

Sygn. akt: KIO 404/20  
KIO 447/20

## WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2020 roku oraz 8 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2020 roku (sygn. akt KIO 404/20) oraz 2 marca 2020 roku (sygn. akt KIO 447/20) przez wykonawców:

1. T. Ż. Ł. Kancelaria Adwokacka i Radców Prawnych Spółka Partnerska, ul. 3 Maja 14, 41-300 Dąbrowa Górnicza (sygn. akt KIO 404/20),
2. E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E. K., ul. Łużycka 16/126, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 447/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń

S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale wykonawcy K. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego K. N., ul. Biskupa Nankera 154, 41-949 Piekary Śląskie,

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 404/20)

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 404/20 w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy K. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego K. N., ul. Biskupa Nankera 154, 41-949 Piekary Śląskie z tego względu, iż

wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i nakazuje

2. zamawiającemu - w części II zamówienia: unieważnienie aukcji elektronicznej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy K. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego K. N., ul. Biskupa Nankera 154, 41-949 Piekary Śląskie z tego względu, iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej; w pozostałym zakresie zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 404/20 nie

potwierdziły się, oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 447/20.

3. kosztami postępowania zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom (sygn. akt KIO 404/20) i E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E. K., ul. Łużycka 16/126, 44-100 Gliwice (sygn. akt KIO 447/20) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

3.1.1. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. Ż. Ł. Kancelaria Adwokacka i Radców Prawnych Spółka Partnerska, ul. 3 Maja 14, 41-300 Dąbrowa Górnicza tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 404/20),

3.1.2. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę E. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E. K., ul. Łużycka 16/126, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 447/20),

3.1.3. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom na rzecz wykonawcy T. Ż. Ł. Kancelaria Adwokacka i Radców Prawnych Spółka Partnerska, ul. 3 Maja 14, 41-300 Dąbrowa Górnicza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania (15 000 zł 00 gr) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) [sygn. akt KIO 404/20].

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

Przewodniczący: .....

#### Sygn. akt KIO 404/20 - odwołanie dotyczy części II zamówienia

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”] na „Świadczenie obsługi prawnej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w okresie 36 miesięcy od daty zawarcia umowy” przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom (dalej „zamawiający”) wykonawca T. Ż. Ł. Kancelaria Adwokacka i Radców Prawnych Spółka Partnerska, ul. 3 Maja 14, 41-300 Dąbrowa Górnicza (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy radcy prawnego K. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego K. N. w Piekarach Śląskich (dalej „Kancelaria KN” albo „wykonawca KN”) oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia przez minimum 4 adwokatów i radców prawnych przez wymagany okres odpowiednio pięciu (dla prawnika wiodącego) i trzech lat (dla pozostałych prawników) w szczególności w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla, rekompensaty wynikającej z ustawy z dnia 12 października 2017 r.

o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r. poz. 1971) oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 roku o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz.U. z 2019 r., poz. 29) oraz wadliwej oceny oferty Kancelarii KN, poprzez brak wykluczenia tego wykonawcy, odrzucenia jego oferty oraz przyjęcia, że złożono dwie oferty niepodlegające odrzuceniu i wyznaczenia oraz zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91a ust. 1 ustawy Pzp,

2. zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu Kancelarii KN na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 160 i 17) ustawy Pzp z uwagi na to, że:

a) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunki udziału

w postępowaniu, a co najmniej:

b) z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do:

- faktycznej liczby adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji zamówienia,
- faktycznego wymaganego przez zamawiającego specjalistycznego doświadczenia 11 adwokatów i radców prawnych w wymaganym okresie odpowiednio pięciu i trzech lat dedykowanych do realizacji zamówienia,
- kosztów wykonania zamówienia, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i w sposób wskazany przez tego wykonawcę, czyli rzekomo przez 11 adwokatów i radców prawnych rzekomo posiadających specjalistyczne doświadczenie w wymaganym okresie, a przedstawione informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, który z uwagi na powyższe informacje:
  - nie wykluczył tego wykonawcy pomimo nie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
  - w zaproszeniu do udziału w akcji elektronicznej, w oparciu o wprowadzające w błąd informacje zawarte w ofercie Kancelarii KN na podstawie art. 91 b ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, dokonał błędnego obliczenia otrzymanej przez wykonawców punktacji za liczbę osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz za doświadczenie tych osób.

Jako zarzut ewentualny - zaniechania odrzucenia oferty Kancelarii KN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. wstrzymania przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a gdyby się odbyła, jej unieważnienia,
2. przeprowadzenia ponownej oceny oferty złożonej przez Kancelarię KN i wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy. Wniósł nadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez

Kancelarię KN odwołujący podał, że zamawiający w pkt. 5.3.2. SIWZ wskazał, że uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca

wykaże się dysponowaniem osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego dla części II (tj. Świadczenia obsługi prawnej spraw z zakresu prawa pracy i windykacji należności związanych z obsługiwany obszarem dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.) będącymi zespołem osób składającym się z osób

posiadających tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego oraz doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w sprawach, jakie zostaną im powierzone tj. co najmniej:

- a) Prawnik wiodący - jedna osoba posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstw m.in. w zakresie:
- współpracy ze związkami zawodowymi,
  - kształtowania zasad wynagrodzeń,
  - roszczeń ze stosunku pracy lub z nim związanych (wyплаты zaległych wynagrodzeń, w tym za pracę w nadgodzinach itp.) oraz roszczeń ze zmiany stosunku pracy,
  - spraw bhp, odszkodowań i zadośćuczynień z tytułu wypadku przy pracy i chorób zawodowych, restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, wypłaty świadczeń z tytułu rent wyrównawczych, ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla, rekompensaty wynikających z:
    - ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r., poz. 1971)
    - ustawy z dnia 23 listopada 2018 roku o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górnictwa (Dz.U. z 2019 r., poz. 29), w okresie, w którym przepisy te obowiązują,
    - występowania przed sądami powszechnymi i polubownymi w sprawach związanych z obsługiwany obszarem,
    - udziału w negocjacjach i mediacjach związanych z obsługiwany obszarem,
    - windykacji należności związanych z obsługiwany obszarem;
- b) Prawnik - min. 3. osoby posiadające co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw m.in. w zakresie jak dla prawnika wiodącego (strona 3-5 SIWZ).

Odwolujący uzupełnił, że z § 5 ust. 1 pkt 10 projektu umowy będącego załącznikiem stanowiącym integralną część SIWZ wynika, że zamawiający wymaga, aby wykonawca oświadczył, że posiada doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 7 września 2007 roku o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego - t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1374, 2341.

Wskazał, że przez przedsiębiorstwo górnicze w rozumieniu powyższego przepisu rozumie się:

- a) spółkę węglową - jednoosobową spółkę Skarbu Państwa, która prowadzi wydobywanie węgla kamiennego na podstawie koncesji lub która prowadzi likwidację zakładu górniczego oraz działania polikwidacyjne na terenach górniczych,
- b) spółkę, w której Skarb Państwa lub spółki węglowe, posiadają akcje albo udziały, prowadzącą wydobywanie węgla kamiennego na podstawie koncesji albo która prowadzi likwidację zakładu górniczego, działania polikwidacyjne na terenach górniczych albo zabezpiecza kopalnie przed zagrożeniami wodnymi, gazowymi oraz pożarowymi po zakończeniu likwidacji kopalni,
- c) spółkę zależną lub współzależną w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2018 r. poz. 395, 398 i 650) od spółki w której Skarb Państwa posiada akcje lub udziały, prowadzącą wydobywanie węgla kamiennego na podstawie koncesji,
- d) jednoosobową spółkę Skarbu Państwa, wykonującą zadania w zakresie naprawiania szkód wywołanych ruchem zakładu górniczego po zakończeniu jego likwidacji, w tym szkód powstałych w wyniku reaktywacji starych zrobów;

Podał, że przez kopalnię rozumie się wyodrębnioną jednostkę organizacyjną przedsiębiorstwa górniczego prowadzącą zakład górniczy.

Odwolujący podkreślił, że pomimo wniosku o wykreślenie oświadczenia zawartego

w § 5 ust. 1 pkt 10 projektu umowy, zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 29 w wyjaśnieniach do SIWZ datowanych na dzień 18 grudnia 2019 roku podtrzymał ten zapis projektu umowy, wobec czego oczywistym jest, że posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 7 września 2007 roku o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego jest dla zamawiającego uzasadnione i istotne, a dla wykonawcy obowiązkowe.

Stwierdził, że oferta Kancelarii KN nie spełnia wskazanych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, co zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 12) Pzp i odrzucenia jego oferty.

Stwierdził dalej, że Kancelaria KN nie dysponuje co najmniej 4 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, które miałyby doświadczenie i kwalifikacje zawodowe wymagane w SIWZ; prawnik wiodący wskazany w Wykazie osób (Załączniku nr 5a) nie posiada co najmniej 5 letniego, a pozostali prawnicy co najmniej 3 letniego doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw w szczególności w zakresie:

- 1) restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach,
- 2) wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla,
- 3) rekompensaty wynikającej z ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r.

poz. 1971) oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 roku o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz.U. z 2019 r., poz. 29).

ad 1)

Wskazał, że zasady restrukturyzacji zatrudnienia w kopalniach likwidowanych określone są w ustawie z dnia 7 września 2007 roku o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego (art. 1 pkt 2a tej ustawy) i zgodnie z art. 6 ust. 1 tej ustawy likwidacja kopalni polega na zaprzestaniu wydobycia węgla kamiennego i likwidacji zakładu górniczego lub jego oznaczonej części. W myśl zaś art. 8. ust. 1 tej ustawy przedsiębiorstwo górnicze, którego podstawowym przedmiotem działalności jest prowadzenie likwidacji kopalni, zabezpieczenie kopalń sąsiednich przed zagrożeniem wodnym, gazowym oraz pożarowym, w trakcie i po zakończeniu likwidacji kopalni, zagospodarowywanie majątku likwidowanej kopalni, zbędne majątku przedsiębiorstwa górniczego, tworzenie nowych miejsc pracy, w szczególności dla pracowników likwidowanej kopalni, wykonuje te czynności z dotacji budżetowej oraz innych źródeł finansowania, jeżeli likwidację tej kopalni rozpoczęto przed dniem 1 stycznia 2019 r.

Podał nadto, że zgodnie z art. 8a tej ustawy przedsiębiorstwo górnicze może przed dniem 1 stycznia 2019 r. zbyć nieodpłatnie na rzecz przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 1, kopalnię, zakład górniczy lub jego oznaczoną część, prowadzące wydobycie węgla kamiennego lub roboty górnicze, w celu przeprowadzenia ich likwidacji (ust. 1). Zbycie, o którym mowa w ust. 1, jest równoznaczne z podjęciem decyzji o likwidacji, o której mowa w art. 6 (ust. 2).

Odwołujący wskazał także, że przedsiębiorstwem górnicznym, o którym mowa w art. 8 ust. 1 tej ustawy jest zamawiający oraz była nim Bytomska Spółka Restrukturyzacji Kopalń Sp. z o.o., wobec czego tylko te podmioty przeprowadzają restrukturyzację zatrudnienia w likwidowanych kopalniach w rozumieniu wyżej cytowanych wskazanych w SIWZ wymagań co do doświadczenia wykonawców.

Podał, że z Rozdziału 3a ustawy z dnia 7 września 2007 roku o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego Restrukturyzacja zatrudnienia w kopalniach likwidowanych wynika, że restrukturyzacji taka prowadzona jest w okresie likwidacji kopalni, zakładu górniczego lub jego oznaczonej części, nabytych po dniu 1 stycznia 2015 r. przez przedsiębiorstwo, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i polega ona na udzielaniu (przyznawaniu) i wypłacie pracownikom nieposiadającym uprawnień emerytalnych urlopów górniczych, urlopów dla pracowników zakładu przeróbki mechanicznej węgla, albo jednorazowych

odpraw pieniężnych.

Podkreślił, że przy wykonywaniu powyższych zadań z zakresu restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach pojawiają się liczne problemy prawne budzące poważne wątpliwości, które zamawiający przy pomocy osób świadczących obsługę prawną zobowiązany jest na bieżąco rozwiązywać. Dodał, że z uwagi na to, że finansowane z dotacji budżetowych koszty realizacji tych zadań sięgają setek milionów złotych rocznie, konieczna jest pomoc prawna takich radców prawnych i adwokatów, którzy posiadają doświadczenie w tym zakresie.

Oświadczył, że z powszechnie dostępnych informacji oraz dokonanego przez odwołującego rozpoznania wynika, że żadna z osób wskazana w Wykazie osób dołączonym do oferty Kancelarii KN nie świadczyła obsługi prawnej na rzecz zamawiającego czy Bytomskiej Spółki Restrukturyzacji Kopalń Sp. z o.o. Oświadczył, że jedynie radca prawny A. K. w niewielkim zakresie prowadziła na rzecz zamawiającego postępowania sądowe jednakże jedynie o zapłatę wynagrodzenia za pracę i wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, a zatem nie w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach).

Uznał, że Kancelaria KN nie posiada żadnego doświadczenia w powyższym zakresie.

ad 2)

W odniesieniu do spraw dotyczących wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla odwołujący podał, że zgodnie z art. 12. ustawy z 7 września 2007 roku o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego byłemu pracownikowi kopalni postawionej w stan likwidacji przed dniem 1 stycznia 2007 r., uprawnionemu do bezpłatnego węgla, który uzyskał emeryturę lub rentę przed tym dniem, jest wypłacany przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej „ZUS”), oprócz emerytury lub renty, ekwiwalent pieniężny, z zastrzeżeniem ust. 2 (ust. 1). Pracownikowi kopalni likwidowanej wchodzącej w skład przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 1, który uzyska emeryturę lub rentę, jest wypłacany przez ZUS, oprócz emerytury lub renty, ekwiwalent pieniężny (ust. 2).

Podał także, że w myśl § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 27 czerwca 2016 r. w sprawie dotacji budżetowej przeznaczonej na finansowanie ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla oraz rent wyrównawczych (Dz. U. z dnia 29 czerwca 2016 r. poz. 931) przedsiębiorstwo górnicze, o którym mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego występuje z wnioskiem do ZUS o wypłatę ekwiwalentu dla emeryta lub rencisty, po ustaleniu jego uprawnienia do bezpłatnego węgla w naturze.

Stwierdził, że wiele wątpliwości budzi ustalenie (spośród potencjalnie uprawnionych dziesiątek tysięcy osób) kogo należy uznawać za byłego pracownika kopalni postawionej

w stan likwidacji przed dniem 1 stycznia 2007 r., a kogo za pracownika kopalni likwidowanej wchodzącej w skład przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 1; podobnie skomplikowanym jest ustalenie kto posiadał i posiada prawo do bezpłatnego węgla w naturze, gdyż wymaga to analizy wielu układów zbiorowych pracy, porozumień, czy regulaminów wynagradzania.

Oświadczył, że z powszechnie dostępnych informacji oraz dokonanego przez odwołującego rozpoznania wynika, że żadna z osób wskazana w Wykazie osób dołączonym do oferty Kancelarii KN nie świadczyła obsługi prawnej na rzecz zamawiającego czy Bytomskiej Spółki Restrukturyzacji Kopalń Sp. z o.o. Oświadczył, że jedynie radca prawny A. K. w niewielkim zakresie prowadziła na rzecz zamawiającego postępowania sądowe jednakże jedynie o zapłatę wynagrodzenia za pracę i wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, a zatem nie w zakresie wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla).

Uznał, że Kancelaria KN nie posiada żadnego doświadczenia także w powyższym zakresie.

Zauważył, że zamawiający powstał w 2000 roku, natomiast Bytomska Spółka Restrukturyzacji Kopalń Sp. z o.o. funkcjonowała w latach 2000 -2009 - w tym czasie obsługę prawną na rzecz tych podmiotów świadczyło kilkudziesięciu radców prawnych i adwokatów, wobec czego uznać należy, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Kancelarię KN możliwe było skorzystanie z potencjału i doświadczenia takich prawników.

ad 3)

Odwolujący podał, że zamawiający wymaga doświadczenia zawodowego minimum 4 osób w obsłudze prawnej przedsiębiorstw w zakresie wypłat rekompensat wynikających z ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego. Uznał, że nie ulega wątpliwości, że chodzi tu o doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw w zakresie wypłat tych rekompensat, a zatem przedsiębiorstw dokonujących takich wypłat wobec czego nie spełnia tego warunku ewentualne doświadczenie w obsłudze osób fizycznych, czyli wnioskodawców ubiegających się o zapłatę rekompensaty, czy też ewentualnie przy doradztwie na rzecz osób fizycznych ubiegających się o rekompensatę, a rzekomo zatrudnionych w przedsiębiorstwach innych niż dokonujących wypłat np. za pośrednictwem organizacji związkowych.

Stwierdził, że inne przedsiębiorstwa nie dokonują wypłat, a zatem nie sposób tam nabyć wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w obsłudze przedsiębiorstwa w zakresie wypłat rekompensat.

Uzupełnił, że przedsiębiorstwem wypłacającym w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego odpowiedzialnym za wypłatę rekompensaty są tylko i wyłącznie zamawiający, Tauron Wydobycie S.A., LW „Bogdanka” S.A. oraz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., stwierdzając, że wiedza w powyższym zakresie jest powszechnie znana i wynika chociażby z informacji o podmiotach, w których można składać wnioski o wypłatę rekompensaty zamieszczonej na stronie internetowej Ministerstwa Aktywów Państwowych (wcześniej Ministerstwa Energii).

Dowód: informacja o podmiotach, w których można składać wnioski o wypłatę rekompensaty zamieszczona na stronie internetowej Ministerstwa Aktywów Państwowych (wcześniej Ministerstwa Energii) pod adresem <https://www.gov.pl/web/aktywa->

Oświadczył, że z powszechnie dostępnych informacji oraz dokonanego przez odwołującego rozpoznania wynika, że żadna z 11 osób wskazanych przez Kancelarię KN w Wykazie osób nie świadczyła obsługi prawnej na rzecz żadnego z podmiotów będącego przedsiębiorstwem wypłacającym rekompensaty w rozumieniu powyższej ustawy, czyli na rzecz zamawiającego, Tauron Wydobycie S.A., LW „Bogdanka” S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Oświadczył, że jedynie radca prawny A. K. świadczyła pomoc prawną na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., jednakże nie w zakresie wypłat rekompensat.

Podsumował, że wykonanie zadań dla zamawiającego wymaga biegłej znajomości regulacji ustawowych w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, w zakresie wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla wypłat rekompensat, w tym definicji osób uprawnionych, procedur rozpoznania wniosku, wypłat lub wydawania odmów, aktualnych i archiwalnych przepisów wewnątrzzakładowych o zasadach przyznawania deputatu węglowego, a przede wszystkim dotychczasowej praktyki przedsiębiorstw wypłacających oraz orzecznictwa sądów powszechnych w takich sprawach.

Podkreślił, że regulacje prawne w powyższym zakresie są skomplikowane i budzą wiele wątpliwości, o czym świadczy wiele wyroków sądów odwoławczych, które zmieniają rozstrzygnięcia sądów pierwszej instancji; występują istotne rozbieżności w wykładni tych

samych regulacji w sądach okręgu Sądu Okręgowego w Gliwicach w porównaniu z sądami okręgu Sądu Okręgowego w Katowicach, a czasem nawet w orzecznictwie tego samego sądu.

Dowody:

- zeznania świadka Pani J. G. - Dyrektora Biura ds. Pracy Zamawiającego (wezwaney na adres Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom),
- zeznania świadka H. H. - byłego Dyrektora Biura Zamawiającego zajmującego się sprawami świadczeń z zakresu restrukturyzacji zatrudnienia oraz ekwiwalentu

pieniężnego (wezwaney na adres ul. Łokietka ., 41-933 Bytom),

- z przesłuchania przedstawiciela odwołującego.

dla wykazania zasadności wymagania przez zamawiającego doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw w szczególności w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla, rekompensaty wynikającej z ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego, stopnia skomplikowania problemów faktycznych i prawnych występujących u zamawiającego i niezbędnego nakładu pracy osób świadczących pomoc prawną w zakresie prawa pracy i windykacji należności tego obszaru, ilości prawników wykonujących świadczących pomoc prawną na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. oraz na rzecz Bytomskiej Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., posiadania przez Kancelarię KN oraz osób dedykowanych przez nią do realizacji zamówienia doświadczenia w wymaganym przez zamawiającego zakresie.

