niewykonanie przez Odwołującego zamówień o numerach DEM16.241-16983/19 z dnia 18.12.2019 r. oraz DEM 16.241-

16798/19 z dnia

12.12.2019r. na dostawę noży do kombajnów chodnikowych i ścianowych. Odwołujący oświadczył, że odstąpienie od Umowy było całkowicie bezzasadne, a na pewno nie nastąpiło z winy Odwołującego lub też przyczyn zależnych od Odwołującego. Odwołujący kwestionował złożone oświadczenie o odstąpieniu od Umowy i podtrzymał swoje stanowisko, uważając, że JSW S.A. nie miało żadnych podstaw do odstąpienia od Umowy.

Zgodnie z treścią pisma z dnia 24.01.2020 r. (znak: WEZ, PM.241-4/20) JSW S.A. podstawą odstąpienia od tej Umowy było wyłącznie rzekome niewykonanie przez Odwołującego zamówień o numerach DEM16.241-16983/19 z dnia 18.12.2019 r. oraz DEM 16.241-16798/19 z dnia 12.12.2019 r. na dostawę noży do kombajnów chodnikowych i ścianowych. Wartość obu zamówień wynosiła łącznie 27.690.00 zł netto, co stanowi mniej niż 1 % wartości całej umowy (wartość umowy 2.887.960.00 zł netto).

Odwołujący zaznaczał, iż jedynym umownym terminem wykonania Umowy był termin wynikający z § 2 ust. 1. Zgodnie z tym postanowieniem dostawa i wy danie towaru miała nastąpić w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Skoro Umowa została zawarta

24.10.2019r. to faktyczny termin realizacji Umowy kończył się 24.10.2020 r. Z powyższego należy wyciągnąć następujące wnioski. Po pierwsze, po stronie Odwołującego nie doszło do opóźnienia w wykonaniu obu opisanych wyżej zamówień, skoro termin realizacji Umowy ustalono na 24.10.2020 r. Po drugie, do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy (pismo z dnia 24.01.2020 r.) doszło przed upływem terminu realizacji umowy, a co za tym idzie JSW S.A. uniemożliwiło Odwołującemu realizację Umowy w terminie wynikającym z Umowy.

Odwołujący zaznaczał dodatkowo, iż absolutnie nie doszło do sytuacji, w które zarzucane mu przez JSW S.A. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Samo bowiem powoływanie się przez JSW S.A. na niewykonanie dwóch zamówień o niewielkiej wartości w skali całej umowy (wartość umowy 2.887.960.00 zł netto, wartość tych dwóch zamówień to łącznie 27.690.00 zł netto, czyli mniej 1 % wartości całej umowy) świadczy o tym, że zarzucane niewykonanie dwóch niewielkich zamówień w żadnym wypadku nie mogło mieć w kontekście całej umowy istotnego charakteru. W skali całej umowy jest to wielkość nieistotna. W związku z powyższym Zamawiający nieprawidłowo i bezpodstawnie uznaje, że doszło do istotnego niewykonania umowy. Nadto Odwołujący podkreśla, że do złożenia przez JSW S.A. oświadczenia o odstąpieniu od Umowy doszło po zaledwie trzech miesiącach jej obowiązywania, w czasie którego JSW S.A. nic skierował w ogóle do Odwołującego zamówień na zdecydowaną większość przedmiotu umowy (co do wartości i ilości).

Równocześnie Odwołujący powieł argumenty dotyczące w szczególności niezgodnienia szczególnego terminu realizacji zamówienia oraz niewykazania skutecznego doręczenia zamówień i podkreślał, że okoliczności związane z umową 061902233 nie dają podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP i art. 24 ust 5 pkt 4 PZP, ponieważ nie zaistniały wszystkie przesłanki zastosowania tych przepisów.

3. Odstąpienie od Umów numer 061901187 z dnia 15.05.2019 r. oraz numer 061801459 z dnia 07.06.2018 r.

Spśród umów opisanych przez Zamawiającego w treści pisma o wykluczeniu z dnia 4 czerwca 2020 r. wyłącznie dwie umowy zostały zawarte w trybie ustawy prawo zamówień publicznych (omówione powyżej). Odstąpienia od pozostałych umów (umowy numer 061901187 z dnia 15.05.2019 r. oraz numer 061801459 z dnia 07.06.2018 r.) nie może stanowić podstawy do wykluczenia z przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP z tej przyczyny, iż umowy te nie stanowią umów w sprawie zamówienia publicznego.

Umowa 061901187 z dnia 15.05.2019 r. została bowiem zawarta w wyniku aukcji numer 267/A/WZZ/19. Natomiast umowa 061801459 z dnia 07.06.2018 r. została zawarta w wyniku aukcji numer 443A/DZZ/18. Obie aukcje zostały przeprowadzone z pominięciem ustawy prawo zamówień publicznych. Podstawą przeprowadzenia aukcji był regulamin wewnętrzny JSW S.A. W związku z tym ww. umowy nie stanowią umów w sprawie zamówienia publicznego i nie mogły być wykorzystywane przy uzasadnieniu podstawy wykluczenia z przetargu nieograniczonego ogłoszonego i prowadzonego na zasadach wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych (tj. nie mogą stanowić podstawy z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP).

Jednakże Odwołujący ustosunkował się z ostrożności również do oświadczenia o odstąpieniu od tych umów, bowiem kwestionował oraz w dalszym ciągu kwestionuje istnienie podstaw do odstąpienia przez JSW od tych umów, a co za tym idzie kwestionuje skuteczność złożonego oświadczenia o odstąpieniu od tych Umów.

Odwołujący przedstawił swoją analizę złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od obu umów. JSW S.A. odstąpiło od wyżej wymienionych umów pismem z dnia

11.12.2019r. (znak: WEZ/PM.241-76/19). JSW S.A. powołało się wyłącznie na rzekome niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DZM 16.241 -15720/19 z dnia

16.10.2019r. na dostawę żerdzi śrubowo-żebrowych i raczków BOR (w ramach umowy 061901187 z dnia 15.05.2019 r.) oraz zamówienia

o numerze DZM16.241 -15901/19 z dnia

23.10.2019r. na dostawę noży do kombajnu ścianowego (w ramach umowy 061801459 z dnia 07.06.2018 r.). Wartość zarzucanego niewykonania zamówienia w ramach umowy 061901187 wynosiła 17.256,90 zł netto, co stanowi ok 7% wartości całej umowy (wartość umowy 223.201.00 zł netto). Natomiast w ramach umowy 061801459 wartość zarzucanego niewykonania zamówienia wynosi 7.485,00 zł netto, co stanowi zaledwie 0,5 % wartości całej umowy (wartość całej umowy 1.492.617,55 zł).

Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż zamówienie numer DZM 16.241-15720/19 z dnia

16.10.2019r. było realizowane przed skutecznym doręczeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy 061901187, co potwierdza dowód dostawy z dnia 17.01.2020 r. Odwołujący zaznacza, iż w dniu 17.01.2020 r. wydrukował z Portalu Dostawcy dokument dostawy do tego zamówienia i było ono cały czas aktywne w tymże Portalu, chociaż JSW dalej twierdzi, iż skutecznie odstąpiło od umowy 061901187, z którą związane było to zamówienie. Zatem w twierdzeniach JSW S.A. widać wyraźną sprzeczność. Dla Odwołującego, jako wykonawcy, zamówienie to było cały czas aktywne, co potwierdza, iż nie nastąpił skutek w postaci rozwiązania umowy na skutek odstąpienia od umowy.

Powyższe nie było jednorazowym przypadkiem, ponieważ w dniu 17.01.2020 r. Odwołujący zrealizował również inne dostawy do zamówień wystosowanych w ramach umowy 061901187 (aukcji elektroniczna numer ogłoszenia 267/A/WZZ/19), np. zamówienia DEM16.241-16416/19. Należy wyraźnie podkreślić, iż gdyby JSW S.A. uważało te umowy za rozwiązane, to nie byłoby możliwe wydrukowanie dowodów dostaw do zamówień związanych z tymi umowami np. zamówień DZM16.241-15720/19 oraz DEM16.241-16416/19 z umowy 061901187 itp. Skoro było inaczej, to JSW S.A. musiało uznawać umowę za obowiązującą.

Odwołujący podnosił, iż dopiero po zrealizowaniu dostawy tj. sześć dni po odbiorze towaru JSW S.A. zgłosił nieuzasadnione zarzuty, iż zamówienie już nie obowiązywało i bezzasadnie wezwał do odbioru wyrobów. JSW S.A. do dnia dzisiejszego nie dokonało zapłaty za trzy dostawy zrealizowane w dniu 17.01.2020 r., tj. za faktury FA/26/2020, FA/27/2020 oraz FA/28/2020 czym poważnie naruszył umowy obowiązek zapłaty należnego Odwołującemu wynagrodzenia.

Odwołujący podnosił również, że w przeszłości informował JSW S.A o niemożności wydruku niektórych dowodów dostaw do zamówień, co skutkowało brakiem możliwości przeprowadzenia dostaw. Takie działanie JSW S.A. uniemożliwiało bieżącą realizację dostaw. Podstawą przeprowadzenia dostaw jest bowiem wydruk dowodu dostawy z Portalu Dostawcy dla wyrobów już wyprodukowanych i przeznaczonych do wysyłki do kopalń JSW S.A. Bez wydruku dokumentu dostawy nie jest możliwe skuteczne przeprowadzenie dostawy, bowiem pracownicy JSW S.A. odmówią odbioru takiej dostawy. Zatem skoro Odwołujący nie mógł wygenerować (pobrać) z prowadzonego przez JSW S.A. Portalu Dostawcy i wydrukować koniecznego dowodu dostawy, to jakiegokolwiek negatywne skutki z tym związane obciążają wyłącznie JSW S.A.

Ponadto w decyzji o wykluczeniu z przetargu JSW S.A. powołało się na niewykonanie zamówienia DEM 16.241-16416/19 w ramach umowy 061901187. Odwołujący zaznacza, iż zgodnie z treścią tego zamówienia narzucony przez JSW S.A. termin realizacji tego zamówienia upływał 13 grudnia 2019 r., podczas gdy JSW S.A. pismem z dnia 11 grudnia 2019 r. bezpodstawnie oświadczyło o odstąpieniu od tej Umowy, w tym od tego zamówienia. W związku z powyższym JSW S.A. złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy przed upływem terminu realizacji zamówienia DEM16.241-16416/19, czym faktycznie uniemożliwiło Odwołującemu realizację tego zamówienia. W konsekwencji nie można mówić o jakimkolwiek opóźnieniu, czy też niewykonaniu tego zamówienia przez Odwołującego. JSW S.A. nie może zatem w żadnym wypadku powoływać się na niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia DEM 16.241-16416/19 uzasadniając decyzje o wykluczeniu Odwołującego z przetargu. Zamówienie DEM16.241-16416/19 nie mogło być więc ani podstawą odstąpienia od umowy (co też nie miało miejsca) które JSW S.A. datowała na 11.12.2019r., a tym bardziej podstawą do wykluczenia z przetargu.