Oświadczył, że wniósł o udostępnienie wszystkich ewentualnie dokonanych przez

Kancelarię KN uzupełnień złożonej oferty oraz ewentualnie złożonych wyjaśnień do oferty, jednakże do chwili wniesienia odwołania żadnych materiałów nie uzyskał.

Stwierdził, że nie znając treści tych dokumentów, a nadto stanowiska zamawiającego w związku z odwołaniem, działając z ostrożności wnosi o przesłuchanie w charakterze świadków wszystkich prawników dedykowanych przez Kancelarię KN do realizacji zamówienia na okoliczność braku doświadczenia do realizacji zamówienia wymaganego przez zamawiającego.

W odniesieniu do wprowadzania zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia przesłanki udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 6. a) ppkt

2 SIWZ oferta miała zawierać wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z załączonym wzorem - załącznikiem nr 5a.

Podał, że w ww. załączniku (Wykaz osób) wykonawca zobowiązany być oświadczyć, że realizację przedmiotu zamówienia wykona z udziałem wskazanych w nim osób - należało podać Doświadczenie w latach oraz Opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych.

Wskazał także, że zgodnie z § 6 ust. 1 projektu umowy bieżąca obsługa prawna zamawiającego świadczona będzie:

- a) w siedzibie zamawiającego,
- b) od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 15.00 oraz poza tymi godzinami w czasie wykonywania czynności objętych umową poza siedzibą zamawiającego w czasie reprezentacji zamawiającego,
- c) przez 4 radców prawnych/adwokatów.

Wskazał nadto, że w § 6 ust. 2 projektu umowy przewidziano wpisanie liczby prawników wykonujących obsługę ogółem, w tym prawników wskazanych w ust. 1 oraz, że w pkt 16 SIWZ „Opis kryteriów oceny ofert” zamawiający ustalił następujące kryteria:

- a) cena oferty - znaczenie 50 %,
- b) liczba adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji części II zamówienia - znaczenie 20 %,
- c) doświadczenie adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji części II zamówienia - znaczenie 30 %; zamawiający miał uwzględniać jedynie doświadczenie osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, do oceny ofert zamawiający przewidział, że przyjmie sumę lat doświadczenia poszczególnych osób dedykowanych

do realizacji zamówienia spełniających wymagania stawiane w niniejszej SIWZ.  
Podkreślił, że zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ datowanych na

13 grudnia 2019 r., odpowiadając na pytanie nr 3 wskazał, iż liczba prawników wskazana w § 6 wzorów umów musi być zapewniona przez wykonawcę każdego dnia realizacji umowy, oddzielnie dla każdej części, a także, odpowiadając na pytanie nr 4 oświadczył, iż wymaga, aby każdy z członków zespołu (prawnik wiodący oraz pozostali prawnicy) posiadali doświadczenie określone przez zamawiającego dla danej części (zadania).

W ocenie odwołującego z powyższych postanowień SIWZ i wyjaśnień zamawiającego wynika, iż:

1. w załączniku nr 5a Wykaz osób należało wskazać co najmniej czterech adwokatów i radców prawnych, którzy posiadają co najmniej 3 letnie kierunkowe specjalistyczne doświadczenie wymagane dla części II w punkcie 5.3.2. SIWZ z wyjątkiem prawnika wiodącego, który musi posiadać co najmniej 5-cio letnie doświadczenie; każdy z adwokatów i radców prawnych osobno ma posiadać takie doświadczenie; brak takiego doświadczenia zobowiązuje zamawiającego do uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 5) ustawy Pzp; wskazanie osób, które wymaganego doświadczenia nie spełniają będzie działaniem wprowadzającym zamawiającego w błąd nie tylko co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także będzie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, albowiem na skutek takiego oświadczenia wykonawcy zaniecha on jego wykluczenia przyjmując, że spełnia warunki udziału w postępowaniu; takie wprowadzanie w błąd winno skutkować wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 5) ustawy Pzp;

2. każdy adwokat i radca prawny wskazany w załączniku nr 5a Wykaz osób musi posiadać wymagane specjalistyczne doświadczenie wobec czego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawca, który np. wskazałby czterech prawników posiadających wymagane doświadczenie, a pozostali takiego doświadczenia by nie posiadali; wskazanie osób, które wymaganego doświadczenia nie spełniają byłoby działaniem nie tylko niezgodnym ze SIWZ, lecz nadto działaniem wprowadzającym zamawiającego w błąd nie tylko co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także będzie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, albowiem ilość prawników wskazanych w Wykazie osób jest jednym z trzech kryteriów oceny ofert mającym znaczenie 20 %; takie działanie wykonawcy winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 5) ustawy Pzp;

3. w załączniku nr 5a Wykaz osób w kolumnie Doświadczenie w latach należało podać ilość lat wymaganego specjalistycznego doświadczenia adwokatów i radców prawnych, bo tylko podanie ilości lat takiego doświadczenia pozwala zamawiającemu na zweryfikowanie, czy wskazani prawnicy spełniają wymóg doświadczenia minimalnego tj. 5 lat dla prawnika wiodącego oraz 3 lata dla pozostałych prawników; zamawiający tylko na podstawie tego oświadczenia wykonawcy ma możliwość zweryfikowania wymogu posiadania wymaganego doświadczenia; wskazanie łącznej ilości lat wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego i posiadania ogólnego doświadczenia w wykonywaniu tych zawodów zamiast wskazania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia specjalistycznego jest działaniem nieprawidłowym i wprowadzającym zamawiającego w błąd nie tylko co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także będzie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, albowiem liczba lat doświadczenia adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji zamówienia wskazana w Wykazie osób jest jednym z trzech kryteriów oceny ofert mającym znaczenie 30 %; takie działanie wykonawcy zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 5) ustawy Pzp;

4. wszyscy wskazani przez wykonawcę w Wykazie osób, a następnie w § 6 ust. 2 umowy, adwokaci i radcowie prawni muszą wykonywać obsługę prawną zamawiającego od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 15.00; wprowadzaniem w błąd zamawiającego byłoby wskazanie więcej niż 4 adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji zamówienia w celu uzyskania dodatkowych ilości punktów

za dodatkowe osoby przy ocenie ofert, a następnie faktyczne wykonywanie zamówienia od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00 przez mniejszą ilość osób albo świadczenie przez te osoby obsługi prawnej w mniejszym, czy incydentalnym rozmiarze czasowym; zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp takie zabiegi wykonawcy obligują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że skoro na dzień 25 lutego 2020 roku wyznaczono aukcję elektroniczną z udziałem Kancelarii KN to zamawiający na podstawie niezgodnych z rzeczywistością i wprowadzających w błąd oświadczeniach zawartych w ofercie tej Kancelarii uznał, że wykonawca ten spełnia określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Stwierdził, że żaden z 11-stu adwokatów i radców prawnych wskazanych w załączniku nr 5a Wykaz osób przez Kancelarię KN nie spełnia wymaganego przez zamawiającego kierunkowego doświadczenia w ogóle, a zatem nie sposób przyjąć, aby osoby te miały łącznie 160 lat takiego doświadczenia wobec czego podane przez tego wykonawcę informacje wprowadziły w błąd zamawiającego.

Podniósł, że niezgodne z rzeczywistością i wprowadzające w błąd oświadczenia zawarte w ofercie Kancelarii KN miały wpływ także na błędne obliczenia otrzymanej przez wykonawców punktacji za liczbę osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz za doświadczenie tych osób. W ocenie odwołującego przeprowadzenie aukcji elektronicznej przy takim obliczeniu punktów poszczególnych wykonawców prowadziło do oczywiście

błędnych rezultatów i rażącego naruszenia zasady konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia.

W podsumowaniu odwołujący skonstatował, że przedstawiane przez Kancelarię KN w ofercie informacje co do spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz co do ilości posiadających wymagane przez zamawiającego doświadczenie adwokatów i radców prawnych, a także co do ilości lat tego doświadczenia były zamierzonym działaniem lub dokonane w wyniku rażącego niedbalstwa, które wprowadziło zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp. Co najmniej informacje te, podane w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa, były wprowadzające w błąd i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp.

Uzupełnił, że w każdym z powyższych wariantów zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Kancelarii KN z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W odniesieniu do tego, że oferta Kancelarii KN zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący wskazał, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części II zamówienia kwotę 2.514 577,15 zł brutto, natomiast oferta Kancelarii KN zawiera cenę w wysokości 1.749.060 zł - jest niższa o ponad najmniej 30% od wartości zamówienia.

Podał, że miesięczne koszty podstawowe związane z wykonywaniem zamówienia to:

1. wynagrodzenie minimalne dla pracownika administracyjno-biurowego 2 600,00 brutto, przy czym całkowity koszt wynagrodzenia po stronie pracodawcy wynosi 3 132,48 zł lub wynagrodzenie minimalne z umowy zlecenia 2 600 zł brutto, a całkowity koszt wynagrodzenia po stronie zleceniodawcy wynosi 3 066,18 zł (do dalszych obliczeń przyjęto niższe wynagrodzenie z tytułu umowy zlecenia),
2. czynsz najmu w wysokości 413,85 zł netto, czyli 509,04 zł brutto,
3. opłaty za media w wynajmowanym lokalu średnio około 500 zł netto, czyli około 615 zł brutto,
4. materiały biurowe, eksploatacyjne (papier do druku, do ksero, koperty), serwis drukarki i kserokopiarki ok. 500 zł netto, czyli 615 zł brutto,
5. licencja na dostęp bazy prawnej około 600 zł netto, 738 zł brutto,
6. ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną minimum 1.000.0000 zł około 750 zł - razem około 5.830,03 zł netto i 6.293,22 zł brutto miesięcznie, czyli za 36 miesięcy 209.881,08 zł

netto i 226.555,92 zł brutto.

Wskazał, że po pomniejszeniu zaproponowanej przez wykonawcę kwoty

1 749 060 zł brutto o wyżej wskazane koszty stałe tj. o 226.555,92 z brutto, pozostaje kwota 1.522.504,08 zł za 36 miesięcy.

Stanął na stanowisku, że pomimo iż radca prawny KN sama nie zamierza uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (nie wskazała siebie w Wykazie osób) lecz zamierza w całości podzlecać wykonanie całości zamówienia osobom trzecim racjonalnie należy założyć, że zaciągając tak odpowiedzialne zobowiązanie na 36 miesięcy powinna osiągnąć jakiś zysk z takiego przedsięwzięcia. Uznał, że gdyby przyjąć ten zysk na minimalnym poziomie 10 %, będzie to kwota 152.250,40 zł brutto za 36 miesięcy, czyli 4.229,17 zł brutto miesięcznie.

Stwierdził, że:

- główny koszt wykonywania zamówienia to wynagrodzenie dla adwokatów i radców prawnych,
- Kancelaria KN zadeklarowała 11 prawników do realizacji zamówienia, przy czym każdy ze wskazanych w Wykazie osób prawników ma wykonywać czynności każdego dnia od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00,
- na wynagrodzenia dla 11 prawników pozostanie kwota 1.370 253,68 zł (1.522.504,08 - 152.250,40) - dzieląc powyższą kwotę na 11 osób, na wynagrodzenie jednego prawnika mogłaby zostać przeznaczona kwota 124.568,56 zł brutto, czyli 3460,23 zł brutto miesięcznie, a po pomniejszeniu tej kwoty o 23 % podatek VAT (każdy z tych adwokatów i radców prawnych współpracuje z wykonawcą na umowie zlecenia, przez co jest przedsiębiorcą zobowiązanym do zapłaty podatku VAT) pozostaje kwota 2.813,19 zł netto; każdy taki przedsiębiorca zobowiązany jest do zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w aktualnej wysokości 1.431,48 miesięcznie (z ubezpieczeniem chorobowym), a zatem po odliczeniu tych składek pozostaje kwota 1.381,71 zł (2813,19-1431,48 zł), którą jeszcze należy pomniejszyć o podatek dochodowy 18% - pozostaje kwota 1.170.94 zł netto miesięcznie tytułem wynagrodzenia dla adwokata lub radcy prawnego ze średnim doświadczeniem około 15 lat pracy ( $160/11 = 14,54$  lat jak wynika z Wykazu osób) za 5 dni pracy w tygodniu od godziny 8.00 do 15.00. Uzupełniająco: kwota ta nie uwzględnia kosztów dojazdu adwokata lub radcy prawnego do siedziby zamawiającego, do sądów przy reprezentacji zamawiającego czy kosztów posiłku w czasie pracy od 8.00 do 15.00. Podsumował, że jest to wynagrodzenie znacznie niższe od wynagrodzenia

minimalnego, które nie uwzględnia wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz wzrostu cen i towarów na przestrzeni 36 miesięcy, co oznacza, że powyższa kalkulacja w sposób oczywisty dowodzi, że oferta Kancelarii KN zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

#### Sygn. akt KIO 447/20 - odwołanie dotyczy części V zamówienia

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca E. K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego E. K., 44-100 Gliwice, ul.

Łużycka .. (dalej „odwołujący II”), a to wobec:

1. zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy K. P., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego K. P., Plac Wolności 3/3 A, 40-478 Katowice (dalej „wykonawca KP”),
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KP,
3. zakończenia badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę KP w następstwie, którego wykonawca ten został dopuszczony do udziału w aukcji wyznaczonej na 25.02.2020r.,
4. czynności zamawiającego z 20.02.2020r., polegającej na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy KP, podjętej na skutek wadliwej oceny oferty tegoż wykonawcy,
5. zaniechania unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej 25.02.2020 r.

Odwolujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

a) art 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 24 ust. 4, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KP (i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą), który to wykonawca nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu zgodnie z SIWZ w zakresie w zdolności technicznych oraz zawodowych, tj. iż zespół osób jakimi dysponuje wykonawca dedykowanych do realizacji zadania posiada doświadczenie i kwalifikacje w sprawach jakie zostaną im powierzone, tj. iż prawnik wiodący posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze prawnej przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i degradacje środowiska i odpowiedni 8 prawników posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i środowiska - w szczególności w zakresie spornych spraw dotyczących roszczeń o naprawę szkód górniczych, stosowania ustawy prawo geologiczne i górnicze w zakresie likwidacji szkód górniczych, stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych i nie wykazał w toku składanych wyjaśnień braku podstaw wykluczenia, bowiem zgodnie z zapisami SIWZ:

a.1) pkt 5.3 ppkt 2.1 SIWZ, tj. zgodnie z zapisem o dysponowaniu osobami posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje w sprawach jakie zostaną im powierzone wynika wprost, że wymagane przez zamawiającego od prawnika wiodącego, jak i od pozostałych prawników doświadczenie i kwalifikacje zawodowe to doświadczenie nabyte w obsłudze prawnej przedsiębiorstw, które zobowiązane są do naprawy szkód

górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego, a zatem będących sprawcą tych szkód bądź podmiotem zobowiązanym do ich naprawy, a przy tym przez podmiot, który realizuje przedmiotowe zobowiązania, poprzez dotacje budżetowe. Zamawiający nie powierzy wykonawcy sprawy, w której byłby poszkodowanym działalnością górniczą; eksploatacją węgla kamiennego,

a.2) § 5 ust. 1 pkt 9 załącznika nr 3 do SIWZ „Projekt umowy na świadczenie obsługi prawnej w zakresie szkód górniczych, ochrony środowiska i gospodarki wodnej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.", który to załącznik stanowi integralną część SIWZ (str. 25) - „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 1 (omyłkowo oznaczony jako pkt 2) ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego”.

Tymczasem, jak wskazane zostało przez wykonawcę KP w wyjaśnieniach z 20.01.2020 r. i 30.01.2020 r. oczekiwane przez zamawiającego doświadczenie w sprawach o naprawę szkód górniczych, zarówno tego wykonawcy jak i wszystkich dedykowanych do realizacji zamówienia osób miało zostać przez nich nabyte w trakcie świadczenia usług na rzecz Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. w sytuacji, gdy spółka ta, podobnie jak Zakład Górniczo Hutniczy Orzeł Biały nigdy nie prowadziły eksploatacji węgla kamiennego - przedmiotem górniczej eksploatacji wymienianego zakładu były rudy metali (fakt znany powszechnie: zakładka „Historia”, na stronie internetowej orzel-bialy.com.pl), natomiast Centralna Pompownia Bolko sp. z o.o. nie prowadzi eksploatacji tak węgla kamiennego, jak i rud metali wobec czego brak jest wykazania przez wykonawcę KP i osoby przez niego wskazane posiadania doświadczenia w prowadzeniu spraw, jakie zostaną powierzone, to jest prowadzenia spraw i wykonywania czynności wymienionych w pkt 5.3. ust 2.1 SIWZ na rzecz podmiotu zobowiązanego na naprawę szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego, w tym stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego; radca prawny K. P., ani żadna z osób przez nią wskazanych nie posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego”, jako, że:

S radca prawny K. P. świadczy usługi obsługi prawnej wyłącznie na rzecz Centralnej

Pompowni Bolko sp. z o.o. (a wszystkie osoby dedykowane do wykonania zamówienia współpracują z jej Kancelarią przy wykonywaniu obsługi), które to przedsiębiorstwo nie jest przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu w/w ustawy,

S usługi, jakie świadczone są przez wykonawcę KP na rzecz Tauron Wydobyć S.A.

(będącym przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu w/w ustawy) nie są obsługą prawną tego przedsiębiorstwa w sferze spraw dotyczących naprawy, likwidacji szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego prowadzonej przez to przedsiębiorstwo; doświadczenie wynikające z obsługi prawnej tegoż przedsiębiorstwa

można by ewentualnie przypisać jedynie w/w wykonawcy (co do 5 osób dedykowanych

do realizacji zamówienia, tj. M. S., M. S., M. G. i P. W. wykonawca KP korzysta z wiedzy i doświadczenia M. S., M. S., M. G. i P. W. - tym samym osoby te nie posiadają doświadczenia w obsłudze Tauron Wydobycie S.A. zgodnie z pkt 5.3 ppkt 2.1 SIWZ, co z kolei prowadzi do wniosku, że wykonawca KP nie dysponuje wymaganą przez zamawiającego ilością osób (min. 9) o odpowiednich kwalifikacjach, a w konsekwencji oferta - jako niespełniająca wymagań SIWZ - podlega odrzuceniu,

S z osób wskazanych w ofercie wykonawcy KP (4 osoby dedykowane do wykonania zamówienia ewentualnie sam wykonawca), co z kolei prowadzić musi do wniosku, że wykonawca ten nie dysponuje wymaganą przez zamawiającego ilością osób (min. 9) o odpowiednich kwalifikacjach, a w konsekwencji, że oferta ta - jako niespełniająca wymagań SIWZ - podlega odrzuceniu; brak jest wykazania przez wykonawcę KP posiadania doświadczenia w w/w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego przez wymaganą w SIWZ ilość osób,

b) art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) w związku z art. 24 ust. 4, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KP (i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą), podczas gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, tym samym podając zamawiającemu informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. iż:

- spełnia warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt 5.3. ppkt 2.1. SIWZ,
- osoby wskazane w Załączniku nr 5d do druku Formularza Ofertowy wykaz osób posiadają faktyczne doświadczenie w sprawach jakie zostaną im powierzone,
- dysponuje wszystkimi osobami wskazanymi w Załączniku nr 5 do druku Formularz Ofertowy wykaz osób,
- zarówno wykonawca jak i osoby wskazane w Załączniku nr 5 do druku Formularz Ofertowy posiadają doświadczenie w zastępstwie procesowym przed sądami powszechnymi, polubownymi, arbitrażowymi oraz innymi organami orzekającymi w sprawach likwidacji szkód górniczych w wymiarze 5 lat dla prawnika wiodącego i 3 lata dla pozostałych 8 prawników i to w zakresie obsługi prawnej przedsiębiorstw jaki zostaną im powierzone,
- wykonawca KP wykonywała zastępstwo procesowe Centralnej Pompowni Bolko Sp. z o.o. w sprawach o naprawienie szkód górniczych, reprezentując przedsiębiorstwo zobowiązane do naprawienia szkody w związku z zakończoną w przeszłości działalnością zlikwidowanego zakładu górniczego wchodzącego w skład byłych Zakładów Górniczo-Hutniczych „Orzeł Biały”,

podczas, gdy żadna z osób wskazanych w Załączniku nr 5d do druku Formularz Ofertowy nie posiada doświadczenia „w sprawach jakie zostaną im powierzone” we wszystkich obszarach dla części V wymienionych w pkt. 5.3 ppkt 2.1 SIWZ. Nadto ani Zakłady Górniczo-Hutnicze „Orzeł Biały” ani Centralna Pompownia „Bolko” nigdy nie prowadziły eksploatacji węgla kamiennego (a jedynie pierwsza z nich - eksploatację rud metali).

Co więcej wykonawca KP wezwany przez zamawiającego do wykazania posiadanego doświadczenia w dwukrotnie złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż był zobowiązany do zastępstwa procesowego Centralnej Pompowni Bolko Sp. z o.o. co nie oznacza, że zarówno on jak i zespół posiadają doświadczenie (faktycznie byli pełnomocnikami procesowymi) przed sądami powszechnymi, polubownymi, arbitrażowymi oraz innymi organami orzekającymi w sprawach likwidacji szkód górniczych w wymiarze odpowiednio 5 (prawnik wiodący) i 3 (pozostali prawnicy) lat i to w zakresie obsługi prawnej przedsiębiorstw w sprawach jakie zostaną im powierzone, czego nie można uznać za faktyczne wykonywanie zastępstwa procesowego, ale pozostawanie w gotowości do jego wykonywania. Nadto eksploatacja związana z Zakładem Górniczo-Hutniczym „Orzeł Biały” nie tylko, że nie dotyczyła węgla kamiennego (lecz „jedynie” rud metali) to nadto zakończyła się w latach 80-tych i wobec tego nastąpiło uspokojenie terenu górniczego, doszło do przekształceń podmiotowych i w konsekwencji Centralna Pompownia Bolko Sp. z o.o., nie jest przedsiębiorcą górniczym w rozumieniu ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, nie odpowiada za szkody górnicze, tym samym nie sposób uznać za wiarygodne wykonywanie zastępstwa procesowego przez wykonawcę KP w postępowaniach, w których reprezentowałby przedsiębiorstwo odpowiedzialne za szkody górnicze (gdyby takie doświadczenie posiadał to w wyjaśnieniach odniósłby się do tych postępowań sądowych, wskazując przykładowo ich liczbę oraz czas trwania).

Podobnie wykonawca KP w wyjaśnieniach z 20.01.2020 r. wskazał, że w związku z umową z Tauron Wydobycie S.A. zobowiązany jest do zastępstwa procesowego tegoż podmiotu, czego nie można w ogóle uznać za faktyczne wykonywanie tego zastępstwa (czego wymaga zamawiający jako warunek w SIWZ), a co więcej w świetle oświadczenia wykonawcy KP w wyjaśnieniach z 20.02.2020 r., że „świadczy nadzór prawny i usługi doradztwa prawnego w ramach realizacji zamówienia publicznego - Etap I inwestycji pt. Roboty budowlane wykonywane przez generalnego wykonawcę Etapu I inwestycji budowy szybu „Grzegorz” wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla Tauron Wydobycie 5.A.”, ewentualne postępowania sądowe (których de facto wykonawca w ogóle nie wskazał) pozostają poza warunkiem określonym w SIWZ, tj. doświadczeniem w zastępstwie procesowym przed sądami powszechnymi, polubownymi, arbitrażowymi oraz innymi organami orzekającymi w sprawach likwidacji szkód górniczych.

Uzupełnił, że radca prawny K. P. wskazane doradztwo świadczy od listopada 2018 r.,

tym samym nie wykazuje 5 letniego doświadczenia w tym zakresie wymaganego dla prawnika wiodącego.

c) art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KP, podczas gdy oferta złożona przez tegoż wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ a to załącznikowi nr 3 do SIWZ „Projekt umowy na świadczenie obsługi prawnej w zakresie szkód górniczych, ochrony środowiska i gospodarki wodnej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.”, który to załącznik stanowi integralną część SIWZ (str. 25) bowiem zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 9 Projektu „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt. 1 (omyłkowo oznaczony w załączniku nr 3 do SIWZ jako pkt 2) ustawy z dnia 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego”, podczas gdy oferta złożona przez wykonawcę KP w szczególności Załącznik nr 5d do druku Formularz Ofertowy wykaz osób, w rubryce „opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych” nie zawiera informacji, że wykonawca (i żadna z osób dedykowanych do realizacji zamówienia) posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, informacja taka nie została również umieszczona w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę KP bowiem Centralna Pompownia Bolko Sp. z o.o. (który to podmiot wykonawca KP wskazuje w wyjaśnieniach jako przedsiębiorstwo, na rzecz którego świadczy obsługę prawną) nie jest przedsiębiorstwem górnictwem w rozumieniu ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego. Natomiast usługi, jakie świadczone są przez wykonawcę KP na rzecz Tauron Wydobycie S.A. (będącym przedsiębiorstwem górnictwem w rozumieniu w/w ustawy) świadczone są w sferze innej niż sprawy szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego prowadzonej przez to przedsiębiorstwo. Nadto doświadczenie wynikające z obsługi prawnej tego przedsiębiorstwa można by ewentualnie przypisać jedynie części z osób wskazanych w ofercie wykonawcy KP (4 osoby dedykowane do wykonania zamówienia i ewentualnie sam wykonawca KP), a zamawiający wymagał min. 9 osób o odpowiednim doświadczeniu.

d) art. 91b ust. 1, poprzez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji wykonawcy KP w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy, z przyczyn opisanych w lit. a,b,c winna zostać wykluczona/odrzucona,

e) art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91b ust. 2 pkt 3), poprzez dokonanie czynności wyznaczenia przez zamawiającego aukcji elektronicznej w postępowaniu w części V pomimo braku przesłanek do jej przeprowadzenia albowiem w części V złożone zostały dwie oferty z czego oferta tego wykonawcy KP, z przyczyn opisanych w lit. a, b, c winna zostać

wykluczona/odrzucona.

Odwolujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej,
2. unieważnienia decyzji o wyznaczeniu terminu aukcji elektronicznej,
3. unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem wykonawcy KP i bez udziału odwołującego II,
4. dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę KP i wykluczenia - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12), ewentualnie 16), 17) ustawy Pzp wykonawcy KP i skutkiem tego uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp),

5. ewentualnie odrzucenia oferty wykonawcy KP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ,
6. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz z dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane,
7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego II kosztów postępowania odwoławczego.

Z ostrożności, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów wcześniejszych odwołujący II wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wadliwym, nieskutecznym zaproszeniu odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia tej aukcji, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91b ust 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wypełnienia obowiązku skutecznego zaproszenia odwołującego II do udziału aukcji elektronicznej w części V i przeprowadzenie tej aukcji bez udziału odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący II nie potwierdził otrzymania zaproszenia (ust. 3 pkt 1 ppkt b i ust. 4 pkt 4.1, ppkt 2 Załącznika nr 4 do SIWZ), jako że, zaproszenie to do odwołującego II nie dotarło, a tym samym zamawiający naruszył zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej 25 lutego 2020 r. z udziałem wykonawcy KP,
2. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej,
3. unieważnienia decyzji o wyznaczeniu terminu aukcji elektronicznej,
4. ponownego dokonania czynności skutecznego zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,
5. ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
6. o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, z informacji COIG S.A z siedzibą w Katowicach (administratora strony aukcje@szyk.srk.com/pl) zawierającej wskazanie, czy system elektronicznej korespondencji kierowanej przez zamawiającego do wykonawców zawierał wymóg potwierdzenia przez adresata jej otrzymania, poprzez znajdujący się w treści zaproszenia link, czy też wymogu takiego nie zawierał na okoliczność braku możliwości skutecznego zapoznania się z treścią zaproszenia do udziału w aukcji przez odwołującego II i przyjętego przez zamawiającego w postępowaniu wymogu potwierdzenia przez wykonawcę otrzymania zaproszenia (celem przeprowadzenia wnioskowanego dowodu wniósł o zwrócenie się do COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice o nadesłanie wnioskowanej informacji, ewentualnie o zobowiązanie zamawiającego do pozyskania w/w informacji i przedłożenia w postępowaniu odwoławczym, a także z pozostałych dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane,
7. o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący II podał, że zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (dalej zamawiający) powstała w oparciu o art. 11 ustawy z 26.11.1998 r. o dostosowaniu górnictwa węgla kamiennego do funkcjonowania w warunkach gospodarki rynkowej oraz szczególnych uprawnieniach i zadaniach gmin górniczych i jest:

- spółką, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, której przedmiotem działalności jest prowadzenie likwidacji kopalń węgla kamiennego, zagospodarowanie majątku likwidowanych kopalń, zbywanie zbędnego majątku spółek węglowych oraz tworzenie nowych miejsc pracy w szczególności dla pracowników likwidowanych kopalń i wykonuje te czynności z dotacji budżetowej oraz innych źródeł finansowania, jeżeli likwidację tej kopalni rozpoczęto przed 1 stycznia 2019 r.,
- przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego. Ponadto, zgodnie z art 8a ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego zamawiający na podstawie

nieodpłatnych umów od oznaczonych podmiotów poszczególne kopalnie, zakłady lub ich oznaczone części. Jednocześnie zamawiający jako przedsiębiorstwo, o którym mowa w art ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, w związku z nabywaniem kopalń, zakładów górniczych i ich zorganizowanych części (obecnie zamawiający posiada 11 Oddziałów - nabył w tym trybie 14 kopalń lub ich zorganizowanych części) zgodnie z art 8c ust. 1 i 2 wstąpił we wszystkie prawa i obowiązki nabytych kopalni, zakładu górniczego lub jego oznaczonej wynikające z ustawy z 09.06.2011 r. Prawo geologiczne i górnicze oraz innych ustaw w takim

zakresie, w jakim jest to niezbędne do prowadzenia zakładu górniczego, w szczególności stał się stroną umowy o ustanowienie użytkowania górniczego dotyczącego złoża nabytej kopalni, zakładu górniczego oznaczonej części oraz wstąpił w prawa i obowiązki wynikające z koncesji oraz innych decyzji wydanych na podstawie ustawy z 09.06.2011 r. Prawo geologiczne i górnicze. Z dniem nabycia, o którym mowa w art. 8a ust. 1, przedsiębiorstwo, o którym mowa w art. 8 ust. 1, przejmuje zobowiązania z tytułu szkód spowodowanych ruchem zakładu górniczego, w tym szkód powstałych w wyniku reaktywacji starych zrobów. Środki na finansowanie tych zobowiązań pochodzą z dotacji budżetowej.

Stwierdził na powyższej podstawie, że zamawiający został powołany w szczególności do likwidacji nie prowadzących wydobycia kopalń węgla kamiennego, w oparciu o otrzymywaną, stosownie do ustawy z 26.11.1998 r. oraz obecnie obowiązującej ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, dotację celową budżetu państwa. Uzupełnił, że utworzenie zamawiającego stanowiło jeden z mechanizmów realizacji programu rządowego w zakresie zmian organizacyjnych w górnictwie zatytułowanego „Reforma górnictwa węgla kamiennego w Polsce w latach 1997-2002” mającego na celu oddzielenie procesu likwidacji kopalń od procesów naprawczych w innych kopalniach.

Wskazał, że powyższe zadania i cele zostały sprecyzowane oraz znalazły odzwierciedlenie także w statucie zamawiającego (§ 6 Statutu), którego jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa.

Podał, że obecnie, wobec przejęcia z 29.06.2017 r., wskutek podziału węglowej spółki kapitałowej, jaką była Kompania Węglowa S.A. w Katowicach, a następnie wskutek przejęcia spółki Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach, zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do naprawy skutków eksploatacji węgla kamiennego, jaka w przeszłości prowadzona była przez kilkadziesiąt zakładów górniczych; kopalń węgla kamiennego.

Wskazał, że zamawiający został utworzony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym (ogólnym), nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego i cele te realizuje także obecnie; istotny zakres działalności zamawiającego i wynikający z niego szeroki zakres działalności stanowi działalność związaną z naprawą szkód górniczych spowodowanych przez likwidowane i zlikwidowane kopalnie, rekultywacja terenów zdegradowanych działalnością górniczą; eksploatacją węgla kamiennego.

Uznał, że powyższe resume wskazuje, iż obsługa prawna tego podmiotu wymaga bardzo szerokiej, specjalistycznej wiedzy prawniczej, popartej doświadczeniem, wiedzą i umiejętnościami dotyczącymi w szczególności przekształceń w odniesieniu do przedsiębiorstw górniczych sektora górnictwa węglowego oraz innych zadań o strategicznym charakterze i znaczeniu dla tego sektora,

Podał, że zamawiający w pkt 5.3 ppkt 2.1 SIWZ wskazał, iż uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się dysponowaniem osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego - zespołem osób składającym się z osób posiadających tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego oraz doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w sprawach jakie zostaną im powierzone, tj. co najmniej:

- a) Prawnik wiodący: jedna osoba posiadająca 5-letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstw m.in. w zakresie:
- spornych spraw dotyczących roszczeń o naprawę szkód górniczych,
  - spraw związanych z roszczeniami z tytułu zabezpieczeń budowli przez skutkami wpływu eksploatacji górniczej,
  - stosowania ustawy prawo geologiczne i górnicze w zakresie likwidacji szkód górniczych,
  - stosowania przepisów ochrony środowiska,

- stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych,
- udziału w negocjacjach, rokowaniach i mediacjach z poszkodowanymi,
- współpracy z gminami w zakresie usuwania skutków eksploatacji górniczej oraz ochrony środowiska i rekultywacji powierzchni,
- zastępstwa procesowego w sprawach likwidacji szkód górniczych.

b) prawnik: minimum 8 osób posiadających co najmniej 3 - letnie doświadczenie zawodowe m.in. jak dla prawnika wiodącego.

Odwolujący II stanął na stanowisku, że z przywołanego postanowienia SIWZ wynika wprost, że wymagane przez zamawiającego od prawnika wiodącego, jak i od pozostałych prawników doświadczenie i kwalifikacje zawodowe to doświadczenie nabyte w obsłudze prawnej przedsiębiorstw, które zobowiązane są do naprawy szkód górniczych powstałych wskutek eksploatacji węgla kamiennego (będących sprawcą tych szkód, bądź podmiotem zobowiązanym do ich naprawy).

W ocenie odwołującego II wynika to zarówno ze stawianego przez zamawiającego wymogu posiadania doświadczenia w sprawach, „jakie zostaną Wykonawcy powierzone” (zobowiązanego do naprawy szkód górniczych), jak i z treści tiret 6 czy 7 analizowanego postanowienia SIWZ, w których przywołane zostały: udział w negocjacjach, rokowaniach i mediacjach z poszkodowanymi oraz współpraca z gminami w zakresie usuwania skutków eksploatacji górniczej oraz ochrony środowiska i rekultywacji powierzchni, a zatem czynności (działania) podejmowane wyłącznie przez podmiot zobowiązany do usuwania eksploatacji górniczej.

Zdaniem odwołującego sformułowanie „doświadczenie i kwalifikacje w sprawach jakie zostaną powierzone” odnosi się zatem do przedmiotu działalności zamawiającego oraz ustawowych i statutowych celów do jakich zamawiający został powołany.

Stwierdził, że zamawiający wymaga, aby obsługa prawna zamówienia była świadczona przez profesjonalnych pełnomocników, którzy posiadają doświadczenie w obsłudze przedsiębiorstw będących sprawcami szkód górniczych i degradacji środowiska, bowiem sam zamawiający nie jest poszkodowanym, ale sprawcą szkód wyrządzonych dzielnością eksploatacyjną poszczególnych kopalń węgla kamiennego lub podmiotem zobowiązanym ustawowo do naprawy szkód wyrządzonych ruchem likwidowanych i zlikwidowanych kopalń węgla kamiennego.

Według zamawiającego odmienna wykładnia byłaby nie tylko sprzeczna z treścią SIWZ, ale i interesem zamawiającego, który wymaga, aby obsługa prawna świadczona była na najwyższym poziomie, tym bardziej, iż konsekwencją poszczególnych decyzji w przedmiocie treści i zapisów ugód zawieranych przez zamawiającego z poszkodowanymi o naprawienie szkód górniczych spowodowanych działalnością poszczególnych kopalń węgla kamiennego oraz wyroków sądowych jest wydatkowanie środków budżetu państwa.

Za oczywiste uznał, że dla właściwego wykonania przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia niezbędne jest posiadanie przez niego doświadczenia w wypełnianiu przez zamawiającego ciążących na nim zobowiązań z zakresu obowiązku naprawy szkód górniczych, który to obowiązek jest (wyłącznie) zobowiązaniem sprawcy szkody (podmiotu prowadzącego eksploatację węgla kamiennego), bądź podmiotu odpowiedzialnego do usuwania tych skutków (następca prawny kopalni węgla kamiennego, bądź zamawiający jako podmiot zobowiązany z mocy ustawy).

Odwolujący II podał, że wykonawca KP w obu swych wyjaśnieniach wskazał, że posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie w zakresie stosowania przepisów ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód, ze szczególnym uwzględnieniem przepisu art. 8c tej ustawy (wyjaśnienia z 20.01.2020 r.), w swej praktyce dotyczącej szkód górniczych stosowała również przepisy kodeksu cywilnego i ustawy Prawo geologiczne i górnicze.

Za bezsporne przyjął, że dla poszkodowanych skutkami eksploatacji węgla kamiennego i ich pełnomocników istotna jest znajomość ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w części objętej przepisami, które określają podmiot zobowiązany do naprawy szkody powstałej wskutek eksploatacji górniczej prowadzonej przez zlikwidowaną

kopalnię węgla kamiennego (art. 8c w/w ustawy).

Stwierdził, że przywołanego zakresu regulacji prawnych nie sposób uznać za wypełnienie stawianego przez zamawiającego wymogu posiadanego doświadczenia w prowadzeniu spraw, jakie zostaną wykonawcy powierzone, a to wobec faktu, że zamawiający, będąc zobowiązanym z mocy ustawy do naprawy szkód górniczych, koszty którego to zobowiązania finansowane są przez budżet państwa środkami dotacyjnymi, zobowiązany jest stosować zarówno w/w ustawy, jak i rozporządzenie Ministra Środowiska z 12.03.2018 r. w sprawie warunków udzielania pomocy publicznej na cele ochrony środowiska wynikające z zamknięcia jednostek produkcyjnych węgla, zasady i warunki notyfikacji pomocy publicznej dla sektora górnictwa węgla kamiennego, jak i ustawę o finansach publicznych oraz ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wskazał, że związany i wynikający z faktu finansowania przez zamawiającego środkami budżetowymi obowiązku usuwania szkód górniczych powstałych wskutek eksploatacji zlikwidowanych kopalń węgla kamiennego obowiązek stosowania i ścisłego przestrzegania w/w uregulowań prawnych występuje wyłącznie w takich przedsiębiorstwach, które (jak zamawiający czy poprzednio również Kompania Węglowa S.A.) przedmiotowe zobowiązania naprawy szkód górniczych finansowała i finansuje z dotacji budżetowej.

Uznał wobec powyższego, że nie są prawdziwe twierdzenia wykonawcy KP, że świadcząc usługi prawne na rzecz Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. nabyła ona (i osoby przez nią wskazywane) doświadczenie w stosowaniu wymienionych powyżej uregulowań prawnych (poza ustawami wymienionymi w tiret ostatnie - aczkolwiek nie w zakresie związanym z naprawą szkód górniczych).

Podał, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, stanowiącym integralną część SIWZ - „Projektem umowy na świadczenie obsługi prawnej w zakresie szkód górniczych, ochrony środowiska i gospodarki wodnej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń SA”, jej § 5 ust 1 pkt 9 „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art 2 pkt. 1 ustawy z dnia 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego”, wskazując iż:

po pierwsze

zamawiający nie dokonał szczegółowej analizy oferty złożonej przez wykonawcę KP pod kątem spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ wraz Załącznikami.