Nie doszło również do sytuacji, w której zarzucane Odwołującemu przez JSW S.A. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umów miało charakter istotny. Samo bowiem powoływanie się przez JSW S.A. na niewykonanie po jednym z zamówień z każdej z umów i to zamówień o niewielkiej wartości w skali tych umów (wartość umowy 061901187 223.201.00 zł netto, wartość zamówienia 17.256,90 zł netto, czyli nieco ponad 7 % wartości całej umowy; wartość umowy 061801459 1.492.617,55 zł netto, wartość zamówienia 7.485,00 zł netto, czyli ok. 0,5 % wartości całej umowy) świadczy o tym, że zarzucane niewykonanie po jednym z zamówień w ramach każdej z umów w żadnym wypadku nie mogło mieć w kontekście całej umowy istotnego charakteru.

Równocześnie Odwołujący powieł argumenty dotyczące w szczególności niezgodnienia szczególnego terminu realizacji zamówienia oraz niewykazania skutecznego doręczenia zamówień i podkreślał, że, okoliczności związane z umową 061901187 oraz 061801459 nic dają podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 PZP, ponieważ nie wystąpiły wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu.

4. Zarzut poważnego wykroczenia zawodowego w ramach umów 061801459, 061900599, 061901187, 061901728, 062000168.

Odwołujący podnosił, że kwestia realizacji umów 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168 nie może

również uzasadniać wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Odwołujący podnosił, że umowy 061900599, 061901728 oraz 062000168 również zostały zawarte w trybie prywatnej aukcji organizowanej przez JSW S.A. z pominięciem ustawy prawo zamówień publicznych, tj. odpowiednio aukcji 154/A/WZZ/19, aukcji 501/A/WZZ/19 oraz 702/A/WRP/19.

Zgodnie z przedstawionymi dowodami umowy numer 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168 nie stanowią umów w sprawie zamówienia publicznego. Zatem nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wstąpienia tej podstawy wykluczenia z przetargu. Wniosek ten wynika z treści art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. W tym przepisie jest bowiem mowa w szczególności o zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie Wykonawcy, które spowodowało niewykonanie lub nienależytego wykonanie zamówienia. Mowa oczywiście o zamówieniach realizowanych w ramach umów w sprawie zamówienia publicznego. Powyższy przepis odnosi się wyłącznie do zamówień, które zostały zlecone w wykonaniu umów zawartych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP odnosi się zatem *stricte* do zamówień związanych z przetargami publicznymi, a nie zamówieniami jako takimi. W szczególności przepis ten nie stanowi o zamówieniach realizowanych w ramach umów zawieranych poza trybem z ustawy prawo zamówień publicznych. Skoro umowy 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168 zostały zawarte w trybie prywatnej aukcji, to okoliczności związane z realizacją tych umów (zamówień wskazanych przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 04 czerwca 2020 r. w przedmiocie wykluczenia z przetargu) nie mogą uzasadniać wykluczenia z przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

Niezależnie od powyższego Odwołujący kwestionował podniesione przez JSW S.A. zarzuty dotyczące nieterminowego lub nienależytego wykonywania zamówień w ramach tych umów, jak również zarzut dotyczący zakupów zastępczych i wad noży, w tym nieuznania reklamacji. Odwołujący podnosił, iż w żadnym wypadku zarzuty te nie świadczą o popełnieniu przez Odwołującego poważnego wykroczenia zawodowego.

A. Zarzut niewykonania / nieterminowego wykonania zamówień.

Opisane argumenty dotyczące w szczególności niezgodnienia szczególnego terminu realizacji zamówienia oraz niewykazania skutecznego doręczenia zamówień Odwołującemu świadczą również o tym, że w ramach umów 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168 nie doszło do żadnego poważnego wykroczenia zawodowego, jak również Odwołujący nie dopuścił się zwinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w ramach tej Umowy, co wyklucza również zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Powyższe odnosi się w szczególności do bezzasadnego zarzutu niewykonania/nienależytego wykonania zamówień w ramach umów 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168 szczegółowo wymienionych w treści pisma Zamawiającego na stronie 3 i 4. JSW S.A. nie było uprawnione do jednostronnego narzucania terminów realizacji zamówień, a także nie wykazało skutecznego doręczenia zamówień. Z tej przyczyny nie sposób mówić zarówno o niewykonaniu zamówień przez Odwołującego, jak i o nieterminowym wykonaniu zamówień.

B. Badanie noży

Przedstawiając kolejne argumenty uzasadniające wykluczenie Odwołującego z przetargu Zamawiający podniósł, że noże kombajnowe dostarczone przez Odwołującego posiadały wady, co zostało stwierdzone badaniami przeprowadzonymi przez firmę Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji w Katowicach. Zamawiający podniósł, że wyniki ekspertyzy nr 6/2019 z dnia 14.06.2019 r. wykazały, że dostarczone przez Odwołującego noże nie spełniają wymogów umownych m. in. w zakresie twardości części roboczej i części chwytowej, obecności warstwy ochronnej, głębokości pokrycia lutem oraz składu chemicznego.

Odwołujący od początku kwestionował wyniki tej ekspertyzy. Odwołujący podniósł w piśmie z dnia 21 sierpnia 2019 r. m. in. że z uwagi na fakt, iż spółka Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji w Katowicach nie posiada żadnych uprawnień do przeprowadzenia tego typu badań, to nie sposób uznać przedstawionych wyników za wiarygodne i uzasadniające, że doszło do dostarczenia noży niespełniających warunków umowy. Odwołujący poprosił o wydanie próbek kwestionowanych noży w celu przeprowadzenia wiarygodnych badań noży. Odwołujący wykazał zatem wolę rozstrzygnięcia powyższego problemu, lecz JSW S.A. nie przekazało nigdy próbek noży do badań, a więc nie podjęło żadnej współpracy w celu wyjaśnienia sprawy.

Zgodnie z twierdzeniami JSW S.A. dwie sztuki noży kombajnowych z całej dostawy wykonanej w ramach zamówienia zostały poddane badaniom jakościowym oraz weryfikacji parametrów technicznych w spółce Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji w Katowicach. Przedstawiona ekspertyza z badań jest niewiarygodna i nie daje podstaw do uznania, że noże dostarczone przez Odwołującego nie spełniają warunków umowy.

Po pierwsze Odwołujący został pozbawiony prawa do uczestniczenia w procedurze pobrania próbek noży kombajnowych do badań. W związku z powyższym Odwołujący nie miał faktycznej możliwości uczestniczenia w pobraniu noża do badań i weryfikacji rzeczywistego pochodzenia pobranego materiału.

Po drugie JSW S.A. nigdy nie udowodnił, że to dostarczone przez Odwołującego dwa noże kombajnowe zostały poddane tym badaniom. Nie wiadomo bowiem jaką próbkę poddano badaniom, tj. czy faktycznie były to dwa noże kombajnowe pochodzący z dostawy przeprowadzonej przez Odwołującego. Z dokumentu ekspertyzy nie wynika z jakiej dostawy przeprowadzonej przez Odwołującego miały

pochodzić przedmiotowe dwa noże. Dodatkowo ekspertyza nie potwierdza, że noże objęte badaniami posiadały wyraźne cechy świadczące o tym, że są to noże wyprodukowane przez Odwołującego. JSW S.A. otrzymuje noże kombajnowe od wielu producentów zatem niewykluczone, że noże poddane badaniom pochodziły z dostawy przeprowadzonej przez innego producenta. Skoro JSW S.A. zarzuca Odwołującemu wadę dwóch noży i z tego tytułu wywodzi uprawnienie do wykluczenia z przetargu, to na nim spoczywa ciężar wykazania, iż po pierwsze badaniem zostały objęte noże pochodzące z dostawy przeprowadzonej przez Odwołującego i po drugie, że te noże są wadliwe. JSW S.A. nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego prawdziwość swoich twierdzeń. JSW S.A. nie przedstawił również żadnego protokołu z poboru próbek do badań, który zostałby podpisany przez obie strony umowy, tj. Odwołującego i JSW S.A. . To, że JSW

S.A. oznaczył jakieś noże plombami, a następnie te noże przekazał do badań nie oznaczając, że to noże dostarczone przez Odwołującego zostały tymi plombami oznaczone i że to noże Odwołującego ostatecznie były przedmiotem badań. Należy podnieść, iż opisanie noży przez pracowników JSW S.A. znakami 1/S/19/DWR i 2/S/19/DWR również nie świadczy o tym, że to noże pochodzące od Odwołującego były przedmiotem badań. Dodatkowo o pochodzeniu noży nie świadczy również założona plomba. Nie ma bowiem żadnego dowodu, iż używane przez pracowników JSW S.A. plomby mają niepowtarzalne numery. Idąc dalej JSW S.A. nie wykazał żadnym dowodem, iż w okresie w którym miało dojść do dostawy i badań noży (maj-czerwiec 2019), a także we wcześniejszym okresie z którego mogły pochodzić badane noże. Odwołujący był jedynym dostawcą noży o tych parametrach.

Po trzecie, w ocenie Odwołującego, wybór podmiotu Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Katowicach, jako podmiotu mającego dokonać badania jakości noży kombajnowych, był wadliwy, ponieważ badania noży kombajnowych mogła dokonać wyłącznie jednostka specjalizująca się w tego typu badaniach. JSW S.A. nie przedstawił jednak żadnych dowodów na okoliczność, iż spółka Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji jest jednostką akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji oraz posiada odpowiednie certyfikaty w zakresie badań noży kombajnowych. Tego typu badania noży kombajnowych mogła dokonać wyłącznie jednostka specjalistyczna. Zdaniem Odwołującego wybór firmy Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji, jako podmiotu mającego przeprowadzić badania jakości noży kombajnowych, nie gwarantował rzetelności przeprowadzonych badań. Odwołujący nie został również poinformowany o uprawnieniach pracowników przeprowadzających badania. JSW S.A. nie przedstawił również żadnych świadectw legalizacji i wzorcowania przyrządów pomiarowych stosowanych do badań, posiadającej akredytację odpowiedniej jednostki Polskiego Centrum Akredytacji, a tylko takie mogą być stosowane do wykonywania tak szczegółowych pomiarów. Zamawiający nie przedłożył specyfikacji urządzeń badawczych potwierdzających możliwość ich zastosowania do badań noży kombajnowych.

C. Reklamacja noży.

JSW S.A. zarzuciło Odwołującemu również bezpodstawne nieuwzględnienie reklamacji wad fizycznych noży kombajnowych, które miały być dostarczone przez Odwołującego w ramach umowy 061801459 (zamówienie DZM16.241-14989/18).