Zgodnie z SIWZ zamawiający wymaga, aby osoby dedykowane do realizacji zamówienia posiadały doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w sprawach „jakie zostaną im powierzone”, toteż analiza ofert i wyjaśnień wykonawcy KP winna skutkować wykluczeniem tegoż wykonawcy, czego zamawiający zaniechał, bowiem wykonawca KP nie spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z SIWZ w zakresie zdolności technicznych oraz zawodowych, tj. iż zespół osób jakimi dysponuje wykonawca dedykowanych do realizacji zadania posiada doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w sprawach zostaną im powierzone, tj. iż prawnik wiodący posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie z w obsłudze prawnej przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i środowiska i odpowiednio min. 8 prawników posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i degradację środowiska w szczególności w zakresie spornych spraw dotyczących roszczeń o naprawę szkód górniczych, stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych i nie wykazał w toku składanych wyjaśnień podstaw wykluczenia.

Stwierdził że ani wykonawca KP, ani żadna z osób przez wskazanych nie posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu ustaw o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, jako, że:

- K. P. świadczy usługi obsługi prawnej wyłącznie na rzecz Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. (a wszystkie osoby dedykowane do wykonania zamówienia współpracują z jej Kancelarią przy wykonywaniu obsługi), które to przedsiębiorstwo nie jest przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu w/w ustawy, co więcej ustawa o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego nie ma w ogóle zastosowania do działalności przedsiębiorstwa (Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o.) za pośrednictwem którego wykonawca KP próbował wykazać posiadane przez siebie i pozostałe osoby dedykowane do realizacji zamówienia;
- usługi, jakie świadczone są przez wykonawcę KP na rzecz Tauron Wydobyć S.A.

(będącym przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu w/w ustawy) nie są obsługą prawną tego przedsiębiorstwa, a świadczone są w sferze innej niż sprawy szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego prowadzonej przez to przedsiębiorstwo. Nadto doświadczenie wynikające z obsługi prawnej tego przedsiębiorstwa można by ewentualnie przypisać jedynie części z osób wskazanych w ofercie (4 osoby dedykowane do wykonania zamówienia i ewentualnie sam wykonawca), co z kolei prowadzić musi do wniosku, że wykonawca KP nie dysponuje wymaganą przez zamawiającego ilością osób ( min. 9 osób) o odpowiednim doświadczeniu, a w konsekwencji, że oferta ta - jako niespełniająca wymagań SIWZ - podlega odrzuceniu.

Odwolujący II podkreślił, że w wyjaśnieniach z 20.01. i 30.01.2020 r. wykonawca KP wskazała, że zarówno ona, jak i dedykowane do realizacji zamówienia osoby dysponują doświadczeniem w sprawach o naprawę szkód górniczych nabytym w trakcie świadczenia usług na rzecz Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. spółka, jak i Zakład Górniczo Hutniczy „Orzeł Biały” nigdy nie prowadził eksploatacji węgla kamiennego.

Podał, że przedmiotem górniczej eksploatacji wymienianego zakładu były rudy metali (fakt znany powszechnie: zakładka „Historia”, na stronie internetowej orzel-bialy.com.pl) uzupełniając, że - jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego - Centralna Pompownia Bolko sp. z o.o. nie jest następcą prawnym Zakładu Górniczo Hutniczego „Orzeł Biały”, nie jest i nie była zatem odpowiedzialna/zobowiązana do naprawy szkód wyrządzonych ruchem wymienionego zakładu górniczego (eksploatacją rud metali).

Przypomniał, że wykonawca KP w wyjaśnieniach wskazała, że Centralna Pompownia Bolko została założona jako centralna stacja do odwadniania zróbnów rud ołowio-wych w regionie Niecki Bytomskiej w celu ochrony lokalnych obszarów (...) przed podtopieniem i zabagnieniem (...) zgodnie z ustawą o dotacji dla niektórych podmiotów (t.j. Dz.U. 2019.1771).

Dowód: wyjaśnienia wykonawcy KP z 20.01.2020 r. i 30.01.2020r. oraz wydruk zakładki „Historia” ze strony orzel-bialy.com.pl.

Skonstatował, że prowadzona przez Centralną Pompownię Bolko działalność to zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 3 ust 4 pkt 1 do 5 w/w ustawy: działania wykonywane po zakończeniu likwidacji zakładu górniczego wchodzącego w skład byłych Zakładów Górniczo-Hutniczych "Orzeł Biały" w Bytomiu (zajmujących się w przeszłości eksploatacją jedynie rud metali, a nie węgla kamiennego), polegające na:

1. zabezpieczeniu kopalń sąsiednich przed zagrożeniem wodnym,
2. likwidacji zbędnej infrastruktury związanej z wykonywaniem działania, o którym mowa w pkt1,
3. naprawianie szkód powstałych w wyniku wykonywania działań, o których mowa w pkt 1 i 2,
4. opracowanie, wymaganych na podstawie odrębnych przepisów, projektów, dokumentacji, opinii, ekspertyz i analiz związanych z zakresem działań wymienionych w pkt1-3,
5. sprawowanie ogólnego zarządu.

oraz, że żadna z powierzonych ustawą Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. taksatywnie wymienionych działalności nie jest eksploatacją, w tym eksploatacją węgla kamiennego, jej działalność tym samym nie może wyrządzić szkody, która byłaby skutkiem tej eksploatacji, nie nakłada na w/w spółkę obowiązku naprawy szkód wyrządzonych prowadzoną w przeszłości przez Zakłady Górniczo-Hutnicze "Orzeł Biały" eksploatacją rud metali.

Stwierdził w dalszej kolejności, że Centralna Pompownia Bolko sp. z o.o. nie jest (nie może być) sprawcą szkód górniczych, nie jest tym samym podmiotem zobowiązanym do ich naprawy, żaden z przywołanych przepisów nie nałożył na tę spółkę takich zadań.

Uzupełnił, że prowadzone przez Centralną Pompownię Bolko sp. z o.o. procesy sądowe o naprawę szkód górniczych, będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego to sprawy, w których spółka ta - jako poszkodowany - dochodzi roszczeń o naprawę przedmiotowych szkód wyrządzonych wskutek tej eksploatacji w jej majątku.

Podsumował, że wykonawca KP i osoby przez w ofercie wskazane nie posiadają doświadczenia w prowadzeniu spraw, jakie zostaną im powierzone, to jest w prowadzeniu

spraw i wykonywaniu czynności wymienionych w pkt 5.3. ust 2.1 SIWZ) na rzecz podmiotu zobowiązanego na naprawy szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego, w tym między innymi stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego oraz, że wykonawca KP nie posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego.

Dowód: wniósł o zwrócenie się do Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. o udzielenie informacji na okoliczność czy spółka ta posiada koncesję na wydobycie węgla kamiennego, czy węgiel ten wydobywa (lub wydobywał jej poprzednik), czy przeciwko spółce toczyły się sprawy sądowe o naprawę szkód będących skutkiem prowadzonej przez spółkę, bądź jej poprzedników prawnych eksploatacji węgla kamiennego, a jeśli tak to czy w procesach tych wykonawca KP oraz poszczególne osoby dedykowane do realizacji zamówienia wskazane w ofercie zastępowały ten podmiot jak i wskazania czy posiada koncesję na wydobycie kopali innych niż węgiel kamienny.

Odnosząc się do doświadczenia wykonawcy KP w obsłudze Tauron Wydobycie S.A., odwołujący II podał, że w wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że świadczy nadzór prawny i usługi doradztwa prawnego w ramach realizacji zamówienia publicznego - Etap I inwestycji pt. Roboty budowlane wykonywane przez generalnego wykonawcę Etapu I inwestycji budowy szybu „Grzegorz” wraz z budową infrastruktury powierzchniowej dla Tauron Wydobycie S.A., podnosząc że taki zakres usług nie spełnia wymogów SIWZ.

W ocenie odwołującego II co najwyżej można przyjąć, jak wynika z wyjaśnień wykonawcy KP, że wyłącznie sam wykonawca świadczy "nadzór prawny oraz usługi doradztwa" w ramach jednostkowej inwestycji budowlanej związanej z wydrążeniem szybu i budowy wierzy wyciągowej na rzecz Tauron Wydobycie S.A, czego jednak nie można uznać za obsługę prawną w rozumieniu kwalifikującym do udziału w przetargu.

Podkreślił, że wykonawca KP nie świadczy zastępstwa procesowego za Tauron Wydobycie S.A. w sprawach likwidacji szkód górniczych, co uniemożliwia powoływanie się na w/w doświadczenie w obsłudze tego podmiotu.

Uzupełniając stwierdził, że co prawda wykonawca wskazał, iż „w ramach umowy z Tauron Wydobycie S.A. zobowiązania jest do zastępstwa procesowego w postępowaniach przedsądowych polubownych (mediacjach arbitrażowych), sądowych przed wszystkimi sądami powszechnymi oraz administracyjnymi i postępowaniach administracyjnych", to jednak poza tak ogólnym sformułowaniem wskazującym wyłącznie na zobowiązanie i gotowość wykonawcy, nie jest to równoznaczne z wykonywaniem zastępstwa procesowego w okresie od października 2018 r.

Zdaniem odwołującego II wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, tym bardziej gdy jest nim profesjonalny pełnomocnik procesowy, radca prawny - winien w sposób szczegółowy, konkretny wykazać, że posiada doświadczenie w obszarach zgodnie z SIWZ, a zamawiający takich właśnie wyjaśnień winien oczekiwać.

Podał, że wykonawca KP nie wskazał przykładowo, że prowadzi/prowadził w okresie od października 2018 roku tyle i tyle spraw sądowych w imieniu Tauron Wydobycie S.A. w sprawach likwidacji szkód górniczych, prowadzi/prowadził w okresie od października 2018 roku tyle i tyle spraw przed sądem polubownym w imieniu Tauron Wydobycie S.A. w sprawach likwidacji szkód górniczych.

Wedle odwołującego II i ile w SIWZ zamawiający nie wymagał podania w/w liczb, to jednak, skoro wykonawca KP został wezwany do złożenia wyjaśnień to wykonawca winien w sposób szczegółowy wykazać, że wymagane doświadczenie posiada.

Stwierdził, że zamawiający nie dokonał wnikliwej oceny wyjaśnień wykonawcy KP, a w konsekwencji zaniechał wykluczenia tego wykonawcy i w rezultacie odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Dodał, że w wyjaśnieniach z 30.01.2020 r. wykonawca KP wskazuje, iż w wyżej opisanym zakresie, tj. obsługi Tauron Wydobycie S.A. korzysta z wiedzy i doświadczenia M. S., M. S., M. G. i P. W., tym samym - zdaniem odwołującego II - wymienione cztery osoby nie posiadają doświadczenia zawodowego w obsłudze prawnej przedsiębiorstwa Tauron Wydobycie S.A., a jedynie służą swoją wiedzą i doświadczeniem K. P.; nie łączy ich żaden stosunek cywilnoprawny z Tauron Wydobycie S.A, źródłem którego byłoby świadczenie przez te osoby usług prawnych na rzecz tego podmiotu, przykładowo nie reprezentowały Tauron Wydobycie S.A. w postępowaniach sądowych jako profesjonalni pełnomocnicy. Nieuprawnione i błędne jest przyjęcie, że służenie swoją wiedzą i doświadczeniem wykonawcy KP (co należy - według odwołującego II - rozumieć jako koleżeńskie, zawodowe

konsultacje i wymianę doświadczeń ) stanowi doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstwa Tauron Wydobycie S.A. - taka interpretacja prowadziłaby do wniosku, że nawet każdy kto posiada tylko dostęp do systemu np. Lex, Legalis może powoływać się na wiedzę osób, których publikacje znajdują się w tym Systemie Informacji Prawniczej, co stanowiło sytuację kuriozalną. Powoływanie się na takie doświadczenie przez wykonawcę KP pozostaje nie tylko w sprzeczności z SIWZ, ale jest swoistą próbą wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu wynikające co najmniej z niedbalstwa.

Nadto pozostałe osoby dedykowane do realizacji zadania, tj. D. P., M. N., Ł. M., W. B. posiadają doświadczenie w obsłudze wyłącznie jednego przedsiębiorstwa, tj. Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o.

Uwzględniając ww. okoliczności wnikliwa analiza wyjaśnień wykonawcy KP winna skutkować podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Dowód: odwołujący II wniósł o zwrócenie się do Tauron Wydobycie S.A. na adres: ul. Grunwaldzka 37,43-600 Jaworzno o udzielenie informacji na okoliczność czy wykonawca KP i pozostałe osoby wskazane jako zespół do realizacji zamówienia świadczyły obsługę prawną Tauron Wydobycie S.A. w zakresie określonym w pkt 5.3 pkt 2.1 SIWZ; wskazania sądów i sygnatur postępowań sądowych w których wykonawca KP i poszczególne osoby dedykowane do realizacji zamówienia wskazane w ofercie zastępowały Tauron Wydobycie S.A. w postępowaniach sądowych dotyczących w sprawach o likwidację szkód górniczych jako sprawcy szkód górniczych.

Dowód: odwołujący II wniósł o zobowiązanie wykonawcy KP do udzielenia informacji: wskazania listy spraw sądowych, polubownych, arbitrażowych z podaniem sądu i sygnatury, daty złożenia pełnomocnictwa do akt postępowania sądowego i ewentualnie daty prawomocnego zakończenia postępowania sądowego, w których wykonawca KP reprezentował Centralną Pompownię Bolko sp. z o.o. w sprawach o naprawienie szkód górniczych jako przedsiębiorcy odpowiedzialnego za wyrządzenie szkód górniczych lub zobowiązanego do ich naprawy, wskazania listy spraw sądowych, polubownych, arbitrażowych (osobno co do każdej z osób wskazanych w ofercie) z podaniem sądu, sygnatury, daty złożenia i ewentualnie pełnomocnictwa substytucyjnego i ewentualnie daty prawomocnego zakończenia postępowania sądowego, w których osoby wskazane przez wykonawcę KP reprezentował Centralną Pompownię Bolko sp. z o.o. w sprawach o naprawienie szkód górniczych jako przedsiębiorcy odpowiedzialnego za wyrządzenie szkód górniczych lub zobowiązanego do ich naprawy.

Powołując się na swoją wiedzę oświadczył, że wykonawca KP jest pełnomocnikiem procesowym w dwóch postępowaniach, w których reprezentuje Centralną Pompownię „Bolko” sp. z o.o., ale jako pełnomocnik poszkodowanego przedsiębiorstwa, majątek którego uległ uszkodzeniu wskutek eksploatacji górniczej (nie w sprawach jakie zostaną jej powierzone zgodnie z SIWZ).

Oświadczył także, że w tych postępowaniach sądowych osoby wymienione przez wykonawcę KP w wykazie osób nie są pełnomocnikami procesowymi/pełnomocnikami substytucyjnymi.

Podsumował, że wykonawca KP nie posiada doświadczenia w zakresie zastępstwa procesowego przed sądami powszechnymi polubownymi, arbitrażowymi przedsiębiorstw w sprawach jakie zostaną mu powierzone przez zamawiającego i już z uwagi na ten brak wykonawca KP winien zostać wykluczony.

Po drugie

Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca nie posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt. 1 ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, który to wymóg zamawiający przewidział w § 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy.

Wskazał, że w rubryce „ opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych” wykazu osób wykonawca KP nie zawarł informacji, że wykonawca i żadna z osób dedykowanych do realizacji zamówienia posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego; informacja taka nie została również umieszczona w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę KP.

Powołując się na definicję ustawową (ustawa o funkcjonowaniu górnictwa węgla

kamiennego) przedsiębiorstwa górniczego i kopalni stwierdził, że Centralna Pompownia „Bolko” sp. z o.o., z którym wykonawca KP wiąże doświadczenie swoje i wszystkich osób dedykowanych do realizacji zamówienia nie jest przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, ani Skarb Państwa, ani żadna spółka węglowa nie posiada udziałów w Pompowni Centralnej Pompowni „Bolko” sp. z o.o., a przy tym ani ta spółka, ani żaden z zakładów górniczych, z działalnością których, mocą ustawy z 30.08.2013r. o dotacji dla niektórych podmiotów (t.j. Dz. U. 2019.1771), związana jest działalność Centralnej Pompowni Bolko sp. z o.o. nie prowadził eksploatacji węgla kamiennego.

Dowód: KRS Centralnej Pompowni „Bolko” sp. z o.o. oraz KRS Pumech sp. z o.o., wydruk strony internetowej Orzeł Biały.

Po trzecie

Odwołujący II stwierdził, że wykonawca KP wprowadził w błąd zamawiającego w zakresie spełniania kryterium doświadczenia w przedmiocie współpracy z gminami w zakresie usuwania skutków eksploatacji górniczej i rekultywacji.

Podniósł, przyjmując zakończenie działalności eksploatacyjnej kopalni „Orla Białego” w roku 1982 - stosownie do treści art. 30 ust.4 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o ochronie gruntów i leśnych rekultywację gruntów prowadzi się w miarę, jak grunty te stają się zbędne całkowicie, częściowo lub na określony czas do prowadzenia działalności przemysłowej oraz kończy się w okresie przewidzianym w dokumentacji rekultywacyjnej i zagospodarowani lub terminie do 4 lat od zaprzestania tej działalności (według aktualnie obowiązującej ustawy

z 3 lutego 1995 r. - art 20 ust.4 - okres ten wynosi maksymalnie 5 lat bez odniesienia do dokumentacji rekultywacyjnej).

Stwierdził, że jakakolwiek rekultywacja, do której zobowiązana mogłaby być Pompownia Bolko Sp. z o.o. po „Orle Białym” musiałaby skończyć się dawno przed podjęciem przez wykonawcę KP obsługi prawnej Centralnej Pompowni Bolko Sp. z o.o.

Uzupełnił, że w wpisie do KRS spółki Centralna Pompownia „Bolko” Sp. z o.o. nie wynika, aby spółka ta była następcą prawnym byłych Zakładów Górniczo-Hutniczych „Orzeł Biały” w Bytomiu i jako utworzona przez Przedsiębiorstwo Usług Mechanicznych „PUMECH - ORZEŁ” Sp. z o.o. z całą pewnością nie jest podmiotem bezpośrednio odpowiedzialnym (byłym przedsiębiorcą górniczym lub jego następcą prawnym) za następstwa wcześniejszego ruchu zakładu górniczego ZGH „Orzeł Biały”, a więc nie jest podmiotem zobowiązanym w myśl Prawa geologicznego i górniczego do wykonywania działań innych niż (wyłącznie) te, które wymienione zostały w przepisach ustawy z 30.08.2013 r. o dotacji dla niektórych podmiotów.

Dowód: KRS Centralnej Pompowni „Bolko” sp. z o.o., KRS Pumech sp. z o.o., wydruk strony internetowej Orzeł Biały S.A orzel-bialy.com.pl., zakładka Historia.

Podsumował, że zgodność oferty z treścią SIWZ winna być rozpatrywana w kontekście stanu faktycznego, a nie polegać na bezrefleksyjnym przyjmowaniu prawdziwości oświadczeń wykonawcy, jak -według odwołującego II - postąpił zamawiający.

Odwołujący II wskazał następnie, że zgodnie z wymaganiami SIWZ do kontaktów odwołujący II wskazał zamawiającemu swój adres e-mail: [e..radca@wp.pl](mailto:e..radca@wp.pl).

Oświadczył, że na adres ten nie otrzymał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, termin której ustalony został na 25.02.2020 r. oraz, że codziennie przeglądał i przegląd wskazaną pocztą elektroniczną - „przeoczenie” otrzymanej korespondencji jest wykluczone.

Dowód: przesłuchanie odwołującego.

Odwołujący II oświadczył, że o fakcie przeprowadzenia przez zamawiającego 25.02.2020 r. aukcji elektronicznej dowiedział się w tym dniu w godzinach popołudniowych - na stronie internetowej zamawiającego zamieszczone zostało ogłoszenie o wynikach aukcji.