Po pierwsze, umowa ta nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego, dlatego zarzuty związane z tą umową są niedopuszczalne w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP (zgodnie z przedstawioną wyżej argumentacją).

Niezależnie od powyższego, również ten zarzut ze strony JSW S.A. okazał się bezzasadny. JSW S.A. zarzuciło, iż dostarczone przez Odwołującego noże kombajnowe odznaczają się nieprawidłowym zużyciem spowodowanym pęknięciem kadłuba cylindrycznego noża. Wbrew twierdzeniom JSW S.A., Odwołujący przeprowadził rzetelną procedurę rozpatrzenia reklamacji. W toku reklamacji ustalano, że doszło do maksymalnego wyeksploatowania noży, a w wyniku tego procesu zużyciu uległa robocza część noży. Nie doszło natomiast do uszkodzenia kadłuba cylindrycznego noży. Przyczyną nienaturalnego zużycia noży mogło być nieprawidłowe ustawienie uchwyty nożowych w organach urabiających, niedostosowanie parametrów noży do warunków geologicznych panujących w obszarze eksploatacji (zbyt intensywne zużycie noży) lub zbyt późna wymiana zużytych noży. Odwołujący wyjaśnił przyczyny nienaturalnego zużycia części roboczej noży w pismach skierowanych do JSW S.A. Ponieważ oględziny nie potwierdziły żadnych pęknięć korpusów noży, a jedynie ich nieprawidłową eksploatację przez użytkownika oraz nie stwierdzono również żadnych wad fizycznych reklamowanych noży to Odwołujący odmówił wymiany reklamowanych noży na nowe.

D. Zakup zastępczy.

JSW S.A. podniosło również, że na skutek niewykonania przez Odwołującego zamówień, było zmuszone do dokonania zakupów zastępczych. Jednakże również ten zarzut nie ma uzasadnionych podstaw w kontekście wykluczenia z przetargu. W piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. JSW S.A. podniosło, iż Odwołujący nie wykonał zamówień o numerach DZM 16.241-11619/19 (umowa 061600599) oraz DZM 16.241- 12724/19 (umowa 0619001187).

Po pierwsze, umowy te nie są umowami w sprawie zamówienia publicznego, dlatego zarzuty związane z tymi umowami są niedopuszczalne w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP (zgodnie z przedstawioną wyżej argumentacją).

Po drugie, zostało powyżej wykazane, że w ramach umów numer 061600599 oraz numer 0619001187, Odwołujący nie był

związany wskazanymi przez JSW S.A. terminami realizacji poszczególnych zamówień. Skoro nie doszło do opóźnienia w realizacji zamówień oraz nie można stwierdzić, iż Odwołujący nie wykonał w terminie zamówienia, to równie bezzasadne było dokonanie przez Zamawiającego zakupu zastępczego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Oczywiście JSW S.A. mogło zamówić noże u innych podmiotów, jednak robiło to wyłącznie na własny koszt i na własne ryzyko i w żadnym wypadku działanie JSW S.A. nie może obciążać Odwołującego.

Po trzecie, JSW S.A. nie udowodniło nigdy, że na skutek wykonania zastępczego poniosło jakąkolwiek szkodę. W szczególności nie wykazano, by JSW S.A. zapłaciło podmiotom trzecim za realizację zakupów zastępczych, jaka była rzeczywista wartość tych zakupów, czy wartość zakupów zastępczych była wyższa czy niższa od kwoty jaką JSW S.A. musiałoby zapłacić Odwołującemu za wykonane dostawy.

E. Faktury obejmujące wynagrodzenie z tytułu umowy składu i potrącenia.

JSW S.A. zarzucał Odwołującemu nieuczciwość powołując się na niedokonanie przez Odwołującego zapłaty wynagrodzenia z tytułu składu konsygnacyjnego objętego fakturami wystawionymi przez JSW S.A.

Odnosząc się do opisanych przez JSW S.A. w piśmie z dnia 4 czerwca 2020 r. faktur obejmujących wynagrodzenie z tytułu przechowywania w składzie konsygnacyjnym towarów dostarczonych przez Odwołującego, należy stwierdzić, że JSW S.A. nigdy nie wykazał w żaden sposób istnienia podstaw faktycznych uzasadniających wystawienie faktur VAT z tytułu składu konsygnacyjnego, a co za tym idzie wiarytelności przedstawione przez JSW S.A. do potrącenia w treści oświadczeń o numerach DWPW/07/2018/731, DWPW/07/20/2018/887, DWPW/07/2019/48, DWPW/07/2018/202, DWPW/07/2019/419, DWPW/07/2020/268 nigdy nie istniały. Złożone oświadczenia o potrąceniu nie spowodowały umorzenia wiarytelności przysługujących Odwołującemu z tytułu prawidłowo zrealizowanych dostaw.

Powyższe stało się przyczyną wytoczenia przez Odwołującego przeciwko JSW S.A. powództwa o zapłatę kwoty 337,91 zł. Odwołujący podnosi, że JSW S.A. nie wykazał, by był uprawniony do wystawienia następujących faktur z tytułu umowy składu konsygnacyjnego: - faktura FUS/6/SU/18/00828, -faktura FUS/6/SU/18/01063, -faktura FUS/6/SU/18/00950, - faktura FUS/6/SU/18/01210, -faktura FUS/6/SU/18/01361, -faktura FUS/6/SU/18/01463, - faktura FUS/6/SU/19/00141, -faktura FUS/6/SU/19/00541, -faktura FU S/6/S U/19/00542, - faktura FUS/6/SU/19/01434, -faktura FUS/6/SU/19/01435, -faktura FUS/6/SU/19/00094, - faktura FUS/6/SU/19/00095. Z treści wyżej wymienionych faktur wynika, że zostały wystawione w związku z umową nr 061801459, za wyjątkiem: - faktur FUS/6/SU/19/00542, FUS/6/SU/19/01434 oraz FUS/6/SU/19/00094 wystawionych na podstawie umowy 061900599, - faktur FUS/6/SU/19/01435 i FUS/6/SU/19/00095 wystawionych na podstawie umowy 061901728.

Wszystkie faktury są związane z umowami, które nie są umowa w sprawie zamówienia publicznego, dlatego zarzuty związane z tymi umowami (fakturami) są niedopuszczalne w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP (zgodnie z przedstawioną wyżej argumentacją). Niezależnie od tego Odwołujący przedstawił argumenty świadczące o bezzasadności tych faktur.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 2 umowy 061801459 (tekst pod tabelą) miesięczne wynagrodzenie za przechowywanie towaru miało zostać ustalone w odniesieniu do powierzchni składu rzeczywiście wykorzystywanego do przechowywania towaru w poszczególnych okresach rozliczeniowych składu konsygnacyjnego. Zatem zarówno sama możliwość obciążenia Odwołującego z tego tytułu, jak i wysokość tego obciążenia zależała od zmiennej w postaci wielkości rzeczywiście zajętej powierzchni magazynu przez towary dostarczone przez Odwołującego. Oznacza to, że możliwość wystawienia faktury oraz wysokość wynagrodzenia z tytułu składu (ujęte w opisanych wyżej fakturach VAT) musi być uzasadniona rzeczywistą powierzchnią zajętego przez Odwołującego składu i okresem, w którym miało miejsce zajęcie powierzchni składu przez towar Odwołującego.

Skoro JSW S.A. wywodzi korzystane dla siebie skutki prawne z przedstawionych faktur, to na nim spoczywa ciężar dowodowy wykazania zasadności faktur co do zasady i co do wysokości. Tymczasem JSW S.A. nigdy nie przedstawił żadnego dowodu, że w okresie za który wystawił przedmiotowe faktury przechowywał towar Odwołującego, a jeżeli tak to jaką powierzchnię miał według niego zajmować Odwołujący w okresach, za które zostały wystawione faktury oraz z czego to wynika. Dowodami takimi nie mogą być faktury, gdyż nie stanowią źródłowego dowodu uzasadniającego taką, a nie inną powierzchnię zajętego składu. JSW nie wykazał zatem podstaw faktycznych wystawionych faktur VAT, a zatem nie wykazał istnienia wiarytelności objętych tymi fakturami we wskazanej wysokości. Odwołujący w tym miejscu kwestionuje zasadność roszczeń / tytułu składu i oświadcza, że faktury wystawione przez JSW S.A. były i nadal są bezzasadne. Odwołujący podnosi nadto, że faktury zostały wystawione w sposób dowolny, bowiem JSW S.A. nie okazał nigdy żadnego dokumentu, z którego wynikałoby zajmowanie przez Odwołującego składu i to w powierzchni i okresie uzasadniającym faktury.

Powyższe zarzuty dotyczące nie przedstawiania przez JSW S.A. żadnego dowodu na okoliczność przyjęcia na magazyn towaru dostarczonego przez Odwołującego, zajęcia przez towar odwołującego powierzchni magazynowej, jak również wielkości zajętej powierzchni, za którą została wystawiona ta faktura odnoszą się również do pozostałych faktur, tj.: - faktur FUS/6/SU/19/00542,

FUS/6/SU/19/01434, FUS/6/SU/19/00094 wystawionych na podstawie umowy 061900599, - faktur FUS/6/SU/19/01435 i FUS/6/SU/19/00095 wystawionych na podstawie umowy 061901728.

Odwolujący podjął przewidziane prawem działania mające na celu wyjaśnienie zasadności dokonanych przez JSW S.A. obciążeń fakturami tytułem składu konsygnacyjnego i potrąceń. Spór w zakresie istnienia podstaw do obciążenia Odwołującego przedmiotowymi fakturami (a co za tym idzie skuteczności złożonych przez JSW S.A. oświadczeń o potrąceniu) został poddany pod rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w Rybniku (sygn. akt: VI GC 2454/19 upr). Przedmiotem postępowania sądowego jest ocena, czy JSW S.A. było uprawnione do obciążenia Odwołującego fakturami tytułem umowy składu i w konsekwencji, czy przysługiwały jej wierzytelności przedstawione następnie w oświadczeniach o potrąceniu. Odwołujący nie zgadzał (i nadal nie zgadza) się ze złożonymi przez JSW S.A. oświadczeniami o potrąceniu, dlatego też wystąpił do sądu z powództwem o zapłatę swoich należnych wierzytelności z tytułu wykonanych dostaw narzędzi, które to zdaniem JSW S.A. zostały umorzone na skutek potrącenia.

Odwolujący podkreślał, że w związku z umowami nr 061902233, 061902306, 061901187 oraz 061801459 nie doszło do zasądzenia odszkodowania ani innej tego typu sankcji przeciwko Odwołującemu. JSW S.A. naliczył bezzasadne kary umowne z tytułu odstąpienia od umów, które zostały ujęte w następujących notach: NZ/6/SNZ/20/00001 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 65.402.63 zł, NZ/6/SNZ/20/00002 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 9.305.52 zł, NZ/6/SNZ/20/00003 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 38.329.10 zł, NZ/6/SNZ/20/00007 z dnia 10.02.2020 r. o wartości 355.219.08 zł.

W związku z faktem, iż JSW S.A. nie miał podstaw do odstąpienia od tych umów, również obciążenia karami umownymi są bezpodstawne i nieskuteczne. Jednakże bez względu na to czy kary te są uzasadnione, czy też nie, zarówno w treści dokumentu JEDZ jak i wśród podstaw wykluczenia, mowa jest o zasądzeniu odszkodowania. Samo naliczenie kar umownych w żaden sposób nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy z przetargu. Zatem, wystawienie not księgowych tytułem kar umownych za odstąpienie od umów, które nie zostały potwierdzone w drodze prawomocnego orzeczenia sądowego, nie uzasadnia wykluczenia z przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 lub art. 24 ust 5 pkt 2 PZP.

Odwolujący podnosił również zarzut związany z brakiem wyjaśnienia, dlaczego stanowisko przedstawione przez Odwołującego w oświadczeniach o samooczyszczeniu nie zostało uwzględnione. Odwołujący przedstawił w powtórnie złożonym dokumencie JEDZ wiele okoliczności uzasadniających brak podstaw do wykluczenia (m. in. brak podstaw do odstąpienia od umów opisanych w treści decyzji o wykluczeniu, brak możliwości powoływania się na kary umowne, które nie zostały potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu, brak możliwości powoływania się na umowy, które zostały zawarte w trybie aukcji prywatnej, czyli niezwiązane z ustawą prawo zamówień publicznych). Obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie w uzasadnieniu taktycznym czynności wykluczenia przyczyny negatywnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i powołanych dowodów w ramach tzw. instytucji samooczyszczenia.

Odwolujący zarzucał również, że JSW S.A. nie przedstawiło w uzasadnieniu wykluczenia okoliczności świadczących o niewykonaniu/nienależytym wykonaniu umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, jak również zaniechaniu wyjaśnienia okoliczności świadczących o poważnym i zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych przez Odwołującego.

Odwolujący podnosił również, że podniesione przez JSW S.A. okoliczności związane ze stosunkami ze spółką Dalin sp. z o.o., jak również to, że spółka Dalin sp. z o.o. pozostaje w sporze sądowym z JSW S.A. nie stanowi żadnej przesłanki wykluczenia Odwołującego z przetargu. Zatem cały akapit ze strony 6 nie ma żadnego merytorycznego związku z przedmiotowym postępowaniem i nie zasługuje na uwzględnienie. Dodatkowo spółka Sofitec sp. z o.o. jest spółką niezależną od spółki Dalin sp. z o.o. Spółka Sofitec sp. z o.o. jest również odrębnym podmiotem, posiadającym własną osobowość prawną.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca w ustawowym terminie.

Pismem z dnia 23 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i załączył pismo procesowe, które znajduje się w aktach sprawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia

Ozamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Odwołującym, informacji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 czerwca 2020 r., a także oświadczenia

i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia

1rozprawy w dniu 28 lipca 2020 r.

Izba, na podstawie na art. 190 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność daty publikacji w portalu internetowym zamawiającego, do którego odwołujący posiada stały dostęp, a także przesłania drogą elektroniczną i doręczenia odwołującemu sporządzonych w postaci elektronicznej zamówień wymienionych w uzasadnieniu; opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność opublikowania (udostępnienia) Ogólnych Warunków Umów na stronie internetowej pozwanego o adresie przed zawarciem przez strony niniejszego postępowania umów o następujących numerach: 061801459 z dnia 07.06.2018 r., 061900599 z dnia 06.03.2019 r., 061901187 z dnia 15.05.2019 r., 061901728 z dnia 29.07.2019 r., 061902233 z dnia 24.10.2019 r., 061902306 z dnia 12.11.2019 r., 062000168 z dnia 07.02.2020 r., treści opublikowanych Ogólnych Warunków Umów oraz możliwości zapoznania się przez powoda z treścią OWU, możliwości pobrania przez powoda OWU w postaci elektronicznej, a także przechowywania ich i odtwarzania w zwykłym toku czynności oraz opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność oszacowania szkody, jaką poniósłby Zamawiający w skutek wstrzymania ruchu górniczego. Fakty te zostały stwierdzone innymi dowodami załączonymi przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. noży kombajnowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy w podziale na zadania.

Odwołujący złożył ofertę w zadaniach 4 — 10 oraz 12 — 15. Do oferty załączył dokument JEDZ, w którym oświadczył, że nie dopuścił się zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i nie znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową (Część III: Podstawy wykluczenia. Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi).

Zamawiający, pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r., wezwał Odwołującego do wykazania rzetelności na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, bowiem uznał, iż treść dokumentu JEDZ nie uwzględnia niewykonania oraz nienależytego wykonania łączących strony umów o następujących numerach: 061801459 z dnia 07.06.2018 r. na dostawy noży kombajnowych, 061900599 z dnia 06.03.2019 r. na dostawy noży do kombajnu chodnikowego, 061901187 z dnia 15.05.2019 r. na dostawy artykułów wiertniczych, 061901728 z dnia 29.07.2019 r. na dostawy noży kombajnowych, 061902233 z dnia 24.10.2019 r. na dostawy noży kombajnowych, 061902306 z dnia 12.11.2019 r. na dostawy artykułów wiertniczych, 062000168 z dnia 07.02.2020 r. na dostawy żerdzi śrubowo żebrowych oraz odstąpienia przez Zamawiającego od umów nr: 061801459 z dnia 07.06.2018 r., 061901187 z dnia 15.05.2019 r., 061902233 z dnia 24.10.2019 r., 061902306 z dnia 12.11.2019 r.

Odwołujący pismem z dnia 4 maja 2020 r. wskazał, że nie dopuścił się zawinionego wykroczenia zawodowego. Ponadto stwierdził, że w przeszłości doszło do sytuacji, w której Zamawiający składał oświadczenia o odstąpieniu od umów w sprawie zamówienia publicznego, jednakże żadna z umów wymienionych w piśmie Zamawiającego nie została rozwiązana z winy/przyczyn leżących po stronie Sofitec sp. z o.o., a spółka Sofitec sp. z o.o. kwestionowała i w dalszym ciągu kwestionuje te odstąpienia. Odwołujący załączył dokument JEDZ, w którym oświadczył, że znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Jednocześnie w części dotyczącej: Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania rzetelności Odwołujący zaznaczył odpowiedź twierdzącą (tak). Opisując wspomniane środki Odwołujący ponowił zarzuty przedstawione w piśmie przewodnim o braku podstaw do odstąpienia od wskazanych przez Zamawiającego umów.

W dniu 5 czerwca 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp wyszczególniając umowy zawarte między Zamawiającym a Odwołującym: a) 061902306 z dnia 12.11.2019 r. na dostawy do kopalń JSW S.A. artykułów wiertniczych; b) 061902233 z dnia 24.10.2019 r. na dostawy do kopalń JSW S.A. noży kombajnowych; c) 061901187 z dnia 15.05.2019 r. na dostawę artykułów wiertniczych, d) 061801459 z dnia 07.06.2018 r. na dostawę noży kombajnowych; e) 061900599 z dnia 06.03.2019 r. na dostawy noży do kombajnu chodnikowego; f) 061901728 z dnia 29.07.2019 r. na dostawy noży kombajnowych; g) 062000168 z dnia 07.02.2020 r. na dostawy żerdzi śrubowo żebrowych.

Zamawiający podnosił, że treść wszystkich wskazanych powyżej umów zawierała wzorcowe postanowienia, stosowane przez Zakład Wsparcia Produkcji JSW S.A., zgodnie z którymi dostawa i wydanie towarów nastąpi częściami w określonym, nieprzekraczalnym terminie, najczęściej w ciągu 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Dostawa poszczególnych części Towarów następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określą ich ilość, wymagane terminy oraz miejsca dostaw. A zatem w

treści wymienionych powyżej umów na rzecz zamawiającego zastrzeżone zostało uprawnienie, o którym mowa w art. 456 K.c. Stąd błędne jest stanowisko wykonawcy, że „żadne z postanowień umowy nie przyznają spółce JSW S.A. prawa do jednostronnego i dowolnego narzucania terminu realizacji zamówienia”. Ponadto zamawiający wskazuje, że żadna klauzula umowna nie nakłada na niego obowiązku uzgadniania z wykonawcą terminu wykonania zamówienia. W związku z tym wymaganie podejmowania przez zamawiającego uzgodnień w zakresie dat realizacji poszczególnych zamówień pozostaje zupełnie nieuprawnionym. Kolejno zamawiający wskazuje, że odstąpienie od umów nr: 061901187 z dnia 15.05.2019 r, 061801459 z dnia

07.06.2018r, 061902233 z dnia 24.10.2019 r. oraz 061902306 z dnia 12.11.2019 r., które nastąpiło pismem z dnia 11.12.2019 r. WEZ/PM.241-76/19 oraz pismem z dnia 24.01.2020 r.

WEZ/PM.241-4/20 było w pełni skuteczne oraz uzasadnione. Wynikało ono z długotrwałych opóźnień w realizacji zamówień w stosunku do jednoznacznie określonych dat dziennych wskazanych w treści zamówień, przewidzianych na realizację dostaw. Opóźnienia te wynosiły od 12 do 26 dni, stwarzając realne zagrożenie wstrzymania ruchu zakładów górnictwa JSW