Uzupełnił, że z wyjaśnień, jakie zostały mu udzielone przez zamawiającego wynika, że 20.02.2020 r. zaproszenie do udziału w aukcji przesłane zostało do serwera obsługującego domenę @wp.pl .

Dowód: korespondencja stron: pismo odwołującego z 25.02.2020 r., pismo zamawiającego z 27.02.2020 r.

Odwołujący II podał, że zgodnie z przepisem art. 91b ust 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy w postępowaniu zamawiający przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, obowiązkiem zamawiającego jest zaproszenie drogą elektroniczną do udziału w tej aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu.

Podał także, że zgodnie z postanowieniami Załącznika numer 4 do SIWZ:

- zaproszenie do udziału w aukcji przesłane zostać ma przez zamawiającego na wskazany przez wykonawcę adres e-mail za pośrednictwem Portalu Aukcji Publicznych (ust. 3 pkt 1 ppkt 1a),
- wykonawcy potwierdzą drogą elektroniczną na adres e-mail [k.s.@srk.com.pl](mailto:k.s.@srk.com.pl) otrzymanie zaproszeń (ust. 3 pkt 1 ppkt 1 b).

Podniósł, że ciążący na zamawiającym z mocy przepisu art. 91b ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej to obowiązek dokonania skutecznego zaproszenia.

W ocenie odwołującego nie sposób uznać, że samo przesłanie na adres e-mail zaproszenia wypełnia wymóg dokonania tej czynności w sposób skuteczny.

Powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2018 r. sygn. akt V Ga 259/18, zgodnie z którym: „Dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią. Dowód w jakiej dacie nastąpiło doręczenie oświadczenia woli, obciąża nadawcę. Może on skorzystać z usługi potwierdzenia komunikatu elektronicznego lub - w razie posłużenia się podpisem elektronicznym - potwierdzenia udzielanego przez akredytowaną instytucję certyfikacyjną, ale również z innych przewidzianych w k.p.c. dowodów.”

Podkreślił, że notoryjnym jest fakt, że poczta elektroniczna zawiera mechanizmy identyfikowania napływającej korespondencji jako niepożądanego i automatycznego „przerzucania” jej do spamu, ponadto możliwe są sytuacje - uwarunkowane przyczynami technicznymi niezależnymi od oferenta, w których nadana wiadomość nie dociera do adresata. Dla wykluczenia zaistnienia właśnie takich sytuacji, to jest braku skutecznego dotarcia do wiadomości wykonawcy zaproszenia do udziału w aukcji, w przywołanym postanowieniu SIWZ przewidziany został wprost obowiązek potwierdzenia przez wykonawcę otrzymania przedmiotowego zaproszenia; brak tegoż potwierdzenia zobowiązywał zamawiającego do sprawdzenia, czy przesłana elektronicznie korespondencja dotarła do jej adresata.

Odwołujący II oświadczył, że obecnie jest mu wiadomym, że otwarta przez adresata korespondencja zawierała opcję „potwierdź” (niezależnie od zawartego w SIWZ obowiązku wykonawcy potwierdzenia przyjęcia zaproszenia do udziału w aukcji na adres ).

Zdaniem odwołującego II zamawiający, aby uniknąć sytuacji, w której wykonawcy nie mieliby możliwości zapoznania się z treścią zaproszenia do udziału w aukcji przewidział w SIWZ obowiązek potwierdzenia otrzymania zaproszenia na adres [k.s.@srk.com.pl](mailto:k.s.@srk.com.pl) oraz zaproszenie do udziału aukcji wysłane za pośrednictwem Platformy Aukcji Elektronicznej zawierało wymóg potwierdzenia przez adresata jego otrzymania, poprzez znajdujący się w treści zaproszenia link.

Uznał, że naprowadzone fakty, a w szczególności przyjęty w postępowaniu, ukształtowany przez zamawiającego sposób przesyłania oświadczeń w formie elektronicznej (tj. za potwierdzeniem otrzymania przez adresata) nakazują stwierdzić, że brak jest podstaw do przyjęcia, że odwołujący II został przez zamawiającego w sposób skuteczny poinformowany o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej; zamawiający - wobec braku potwierdzenia przez odwołującego II otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji - winien uznać swą czynność zaproszenia do udziału w akcji elektronicznej za wadliwą (wobec braku skuteczności zaproszenia) i czynność tę powtórzyć.

Stwierdził, że zaniechanie powyższego sprawiło, że odwołujący II pozbawiony został przez zamawiającego możliwości udziału w aukcji elektronicznej, jaka przeprowadzona została w postępowaniu 25.02.2020 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznych nośnikach danych (2 płyty CD) [wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r.] - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, dodatkowego stanowiska pisemnego odwołującego - pismo z dnia 8 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 404/20), wskazanych w dalszej części uzasadnienia wiadomości e-mail, złożonych przez zamawiającego na rozprawie (sygn. akt KIO 447/20), a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (odpowiednio w części II i V), kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa

w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 404/20 - odwołanie dotyczy części II zamówienia

Zarzut zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KN oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na brak wykazania spełnienia określonych w SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia przez minimum 4 adwokatów i radców prawnych przez wymagany okres odpowiednio 5 (dla prawnika wiodącego) i 3 lat (dla pozostałych prawników) w szczególności w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla, rekompensaty wynikającej z ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r., poz. 1971) oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz.U. z 2019 r., poz. 29), a w konsekwencji przyjęcia, że złożono dwie niepodlegające odrzuceniu oferty i wyznaczenia, a także przeprowadzenia aukcji potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 5.3. „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 2 „Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się: 1) dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego: (...) dla części II - zespół osób składający się z osób posiadających tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego oraz doświadczenie i kwalifikacje zawodowe, w sprawach jakie zostaną im powierzone, tj. co najmniej:

a) Prawnik wiodący - jednak osoba posiadająca co najmniej 5 - letnie doświadczenie

zawodowe w obsłudze prawnej przedsiębiorstw m.in. w zakresie:

- współpracy ze związkami zawodowymi,
- kształtowania zasad wynagrodzeń,
- roszczeń ze stosunku pracy lub z nim związanych (wyплаты zaległych wynagrodzeń, w tym za pracę w nadgodzinach, itp.) oraz roszczeń ze zmiany stosunku pracy,
- spraw bhp, odszkodowań i zadośćuczynień z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych,
- restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach, wypłaty świadczeń z tytułu rent

wyrównawczych, ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla, rekompensaty wynikającymi z:

- ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r., poz. 1971),
- ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz. U. z 2019 r., poz. 29) w okresie (...)
- występowania przed sądami powszechnymi i polubownymi w sprawach związanych z obsługiwany obszarem,
- udziału w negocjacjach i mediacjach związanych z obsługiwany obszarem,
- windykacji należności związanych z obsługiwany obszarem,

b) Prawnik - min. 3 osoby posiadające co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw m.in. w zakresie jak dla prawnika wiodącego."

Zgodnie z pkt. 6 „Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę do oferty” ppkt 8 lit. a) „spełnianie warunków udziału w postępowaniu” pkt 2 na potwierdzenie warunku wykonawcy mieli złożyć „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór dokumentu".

Opracowany przez zamawiającego wzór Wykazu osób przewidywał podanie przez wykonawcę następujących informacji: Imię i nazwisko, Zakres wykonywanych czynności w realizacji zamówienia, Doświadczenie w latach, Opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych, Podstawa do dysponowania osobami.

Zgodnie z pkt 16 SIWZ „Opis kryteriów oceny ofert” zamawiający przewidział cenę oraz dwa kryteria pozacenowe, tj. liczba adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji tej części zamówienia oraz doświadczenie adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji tej części zamówienia (suma lat doświadczenia) jako kryteria oceny ofert.

Wykonawca KN złożyła wraz z ofertą Wykaz osób, a następnie nowy Wykaz osób (odpowiadając 21 stycznia 2020 r. na wezwanie zamawiającego z 16 stycznia 2020 r.) oraz wyjaśnienia, prowadzące się w istocie do potwierdzenia posiadania doświadczenia przez osoby wchodzące w skład zespołu z wykorzystaniem opisu zakresów doświadczenia z SIWZ.

Na wezwanie zamawiającego z 10 lutego 2020 r., w którym zamawiający zwrócił się „o złożenie wyjaśnień w zakresie dotyczącym podmiotów na rzecz, których usługi te były lub są wykonywane oraz okresu świadczenia tych usług w zakresie ujętym w złożonym wykazie.” wykonawca KN stwierdziła na wstępie, że wezwanie zamawiającego „jest nadmierne i nieuprawnione w odniesieniu do treści SIWZ i żądanego przez Zamawiającego Wykazu osób według wzoru dokumentu opracowanego przez Zamawiającego, a także wobec uprawnień żądania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, udzielając jednak w dalszej części wyjaśnień, polegających na wskazaniu przedsiębiorstw, w których osoby wchodzące w skład zespołu uzyskały doświadczenie.

Jak wynika z wyjaśnień z 12 lutego 2020 r. żadna z osób (z wyjątkiem A. K. - praca w JSW S.A.) nie świadczyła obsługi prawnej w przedsiębiorstwie zamawiającego, Tauron Wydobycie S.A., LW „Bogdanka” S.A. lub JSW S.A.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza Ofertowego w pkt. 5 zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia o treści: „Akceptujemy projekt umowy i w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.”

Wykonawca KN w ofercie, w Formularzu ofertowym złożył ww. oświadczenie.

W projekcie umowy w § 5 ust. 1 zamawiający przewidział m.in., że wykonawca złoży następujące oświadczenie: „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z dnia 7.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego (t.j. Dz. U. 2018 1374 z późniejszymi zmianami)”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu podkreślić należy odrębność wymagań zamawiającego co do zespołu osób, z udziałem, których wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia (wymagania z pkt. 5.3. ppkt 2 SIWZ) oraz co do samego wykonawcy (§ 5 ust. 1 projektu umowy), a także odrębność wymagań zamawiającego co do sposobu potwierdzenia doświadczenia zespołu osób (pkt 6 SIWZ - Wykaz osób) oraz wykonawcy (brak wskazania w SIWZ wymagań zamawiającego co do sposobu potwierdzenia doświadczenia wykonawcy na etapie badania i oceny ofert).

Skład orzekający Izby podnosi:

- po pierwsze, kwestionowane przez odwołującego oświadczenie (wykonawcy, którego oferta zostanie uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą i którego zamawiający zaprosi do podpisania umowy), błędnie kwalifikowane przez odwołującego jako element warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, wymagającego weryfikacji na etapie badania i oceny ofert wedle reguł podanych w SIWZ ma zostać złożone przez wykonawcę przy podpisaniu umowy - jest to zatem oświadczenie, które dopiero zostanie złożone (w przyszłości) wobec czego nie stanowi treści złożonej już przez wykonawcę oferty (oferta w sensie largo jako ogół oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę),
- po wtóre, niedopuszczalną jest ocena możliwości złożenia przez wykonawcę KN w przyszłości prawdziwego oświadczenia co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia przez pryzmat doświadczenia wymaganego dla zespołu osób, któremu mają zostać powierzone sprawy (i odwrotnie !), ponieważ zamawiający innego doświadczenia oczekuje od wykonawcy, a innego od zespołu osób; oczekiwanie zamawiającego wobec wykonawcy zostało opisane bardzo ogólnie (w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z dnia 7.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego), natomiast wobec zespołu osób opisane zostało zupełnie odrębnie w pkt. 5.3. ppkt 2 SIWZ szerzej i z większym stopniem szczegółowości [np. co do ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego - „stosowanie ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych”, którego to elementu

(„w zakresie likwidacji szkód górniczych”) - w § 5 ust. 1 projektu umowy brak),

■ po trzecie, co nie mniej istotne, jedynie w odniesieniu do doświadczenia zespołu osób zamawiający przewidział sposób w jaki doświadczenie to będzie weryfikował (pkt 6 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę do oferty”), co sprowadzało się do wypełnienia i złożenia przez wykonawcę Wykazu osób. Dokumentu dotyczącego doświadczenia wykonawcy w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego zamawiający nie żądał i wykonawca KN dokumentu takiego nie złożył; niedopuszczalne są zatem próby weryfikacji przyszłego oświadczenia wykonawcy KN na etapie badania i oceny ofert i oczekiwanie od zamawiającego, że będzie prowadził w tym zakresie jakiegokolwiek analizy.

Przypomnienia wymaga, że specyfika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (w tym formalizm tego postępowania) oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wymagają, aby zamawiający badał i oceniał oferty wykonawców dokładnie tak, jak przewidział to w SIWZ, nie przekraczając ustanowionych i wspólnych wszystkim wykonawcom reguł i nie zaskakując wykonawców żądaniem, których nie wskazał w SIWZ.

W konsekwencji badanie doświadczenia wykonawcy KN według opisu doświadczenia i w sposób przewidziany dla zespołu osób (wg Wykazu osób i wyjaśnień do niego się odnoszących) jest niedopuszczalne, a wnioski płynące z takiego badania zupełnie nieprzydatne.

Uwzględniając wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakaz („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”), skład orzekający Izba rozpoznał przedmiotowy zarzut [pomimo użycia przez odwołującego w odwołaniu sformułowania „w szczególności w zakresie (...)”] jako ten, którym odwołujący kwestionuje wskazane zakresy doświadczenia wykonawcy KP, tj. :

S restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach,

S wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla,

S rekompensaty wynikającej z ustawy z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r., poz. 1971), oraz ustawy z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz. U. z 2019 r., poz. 29) w okresie (...)”.

Obowiązkiem zamawiającego jest opracowanie SIWZ, a w jej ramach ujęcie m.in. opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp), warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp) oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (art. 36 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp).

Powyższe oznacza, że wskazane powyżej obligatoryjne elementy SIWZ mają odrębny charakter (tak ze względu na ich ujęcie w odrębnych punktach, jak i przede wszystkim ze względu na inny zakres co do meritum) oraz, że tylko w dokumencie SIWZ zamawiający ma możliwość opisu swoich oczekiwań (ochrony swoich interesów) - intencje zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ lub warunki czy opis oświadczeń/dokumentów na ich potwierdzenie, które wynikać by miały z innych dokumentów nie mogą stanowić podstawy badania i oceny ofert. Na przeszkodzie temu stoi przepis art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagający od zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie oferentów.

Żadne zatem dodatkowe informacje, zaczerpnięte z innych niż SIWZ dokumentów np. ze statutu zamawiającego (jak próbował czynić to odwołujący), jak i fragmenty SIWZ dedykowane odrębnym celom (opis przedmiotu zamówienia) przez pryzmat, których miałyby

być odczytywane wymagania zamawiającego co do warunków udziału w postępowaniu czy sposobu ich potwierdzenia nie mogą stanowić podstawy badania i oceny ofert.

I choć w odniesieniu do obowiązku opracowania/opisania przez zamawiającego

warunków udziału w postępowaniu i oświadczeń oraz dokumentów na ich potwierdzenie, oczekiwanych od wykonawców brak jest przepisu - „odpowiednika” art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego opisu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia („w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), to bezsprzecznie także w odniesieniu do opisu warunków oraz ww. oświadczeń/dokumentów od zamawiającego wymagane jest, wyprowadzane z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), aby opis nie pozostawiał wątpliwości co do tego, jakie są warunki udziału i jaki jest sposób ich potwierdzenia przez wykonawców.

Odczytując ustanowione przez zamawiającego warunki i sposób ich potwierdzenia z zastosowaniem wykładni językowej w duchu obowiązujących zamawiającego zasad przygotowania postępowania, skład orzekający lzby doszedł do następujących wniosków:

1. sprawy, jakie zostaną co najmniej powierzone zespołowi wykonawcy (prawnikowi wiodącemu oraz - wobec wskazania oczekiwania takiego samego zakresu w pkt. 5.3. ppkt 2 lit b) - pozostałym prawnikom) to sprawy wyspecyfikowane w 8 punktach, o czym przesądza użycie przez zamawiającego „tj.” obok „co najmniej” wobec czego co najmniej takim, skonkretyzowanym zakresem doświadczenia muszą legitymować się prawnicy zespołu; nieuprawnione jest wobec tego także z tego względu (obok tego, że statut nie stanowił części SIWZ, a załącznik nr 2 SIWZ służy innym celom - opisaniu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia) odwoływanie się (na etapie badania i oceny ofert) do spraw innych, choćby były one konieczne wobec celów i zadań statutowych zamawiającego oraz przedmiotu zamówienia,
2. doświadczenie zawodowe prawników dotyczyć ma obsługi prawnej przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw, za czym przemawia wielość i różnorodność wskazanych zakresów doświadczenia (8 punktów), jak i wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada proporcjonalności - w tym przypadku proporcjonalności warunku (doświadczenie nabyte w wielu przedsiębiorstwach jest „nie gorszym”, jeśli „nie lepszym doświadczeniem” niż doświadczenie zdobyte tylko w jednym przedsiębiorstwie), z którą w sprzeczności pozostawałoby takie zawężające interpretowanie warunku, które prowadziłyby do ograniczenia konkurencji w postępowaniu,
3. doświadczenie zawodowe prawników dotyczyć ma obsługi prawnej przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw, niezależnie od tego jakie to były przedsiębiorstwa, o czym przesądza brak jakiegokolwiek zawężenia np. do przedsiębiorstw górniczych,
4. zdobyte przez prawników doświadczenie ma być doświadczeniem w obsłudze prawnej przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw - w stosowaniu wskazanych ustaw (prawo geologiczne i górnicze oraz ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych) niezależnie od tego, czy akty te były stosowane „z perspektywy” przedsiębiorstwa poszkodowanego, czy przedsiębiorstwa, będącego sprawcą szkód górniczych, o czym przesądza brak takiego zawężenia; w konsekwencji bez znaczenia pozostaje także, czy przedsiębiorstwo - poszkodowany było przedsiębiorstwem górniczym prowadzącym eksploatację węgla kamiennego.

Skład orzekający lzby zauważa, że choć wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca nie ma obowiązku składania wyjaśnień, to - o ile je złoży - wyjaśnienia te winny być poddane ocenie przez zamawiającego (nawet wówczas, gdy wykonawca kwestionował uprawnienia zamawiającego do żądania dalszych informacji).

W odniesieniu do doświadczenia w zakresie restrukturyzacji w likwidowanych kopalniach stwierdzić należy, że zamawiający nie odwołał się (jak w przypadku wypłat rekompensaty) do jakiegokolwiek ustawy.

Fakt, że ustawa z dnia 7 września 2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1374, 2341) określa zasady restrukturyzacji zatrudnienia w kopalniach likwidowanych [art. 1 pkt 2a)], przy braku odwołania się do niej przez zamawiającego w SIWZ, nie stanowi wystarczającej podstawy, aby rozumieć wymagane doświadczenie ściśle przez pryzmat zadań przedsiębiorstwa górniczego, prowadzącego restrukturyzację oraz, aby np. w ogóle przyjąć, że momentem rozpoczęcia restrukturyzacji zatrudnienia jest zbycie przedsiębiorstwa (art. 8a ust. 2 ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego).

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego dopuszczalne jest także nabycie doświadczenia w przedsiębiorstwie, które do restrukturyzacji się przygotowuje, ponieważ

przygotowania te niewątpliwie także wymagają znajomości zasad restrukturyzacji zatrudnienia.

W ocenie składu orzekającego Izby ogólne sformułowanie tego zakresu doświadczenia pozwala nawet przyjąć, że „obsługą prawną przedsiębiorstwa” jest także udzielanie informacji co do uprawnień, jakie mają przysługiwać pracownikom tegoż przedsiębiorstw (obsługa pracowników przedsiębiorstwa to obsługa przedsiębiorstwa).

Odwołujący zakwestionował możliwość zdobycia doświadczenia w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia w likwidowanych kopalniach w inny sposób jak w przedsiębiorstwie prowadzącym restrukturyzację, co było - w świetle SIWZ - zbyt daleko idącym wnioskiem, a w konsekwencji prowadzić musi do uznania, że doświadczenie zdobyte

przez zespół osób wskazany przez wykonawcę KN, zdobyte w inny sposób niż wynikało to z interpretacji SIWZ odwołującego, było adekwatne do oczekiwań zamawiającego.