S.A. Powyższe potwierdzają liczne monity kopalń wchodzących w skład zamawiającego. Ponadto zamawiający wskazuje, że wskazane powyżej odstąpienia od umów stanowiły podstawę do obciążenia wykonawcy: SOFITEC Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 20, 41-103 Siemianowice Śląskie karami umownymi za odstąpienie. Powyższe kary zostały ujęte w następujących notach księgowych: NZ/6/SNZ/20/00001 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 65 402,63 zł, NZ/6/SNZ/20/00002 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 9 305,52 zł, NZ/6/SNZ/20/00003 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 38 329, 10 zł oraz NZ/6/SNZ/20/00007 z dnia 10.02.2020 r. o wartości 355 219,08 zł. Kolejno zamawiający wskazuje, że żadna z umów zawartych z wykonawcą SOFITEC Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 20, 41-103 Siemianowice Śląskie nie została wykonana należycie. (...). Ponadto zamawiający zauważa, że noże kombajnowe, które wykonawca: SOFITEC Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 20, 41-103 Siemianowice Śląskie dostarczył w wykonaniu umowy nr 061801459 z dnia 07.06.2018 r. do KWK Borynia — Zofiówka — Jastrzębie Ruch Zofiówka na podstawie zamówienia nr DZM16.241-10561/19 oraz dowodu dostaw nr 5/10/05/2019 z dnia 10.05.2019 r. zostały przekazane do badań jakościowych w jednostce specjalistycznej Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o. w Katowicach. Wnioski Ekspertyzy nr 6/2019 z dnia 14.06.2019 r. wskazywały, że dostarczone przez wykonawcę towary nie spełniają wymogów zamawiającego przewidzianych w treści umowy, Specyfikacji technicznej w postępowaniu, w którym zawarto przedmiotową umowę oraz ofercie wykonawcy. Spółka SOFITEC Sp. z o.o. nie uznała wyników badań, mimo, że nie przedstawiła żadnej merytorycznej argumentacji, potwierdzającej nieprawidłowość przeprowadzonych badań lub wadliwość wywiezionych na ich podstawie wniosków. Jednocześnie należy wskazać, że poszczególne materiały z wyżej wymienionych umów zostały dostarczone przez podmioty trzecie wskutek skorzystania przez zamawiającego z tzw. zakupu zastępczego, przewidzianego w art. 479 K.c. oraz Ogólnych Warunków Umów. W tym zakresie należy wymienić choćby: umowę nr 061900599 i zamówienie nr DZM16.241 -11619/19, a także umowę nr 061901187 i zamówienie nr DNI 6.241-12724/19. Kolejno, spółka SOFITEC Sp. z

o.o. bezpodstawnie nie uwzględniła reklamacji zamawiającego, w których zgłosił on wady fizyczne noży kombajnowych dostarczonych przez wykonawcę do KWK Budryk na podstawie umowy nr 061801459 oraz zamówienia nr DZM16.241-14989/18. Następnie wykonawca nie dokonał zapłaty wynagrodzenia przysługującego zamawiającemu z tytułu przechowania w składzie konsygnacyjnym towarów dostarczanych przez spółkę SOFITEC Sp. z o.o. W szczególności nie uiścił wystawionych przez zamawiającego następujących faktur VAT: FUS/6/SU/18/00828, FUS/6/SU/18/01063, FUS/6/SU/18/00950, FUS/6/SU/18/01210, FUS/6/SU/18/01361, FUS/6/SU/18/01463, FUS/6/SU/19/00141, FUS/6/SU/18/00542. W związku z tym zamawiający zmuszony był dokonać potrącenia przysługującego mu wynagrodzenia z wzajemnymi wierzytelnościami wykonawcy (pisma nr: DWPW/07/2018/731, DWPW/07/2018/887,

DWPW/07/2019/48, DWPW/07/2018/202, DWPW/07/2019/419).

Pomimo dokonania skutecznych potrąceń spółka SOFITEC Sp. z o.o. bezpodstawnie wystąpiła przed Sądem Rejonowym w Rybniku z powództwem o zapłatę potrąconych kwot (sygn. VIGC 2454/19 upr), zmuszając zamawiającego do udziału w niczym nieuzasadnionym sporze sądowym. Ponadto wykonawca nie dokonał zapłaty dalszych faktur obejmujących wynagrodzenie zamawiającego z tytułu przechowania w składzie konsygnacyjnym towarów dostarczanych przez spółkę SOFITEC Sp. z o.o. W szczególności nie uiścił wystawionych przez zamawiającego faktur VAT: FUS/6/SU/19/01434 z dnia 05.12.2019 r. (umowa nr 061900599), FUS/6/SU/19/01435 z dnia 05.12.2019 r. (umowa nr 061901728),

FUS/6/SU/20/00094 z dnia 09.01.2020 r. (umowa nr 061900599), FUS/6/SU/20/00095 z dnia 09.01.2020 r. (umowa nr 061901728). W związku z tym zamawiający zmuszony był dokonać kolejnego potrącenia (pismo nr: DWPW/07/2020/268). Końcowo, zamawiający wskazuje, że struktura własnościowa oraz skład organów wykonawcy: SOFITEC Sp. z o.o. są identyczne jak w spółce Dalin Sp. z o.o. Jedynym udziałowcem oraz prezesem jednoosobowego zarządu w obu spółkach jest J. K.. Jednocześnie wykonawca SOFITEC Sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą w oparciu o tożsame przedsiębiorstwo co spółka Dalin Sp. z o.o. Spółka SOFITEC Sp. z o.o. została utworzona z uwagi na odstąpienie przez zamawiającego od szeregu umów zawartych ze spółką Dalin Sp. z o.o. Odstąpienia wynikały z niewykonania lub nienależytego wykonania dostaw w rażącym stopniu, uzasadniającym wykluczenie spółki Dalin Sp. z o.o. z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a PZP w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28.07.2016 r. oraz aktualnie obowiązujący przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 PZP. Wskutek niewykonania i nienależytego wykonania umów między zamawiającym a spółką Dalin Sp. z o.o., przed Sądem Rejonowym w Rybniku oraz Sądem Okręgowym w Gliwicach toczy się obecnie dziesięć postępowań o zapłatę. Z uwagi na wskazane powyżej odstąpienia od umów i brak należytej realizacji dostaw, Zakład Wsparcia Produkcji prawomocnie wykluczył spółkę Dalin Sp. z o.o. z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nr: 23/P/DZZ/17 oraz 211P/DZZ/18. Zasadność wykluczenia ww. wykonawcy potwierdzają ustalenia i wnioski Krajowej Izby Odwoławczej, przedstawione w wyroku z dnia 13.03.2018 r. (sygn. akt: KIO 335/18), wydanym w sprawie z odwołania spółki Dalin Sp. z o.o. od jego wykluczenia z postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego: Polską Grupę Górniczą S.A. W swym orzeczeniu Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to z uwagi na nienależyte wykonanie przez niego umowy nr 701604090, skutkujące odstąpieniem od umowy. A zatem spółka SOFITEC Sp. z o.o. została utworzona i składa oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w celu obejścia przepisów art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 PZP, uzasadniających każdorazowe wykluczenie spółki Dalin Sp. z o.o. Wykonawca: SOFITEC Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 20, 41-103 Siemianowice Śląskie, będąc wezwanym w trybie art. 24 ust. 8 PZP do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności złożył nowy dokument JEDZ oraz oświadczenie z dnia 04.05.2020 r., w których zawiadomił, że nie dopuścił się zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego. Natomiast oświadczenia zamawiającego o odstąpieniu od umów nr: 061901187 z dnia 15.05.2019 r, 061801459 z dnia 07.06.2018 r, 061902233 z dnia 24.10.2019 r. oraz 061902306 z dnia 12.11.2019 r. pozostają nieskutecznymi. Uwzględniając powyższe przykładowe okoliczności, będące jedynie częścią nieprawidłowości, których Wykonawca dopuścił się przy realizacji dostaw do zakładów Zamawiającego, należy stwierdzić, że niewykonanie, jak również nienależyte wykonywanie przedmiotowych umów, w szczególności umów na dostawy noży kombajnowych, artykułów wiertniczych i żerdzi śrubowo żebrowych skutkowało permanentnymi brakami materiałowymi w magazynach zamawiającego, stwarzając ryzyko wstrzymania ruchu zakładów górniczych JSW S.A. i wystąpienia wielomilionowych szkód. Dostarczanie wyrobów wyjątkowo niskiej jakości, które ulegały przedwczesnemu zużyciu rodziło utrudnienia w funkcjonowaniu zamawiającego oraz podwyższało koszty wydobycia. Ponadto wyrażanie w ofertach zgody na treść wzorów umów oraz OWIJ, a także zawieranie kontraktów zawierających zapisy tychże wzorów umów i OWIJ, a następnie negowanie treści zawartych tam zapisów, jak również kwestionowanie wyników badań jakościowych oraz odmowa zapłaty wynagrodzenia z tytułu składu konsygnacyjnego musi prowadzić do wniosku, że wykonawca SOFITEC Sp. z o.o. w sposób zawiniony poważnie i wielokrotnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Z uwagi na niewykonanie dostaw lub ich nienależyte wykonanie należy uznać, że odstąpienia od umów nr: 061901187 z dnia 15.05.2019 r, 061801459 z dnia 07.06.2018 r, 061902233 z dnia 24.10.2019 r. oraz 061902306 z dnia 12.11.2019 r. były w pełni skuteczne. Stąd wykonawca: SOFITEC Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 20, 41-103 Siemianowice Śląskie, będąc wezwanym w trybie art. 24 ust. 8 PZP nie wykazał swej rzetelności, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 PZP.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł z Odwołującym następujące umowy:

1. umowa 061902306 z dnia 12.11.2019 r. zawarta po przeprowadzeniu procedury w ramach ustawy PZP. Pismem z dnia 11.12.2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umów, w tym umowy 061902306, powołując się na niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DEM 16.241-16304/19 z dnia 15.11.2019 r. na dostawę raczków wiertniczych. Wartość tego zamówienia wynosiła 18.239.80 zł netto, czyli około 5% wartości całej umowy (wartość umowy 311.618.68 zł). Odwołujący kwestionował złożone oświadczenie o odstąpieniu pismem z dnia 23 kwietnia 2020 r.
2. umowa 061902233 z dnia 24.10.2019 r. zawarta po przeprowadzeniu procedury w ramach ustawy PZP. Pismem z dnia 24.01.2020 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na niewykonanie przez Odwołującego zamówień o numerach DEM16.241-16983/19 z dnia 18.12.2019 r. oraz DEM 16.241-16798/19 z dnia 12.12.2019 r. na dostawę noży do kombajnów chodnikowych i ścianowych. Wartość obu zamówień wynosiła łącznie 27.690.00 zł netto, co stanowi mniej niż 1% wartości całej umowy (wartość umowy 2.887.960,00 zł netto). Odwołujący kwestionował złożone oświadczenie o odstąpieniu pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r.
3. umowa 061901187 z dnia 15.05.2019 r. zawarta w wyniku aukcji prowadzonej na podstawie regulaminu wewnętrznego Zamawiającego. Pismem z dnia 11.12.2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na niewykonanie przez Odwołującego zamówienia o numerze DZM 16.241 -15720/19 z dnia 16.10.2019 r. na dostawę żerdzi śrubowo-żebrowych i raczków BOR. Wartość zarzucanego niewykonania zamówienia wynosiła 17.256,90 zł netto, co stanowi ok. 7% wartości całej umowy (wartość umowy 223.201.00 zł netto).
4. umowa 061801459 z dnia 7.06.2018 r. zawarta w wyniku aukcji prowadzonej na podstawie regulaminu wewnętrznego Zamawiającego. Pismem z dnia 11.12.2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na niewykonanie przez

Odwolującego zamówienia o numerze DZM16.241 -15901/19 z dnia

23.10.2019r. na dostawę noży do kombajnu ścianowego. Wartość zarzucanego niewykonania zamówienia wynosi 7.485,00 zł netto, co stanowi ok. 0,5% wartości całej umowy (wartość całej umowy 1.492.617,55 zł).

5.umowa 061900599 z dnia 06.03.2019 r. zawarta w wyniku aukcji prowadzonej na podstawie regulaminu wewnętrznego Zamawiającego.

6.umowa 061901728 z dnia 29.07.2019 r. zawarta w wyniku aukcji prowadzonej na podstawie regulaminu wewnętrznego Zamawiającego.

7.umowa 062000168 z dnia 07.02.2020 r. zawarta w wyniku aukcji prowadzonej na podstawie regulaminu wewnętrznego Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną decyzji Zamawiający wskazał na:

1.Odstąpienie przez JSW S.A. od umów numer 061901187 z dnia 15.05.2019 r., numer 061801459 z dnia 07.06.2018 r. oraz numer 061902306 z dnia 12.11.2019 r. za oświadczeniem z dnia 11.12.2019 r.

2.Odstąpienie przez JSW S.A. od umowy 061902233 z dnia 24.10.2019 r. - za oświadczeniem z dnia 24.01.2020 r.

3.Nienależyte wykonanie zamówień złożonych w ramach umów numer: a) 061801459, b) 061900599, c) 061901187, d) 061901728, e) 061902306, f) 061902233, g) 062000168.

4.Wykonanie zakupów zastępczych w zakresie zamówień DZM16.241-11619/19 z umowy 061900599 oraz DZM16.241 -12724/19 z umowy 061901187.

5.Dostarczenie wadliwych noży kombajnowych w ramach zamówienia DZM 16.241- 10561/19 oraz dowodu dostawy nr 5/10/05/2019 z dnia 10.05.2019 r. (związane z umową 061801459).

6.Nieuwzględniona reklamacja noży dostarczonych w ramach zamówienia nr DZM 16.241 -14989/18 z umowy 061801459.

7.Niedokonanie zapłaty za faktury wystawione tytułem umowy składu konsygnacyjnego i potrącenie tego wynagrodzenia / wierzycelnościami przysługującymi Odwołującemu z tytułu wykonanych na rzecz JSW S.A. dostaw narzędzi.

W pierwszej kolejności Izba odnieść się do argumentacji Odwołującego jakoby wyłącznie tylko dwie (spośród siedmiu) umowy, tj. umowa o nr 061902306 z dnia 12.11.2019 r. oraz umowa o nr 061902233 z dnia 24.10.2019 r. (obie zawarte w trybie ustawy Pzp) mogły zostać uznane za umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp i tylko te umowy, zdaniem Odwołującego, mogą kreować zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. c Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/24/UE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2004, s. 65) [dalej „dyrektywa”] instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Stosownie do art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdadność do użytku zgodnie z

przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w przepisie przesłanki wystąpią łącznie.

Z ww. przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone odpowiednio w ww. przepisach okoliczności zostaną spełnione łącznie, a ponadto nie mogą być one rozumiane dowolnie. Nadto ww. podstawy wykluczenia wykonawcy muszą zostać wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), natomiast wykluczenie wykonawcy jest możliwe, jeśli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 odnoszą się jedynie do umów zawartych w trybie ustawy Pzp. Z takim stwierdzeniem nie sposób się zgodzić. Ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 2 posługuje się zwrotem „zamówienie”, a zatem jest to każde zamówienie, niezależnie czy zostało udzielone po przeprowadzeniu procedury określonej w ustawie Pzp czy też poza nią. Wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi do obowiązków zawodowych (poważnego ich naruszenia) związanych sensu stricto z wykonywaną działalnością gospodarczą, polegającą na niewykonaniu lub nienależytym wykonywaniu zadań gospodarczych, dla których firma została utworzona, wskazując w szczególności na naruszenie związane z konkretnie wykonywanym zamówieniem (zleceniem publicznym czy też prywatnym). (wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2487/19).

Podobne stanowisko wyraża również doktryna, zgodnie z którą wprowadzie, jeśli w ustawie mowa o »zamówieniu«, zazwyczaj oznacza to zamówienie publiczne, jednak z treści i funkcji art. 24 ust. 2a p.z.p., a także z szerokiej przedmiotowo formuły art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy wynika, że niewątpliwie chodzi o niewykonane lub nienależyte wykonanie jakiegokolwiek zamówienia: publicznego albo prywatnego. Wykładni takiej wymaga też zachowanie symetrii pomiędzy naruszeniem norm powszechnych a naruszeniem powinności wynikających z indywidualnego stosunku zobowiązaniowego. Poza tym pominięcie naruszeń zamówień przy weryfikacji wykonawcy prowadzi do bezzasadnego ograniczenia kryteriów kwalifikacji podmiotowej w ujęciu prognostycznym, na dodatek ze szkodą dla interesu publicznego (tak: R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 1/2015, s. 115).

Ustawodawca jako przykład poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp podaje niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszego zamówienia, przy czym nie precyzuje, że chodzi o zamówienie publiczne. Zatem nienależyte wykonanie umowy zawartej z podmiotem prywatnym również może stanowić podstawę wykluczenia. Dlatego też argumentacja Odwołującego jest całkowicie błędna i nie ma oparcia w przepisach prawa.

Odnosząc się zaś do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, należy wskazać, że referuje ona do „wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp jest to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Skoro Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. jest zamawiającym, o którym mowa art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to zawierane przez nią umowy odpłatne z Odwołującym, obejmujące dostawy, należy zakwalifikować jako zamówienia publiczne, niezależnie czy zostały udzielone w procedurze ustawowej czy też podprogowej.

Reasumując, po pierwsze wyrazem poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych nie jest tylko niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, lecz także niewykonanie lub nienależyte wykonanie każdego innego zamówienia, tj. każdej innej umowy odpłatnej, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Po drugie, wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego to umowa odpłatna zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, objęta reżimem ustawy Pzp, jak i poza procedurą Pzp, jeśli dotyczy zamawiającego zobowiązanego do stosowania ustawy i dysponującego środkami publicznymi, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Następnie, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego dotycząca braku sztywnego terminu realizacji zamówień składanych

przez Zamawiającego, czy też braku określenia sposobu liczenia powyższego terminu jest bezzasadna.

Odwolujący podnosił, że po pierwsze w treści umowy 061902306 z dnia 12.11.2019 r. nie został ustalony i uzgodniony wiążący obie strony sztywny, jasny i konkretny termin realizacji zamówień składanych przez JSW S.A. Żadne z postanowień umowy nie precyzują, aby Odwołujący był zobowiązany do realizacji zamówienia w określonym terminie liczonym od dnia złożenia zamówienia. Po drugie, nie zostało uzgodnione, czy ewentualny termin realizacji zamówienia ma być liczony poczynając od dnia złożenia zamówienia przez JSW S.A., czy też od dnia skutecznego doręczenia takiego zamówienia do Odwołującego. Odwołujący nie wyraził w treści umowy (ani w innym oświadczeniu złożonym w jakiejkolwiek formie) zgody na jednostronne narzucanie przez JSW S.A. wiążących terminów realizacji zamówień. Tymczasem JSW S.A. ustalał jednostronnie i bez akceptacji Odwołującego terminy realizacji zamówień, uważając jednocześnie, że te terminy są wiążące. Odwołujący nie potwierdzał narzuconych terminów realizacji zamówień, ani nie akceptował ich w jakiejkolwiek innej formie.

Izba ustaliła, że treść każdej z umów o następujących numerach: 061801459 z dnia 07.06.2018 r. na dostawę noży kombajnowych, 061900599 z dnia 06.03.2019 r. na dostawę noży do kombajnu chodnikowego, 061901187 z dnia 15.05.2019 r. na dostawę artykułów wiertniczych, 061901728 z dnia 29.07.2019 r. na dostawę noży kombajnowych, 061902233 z dnia 24.10.2019 r. na dostawę noży kombajnowych, 061902306 z dnia 12.11.2019 r. na dostawę artykułów wiertniczych, 062000168 z dnia 07.02.2020 r. na dostawę żerdzi śrubowo-żebrowych, zawierała wzorcowe postanowienia, zgodnie z którymi dostawa i wydanie towarów nastąpi częściami w określonym, nieprzekraczalnym terminie. W każdej z umów znalazło się stwierdzenie, że dostawa poszczególnych części Towarów następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określają ich ilość, wymagane terminy oraz miejsca dostaw.

Ponadto w każdej z umów zawarte zostało odesłanie do obowiązujących u Zamawiającego Ogólnych Warunków Umów oraz oferty Dostawcy (Odwolującego). W treści umów znalazło się także oświadczenie Odwołującego, że zapoznał się z Ogólnymi Warunkami Umów, ich treść jest mu znana i zobowiązuje się do ich bezwzględnego stosowania.

Postanowienia zawarte w punktach 2.9. Ogólnych Warunków Umów przewidują, że dostawa towarów następuje w terminie i miejscu wskazanym w umowie lub zamówieniu. W przypadku, gdy dostawa wykonana ma być częściami, terminy i miejsca realizacji poszczególnych części dostawy oraz ilości towarów zostaną określone w zamówieniach (punkt 2.10). Zamówienia składane są w formie pisemnej i doręczane Dostawcy przez operatora pocztowego lub publikowane w wykorzystywanym przez Odbiorcę portalu internetowym o adresie: do którego Dostawca posiada stały dostęp. Z chwilą publikacji zamówienia w portalu internetowym Odbiorca przesyła zamówienie w formie elektronicznej na podany w ofercie lub umowie adres poczty elektronicznej dostawcy (punkt 2.11). Zamówienia publikowane są przez pracowników Odbiorcy. Za datę doręczenia zamówienia strony uznają dzień roboczy następujący po dniu, w którym zamówienie zostało opublikowane w portalu internetowym i na podany w ofercie Dostawcy lub Umowie adres poczty elektronicznej wysłana została wiadomość, zawierająca zamówienie (punkt 2.12). W razie zmiany przez dostawcę adresu poczty elektronicznej, przeznaczonej do odbierania zamówień, zobowiązany jest on do niezwłocznego podania odbiorcy nowego adresu, pod rygorem uznania za skuteczne doręczeń zamówień na adres poczty elektronicznej, wskazany w ofercie dostawcy lub umowie (punkt 2.13 OWU). Dostawca zobowiązany jest codziennie zapoznawać się z informacjami publikowanymi w portalu internetowym odbiorcy (punkt 2.14).

Ogólne Warunki Umów dostępne są także na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem w zakładce Dokumenty do pobrania. W niniejszym postępowaniu Ogólne Warunki Umów stanowią załącznik nr 5 do SIWZ. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o numerach referencyjnych: 62/P/WRP/20 i 63/P/WRP/20, w wyniku których strony zawarły umowy nr: 061902233 i 061902306 OWU stanowiły załącznik nr 5 do SIWZ.