W odniesieniu do doświadczenia w zakresie wypłaty ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla oraz rekompensaty stwierdzić należy, że zamawiający odwołał się do dwóch ustaw: z dnia 12 października 2017 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu prawa do bezpłatnego węgla (Dz. U. z 2017 r., poz. 1971) [dalej także „ustawa z 2017 r.”] oraz z dnia 23 listopada 2018 r. o świadczeniu rekompensacyjnym z tytułu utraty prawa do bezpłatnego oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (Dz. U. z 2019 r., poz. 29) [dalej także „ustawa z 2018 r.”], o czym przesądza poprzedzenie ich wskazania wyrazem „wynikającymi z” (liczba mnoga), co musi odnosić się nie tylko do rekompensaty (liczba pojedyncza), ale i ekwiwalentu pieniężnego z tytułu prawa do bezpłatnego węgla.

Uzupełniając stwierdzić należy, że do żadnych innych ustaw zamawiający się nie odwołał.

Obie ww. ustawy określają: zasady i sposób realizacji świadczenia rekompensacyjnego z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla (art. 1 ustawy z 2017 r.) oraz zasady i sposób realizacji świadczenia rekompensacyjnego z tytułu utraty prawa do bezpłatnego węgla oraz z tytułu zaprzestania pobierania bezpłatnego węgla przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorstwa górniczego (ustawa z 2018 r.), ale dotyczą innego kręgu uprawnionych [wskazane odpowiednio w art. 2 ust. 1 lit. a) oraz lit b)] a także w art. 2 ust. 1. pkt 1) lit. a)-d)].

Podkreślić należy, że zamawiający oczekiwał doświadczenia w obsłudze prawnej co do wypłaty - czy to ekwiwalentu, czy to rekompensaty, co wynika z poprzedzenia wszystkich rodzajów uprawnień wyrazem „wypłaty” oraz oczekiwał doświadczenia nie co do jednej, ale obu ww. ustaw.

W ustawie z 2017 r. definicja legalna przedsiębiorstwa wypłacającego znalazła się w art. 2 pkt 3), zaś w ustawie z 2018 r. w art. 2 ust. 1 pkt 3). Obie ustawy przez przedsiębiorstwo wypłacające rozumieją:

- a) przedsiębiorstwo, o którym mowa w art. 8 ust. 1 ustawy o funkcjonowaniu węgla kamiennego - w przypadku osób uprawnionych ze zlikwidowanych przedsiębiorstw górniczych lub przedsiębiorstw górniczych, które zaprzestały wydobywania węgla kamiennego na podstawie koncesji przed dniem wejścia w życie ustawy,
- b) przedsiębiorstwo górnicze - w przypadku osób uprawnionych z przedsiębiorstw górniczych, które w dniu wejścia w życie ustawy prowadzą wydobywanie węgla kamiennego na podstawie koncesji.

Zamawiający utrzymywał, że także inne niż wskazane przez odwołującego podmioty (sam zamawiający, Tauron Wydobywanie S.A., L.W. „Bogdanka” S.A., JSW S.A.) mogą być przedsiębiorstwami wypłacającymi w rozumieniu ustawy z 2017 i 2018 r., wskazując na art. 5 ust. 7 ustawy z 2017 r. zgodnie z którym: „Przedsiębiorstwo górnicze udziela przedsiębiorstwu wypłacającemu odpowiedzi w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku o potwierdzenie informacji, o których mowa w ust. 6”.

Dostrzec jednak należy, że informacją, którą przedsiębiorstwo górnicze ma udzielić przedsiębiorstwu wypłacającemu jest potwierdzenie, że osoba uprawniona posiadała prawo do bezpłatnego węgla na podstawie postanowień układu zbiorowego pracy, porozumieniu

lub innej regulacji obowiązującej w przedsiębiorstwie (art. 5 ust. 2 pkt 4) oraz art. 5 ust. 6 ustawy z 2017 r.), co bezspornie oznacza, że informacja przedsiębiorstwa górniczego jest oparta na jego wewnętrznych regulacjach (i ewentualnej wykładni tych regulacji), czego nie sposób zakwalifikować jako doświadczenia w zakresie stosowania którejkolwiek z ww. ustaw w przedsiębiorstwie wypłacającym.

Powyższe przekreśla możliwość wykazania doświadczenia w zakresie wypłaty rekompensaty wynikającego z ustawy z 2017 r., a tym samym doświadczenia wymaganego warunkiem w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, skoro elementem niezbędnym było wykazanie takiego doświadczenia w stosowaniu obu ustaw.

Przyjmując nawet (co odwołujący kwestionował), że A. K. świadczyła obsługę prawną w JSW S.A. i to w zakresie wypłat rekompensaty na podstawie ustawy z 2017 i 2018 roku, to jest to niewystarczające dla uznania, że doświadczeniem takim legitymuje się każdy z prawników wchodzących w skład zespołu, co jest równoznaczne z tym, że wykonawca KN nie wykazał spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych - doświadczenia zespołu 4 prawników w zakresie wypłaty rekompensaty wynikającego z ustawy z 2017 i 2018 roku. I choć informacje ze strony internetowej Ministerstwa Aktywów Państwowych o podmiotach, w których można składać wnioski o wypłatę rekompensaty nie przesądzają o tym, że w innych podmiotach wnioski nie mogą być składane, to stwierdzić w tym kontekście należy, że zamawiający nie wskazał, o jakież to inne podmioty chodzi.

Skład orzekający Izby oddalił zgłaszane przez odwołującego w odwołaniu i ponowione na rozprawie wnioski dowodowe, ponieważ były one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu, a to wobec tego, że świadkowie prezentować mieli własne oceny, a nie stwierdzać fakty.

Odnosząc się do wniosku o przesłuchanie w charakterze świadków wszystkich 11 prawników dedykowanych przez wykonawcę KN do realizacji zamówienia na okoliczność braku doświadczenia do realizacji zamówienia, skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie skonkretyzował faktów, które świadkowie mieliby stwierdzać, a nadto, że uzyskał w dniu 24 lutego 2020 r. dostęp „do materiałów”, tj. uzupełnienia i wyjaśnień dotyczących oferty wykonawcy KN, co odwołujący oświadczył w piśmie z 2 marca 2020 r. - „Uzupełnienie odwołania” (wniosek został sformułowany z ostrożności ze względu na brak dostępu do „materiałów”).

Skład orzekający Izby oddalił także zgłaszane przez przystępującego w toku rozprawy wnioski dowodowe (z dokumentów), ponieważ nie dysponował nimi zamawiający, dokonując weryfikacji oferty przystępującego, które to czynności ocenia skład orzekający Izby.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, nie wykluczając wykonawcy KN z tego względu, że wykonawca ten nie wykazał doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw w zakresie wypłaty rekompensaty wynikającymi z dwóch wskazanych w warunku ustaw, a w konsekwencji także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, 91a ust. 1 ustawy Pzp (skoro oferta wykonawcy KN winna zostać odrzucona w następstwie wykluczenia to zamawiający dysponował jedynie jedną niepodlegającą odrzuceniu ofertą, tj. ofertą odwołującego).

Zarzut zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KN oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do faktycznej liczby adwokatów i radców prawnych dedykowanych do realizacji zamówienia, faktycznego wymaganego przez zamawiającego specjalistycznego doświadczenia 11 adwokatów i radców prawnych w wymaganym okresie odpowiednio 5 i 3

lat dedykowanych do realizacji zamówienia, kosztów wykonania zamówienia, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i w sposób wskazany przez tego wykonawcę, czyli rzekomo przez 11 adwokatów i radców prawnych rzekomo posiadających specjalistyczne doświadczenie w wymaganych okresie, a przedstawione informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, który z uwagi na powyższe informacje nie wykluczył tego wykonawcy pomimo nie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz w zaproszeniu do udziału w akcji elektronicznej, w oparciu o wprowadzające w błąd informacje zawarte w ofercie wykonawcy KN dokonał błędnego obliczenia otrzymanej przez wykonawców punktacji za liczbę osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz za doświadczenie tych osób nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteria selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”

Zastosowanie przez zamawiającego dotkliwej dla wykonawcy sankcji w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu nie może budzić wątpliwości co do żadnej z okoliczności składających się na przesłankę wykluczenia.

Wymagającą ustalenia ponad wszelką wątpliwość okolicznością wykluczenia wykonawcy jest, w przypadku pkt. 16) art. 24 ust. 1 ustawy Pzp to, iż wykonawca działał w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, zaś w przypadku pkt. 17) art. 24 ust. 1 ustawy Pzp to, iż działał w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wykazanie powyższego obciążało odwołującego (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.’).

Jednak, formułując zarzut, odwołujący ani nie wskazał na czym zamierzone działanie, lekkomyślność, niedbalstwo, rażące niedbalstwo działania wykonawcy KN miałyby polegać, ani - w konsekwencji, nie zaprezentował w tym zakresie żadnej argumentacji. Brak ten odwołujący starał się uzupełnić w piśmie dodatkowym z dnia 8 czerwca 2020 r., co skład orzekający Izby uznał za spóźnione (o ile prezentacja nowych argumentów i dowodów jest możliwa do zamknięcia rozprawy, o tyle rozszerzenie zarzutu o nowe elementy, nowe okoliczności itp. już nie).

W odwołaniu odwołujący (oraz na rozprawie) skoncentrował się na tym, jak należy interpretować postanowienia SIWZ, czy wykonawca KN spełnia warunek udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jakie informacje wynikały z oferty wykonawcy KN w zakresie § 6 ust. 1 i 2 Projektu umowy, konsekwencji powyższego dla sposobu przyznania punktów zgodnie z przyjętymi, pozacenowymi kryteriami oceny ofert.

W istocie odwołujący, stawiając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy KN na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp oraz żądając wykluczenia tego wykonawcy sformułował go tak, jakby wskazane przepisy brzmiały: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteria selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”

Nie wskazując okoliczności działania wykonawcy KN i nie wykazując w konsekwencji, że wykonawca KN działał w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub choćby lekkomyślności lub niedbalstwa, odwołujący przesądził o konieczności uznania, że zarzut się nie potwierdził. Nie można bowiem wykluczyć wykonawcy na podstawie jedynie jednej, czy części okoliczności, o których w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp (abstrahując od oceny, czy inne okoliczności w ogóle wystąpiły).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Zarzut odwołujący postawił jako ewentualny, nie wskazując jednak czy wnosi o jego rozpoznanie w przypadku uwzględnienia wszystkich pozostałych zarzutów, niektórych, czy choćby jednego z nich toteż skład orzekający Izby zarzut ten rozpoznał.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert oferty złożyło 3 wykonawców z cenami brutto: 1 749 060 zł (przystępujący), 3 099 600 zł (K. R. S. i Partnerzy Kancelaria Adwokacka z Katowic), 2 500 491, 60 zł (odwołujący).

Pismem z dnia 16 stycznia 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ilości zatrudnionych pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia z minimalnym wynagrodzeniem albo na minimalnej stawce godzinowej oraz wysokości odprowadzanych składek z tytułu ubezpieczenia społecznego lub zdrowotnego, a także o wyjaśnienia, czy wskazana osoba zatrudniona na podstawie umowy zlecenia będzie zatrudniona w niepełnym wymiarze czasu pracy przy zachowaniu minimalnej stawki godzinowej.

Pismem z dnia 16 stycznia 2020 r. wykonawca KN udzielił wyjaśnień, oświadczając że osoba będzie zatrudniona w niepełnym wymiarze czasu pracy przy zachowaniu minimalnej stawki w kwocie 17,00 zł, tj. 2 499,00 zł miesięcznie oraz dodatkowo podając, że oprócz tejeż osoby do obsługi administracyjno-biurowej wykonawca zatrudnia na podstawie umowy zlecenia dwie osoby na stawce godzinowej wyższej niż 17,00 zł.

Pismem z dnia 10 lutego 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że wezwanie nastąpiło „w związku z ustaleniem, iż zaproponowana w ofercie (...) cena budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego - jest niższa o 30% od wartości wynikającej z szacunku Zamawiającego (wynoszącej 2 514 577,15 zł brutto).”

Pismem z dnia 12 lutego 2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, zauważając

w pierwszej kolejności że cena przystępującego „jest niższa tylko o 30,44% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy.”, co w skali miesiąca oznacza różnicę 309,55 zł.

Przystępujący oświadczył nadto, że:

1. „Oszczędność metody wykonania zamówienia wynika z faktu, że (...) nie ponosi wysokich kosztów pracy z uwagi na to, że nie zatrudnia osób na podstawie umowy o pracę, lecz wyłącznie na podstawie cywilnoprawnej umowy zlecenia, w tym w ramach obsługi Kancelarii, osób posiadających status studenta poniżej 26 roku życia”, nawiązując dodatkowo do załącznika nr 3 do oferty, gdzie wskazał, „że będzie zatrudniona osoba na podstawie umowy zlecenia w niepełnym wymiarze czasu pracy przy zachowaniu minimalnej stawki w kwocie 17,00 zł, tj. w łącznej wysokości 2499,00 zł miesięcznie.” oraz nawiązując do swoich wyjaśnień z 16 stycznia 2020 r., gdzie „dodatkowo wyjaśniono, że oprócz ww. osoby do obsługi administracyjno-biurowej są zatrudnieni w ramach obsługi innych podmiotów, w tym przedsiębiorstwa górniczego, na podstawie umowy zlecenia dwie osoby wykonujące m.in. powyższą obsługę administracyjno-biurową z tym, że na stawce godzinowej wyższej niż minimalna (...) tj. przy stawce godzinowej w wysokości 20,00 zł.”; „zatrudniona osoba na podstawie umowy zlecenia w wymiarze czasu pracy, spełniająca wymagania Zamawiającego, tj. od poniedziałku do piątku, w godzinach od 8.00 do 15.00, z uwzględnieniem maksymalnej ilości godzin w danym miesiącu - nie więcej niż 147 godzin (...)  $147 \times 17,00 \text{ zł} = 2499,00 \text{ zł}$  (...) Składki na ubezpieczenie społeczne finansowane przez Zleceniodawcę: Ub. społ. emerytalne - 243,90 zł Ub. społ. rentowe - 162,44 zł Ub. wypadkowe - 41,73 zł, FGŚP - 2,50 zł (...) Wobec powyższego: Ww. osoba obsługi administracyjno-biurowej - wynagrodzenie miesięczne - 2 499,00 zł brutto - przez cały okres realizacji zamówienia - 89 964,00 zł brutto - składki na ubezpieczenie społeczne miesięcznie 450,57 zł, - składki przez cały okres realizacji zamówienia 16 220,52 zł”
2. „przyjął, że do obsługi administracyjno-prawnej będą przeznaczone dwie osoby, w tym jedna osoba z kancelarii Wykonawcy dedykowana do ww. obsługi Zamawiającego, (...) w tzw. niepełnym wymiarze czasu pracy”, „Jedna osoba zatrudniona (...) na podstawie umowy zlecenia częściowo będzie oddelegowana na około 40h miesięcznie (co dawałoby ok. 10h tygodniowo) w stawce godzinowej po 20,00 zł a zatem wynosi (...) 800,00 zł (...) przez cały okres realizacji zamówienia  $800,00 \text{ zł} \times 36 = 28 800,00 \text{ zł}$  brutto Razem: wynagrodzenie miesięczne brutto wraz z ww. składkami obu osób zatrudnionych do obsługi kancelaryjnej (...) w wyżej opisanym wymiarze czasowym - 3 749,57 zł, przez cały okres realizacji zamówienia - to 134 984,52 zł”
3. „Wobec podanych informacji (...) Wykonawca będzie obciążony składkami z tytułu ubezpieczenia społecznego jedynie wobec osoby, z którą Wykonawca zamierza zawrzeć umowę zlecenia przy zachowaniu przy zachowaniu minimalnej stawki w kwocie 17,00 zł.”
4. „Ostateczny i znaczący wpływ na wysokość ceny złożonej w ofercie i zmniejszenie kosztów realizacji usług miała także zmiana treści SIWZ (...), poprzez dopuszczenie aplikantów do zastępstwa procesowego/prawnego w rozprawach/posiedzeniach. (...) Wykonawca (...) zamierza posilkować się również aplikantami radcowskim i adwokackimi, co pozwoli na zmniejszenie kosztu obsługi, albowiem aplikanci (...) aplikacje realizują w kancelariach radcowskich/adwokackich i w ramach programu szkoleniowego mają obowiązek odbywania nieodpłatnych praktyk, w tym uczestniczenia w sporach sądowych (...)”
5. „również nie będzie ponosił kosztów wynikających z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych odnośnie podanych w Wykazie radców prawnych/adwokatów, którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa prowadzą jednocześnie kancelarie prawne indywidualnie lub w ramach spółki cywilnej i z tego tytułu są zobowiązani do opłacania stosownych stawek, wymienionych w ww. ustawie”; „wynagrodzenie stałe podstawowego zespołu radców prawnych i adwokatów świadczących obsługę prawną od poniedziałku do piątku w godzinach 8.00 do 15.00 (...) Razem: wynagrodzenie miesięczne - 28 290,00 zł przez cały okres realizacji zamówienia - 1 018 440 zł brutto”
6. „Łącznie: stałe koszty wynagrodzeń osobowych (...) - miesięczne 32 039,57 zł - przez cały okres realizacji zamówienia 1 153 424,52 zł”
7. „Czynsz najmu: za rok 2020 r. - 509,04 zł brutto miesięcznie, rocznie 6 108,48 zł brutto za lata 2021 r. - 2022 r. z uwzględnieniem wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych 520,75 zł brutto miesięcznie, rocznie 6 249,00 zł brutto Razem:

czynsz miesięczny: 509,04 zł brutto za 2020 r., 520,75 zł brutto za 2021-2022 łącznie za lata 2020 - 2022: 18 606,48 zł brutto"

8. „Materiały eksploatacyjne i biurowe: - miesięcznie - ok. 500,00 zł brutto - przez cały okres realizacji zamówienia - 18 000,00 zł brutto Nie dotyczy będących już w posiadaniu Wykonawcy laptopów i urządzeń wielofunkcyjnych”,

9. W odniesieniu do radców prawnych zastępujących prawników ze stałego podstawowego zespołu: „miesięcznie ok. 1 845,00 zł brutto - przez cały okres realizacji zamówienia - 66 420,00 zł brutto"

10. W odniesieniu do radców zastępujących prawników ze stałego podstawowego zespołu w reprezentacji przed sądami powszechnymi i polubownymi: „miesięcznie ok. 3 690,00 zł brutto przez cały okres realizacji zamówienia - 132 840,00 zł brutto"

11. Na inne nieprzewidziane wydatki przewidział miesięcznie ok. 1000,00 zł brutto, 36 000,00 zł przez cały okres realizacji zamówienia.

12. Przyjął zysk w wysokości 323 769 zł brutto (8 993,58 zł brutto miesięcznie), będący różnicą pomiędzy ceną oferty a kosztami razem (1 425 291,00 zł brutto), wskazując że „zysk zostanie wypracowany również przez wykonywanie zamówienia osobiście przez

właściciela firmy - K. N.

Przystępujący do wyjaśnień z dnia 12 lutego 2020 r. załączył następujące dowody:

1. zobowiązanie prawnika do zawarcia umowy zlecenia jako prawnik wiodący za miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 7 995,00 zł brutto, wskazując zakres zlecenia,
2. zobowiązania 3 prawników do zawarcia umowy zlecenia za miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 6 765,00 zł brutto, wskazując zakres zlecenia,
3. zobowiązania 2 prawników do zawarcia umowy zlecenia na zastępstwo prawników ze stałego zespołu w zakresie powierzonych konkretnych zadań za wynagrodzeniem obliczonym jako iloczyn przepracowanych godzin i wysokości stawki godzinowej 184,50 zł brutto,
4. potwierdzenia uzgodnień przez 5 prawników wynagrodzenia za występowanie przed sądami powszechnymi i polubownymi w przedziale 123,00 - 307,50 zł brutto oraz wynagrodzenia obliczonego jako iloczyn przepracowanych godzin i wysokości stawki godzinowej 184, 50 zł - dodatkowa pomoc w ramach bieżącej obsługi prawnej oraz na zastępstwo w przypadkach nieobecności stałego prawnika.

W § 6 projektu umowy zamawiający uregulował „Miejsce i czas wykonywania” zamówienia, wskazując że bieżąca obsługa prawna świadczona będzie w jego siedzibie (§ 6 ust. 1 lit. a), od poniedziałku do piątku od 8.00 do 15.00, oraz poza tymi godzinami w czasie wykonywania czynności objętych umową poza siedzibą zamawiającego w czasie reprezentacji zamawiającego (§ 6 ust. 1 lit. b), przez 4 radców prawnych/adwokatów (§ 6 ust. 1 lit. c).

Nadto w § 6 ust. 2 projektu umowy zamawiający przewidział wskazanie ogólnej liczby prawników - „Liczba prawników wykonujących obsługę wynosi ... osób ogółem, w tym prawnicy wskazani w ust. 1 niniejszego paragrafu.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący oparł zarzut na założeniu, że koszty podstawowe związane z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia to łącznie 226 555,92 zł brutto (założenie 1) oraz, że wynagrodzenie dla wskazanych przez przystępującego do realizacji zamówienia 11 prawników wynosi (dla całego zamówienia) 1 370 252,68 zł, przyjmując przy tym, że każdy z 11 prawników ma obowiązek wykonywać czynności od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00 (założenie 2).

Odnosząc się do pierwszego z założeń odwołującego (koszty podstawowe), skład orzekający Izby wskazuje, że:

- w przypadku osoby przewidzianej do prac administracyjno-biurowych odwołujący zupełnie zignorował fakt, że przystępujący przewidział do obsługi sekretariatu osobę zatrudnioną na podstawie umowy zlecenia w niepełnym wymiarze czasu pracy (przy zachowaniu minimalnej stawki 17,00 zł), stąd wyliczenie wynagrodzenia dla tej osoby (od strony pracodawcy) we wskazanej przez odwołującego wysokości adekwatnej dla pełnego wymiaru czasu pracy nie jest zasadne; dostrzec przy tym należy, że zamawiający, przewidując w § 6 ust. 2 projektu umowy, że „(...) Wykonawca, do realizacji zadania w siedzibie Zamawiającego, zatrudnia 1 osobę do obsługi administracyjno - biurowe/” nie zastrzegł, że osoba ma być zatrudniona w pełnym wymiarze czasu pracy oraz, że ma - jak wskazano w § 6 ust. 1 projektu umowy prawnicy, świadczyć pracę od poniedziałku do piątku od 8.00 do 15.00.
- w przypadku kosztu z tytułu czynszu odwołujący przyjął 509,04 zł brutto, podczas gdy przystępujący przyjął dla lat 2021 i 2022 r. wartość wyższą, uwzględniającą wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, tj. 520,75 zł brutto,
- w przypadku opłat za media oraz materiałów biurowych i eksploatacyjnych odwołujący przyjął po 615 zł brutto (tak też przyjął przystępujący za materiały biurowe), w przypadku licencji na dostawę do bazy prawnej 738 zł brutto, zaś w przypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie odpowiedzialności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia 750 zł, przesądzając jednocześnie, że wszystkie te kwoty winny w całości „obciążać” koszty podstawowe przedmiotowego zamówienia, co nie jest zasadne w sytuacji, gdy z wyjaśnień przystępującego wynika, że realizuje on także inne zamówienia, co uzasadnia co najmniej „podział” ww. opłat i kosztów.

Odnosząc się do drugiego z założeń odwołującego (wynagrodzenie prawników), skład orzekający Izby wskazuje, że treść SIWZ nie daje podstaw do wniosku, że każdy ze wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia prawników ma obowiązek wykonywać czynności od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00.

Wniosek taki nie płynie z regulującego kwestię miejsca i czasu wykonywania zamówienia § 6 projektu umowy skoro w ust. 1 zamawiający jednoznacznie wskazał, że określone godziny pracy (lit. b) w jego siedzibie (lit. a) od poniedziałku do piątku (lit. b) dotyczą wyłącznie 4 radców prawnych/adwokatów (lit. c).

Brak jest w SIWZ w szczególności w projekcie umowy jakichkolwiek „obostrzeń” w odniesieniu do innych (niż 4 radców/adwokatów z § 6 ust. 1) radców/adwokatów, których wykonawca wskazał w ofercie jako tych, którzy mają realizować zamówienia, a którzy mają zostać uwzględnieni w § 6 ust. 2 umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że wyliczenia odwołującego oparte na założeniu, które z treści SIWZ nie wynika, tj. iż każdy z 11 prawników wskazanych

przez przystępującego ma obowiązek wykonywać czynności od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00 są nieadekwatne i nie mogą stanowić miernika weryfikacji wysokości wynagrodzeń przyjętych przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 12 lutego 2020 r. (wraz z dowodami).

Podkreślić należy, że uwzględniona przez przystępującego w jego wyliczeniach wysokość wynagrodzenia prawników została udowodniona, poprzez załączone do wyjaśnień z dnia 12 lutego 2002 r. oświadczenia/zobowiązania.

Przypomnienia także wymaga, że ze względu na charakter przedmiotu zamówienia kluczowe dla wyceny przedmiotu zamówienia są koszty osobowe - potwierdzają to wprost wyliczenia samego odwołującego (koszty nieosobowe to „jedynie” 226 555,92 zł brutto za 36 miesięcy).

Uwzględniając powyższą specyfikę przedmiotowego zamówienia (przyznał to sam odwołujący, wskazując na str. 14 odwołania, że „Główny koszt wykonywania zamówienia, to wynagrodzenie dla adwokatów i radców prawnych”) oraz nieadekwatność wyliczeń odwołującego tak co do osoby - pracownika administracyjno-biurowego (pominięto niepełny wymiar czasu pracy) oraz - przede wszystkim - co do 7 z 11 prawników (błędne założenie, iż każdy z 11 prawników ma obowiązek wykonywać czynności od poniedziałku do piątku od godziny 8.00 do 15.00), skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie podważył złożonych przez przystępującego wyjaśnień z 12 lutego 2020 r., tym bardziej, że także w zakresie pozostałych kosztów wyliczenia odwołującego nie były miarodajne, a to ze względu na przyjęcie niższych niż uczynił to przystępujący kosztów czynszu w roku 2021 i 2022 oraz ze względu na arbitralne i niezasadne w świetle wyjaśnień przystępującego

przyjęcie, że opłaty za media, licencje na dostęp do bazy prawnej, czy ubezpieczenie winny stanowić w całości koszty przedmiotowego zamówienia.

Nie sposób nadto pominąć - w kontekście zaniżonych (brak uwzględnienia wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz cen i towarów) czy wręcz pominiętych (opłaty za media, licencja na dostęp, ubezpieczenie) przez przystępującego (w ocenie odwołującego) kosztów bezosobowych - że w wyjaśnieniach przystępującego wskazano miesięczną rezerwę w wysokości 1000 zł oraz, że zasadnym jest, w świetle wyjaśnień przystępującego z dnia 12 lutego 2020 r., „podział” kosztów za ww. licencje czy ubezpieczenie na przedmiotowe, jak i inne zamówienia (zadania) realizowane przez przystępującego.

Zarzutu dotyczącego unieważnienia wykluczenia wykonawcy KN i odrzucenia jego oferty jako spóźnionego skład orzekający nie mógł rozpoznać.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców

(wg rozdzielnika - w tym odwołującego) o wykluczeniu wykonawcy KN na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp z tego powodu, iż wykonawca ten na wezwanie zamawiającego przedłożył Informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną po terminie składania ofert.

Pismem z dnia 30 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców (wg rozdzielnika - w tym odwołującego) o unieważnieniu czynności wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy KN.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp „Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.”

Powyższy przepis znajduje zastosowanie do podjętej przez zamawiającego czynności z dnia 30 stycznia 2002 r. (jest to „inna czynność” w postępowaniu o wartości przekraczającej kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania na czynność zamawiającego upłynął 10 lutego 2020 r. (9 lutego 2020 r. to niedziela), co oznacza, że podniesiony w „Uzupełnieniu odwołania” z dnia 2 marca 2020 r. zarzut jest spóźniony.

Skład orzekający Izby wskazuje, że bez znaczenia pozostaje podnoszona przez odwołującego okoliczność, że czynność ta nie zawierała żadnego uzasadnienia, ponieważ to odwołujący, o ile jego zdaniem istniały podstawy do wykluczenia wykonawcy KN w szczególności związane z informacją z KRK, winien uzasadnienie takie zaprezentować.

Zauważyć nadto należy, że odwołujący nawet nie wskazał, jaki przepis ustawy został w tym przypadku przez zamawiającego naruszony (art. 92 ustawy Pzp nie dotyczy czynności unieważnienia wcześniejszej czynności zamawiającego).

Podobnie jak zamawiający udostępnił odwołującemu ofertę - dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę KN 24 lutego 2020 r. na wniosek odwołującego, tak też odwołujący mógł do zamawiającego wystąpić o udostępnienie mu dokumentów i oświadczeń, jakimi wówczas zamawiający dysponował w tym uzupełnionej informację z KRK. Nie ma żadnych podstaw (nie wskazał ich odwołujący), aby utrzymywać, że na wcześniejszy wniosek odwołującego dokumentów tych zamawiający by nie udostępnił (skoro uczynił to 24 lutego 2020 r. choć i wówczas, i później było to przed zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Skład orzekający Izby pominął pismo odwołującego z dnia 9 czerwca 2020 r., złożone po zamknięciu rozprawy, ponieważ zostało one doręczone składowi orzekającemu Izby po ogłoszeniu wyroku (na marginesie skład orzekający Izby zauważyła, że ogłoszenie wyroku

zostało, wbrew informacji odwołującego, odroczone do 10 czerwca 2020 r. do godz. 9<sup>00</sup> - zgodnie z Protokołem rozprawy, wyrok - zgodnie z Protokołem ogłoszenia wyroku został

ogłoszony 10 czerwca 2020 r. o godz. 9<sup>00</sup>)

Ze względu na potwierdzenie się istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy KN, a tym samym odrzucenia oferty tego wykonawcy, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie oraz nakazując zamawiającemu wskazane w sentencji wyroku czynności.

Sygn. akt KIO 447/20 - odwołanie dotyczy części V zamówienia

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy KP (i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą), który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z SIWZ w zakresie zdolności technicznych oraz zawodowych, tj. iż zespół osób jakimi dysponuje dedykowanych do realizacji zadania posiada doświadczenie i kwalifikacje w sprawach jakie zostaną im powierzone, tj. iż prawnik wiodący posiada co najmniej doświadczenie zawodowe w obsłudze prawnej przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i degradacje środowiska i odpowiednio min. 8 prawników posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze przedsiębiorstw jako podmiotów odpowiedzialnych za szkody górnicze i degradacje środowiska w szczególności w zakresie spornych spraw dotyczących roszczeń o naprawę szkód górniczych, stosowania ustawy prawo geologiczne i górnicze w zakresie likwidacji szkód górniczych, stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych i nie wykazał w toku składanych wyjaśnień braku podstaw wykluczenia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 5.3. „Warunki udziału w postępowaniu” ppkt 2 „Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się: 1) dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego: (...) dla części V - zespół osób składający się z osób posiadających tytuł zawodowy adwokata lub radcy prawnego oraz doświadczenie i kwalifikacje zawodowe, w sprawach jakie zostaną im powierzone, tj. co najmniej:

- a) Prawnik wiodący - jednak osoba posiadająca co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe w obsłudze prawnej przedsiębiorstw m.in. w zakresie:
- spornych spraw dotyczących roszczeń o naprawę szkód górniczych,
  - spraw związanych z roszczeniami z tytułu zabezpieczeń budowli przed skutkami wpływu eksploatacji górniczej,
  - stosowania ustawy prawo geologiczne i górnicze w zakresie likwidacji szkód górniczych,
  - stosowania przepisów dotyczących ochrony środowiska,
  - stosowania ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych,
  - udziału w negocjacjach, rokowaniach i mediacjach z poszkodowanymi,
  - współpracy z gminami w zakresie usuwania skutków eksploatacji górniczej oraz ochrony środowiska i rekultywacji powierzchni,

- zastępstwa procesowego przed sądami powszechnymi, polubownymi, arbitrażowymi oraz innymi organami orzekającymi w sprawach likwidacji szkód górniczych.

b) Prawnik - min. 8 osób posiadających co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw m.in. w zakresie jak dla prawnika wiodącego."

Zgodnie z pkt. 6 „Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę do oferty” ppkt 8 lit. a) „spełnianie warunków udziału w postępowaniu” pkt 2 na potwierdzenie warunku wykonawcy mieli złożyć „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór dokumentu”.

Opracowany przez zamawiającego wzór Wykazu osób przewidywał podanie przez wykonawcę następujących informacji: Imię i nazwisko, Zakres wykonywanych czynności w realizacji zamówienia, Doświadczenie w latach, Opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych, Podstawa do dysponowania osobami.

Wykonawca KP złożył wraz z ofertą Wykaz osób oraz wyjaśnienia dodatkowe przy piśmie z dnia 20 stycznia 2020 r. (na wezwanie zamawiającego z 16 stycznia 2020 r. „o wskazanie przedsiębiorstw (winnych wyrządzenia szkód), które były obsługiwane przez osoby dedykowane do realizacji zadania” oraz „o podanie w jakim okresie była wykonywana ta obsługa”), podnosząc w nich na wstępie, iż SIWZ i odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców „nie wykazała aby Zamawiający żądał obsługi „przedsiębiorstw (winnych wyrządzenia szkody)”

Na wezwanie zamawiającego z 27 stycznia 2020 r., w którym zamawiający stwierdził, w odniesieniu do złożonych uprzednio wyjaśnień wykonawcy KP, że „przedłożono wyjaśnienia wskazujące posiadanie przez Kancelarię doświadczenia” oraz zażądał uzupełnienia przedłożonego Wykazu osób o doświadczenie osób dedykowanych do

realizacji zamówienia „w konkretnych przedsięwzięciach - (odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu), co nie zostało wskazane w uprzednio przesłanych wyjaśnieniach” wykonawca KP, przy piśmie z dnia 30 stycznia 2020 r., złożył kolejne wyjaśnienia.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Obowiązkiem zamawiającego jest opracowanie SIWZ, a w jej ramach ujęcie m.in. opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp), warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp) oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (art. 36 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp).

Powyższe oznacza, że wskazane powyżej obligatoryjne elementy SIWZ mają odrębny charakter (tak ze względu na ich ujęcie w odrębnych punktach, jak i przede wszystkim ze względu na inny zakres co do meritum) oraz, że tylko w dokumencie SIWZ zamawiający ma możliwość opisu swoich oczekiwań (ochrony swoich interesów) - intencje zamawiającego, które nie zostały wyartykułowane w SIWZ lub warunki czy opis oświadczeń/dokumentów na ich potwierdzenie, które wynikać by miały z innych dokumentów nie mogą stanowić podstawy badania i oceny ofert. Na przeszkodzie temu stoi przepis art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagający od zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie oferentów.

Żadne zatem dodatkowe informacje, zaczerpnięte z innych niż SIWZ dokumentów np. ze statutu zamawiającego (jak próbował czynić to odwołujący), jak i fragmenty SIWZ dedykowane odrębnym celom (opis przedmiotu zamówienia) przez pryzmat, których miałyby być odczytywane wymagania zamawiającego co do warunków udziału w postępowaniu czy sposobu ich potwierdzenia nie mogą stanowić podstawy badania i oceny ofert.

I choć w odniesieniu do obowiązku opracowania/opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i oświadczeń oraz dokumentów na ich potwierdzenie,

oczekiwanych od wykonawców brak jest przepisu - „odpowiednika” art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego opisu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia („w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), to bezsprzecznie także w odniesieniu do opisu warunków oraz ww. oświadczeń/dokumentów od zamawiającego wymagane jest, wyprowadzane z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), aby opis nie pozostawiał wątpliwości co do tego, jakie są warunki udziału i jaki jest sposób ich potwierdzenia przez wykonawców.

Odczytując ustanowione przez zamawiającego warunki i sposób ich potwierdzenia z zastosowaniem wykładni językowej w duchu obowiązujących zamawiającego zasad przygotowania postępowania, skład orzekający Izby doszedł do następujących wniosków:

5. sprawy, jakie zostaną co najmniej powierzone zespołowi wykonawcy (prawnikowi wiodącemu oraz - wobec wskazania oczekiwania takiego samego zakresu w pkt. 5.3. ppkt 2 lit b) - pozostałym prawnikom) to sprawy wyspecyfikowane w 8 punktach, o czym przesądza użycie przez zamawiającego „tj.” obok „co najmniej” wobec czego co najmniej takim, skonkretyzowanym zakresem doświadczenia muszą legitymować się prawnicy zespołu; nieuprawnione jest wobec tego także z tego względu (obok tego, że statut nie stanowił części SIWZ, a załącznik nr 2 SIWZ służy innym celom - opisaniu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia) odwoływanie się do spraw innych (na etapie badania i oceny ofert), choćby były one konieczne wobec celów i zadań statutowych zamawiającego oraz przedmiotu zamówienia,

6. doświadczenie zawodowe prawników dotyczyć ma obsługi prawnej

przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw, za czym przemawia wielość i różnorodność wskazanych 8 zakresów doświadczenia, jak i wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada proporcjonalności - w tym przypadku proporcjonalności warunku (doświadczenie nabyte w wielu przedsiębiorstwach jest „nie gorszym”, jeśli „nie lepszym doświadczeniem” niż doświadczenie zdobyte tylko w jednym przedsiębiorstwie), z którą w sprzeczności pozostawałoby takie zawężające interpretowanie warunku, które prowadziłoby do ograniczenia konkurencji

w postępowaniu,

7. doświadczenie zawodowe prawników dotyczyć ma obsługi prawnej

przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw, niezależnie od tego jakie to były przedsiębiorstwa, o czym przesądza brak jakiegokolwiek zawężenia np. do przedsiębiorstw górniczych,

8. zdobyte przez prawników doświadczenie ma być doświadczeniem w obsłudze prawnej przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw - w stosowaniu wskazanych ustaw (prawo geologiczne i górnicze oraz ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych) niezależnie od tego, czy akty te były stosowane „z perspektywy” przedsiębiorstwa poszkodowanego, czy przedsiębiorstwa, będącego sprawcą szkód górniczych, o czym przesądza brak takiego zawężenia; w konsekwencji bez znaczenia pozostaje, czy przedsiębiorstwo - poszkodowany był przedsiębiorstwem górniczym prowadzącym eksploatację węgla kamiennego.

Uwzględniając wynikający z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakaz („Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”), skład orzekający Izby rozpoznał przedmiotowy zarzut [pomimo użycia przez odwołującego w odwołaniu

sformułowania „w szczególności w zakresie (...)”] jako ten, którym odwołujący kwestionuje trzy wskazane zakresy doświadczenia wykonawcy KP, tj.

1. sporne sprawy dotyczące roszczeń o naprawę szkód górniczych,
2. stosowanie ustawy prawo geologiczne i górnicze w zakresie likwidacji szkód górniczych,
3. stosowanie ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych.

Odwołujący zbudował zarzut na błędnej wykładni warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, tj. błędnie przyjął, że zamawiający oczekiwał doświadczenia

(sprawy sporne dotyczące roszczeń o naprawę szkód górniczych, wskazane dwie ustawy) nabytego w obsłudze prawnej przedsiębiorstw (przedsiębiorstw górniczych), które zobowiązane są do naprawy szkód górniczych (i to wskutek eksploatacji węgla kamiennego), w konsekwencji kwestionując także niewystarczająco wnikliwą analizę oferty wykonawcy KP i przedwczesne zakończenie badania i oceny oferty tego wykonawcy, co czyni prezentowaną przez odwołującego argumentację nieadekwatną, a tym samym taką, która nie może prowadzić do wykazania zasadności zarzutu.

Uzupełniając skład orzekający Izby zauważa, że jedynie w odniesieniu do doświadczenia w negocjacjach, rokowaniach i mediacjach z poszkodowanymi, oczekiwanym przez zamawiającego, a zatem niezbędnym było doświadczenie zdobyte „z perspektywy” przedsiębiorstwa zobowiązanego do naprawy szkód skoro stroną negocjacji mieli być poszkodowani. Niemniej jednak każdy zakres wymaganego doświadczenia został opisany przez zamawiającego odrębnie, bez jakiegokolwiek wzajemnego powiązania toteż przez pryzmat jednego zakresu nie można odczytywać innych zakresów.