Wedle tych zasad Zamawiający zawarł umowy o nr: 061801459, 061900599, 061901187, 061901728 oraz 062000168, publikując w wykorzystywanym przez siebie systemie informatycznym przywołane zamówienia, w których określił przedmiot, ilość, datę i miejsca realizacji dostaw częściowych. Odwołujący otrzymał przedmiotowe zamówienia. Zapoznał się z ich treścią oraz nie wniósł do nich żadnych zastrzeżeń, przewidzianych na drugiej stronie formularza zamówienia. Zatem, zobowiązany był przywołane zamówienia w całości wykonać.

Następnie, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby stopień nienależytego wykonania umów o numerach: 061902306 z dnia 12.11.2019 r., 061902233 z dnia 24.10.2019 r., 061901187 z dnia 15.05.2019 r. oraz 061801459 z dnia 7.06.2018 r. nie był istotny, gdyż w skali całej umowy owa nieprawidłowość nie była znaczna, wynosiła odpowiednio: dla umowy 061902306 z dnia 12.11.2019 r. - 18.239,80 zł netto, czyli około 5% wartości całej umowy (wartość umowy 311.618,68 zł), dla umowy 061902233 z dnia 24.10.2019 r. - 27.690,00 zł netto, co stanowi mniej niż 1% wartości całej umowy (wartość umowy 2.887.960,00 zł netto); dla umowy 061901187 z dnia 15.05.2019 r. - 17.256,90 zł netto, co stanowi ok. 7% wartości całej umowy (wartość umowy 223.201,00 zł netto), dla umowy 061801459 z dnia 7.06.2018 r. - 7.485,00 zł netto, co stanowi ok. 0,5% wartości całej umowy (wartość umowy 1.492.617,55 zł).

Ocena stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być dokonywana wyłącznie przez

pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany albo nienależycie wykonany. Przy ocenie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, wskazane w dyrektywie, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem.

Nie sposób ograniczać się do wykładni zawężającej, bowiem również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były wyeksplikowane w umowie, uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dotyczy to działań nagminnie powtarzających się, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że szkoda, którą poniósłby wskutek godzinowego postoju jednego tylko zakładu górniczego, spowodowanego niedostarczeniem materiałów niezbędnych do prowadzenia wydobywania wyniosłaby łącznie 67.099,27 zł (63.981,59 zł wskutek postoju ścian oraz 3.117,68 zł wskutek postoju przodków). Zamawiający twierdził, że uwzględniając powyższe wyliczenie oraz fakt, że przedmiotem umów o nr: 061902233 i 061902306 były materiały wykorzystywane bezpośrednio do działalności wydobywczej Zamawiającego, należy uznać, że trzy i czterotygodniowe opóźnienia w realizacji wspomnianych umów skutkujące wstrzymaniem wydobywania, mogły skutkować szkodą, która w odniesieniu tylko do jednej kopalni przekroczyłaby kwotę 20 milionów złotych. Odwołujący na tę okoliczność nie przedstawił żadnego kontrdowodu.

Równocześnie Izba zauważa, że opóźnienia w realizacji przedmiotowych dostaw, czy też niewykonanie w ogóle zamówienia, co pokazuje dobitnie zestawienie przedstawione w informacji o wykluczeniu Odwołującego, nie były zdarzeniem jednokrotnym, któremu nie można przypisać uporczywego charakteru. Izba uznała więc, że wielotygodniowe opóźnienie w realizacji dostaw strategicznych dla Zamawiającego materiałów, w tym noży kombajnowych już na początkowym etapie realizacji umów stanowi istotny stopień nienależytego wykonania wcześniejszych umów.

Odnosząc się do zarzutu związanego z poważnym wykroczeniem zawodowym w ramach umów 061801459, 061900599, 061901187, 061901728, 062000168, Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie definicji „zamówienia” zawartego w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a także w odniesieniu do rzekomego nieuprawnionego jednostronnego narzucania terminów realizacji zamówienia, czy też wykazania skutecznego doręczenia, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie argumentacji w przedmiotowym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu związanego z badaniem noży, Izba ustaliła, że noże kombajnowe, które Odwołujący dostarczył w wykonaniu umowy nr 061801459 z dnia 07.06.2018 r. na podstawie zamówienia nr DZM16.241-10561/19 oraz dowodu dostaw nr 5/10/05/2019 zostały przekazane do badań jakościowych w jednostce specjalistycznej Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o. w Katowicach. Ekspertyza nr 6/2019 z dnia 14.06.2019 r. stwierdzała, że dostarczone noże nie spełniają wymogów Zamawiającego przewidzianych w umowie, Specyfikacji technicznej oraz ofercie Odwołującego.

Odwołujący nie uznał wyników badań i podnosił, że powyższa ekspertyza z badań jest niewiarygodna i nie daje podstaw do uznania, że noże dostarczone przez Odwołującego nie spełniają warunków umowy. Ponadto, Odwołujący został pozbawiony prawa do uczestniczenia w procedurze pobrania próbek noży kombajnowych do badań. Poza tym Zamawiający nie udowodnił, że to dostarczone przez Odwołującego dwa noże kombajnowe zostały poddane tym badaniom. Nie wiadomo jaką próbkę poddano badaniom (opatrzenie noży plombami nie jest dowodem na to, że przekazano do badań noże Odwołującego). Zamawiający nie przedstawił również żadnego protokołu z poboru próbek do badań, który zostałby podpisany przez obie strony umowy, tj. Odwołującego i Zamawiającego. Nie ma też żadnego dowodu, iż noże pochodzą właśnie z dostawy na którą powołuje się Zamawiający. Odwołujący zauważał również, że wybór firmy Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o. w restrukturyzacji, jako podmiotu mającego przeprowadzić badania jakości noży kombajnowych, nie gwarantował rzetelności przeprowadzonych badań. Zamawiający nie przedstawił żadnych świadectw legalizacji i wzorcowania przyrządów pomiarowych stosowanych do badań, posiadającej akredytację odpowiedniej jednostki Polskiego Centrum Akredytacji, a tylko takie mogą być stosowane do wykonywania tak szczegółowych pomiarów.

Izba ustaliła, że Zamawiający był uprawniony do skorzystania z możliwości przeprowadzenia badań zgodnie z pkt 4.7. Ogólnych Warunków Umów, stanowiących integralną część umowy nr 061801459 z dnia 07.06.2018 r. Zamawiający zlecił Laboratorium Metalograficzne — Fizycznemu, należącemu do spółki Węglik Spiekane sp. z o.o. w restrukturyzacji przeprowadzenie badania jakościowego noży, dostarczonych przez Odwołującego w wykonaniu ww. umowy i zamówienia nr DZM16.241-10561/19 z dnia 29.01.2019 r.

Na podstawie badań wydano Ekspertyzę nr 6/2019, która wskazuje, że dostarczone przez Odwołującego wyroby nie spełniają wymogów, określonych w treści umowy nr 061801459. W związku z powyższym Zamawiający dwukrotnie wezwał odwołującego do wymiany wadliwych noży na wolne od wad. Odwołujący odmówił wymiany, wskazując, że przedstawionych przez Państwa badań wykonanych przez Baildonit Sp. z o.o. w restrukturyzacji nie możemy uznać za wiarygodne, gdyż powyższa firma nie posiada uprawnień do prowadzenia tego typu badań. Niemniej Odwołujący nie odniósł się do zastosowanej przez jednostkę metodyki badań, ani

uzyskanych wyników.

Jednocześnie Odwołujący oczekuje, aby specjalistyczne badania dostarczonych przez niego noży zostały wykonane przez jednostkę posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Niemniej zgodnie z pkt 4.7 OWU badania mają być przeprowadzone przez jednostkę specjalistyczną, a postanowienia OWU nie definiują jednostki specjalistycznej jako jednostki posiadającej akredytację Polskiego Centrum Akredytacji.

Dalej, Izba ustaliła, że w punkcie 4.8. Ogólnych Warunków Umów, stanowiących integralną część umowy nr 061801459 wskazano, że przekazanie towarów do badań stwierdzone zostanie protokołem podpisanym przez Odbiorcę (zamawiającego) i jednostkę specjalistyczną. Oznacza to, że przekazanie próbek następuje pod nieobecność dostawcy. Zatem roszczenie sobie przez Odwołującego prawa do uczestniczenia w procedurze pobrania próbek noży kombajnowych do badań jest pozbawione podstaw prawnych. Tym bardziej, że poddane badaniom noże kombajnowe zostały dostarczone na podstawie umowy nr 061801459, gdzie zgodnie z §1 ust. 8 Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z Ogólnymi Warunkami Umów, ich treść jest mu znana i zobowiązuje się do ich bezwzględnego przestrzegania. Odwołujący upoważnił więc Zamawiającego do samodzielnego przekazania (bez udziału odwołującego) dostarczonych przez niego noży do badań w wybranej przez Zamawiającego jednostce specjalistycznej w sposób przewidziany w punkcie 4.8. Ogólnych Warunków Umów. W związku z tym zarzut niemożliwienia Odwołującemu wzięcia udziału w badaniach i weryfikacji rzeczywistego pochodzenia pobranego materiału należy uznać za niezasadny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że Odwołujący wraz z ofertą złożoną w postępowaniu nr 443/A/DZZ/18, w wyniku którego strony zawarły umowę nr 061801459 złożył rysunki techniczne oferowanych noży. Każdy rysunek zawiera: Legendę znakowania, która określa sposób cechowania wytwarzanych przez Odwołującego noży. Zgodnie z treścią Legendy stosowane przez niego symbole mają następujące znaczenie: S — znak producenta, dw — średnica węglików, Ln — całkowita długość noża, 1 — numer miesiąca, w którym następuje dostawa, 1 7 — rok w którym następuje dostawa. Powyższe oznaczenie odpowiadało wymaganiom zamawiającego, przewidzianym w punkcie 1.7. Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 2 do Ogłoszenia o aukcji elektronicznej w postępowaniu nr 4431A/DZZ/18.

Izba ustaliła, że w punkcie Ad. 1 Ekspertyzy nr 6/2019 wskazano, że dostarczone do badań noże kombajnowe obrotowe oznaczone są cechą S/25/165/5/19, gdzie: - S — znak graficzny producenta — SOFITEC, -25 — nominalna średnica spieku: 25 mm; - 165—

nominalna wysokość całkowita noża: 165 mm; - 5 — miesiąc, w którym nastąpiła dostawa: maj; - 19 - rok dostawy: 2019. Cecha umieszczona jest na części chwytowej noży, zaizolowanej na głębokość 1,6 mm.

Jak słusznie zauważył Zamawiający porównanie treści oferty Odwołującego (Legendy znakowania), w której przedstawił on sposób znakowania oferowanych, a następnie dostarczanych noży z cechą noży poddanych badaniom jakościowym potwierdza, że ich przedmiotem były noże dostarczone przez Odwołującego.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącego niepowtarzalnych numerów plomb Izba uznała, że jest to jedynie taktyka procesowa, nie poparta żadnymi dowodami, gdzie Odwołujący stara się przerzucić ciężar dowodu na Zamawiającego.