Innymi słowy, oczekiwania zamawiającego co do kwestionowanych przez odwołującego zakresów doświadczenia nie mogą być odczytywane przez pryzmat „udziału w negocjacjach, rokowaniach i mediacjach z poszkodowanymi”.

Błędnie także odwołujący przyjął, że warunkiem udziału w postępowaniu, obligującym zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w przypadku, gdy wykonawca nie wykaże jego spełnienia, było doświadczenie wykonawcy (odrębne od doświadczenia zespołu prawników), o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy. Brak w dedykowanej tej kwestii (warunkom udziału w postępowaniu) części SIWZ (pkt 5.3.) warunku odnoszącego się do wykonawcy jako takiego. W konsekwencji brak także w dedykowanej tej kwestii (dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę dla potwierdzenia spełniania warunków) części SIWZ (pkt 6) wskazania przez zamawiającego

jakichkolwiek dokumentów i oświadczeń.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy KP (i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą), podczas gdy wykonawca w zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa wprowadziła zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, tym samym podając zamawiającemu informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. iż:

- spełnia warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w pkt. 5.3. ppkt 2.1. SIWZ,
- osoby wskazane w Załączniku nr 5d do druku Formularz Ofertowy Wykaz osób posiadają faktyczne doświadczenie w sprawach jakie zostaną im powierzone,
- disponuje wszystkimi osobami wskazanymi w Załączniku nr 5d do druku Formularz Ofertowy Wykaz osób,
- zarówno wykonawca jak i osoby wskazane w Załączniku nr 5d do druku Formularz Ofertowy posiadają doświadczenie w zastępstwie procesowym przed sądami powszechnymi, polubownymi, arbitrażowymi oraz innymi organami orzekającymi

w sprawach likwidacji szkód górniczych w wymiarze 5 lat dla prawnika wiodącego i 3 lata dla pozostałych 8 prawników i to w zakresie obsługi prawnej przedsiębiorstw w sprawach jakie zostaną im powierzone.

- wykonawca KP wykonywała zastępstwo procesowe Centralnej Pompowni Bolko Sp. z o.o. w sprawach o naprawienie szkód górniczych, reprezentując przedsiębiorstwo zobowiązane do naprawienia szkody w związku z zakończoną w przeszłości działalnością zlikwidowanego zakładu górniczego wchodzącego w skład byłych Zakładów Górniczo-Hutniczych „Orzeł Biały” nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu, skład orzekający Izby zauważa, że zarzut niniejszy dotyczy nie tylko informacji o doświadczeniu zespołu osób wykonawcy w trzech zakresach z zarzutu pierwszego, ale także doświadczenia zespołu osób w zakresie zastępstwa procesowego

przed wskazanymi w SIWZ organami orzekającymi w sprawach likwidacji szkód górniczych.

Art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteria selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”

Zastosowanie przez zamawiającego dotkliwej dla wykonawcy sankcji w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu nie może budzić wątpliwości co do żadnej z okoliczności składających się na przesłankę wykluczenia.

Wymagającą ustalenia ponad wszelką wątpliwość okolicznością wykluczenia wykonawcy jest, w przypadku pkt. 16) art. 24 ust. 1 ustawy Pzp to, iż wykonawca działał w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, zaś w przypadku pkt. 17) art. 24 ust. 1 ustawy Pzp to, iż działał w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wykazanie powyższego obciążało odwołującego (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”).

Jednak, formułując zarzut, odwołujący nie wskazał na czym zamierzone działanie, lekkomyślność, niedbalstwo, rażące niedbalstwo wykonawcy KP miałyby polegać, w konsekwencji odwołujący powyższego nie wykazał, koncentrując swoją argumentację (tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy) wyłącznie wokół tego, czy wykonawca KP spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej „we wszystkich obszarach” oraz czy wykonawca posiada doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt. 1 ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego.

W istocie odwołujący, stawiając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy KP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp oraz żądając wykluczenia tego

wykonawcy sformułował go tak, jakby wskazane przepisu brzmiały: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteria selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;”

Nie wykazując, że wykonawca KP działała w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub choćby lekkomyślności lub niedbalstwa, odwołujący przesądził o konieczności uznania, że zarzut się nie potwierdził. Nie można bowiem wykluczyć wykonawcy na podstawie jedynie jednej, czy części okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp (abstrahując od oceny, czy inne okoliczności w ogóle wystąpiły).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KP podczas, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, a to załącznikowi nr 3 do SIWZ „Projekt umowy na świadczenie obsługi prawnej w zakresie szkód górniczych, ochrony środowiska i gospodarki wodnej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.”, który to załącznik stanowi integralną część SIWZ, bowiem zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 9 Projektu „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenia w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt. 1 (omyłkowo oznaczony w załączniku nr 3 do SIWZ jako pkt. 2 ] ustawy z dnia 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego”, podczas gdy złożona oferta przez wykonawcę KP w szczególności Załącznik nr 5d do druku Formularz Ofertowy Wykaz osób, w rubryce „Opis posiadanego doświadczenia, uprawnień, kwalifikacji zawodowych” nie zawiera informacji, że wykonawca (i żadna z osób dedykowanych do realizacji zamówienia) posiada doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt. 1 ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, informacja taka nie została również umieszczona w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę KP, ponieważ Centralna Pompownia Bolko Sp. z o.o. nie jest przedsiębiorstwem górniczym w rozumieniu ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, natomiast usługi, jakie świadczone są przez wykonawcę KP na rzecz Tauron Wydobywie S.A. świadczone są w sferze innej, niż sprawy szkód górniczych będących skutkiem eksploatacji węgla kamiennego prowadzonej przez to przedsiębiorstwo nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza Ofertowego w pkt. 5 zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia o treści: „Akceptujemy

projekt umowy i w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.”

Wykonawca KP w ofercie, w Formularzu ofertowym złożył ww. oświadczenie.

W projekcie umowy w § 5 ust. 1 pkt 9 (część V SIWZ po modyfikacji) zamawiający przewidział, że wykonawca złoży następujące oświadczenie: „Wykonawca oświadcza, że posiada doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z dnia 7.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego (t.j. Dz. U. 2018 1374 z późniejszymi zmianami)”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu podkreślić należy odrębność wymagań zamawiającego co do zespołu osób, z udziałem, których wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia (wymagania z pkt. 5.3. ppkt 2 SIWZ) oraz co do samego wykonawcy (§ 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy), a także odrębność wymagań zamawiającego co do sposobu potwierdzenia doświadczenia zespołu osób (pkt 6 SIWZ - Wykaz osób) oraz wykonawcy (brak wskazania w SIWZ wymagań zamawiającego co do sposobu potwierdzenia doświadczenia wykonawcy na etapie badania i oceny ofert).

Skład orzekający Izby podnosi:

- po pierwsze, kwestionowane przez odwołującego oświadczenie (wykonawcy, którego oferta zostanie uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą i którego zamawiający zaprosi do podpisania umowy), błędnie kwalifikowane przez odwołującego jako element warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, wymagającego weryfikacji na etapie badania i oceny ofert wedle reguł podanych w SIWZ ma zostać złożone przez wykonawcę przy podpisaniu umowy - jest to zatem oświadczenie, które dopiero zostanie złożone (w przyszłości) wobec czego nie stanowi treści złożonej już przez wykonawcę oferty (oferta w sensie largo jako ogół oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę),
- po wtóre, badanie zgodności treści oferty wykonawcy KP z treścią SIWZ - treścią § 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy można co najwyżej rozpatrywać w kontekście złożenia przez wykonawcę w ofercie oświadczenia w Formularzu ofertowym („Akceptujemy projekt umowy i w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach zawartych w specyfikacji w miejscu i terminie wskazanym przez

Zamawiającego.”), którego akceptacja w ofercie stanowi jednocześnie zobowiązanie do złożenia oświadczenia w § 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy. Wykonawca KP w Formularzu ofertowym złożył oświadczenie o akceptacji projektu umowy,

- po trzecie, niedopuszczalną jest ocena możliwości złożenia przez wykonawcę KP w przyszłości prawdziwego oświadczenia co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia przez pryzmat doświadczenia wymaganego dla zespołu osób, któremu mają zostać powierzone sprawy (i odwrotnie !), ponieważ zamawiający innego doświadczenia oczekuje od wykonawcy, a innego od zespołu osób; oczekiwanie zamawiającego wobec wykonawcy zostało opisane bardzo ogólnie (w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z dnia 7.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego), natomiast wobec zespołu osób opisane zostało zupełnie odrębnie w pkt. 5.3. ppkt 2 SIWZ szerzej i z większym stopniem szczegółowości [np. co do ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego - „stosowanie ustawy o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w zakresie likwidacji szkód górniczych”, którego to elementu („w zakresie likwidacji szkód górniczych”) - w § 5 ust. 1 pkt 9 projektu umowy brak),
- po czwarte, co nie mniej istotne, jedynie w odniesieniu do doświadczenia zespołu osób zamawiający przewidział sposób w jaki doświadczenie to będzie weryfikował (pkt 6 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę do oferty”), co sprowadzało się do wypełnienia i złożenia przez wykonawcę Wykazu osób. Dokumentu dotyczącego doświadczenia wykonawcy w obsłudze prawnej przedsiębiorstw górniczych w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy z 07.09.2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego zamawiający nie żądał i wykonawca KP dokumentu takiego nie złożył; niedopuszczalne są zatem próby weryfikacji przyszłego oświadczenia wykonawcy KP na etapie badania i oceny ofert i oczekiwanie od zamawiającego, że będzie prowadził w tym zakresie jakiegokolwiek analizy.

Przypomnienia wymaga, że specyfika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (w tym formalizm tego postępowania) oraz zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wymagają, aby zamawiający badał i oceniał oferty wykonawców dokładnie tak, jak przewidział to w SIWZ, nie przekraczając ustanowionych i wspólnych wszystkim wykonawcom reguł i nie zaskakując wykonawców żądaniem, których nie wskazał w SIWZ.

W konsekwencji badanie doświadczenia wykonawcy KP według opisu doświadczenia i w sposób przewidziany dla zespołu osób (wg Wykazu osób i wyjaśnień do niego się odnoszących) jest niedopuszczalne, a wnioski płynące z takiego badania zupełnie nieprzydatne.

Takie niedopuszczalne badanie oferty wykonawcy KP legło u podstaw sformułowania zarzutu toteż zarzut ten nie mógł się ostać.

#### Zarzuty:

- dokonania czynności zaproszenia do aukcji wykonawcy KP,
- wyznaczenia przez zamawiającego aukcji elektronicznej pomimo braku przesłanek do jej przeprowadzenia,
- tj. w sytuacji, gdy oferta wykonawcy KP, z przyczyn opisanych w zarzutach poprzednich - winna zostać „wykluczona/odrzucona” nie potwierdziły się.

Bezsporny był fakt, że oferta odwołującego II nie podlegała odrzuceniu.

W konsekwencji tego, iż żaden z zarzutów poprzednich się nie potwierdził, skład orzekający Izby uznał, że także te zarzuty się nie potwierdziły. Skoro bowiem brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy KP lub odrzucenia oferty tegoż wykonawcy to zamawiający dysponował 2 niepodlegającymi ofertami, co uprawniało zamawiającego do wyznaczenia aukcji i zaproszenia do udziału w niej wykonawców, którzy ofert te złożyli w tym wykonawcy KP.

Zarzut wadliwego, nieskutecznego zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w postępowaniu i przeprowadzenia tej aukcji, poprzez brak wypełnienia obowiązku skutecznego zaproszenia odwołującego do udziału aukcji elektronicznej w postępowaniu i przeprowadzenia tej aukcji bez udziału odwołującego w sytuacji, gdy odwołujący nie potwierdził otrzymania zaproszenia jako że, zaproszenie to do odwołującego nie dotarło, a tym samym zamawiający naruszył zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 8 ppkt 3 SIWZ zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej.

W Załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający podał „Zapisy dotyczące Aukcji Elektronicznej”, w tym:

- w pkt. 1: „Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu przewiduje aukcję elektroniczną”,
- w pkt. 2 lit. a): „po dokonaniu badania złożonych ofert w celu wyboru najkorzystniejszej

oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone

zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu”,

- w pkt 3 ppkt 1 lit. a): „Zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej zawierające między innymi komplet: login i hasło (umożliwiające zalogowanie do systemu aukcyjnego), zostanie przesłane Wykonawcom za pośrednictwem Portalu Aukcji Publicznych na adres e-mail Wykonawcy, wskazany w pkt. 1 oświadczenia rejestracyjnego, stanowiącym Załącznik do druku „Formularz Ofertowy”
- w pkt 3 ppkt 1 lit. b): „Wykonawcy potwierdzą drogą elektroniczną na adres e-mail: otrzymanie zaproszeń i identyfikatorów”,

W Formularzu ofertowym w odniesieniu do wiersza „prowadząca postępowanie” oraz „upoważniona do składania ofert w aukcji” odwołujący podał adres: e...

Bezsporny był fakt, że oferta odwołującego II nie podlegała odrzuceniu.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wbrew twierdzeniu odwołującego II na jego adres wskazany w Formularzu ofertowym zostało skutecznie wysłane zaproszenie do udziału w aukcji.

Udowodnił to zamawiający, składając na rozprawie:

- wiadomość e-mail z 20.02.2020 r. godz. 12:12 o temacie: „Zaproszenie do udziału w aukcji publicznej” z adresu [aukcje@szyk.srk.com.pl](mailto:aukcje@szyk.srk.com.pl) do adresata [radca@wp.pl](mailto:radca@wp.pl), w której treści ujęto szczegóły dotyczące aukcji,
- wiadomość e-mail z 26 lutego 2020 r. godz. 3:18 PM o temacie „Zgłoszenie 897287 zostało rozwiązane” z adresu [helpdesk@gk.wasko.pl](mailto:helpdesk@gk.wasko.pl), w której wskazano: „W systemie Service Desk Zgłoszenie 897287 zostało rozwiązane. Opis rozwiązania: W odpowiedzi na Państwa pismo oraz zgłoszenie reklamacyjne zarejestrowane w systemie Service Desk COIG SA (897287) informujemy, że weryfikacja wysłanych powiadomień wykazała, iż dnia 20.02.2020 o godz. 12:12 z adresu [aukcje@szyk.srk.com.pl](mailto:aukcje@szyk.srk.com.pl) na adres zostały wysłane dwa powiadomienia: „Zaproszenie do udziału w aukcji publicznej (Sygnatura aukcji/nr zadania: AUK-P/2020/0072, zadanie nr 5)” a także „Utworzenie konta w Portalu Aukcji Publicznych (...). Zgodnie z logami serwera pocztowego, wiadomości zostały przesłane do serwera obsługującego domenę @wp.pl [2020.02.20] 12:12:57 [07637] Delivery for [aukcje@szyk.srk.com.pl](mailto:aukcje@szyk.srk.com.pl) to [radca@wp.pl](mailto:radca@wp.pl) has completed (Delivered) [2020.02.20] 12:12:58 [07636] (...)”

Uwzględniając art. 61 § 2 kodeksu cywilnego („Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią”),

powyższą treść wiadomości „Zaproszenie do udziału w aukcji publicznej” oraz potwierdzenie zakończenia jej wysłania w dniu 20 lutego 2020 r. o godz. 12:12 na wskazany przez odwołującego adres skład orzekający Izby uznał, że zaproszenie do udziału w aukcji zostało do odwołującego wysłane skutecznie („wiadomości zostały przesłane do serwera obsługującego domenę @wp.pl”).

Zamawiający wywiązał się zatem z obowiązku, o którym mowa w art. 91b ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym „Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”, przy czym - jedynie dla porządku - skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący II nie kwestionował „jednoczesności” zaproszenia.

Przywołany przez odwołującego II w odwołaniu dowód w postaci korespondencji pomiędzy odwołującym a zamawiającym (pisma z dnia 25.02.2020 r. i 27.02.2020 r.) był nieprzydatny, ponieważ zamawiający nie przyznał w swoim piśmie, że zaproszenia do udziału w aukcji do odwołującego II nie wysłał; przeciwnie zaprezentował w nim informacje

dotyczące weryfikacji wysłanych powiadomień.

Odnosząc się do uzyskania przez zamawiającego, przed przeprowadzeniem aukcji, potwierdzenia otrzymania przez odwołującego II zaproszenia do udziału w tej aukcji, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący II błędnie, na podstawie wskazanych przez siebie postanowień SIWZ, przypisał zamawiającemu taki obowiązek.

Z przywołanych przez odwołującego II postanowień załącznika nr 4 do SIWZ wynika jaka ma być „zawartość” zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej [pkt 3 ppkt 1 lit.a)] oraz, że wykonawcy zaproszeni mają potwierdzić otrzymanie zaproszeń i identyfikatorów [pkt 3 ppkt 1 lit. b)].

Odwołujący II jednak, wbrew literalnej wykładni zdania „Wykonawcy potwierdzą drogą elektroniczną (...)”, przypisuje obowiązek nie wykonawcom, ale zamawiającemu, co przecież tożsamym nie jest. Innymi słowy, postanowienie to kreuje obowiązek po stronie wykonawców, nie zaś zamawiającego.

Taka wykładnia postanowienia pkt. 3 ppkt 1 lit. b) załącznika nr 4 do SIWZ jest także uzasadniona z perspektywy celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wyłonienia wykonawcy oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji. Gdyby bowiem zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej wykonawca, nie widząc swoich szans na polepszenie pozycji swojej oferty w wyniku aukcji, nie potwierdził faktu otrzymania zaproszenia, zablokowałby tym samym przeprowadzenia aukcji, a w dalszej konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej, na co w toku rozprawy zwracał uwagę zamawiający.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Dla porządku skład orzekający Izby wskazuje, że niedopuszczalność (w świetle SIWZ) zdobycia doświadczenia w jednym tylko przedsiębiorstwie nie stanowiła okoliczności faktycznej żadnego z podniesionych w odwołaniu zarzutów (kwestia ta „pojawiła się” dopiero na rozprawie).

Odnosząc się do wniosków odwołującego II: o przeprowadzenie dowodu z informacji COIG S.A. z siedzibą w Katowicach - zwrócenie się przez skład orzekający Izby do COIG S.A. z siedzibą w Katowicach o nadesłanie wnioskowanej informacji, ewentualnie zobowiązanie zamawiającego do pozyskania ww. informacji i przedłożenia w postępowaniu odwoławczym, o zwrócenie się o udzielenie szeregu informacji do Centralnej Pompowni Bolko Sp. z o.o., o zwrócenie się do Tauron Wydobycie S.A. szeregu informacji, o zobowiązanie wykonawcy KP do udzielenia szeregu informacji, skład orzekający Izby przypomina, że to obowiązkiem odwołującego II było złożenie takich informacji (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcia twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”). Odwołujący II nie wskazał przy tym żadnych przeszkód w pozyskaniu przez siebie takich informacji.

Pozostałe wnioski dowodowe - KRS Centralnej Pompowni „Bolko” Sp. z o.o., KRS Pumech Sp. z o.o., wydruk strony internetowej „Orzeł Biały” S.A. skład orzekający Izby uznał za nieprzydatne, a to wobec tego, że okoliczności, jakie miały potwierdzać pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (ze względu na błędną interpretację przez odwołującego II warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych).

Odnosząc się do „Poświadczenia do przetargu” Centralnej Pompowni „Bolko” Sp. z o.o. z Bytomia z dnia 2 czerwca 2020 r., złożonego na rozprawie przez zamawiającego, skład orzekający Izby wskazuje, że dokument ten nie stanowił podstawy weryfikacji przez zamawiającego zdolności zespołu wykonawcy KP, ponieważ zamawiający nim wówczas nie dysponował wobec czego dokument ten pozostaje bez znaczenia dla oceny przez skład orzekający Izby, czy weryfikacja zamawiającego była zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby

orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał wyrok łączny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....

KIO 404/20, KIO 447/20