Odnosząc się do obciążenia Odwołującego karami umownymi, Izba podziela stanowisko Odwołującego, że samo naliczenie kar umownych nie uprawnia do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca posłużył się pojęciem „zasądzenie odszkodowania”. Dopiero wydanie przez uprawniony organ sądowy orzeczenia w przedmiocie uznania za zasadne roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy wypełni ww. przesłankę. Niemniej Odwołującemu umknęło, że kary ujęte w następujących notach księgowych: NZ/6/SNZ/20/00001 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 65 402,63 zł, NZ/6/SNZ/20/00002 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 9 305,52 zł, NZ/6/SNZ/20/00003 z dnia 29.01.2020 r. o wartości 38 329, 10 zł oraz NZ/6/SNZ/20/00007 z dnia 10.02.2020 r. o wartości 355 219,08 zł są karami umownymi za odstąpienie.

Wskutek odstąpienia od umowy nr 061801459 Zamawiający obciążył odwołującego karą umowną z tytułu odstąpienia, wynikającą z treści Ogólnych Warunków Umów w wysokości

65.402,63 zł. ... Obciążenie nastąpiło na . podstawie .. noty . księgowej . nr

NZ/6/SNZ/20/00001 z dnia 29.01.2020 r. Szczegółowe wyliczenie wysokości kary umownej zostało zawarte w załączniku do noty, zatytułowanym Wniosek o naliczenie kary umownej.

Wskutek odstąpienia od umowy nr 061901187 Zamawiający obciążył Odwołującego karą umowną z tytułu odstąpienia, wynikającą z treści Ogólnych Warunków Umów w wysokości 9.305,52 zł. Obciążenie nastąpiło na podstawie noty księgowej nr NZ/6/SNZ/20/00002 z dnia 29.01.2020 r. Szczegółowe wyliczenie wysokości kary umownej zostało zawarte w załączniku do noty, zatytułowanym Wniosek o naliczenie kary umownej.

Wskutek odstąpienia od umowy nr 061902306 Zamawiający obciążył Odwołującego karą umowną z tytułu odstąpienia, wynikającą z treści Ogólnych Warunków Umów w wysokości

38.329,10 zł. ... Obciążenie nastąpiło na . podstawie .. noty . księgowej . nr

NZ/6/SNU20/00003 z dnia 29.01.2020 r. Szczegółowe wyliczenie wysokości kary umownej zostało zawarte w załączniku do noty, zatytułowanym Wniosek o naliczenie kary umownej.

Wskutek odstąpienia od umowy nr 06190223 Zamawiający obciążył Odwołującego karą umowną z tytułu odstąpienia, wynikającą z treści Ogólnych Warunków Umów w wysokości

355.219,08 zł. Obciążenie nastąpiło na . podstawie .. noty . księgowej . nr

NZ/6/SNZ/20/00007 z dnia 10.02.2020 r. Szczegółowe wyliczenie wysokości kary umownej zostało zawarte w załączniku do noty, zatytułowanym Wniosek o naliczenie kary umownej.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcę można wykluczyć jedynie gdy rozwiązano umowę o zamówienie lub doszło do zasądzenia odszkodowania. Spójnik „lub” wskazujący na zastosowanie alternatywy łącznej (nierozłącznej), oznacza, że wystarcza spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek, ale mogą być także jednocześnie spełnione dwie przesłanki zawarte w zdaniu. Zatem skoro ww. umowy zostały rozwiązane, tj.

Zamawiający odstąpił od ww. umów (pod pojęciem rozwiązania umowy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy rozumieć zarówno odstąpienie od umowy, jak i wypowiedzenie umowy) istniała podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zasądzenie odszkodowania stanowi niezależną od rozwiązania umowy okoliczność skutkującą wykluczeniem wykonawcy. Przenosząc powyższe rozważania na kanwę interpretacji przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, podstawą do wykluczenia jest zaistnienie którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej, przy czym niewykluczone jest spełnienie obu przypadków (zarówno rozwiązanie umowy o zamówienie, jak i zasądzenie odszkodowania).

Reasumując, Izba uznała, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdzał okoliczność, że Odwołujący winien być wykluczony z postępowania, zarówno na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Z zestawienia przedłożonego w informacji o wykluczeniu wynika, że większość zamówień została wykonana nienależycie, w tym z wielotygodniowymi opóźnieniami. Kilka zamówień nie zostało w ogóle wykonanych i jedynie kilka zamówień zostało wykonanych w całości. Żadna z siedmiu zawartych umów nie została więc wykonana należycie. Izba przyznała rację Zamawiającemu, że opóźnienia Odwołującego w realizacji dostaw materiałów, niezbędnych do prowadzenia działalności wydobywczej, w tym choćby noży kombajnowych stosowanych jako uzbrojenie kombajnów ścianowych i chodnikowych, skutkowały wystąpieniem realnego zagrożenia wstrzymania ruchu zakładów górnictwa Zamawiającego. Kopalnie wielokrotnie zgłaszały braki materiałów, dostarczanych przez Odwołującego, na potwierdzenie czego Zamawiający przedłożył monity kopalń.

Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że uporczywe niewykonywanie zawartych umów, przypadki kilkunastotygodniowej zwłoki w realizacji zamówień, nieinformowanie o możliwych opóźnieniach w realizacji zamówień, istotne wady ukryte dostarczonych przez Odwołującego noży kombajnowych, ujawnione w wyniku badań laboratoryjnych, nieuzasadniony brak akceptacji wyników przedmiotowych badań, a także aktywność Odwołującego, która nie koncentrowała się na prawidłowym wykonaniu zawartych umów, a jedynie podejmowaniu wszelkich możliwych kroków mających na celu uniknięcie odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązujących go kontraktów prowadzi do wniosku, że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie i wielokrotnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.

W zakresie stanowiska Zamawiającego, związanego z nieuwzględnieniem reklamacji wad fizycznych noży kombajnowych, które miały być dostarczone w ramach umowy 061801459, Izba uznała, że powyższe działanie nie wypełnia dyspozycji z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Samo stwierdzenie Zamawiającego w informacji o wykluczeniu, że Odwołujący bezpodstawnie nie uwzględnił reklamacji Zamawiającego nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie uzasadnił w zasadzie w żaden sposób swojego stanowiska w informacji o wykluczeniu. Także w odpowiedzi na odwołanie zdawkowo odniósł się do kwestii reklamacji, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że Odwołujący bezpodstawnie odmówił uwzględnienia reklamacji. Niemniej Izba stwierdziła, iż zaistniałe po stronie Zamawiającego naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ względem Odwołującego ziszcza się podstawa do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, wynik postępowania nie ulegnie zmianie, a zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu.

W odniesieniu do zakupu zastępczego Zamawiający w informacji o wykluczeniu wymienił umowę nr 061900599 i zamówienie nr DZM16.241-11619/19, a także umowę nr 061901187 i zamówienie nr DNI 6.241-12724/19. Następnie, jednym zdaniem stwierdził, że

poszczególne materiały zostały dostarczone przez podmioty trzecie wskutek skorzystania przez Zamawiającego z tzw. zakupu zastępczego, przewidzianego w art. 479 K.c. oraz Ogólnych Warunków Umów. Zamawiający nie wykazał w informacji o wykluczeniu, aby Odwołujący dopuścił się zamierzonego niewykonania lub nienależytego wykonania tych zamówień. Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób w czym upatruje zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo Odwołującego. Niemniej, wobec uznania przez Izbę, iż ziszcza się podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy Pzp, powyższe naruszenie nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem omawiany zarzut nie może podlegać uwzględnieniu zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii związanych z fakturami obejmującymi wynagrodzenie z tytułu umowy składu i potrącenia Izba ustaliła, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu ponownie zdawkowo opisał stan faktyczny, dodatkowo akcentując, że pomimo dokonania skutecznych potrąceń spółka Sofitec Sp. z o.o. bezpodstawnie wystąpiła przed sądem z powództwem o zapłatę potrąconych kwot, zmuszając Zamawiającego do udziału w niczym nieuzasadnionym sporze sądowym. Niemniej Zamawiający nie wykazał nierzetelności, braku uczciwości, czy też poważnego wykroczenia zawodowego po stronie Odwołującego. Sama kwestia płatności faktur nie potwierdza wystąpienia podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje również, iż pominęła argumentację Zamawiającego związaną z utworzeniem spółki Sofitec Sp. z o.o. w celu uzyskania wymaganego doświadczenia i obejścia przepisów art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do spółki Dalin Sp. z o.o. Być może taka intencja rzeczywiście przyswieceła Odwołującemu, niemniej nie zostało to w żaden sposób udowodnione przez Zamawiającego. Spółka Sofitec prowadzi działalność gospodarczą, została zarejestrowana w odpowiednim rejestrze, uczestniczy w przetargach, a więc stanowi odrębny podmiot, posiadający zaplecze organizacyjne oraz park maszyn, nabytych zgodnie z załączonymi dowodami w ostatnim czasie.

Izba uznała także zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1a ustawy Pzp za bezpodstawne. Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Izba uznała, że uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wyczerpująco obrazuje, jaki przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający wskazuje podstawę prawną

wykluczenia Odwołującego oraz opisał okoliczności świadczące o niewykonaniu/nienależytym wykonaniu umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, jak również okoliczności świadczące o poważnym i zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych przez Odwołującego. W istocie uzasadnienie faktyczne jest dość obszerne w zakresie opóźnień, niedochowania terminów czy niezrealizowania zamówień częściowych. Odwołującemu zostały przekazane informacje w powyższym zakresie o powodach wykluczenia, umożliwiające sformułowanie zarzutów odwołania, co też Odwołujący uczynił. Zresztą obowiązek informacyjny wynikający z art. 92 ust. 1 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie rozciąga się tak daleko, aby w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający był zobowiązany do podawania w treści informacji o „stosownych środkach dowodowych”, którymi zamierza wykazywać wypełnienie się przesłanek, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania. (wyrok Izby z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2199/16).

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w ramach samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia Odwołującego należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2 (informacja o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni), zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. Stosownie do art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Z kolei zgodnie z ust. 9 ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Oznacza to, że w ramach procedury samooczyszczenia wykonawca winien przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dowody na ich poparcie, w celu wykazania, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Równocześnie warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt. Skoro w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, a jedynie podnosił, że nie dopuścił się zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego, nie sposób uznać, że Odwołujący wykazał, iż w ramach tzw. samooczyszczenia podjął wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. Jak słusznie zauważył

Zamawiający nie bardzo wiadomo w jaki sposób Zamawiający w informacji o wykluczeniu miałby wyjaśnić powody, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę uznał za niewystarczające, w sytuacji gdy tych dowodów nie było.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: