Sygn. akt KIO 256/22

WYROK

z dnia 18 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Multigrupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Termy Cieplickie spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie błędnego uznania, iż nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport oraz zarzutu naruszenia art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport i nakazuje zamawiającemu Termy Cieplickie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy w zakresie istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża Termy Cieplickie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Multigrupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od Termy Cieplickie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze na rzecz Multigrupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 256/22

UZASADNIENIE

W dniu 18 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Multigrupa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we

Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący") - na czynność zamawiającego - Termy Cieplickie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze (dalej jako „Zamawiający) dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej w obiektach zarządzanych przez spółkę Termy Cieplickie w Jeleniej Górze w roku 2022", polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty w postaci oferty Fundacja D.T. Sport, a także zaniechaniu podjęcia „czynności badania i oceny oferty i oferentów, w tym w szczególności weryfikacji okoliczności ujawnionych w zakresie Wykonawcy Fundacja D.T. SPORT", zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Fundacja D.T. Sport z postępowania oraz zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 p.z.p. poprzez błędne

uznanie, iż nie było podstaw do wykluczenia i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Fundacja D.T. SPORT, podczas gdy w świetle ujawnionych toku postępowania informacji, przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego, zachodziły przesłanki do wykluczenia, wobec faktu, iż Wykonawca ten uprzednio z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zamawiający w ogóle nie badał jaki charakter miało niewłaściwe wykonywanie przez Fundację D.T. Sport umów dotyczących usług ratownictwa wodnego w Bukownie, Rewalu oraz Dopiewie",

2) „art. 239 p.z.p. poprzez wybór oferty Fundacji D.T. Sport jako najkorzystniejszej, podczas gdy Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, w efekcie zaś oferta Odwołującego spełniała kryteria do przyznania maksymalnej ilości punktów co winno skutkować uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą",

3) „art. 239 p.z.p. poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, podczas, gdy prawidłowe badanie i ocena ofert powinna skutkować przyznaniem maksymalnej liczby punktów z kryterium doświadczenia oraz kryterium ceny w zakresie Zadania, a w konsekwencji oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą dla przetargu".

Odwołujący wniósł o:

1) „unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert i oferentów",

2) „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert w zakresie podstaw do wykluczenia Fundacji D.T. Sport",

3) „wykluczenie Fundacji D.T. Sport z postępowania",

4) „w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej."

5) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,

6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 roku Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie

w jakim zawarte w nim zarzuty są oparte na okolicznościach dotyczących wykonywania przez Fundację D.T. Sport zamówień na rzecz Gminnego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dopiewie i Gminy Rewal, a Zamawiający wniósł o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze złożonym spisem kosztów.

Izba postanowiła o niedopuszczeniu Fundacji D.T. Sport (dalej jako „Fundacja") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego uznając, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane przez Fundację nie może być uznane za skuteczne.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp"), „wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje". Mając na uwadze, że Fundacja otrzymała kopię odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 1 lutego 2022 roku, określony w art. 525 ust. 1 Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał 4 lutego 2022 roku. Fundacja zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w formie pisemnej, wnosząc je za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, w dniu 9 lutego 2022 roku, czyli po upływie terminu określonego w ww. przepisie.

Wobec złożenia przez Odwołującego na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 roku oświadczenia, że cofa on odwołanie w zakresie w jakim zawarte w nim zarzuty są oparte na okolicznościach dotyczących wykonywania przez Fundację zamówień na rzecz Gminnego

Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dopiewie i Gminy Rewal, Izba uznała, że okoliczności te nie stanowią podstawy faktycznej zarzutów odwołania i w tym zakresie ma sporu między Stronami, w konsekwencji nie czyniła ustaleń ani nie dokonywała oceny zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie tych okoliczności.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej w obiektach zarządzanych przez spółkę Termy Cieplickie w Jeleniej Górze w roku 2022" (dalej jako „Postępowanie") z zastosowaniem przepisów Pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi określone w art. 7 pkt 34) Pzp, a wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 750.000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00340330/01.

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Bukownie (dalej jako „MOSiR") prowadził w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.". Zamawiający pismem z 13 maja 2021 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu - wybraną ofertą była oferta złożona przez Fundację. W wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania MOSiR zawarł umowę z Fundacją. Około 4 dni przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia Fundacja poinformowała MOSiR, że nie jest w stanie go wykonać.

W związku z ustaniem stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia ww. umowy Fundacja zapłaciła MOSiR kwotę około 2.000 złotych tytułem kary umownej.

Następnie MOSiR przeprowadził w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w sierpniu 2021 roku", w ramach którego w dniu 22 lipca 2021 roku opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z wykonawcą - Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe w Dąbrowie Górniczej.

W punkcie 5.3 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") wskazano, że „z postępowania o udzielenie zamówienia, oprócz okoliczności określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp wyklucza się Wykonawcę na podstawie okoliczności określonych w art. 109 pkt 4-10 ustawy Pzp: (...)

4) art. 109 ust. pkt 7 Pzp, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

5) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (...)".

Do oferty złożonej przez Fundację w Postępowaniu załączone zostało

„Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu", w którym Fundacja oświadczyła, że:

- nie podlega „wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 1-6 ustawy Pzp",
- nie podlega „wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Pzp",
- „wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji".

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 roku przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym wskazano, że w Postępowaniu została wybrana najkorzystniejsza oferta Fundacji oraz że „wykonawca nie podlega wykluczeniu, oferta nie podlega odrzuceniu".

Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 roku zwrócił się do MOSiR o udzielenie informacji w zakresie realizowania przez Fundację zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.".

Stan faktyczny w sprawie nie był sporny między Stronami.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach załączonych do odwołania oraz złożonych przez Zamawiającego do akt sprawy oraz zeznaniach świadka D. T. .

Izba oddaliła wnioski o zobowiązanie Fundacji do przedstawienia wyjaśnień dotyczących okoliczności zakończenia współpracy MOSiR, ewentualnych kar nałożonych w związku z udzielonymi zamówieniami oraz o zobligowanie MOSiR do przedstawienia wyjaśnień dotyczących okoliczności zakończenia współpracy z Fundacją, gdyż żaden przepis Pzp nie upoważnia Izby do zobowiązywania podmiotu, który nie jest stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego, do przedstawienia wyjaśnień.

Z tego samego względu Izba postanowiła oddalić wnioski o zobowiązanie Fundacji

do przedstawienia wyjaśnień dotyczących okoliczności zakończenia współpracy z Gminą Rewal, ewentualnych kar nałożonych w związku z udzielonymi zamówieniami oraz o zobligowanie Gminnego Ośrodka Sportu i Rekreacji Dopiewo oraz Gminy Rewal do przedstawienia wyjaśnień dotyczących okoliczności zakończenia współpracy z Fundacją; dodatkowo należy wskazać, że wyjaśnienia takie byłyby nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy wobec cofnięcia odwołania w zakresie w jakim zawarte w nim zarzuty są oparte na okolicznościach dotyczących wykonywania przez Fundację zamówień na rzecz Gminnego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dopiewie i Gminy Rewal.

Izba oddaliła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań D. T. w zakresie, w jakim miał on na celu wykazanie rodzaju umowy z Gminnym Ośrodkiem Sportu i Rekreacji w Dopiewie (że została ona zawarta poza Pzp), przebiegu realizacji umowy z Gminą Rewal oraz na okoliczność podwykonawstwa Fundacji w ofercie Odwołującego, gdyż wykazanie tych faktów nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wobec cofnięcia odwołania w zakresie w jakim zawarte w nim zarzuty są oparte na okolicznościach dotyczących wykonywania przez Fundację zamówień na rzecz Gminnego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dopiewie i Gminy Rewal czynienie ustaleń faktycznych w tym zakresie było bezprzedmiotowe, zaś kwestia wskazania Fundacji jako podwykonawcy w ofercie Odwołującego nie była w ogóle objęta odwołaniem.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, gdyż ma on interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lutego 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) Pzp w zakresie błędnego uznania, iż nie było podstaw do wykluczenia Fundacji,

2) art. 239 Pzp poprzez wybór oferty Fundacji jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp, „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego". Z przepisu tego wynika, że orzekając o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę okoliczności ujawnione w toku postępowania odwoławczego, a przy tym że nie może wziąć pod uwagę informacji ujawnionych już po zamknięciu rozprawy.

Wobec powyższego orzekając w niniejszej sprawie Izba uwzględniła okoliczności wynikające z zeznań świadka D. T., natomiast pominęła okoliczności opisane w liście elektronicznym przesłanym do Izby przez Zamawiającego w dniu 15 lutego 2022 roku, w tym wynikające z załączonych doń dokumentów.

Art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady".

Nietrafne są wywody Zamawiającego, iż przepis ten „odnosi się do sytuacji wystąpienia znaczącego lub długotrwałego naruszenia istotnego zobowiązania" oraz że z treści ww. przepisu wynika, że „użyte przez ustawodawcę przesłanki wykluczenia mają, po

pierwsze charakter fakultatywny, zaś samo pojęcie „długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania" dotyczy konkretnego zamówienia, w którym doszło do zastosowania sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a nie kilku zamówień, chyba, że poszczególne zamówienia są objęte jedną umową ramową".

O ile istotnie art. 109 ust. 1 Pzp zawiera katalog fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy, to należy wskazać, że rzeczona fakultatywność polega na tym, że zamawiający może, ale nie musi, wskazać określoną w tym przepisie podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, a nie na tym, że w przypadku, gdy zamawiający wskazał określoną w tym przepisie podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, może, ale nie musi wykluczyć wykonawcę, co do którego zachodzi taka podstawa wykluczenia. Wskazanie określonej w tym przepisie podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia powoduje, że Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, co do którego zachodzi taka podstawa wykluczenia. Stanowisko Zamawiającego jest przy tym nie do pogodzenia z treścią pkt 5.3 SWZ, zgodnie z którym „z postępowania o udzielenie zamówienia (.) wyklucza się Wykonawcę na podstawie okoliczności określonych w art. 109 pkt 4-10 ustawy Pzp". Postanowienie to jest sformułowane tak kategorycznie i jednoznacznie, iż nie sposób uznać, aby wykluczenie wykonawcy było uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jasno wynika, że przepis te nie odnosi się wyłącznie do „długotrwałego nienależytego wykonywania", ale także (a w zasadzie przede wszystkim) do nie wykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w znacznym stopniu lub zakresie. W przepisie jednoznacznie jest przy tym określone, że zobowiązanie, którego miało nie być wykonane bądź nienależycie wykonane bądź długotrwale nienależycie wykonywane, ma wynikać z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego - a zatem należy przyjąć, że chodzi o jakąkolwiek wcześniej zawartą umowę w sprawie zamówienia publicznego, więc nie ma podstaw do przyjęcia, że ma „dotyczyć konkretnego zamówienia, w którym doszło do zastosowania sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP".

Wobec niespornych okoliczności, iż w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r." została zawarta umowa w sprawie zamówienie publicznego pomiędzy MOSiR a Fundacją oraz że przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia Fundacja poinformowała MOSiR, że nie jest w stanie go wykonać, należało przyjąć, że Fundacja w ogóle nie świadczyła na podstawie tej umowy usług ratownictwa wodnego (co nie było kwestionowane przez Zamawiającego). Nie ulega wątpliwości, że świadczenie tych usług te należy uznać za istotne zobowiązanie wynikające z ww. umowy, wobec czego nierozpoczęcie ich świadczenia oznacza, że Fundacja nie wykonała w całości istotnego zobowiązania wynikającego z tej umowy.

W ocenie Izby, niewykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w całości należy uznać za niewykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w znacznym stopniu lub zakresie w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Jak wynika z zeznań świadka D. T., to Fundacja zdecydowała, że nie będzie rozpoczynać realizacji zamówienia - co nakazuje przyjęcie, że przyczyna niewykonania tego zobowiązania leżała po stronie Fundacji.

Dowody przeprowadzone w toku postępowania odwoławczego nie pozwalają przy tym na jednoznaczne ustalenie, czy Zamawiający jednostronnie rozwiązał tą umowę czy doszło do odstąpienia od niej, nie są one w tej mierze spójne - w odpowiedzi na odwołanie wskazano, że umowa została rozwiązana, zaś z zeznań ww. świadka wynika, że doszło do odstąpienia od umowy. W konsekwencji nie jest możliwe określenie, na jakiej dokładnie podstawie Fundacja zapłaciła MOSiR około 2000 złotych tytułem kary umownej.

Nie budzi jednak wątpliwości, że w związku z ustaniem stosunku prawnego, który powstał wskutek zawarcia ww. umowy, Fundacja zapłaciła MOSiR około 2000 złotych tytułem kary umownej.

W konsekwencji Izba na podstawie dowodów przeprowadzonych w toku postępowania odwoławczego Izba uznała, że Fundacja nie wykonała istotnego zobowiązania wynikającego z ww. umowy z przyczyn leżących po jej stronie, co doprowadziło do rozwiązania umowy albo do odstąpienia od umowy.

W ocenie Izby, użyte w art. 109 ust. 1 pkt 7) sformułowanie „wypowiedzenie umowy" należy rozumieć jako „jednostronne rozwiązanie umowy", nie wyłącznie jako „jednostronne

rozwiązanie umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia". Należało zatem przyjąć, że niezależnie od tego, czy nastąpiło rozwiązanie ww. umowy czy odstąpienie od niej, zaszła określona w tym przepisie podstawa do wykluczenia Fundacji z Postępowania.

Trafny był zatem zarzut, iż Zamawiający błędnie uznał, iż nie było podstawy do wykluczenia wykonawcy Fundacji na podstawie tego przepisu.

Nadmienić należy, że trafność tego zarzutu w praktyce potwierdza zwrócenie się przez Zamawiającego do MOSiR w dniu 1 lutego 2022 roku o udzielenie informacji w zakresie realizowania przez Fundację zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.". Wskazuje to, że Zamawiający miał wątpliwości co do istnienia podstaw wykluczenia Fundacji z Postępowania wynikających z realizowania tego zamówienia - gdyby ich nie miał, zwracanie się o udzielenie informacji byłoby bezprzedmiotowe. W sytuacji, gdy Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej informacji takich nie pozyskał, nie miał informacji, które pozwalałyby mu należycie ocenić, czy Fundacja podlega wykluczeniu z Postępowania, a zatem pochopnie przyjął, że wykluczeniu nie podlega.

Nie czyniło to zasadnym zarzutu, iż w konsekwencji przedmiotowego błędu Zamawiający nieprawidłowo zaniechał wykluczenia Fundacji, a zawarte w odwołaniu żądanie wykluczenia Fundacji z Postępowania było zbyt daleko idące.

Słusznie wskazywał Zamawiający, że „nie każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy". Wynikający z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp obowiązek wykluczenia wykonawcy doznaje ograniczenia wynikającego z art. 109 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia".

Wobec powyższego nie można wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Aczkolwiek Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zdawał się sugerować, że dokonał oceny pod kątem zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp, to zdaniem Izby sugestia ta stanowi wyłącznie element stanowiska strony w postępowaniu odwoławczym, a ocena taka nie została dokonana w toku Postępowania. Należy zauważyć, że stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne - przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy zostanie stwierdzone, że była podstawa do wykluczenia wykonawcy określona w art. 109 ust. 1 pkt 1) - 5) lub 7) - z twierdzeń Zamawiającego wynika zaś, że uznał on, że nie zaistniała określona w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp podstawa do wykluczenia Fundacji z Postępowania. Z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania nie wynika zaś, aby Zamawiający dokonał oceny oferty Fundacji pod kątem zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp.

Wymaga podkreślenia, że ocena taka powinna zostać dokonana w toku Postępowania, a nie w toku postępowania odwoławczego, wobec czego jej dokonanie leży w kompetencjach Zamawiającego, a rolą Izby nie jest zastępowanie go w tym zakresie. W przeciwnym razie wykonawca byłby pozbawiony możliwości wniesienia odwołania na zaniechanie dokonania czynności (zaniechania odrzucenia oferty) albo czynność (odrzucenie oferty) dokonaną na skutek dokonania takiej oceny.

W przypadku, gdy w wyniku przedmiotowej oceny Zamawiający nie uzna, że wykluczenie Fundacji z Postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, Fundacja będzie podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Już z tego względu naruszenie tego przepisu może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

Dokonanie oceny pod kątem zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp będzie przy tym miało znaczenie dla badania i oceny oferty Fundacji w zakresie istnienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane

przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych". Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, iż Zamawiający uznał, że w sytuacji, gdy nie istnieje podstawa wykluczenia Fundacji określona w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, nie istnieje konieczność dokonania oceny, czy zostały spełnione przesłanki wykluczenia Fundacji określone w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Stanowisko takie nie ma racji bytu w przypadku, gdy Zamawiający błędnie uznał, iż nie było podstawy do wykluczenia Fundacji na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W konsekwencji należy przyjąć, że Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp błędnie uznając „z góry" (a priori), że Fundacja nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie tego przepisu.

Mając na uwadze, że przeprowadzenie badania i oceny oferty Fundacji w zakresie istnienia podstawy wykluczenia Fundacji z Postępowania określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, w tym w kontekście istnienia podstawy wykluczenia Fundacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, mogłoby skutkować uznaniem, że istnieje podstawa wykluczenia Fundacji z Postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, należało uznać, że naruszenie tego przepisu może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zaniechanie odrzucenia oferty Fundacji nie naruszało art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania", gdyż brak było podstaw do przyjęcia, że ponad wszelką wątpliwość Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Fundacji.

Zarzut naruszenia tego przepisu należało więc uznać za niezasadny.

Należy wskazać, że sposób sformułowania pierwszego zarzutu przedstawionego w odwołaniu - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) Pzp - nie stał w ocenie Izby na przeszkodzie uznaniu tego zarzutu za zasadny w określonym zakresie. Mając na uwadze, że w odwołaniu zawarty był zarówno wniosek o „wykluczenie Fundacji D.T. Sport z postępowania", jak i wniosek o „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert w zakresie podstaw do wykluczenia Fundacji D.T. Sport", a nie było możliwe zawarcie w wyroku orzeczenia nakazującego zarówno wykluczenie Fundacji z Postępowania, jak i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Fundacji w zakresie podstaw wykluczenia, gdyż czynności tych nie dałoby się pogodzić, należało uznać, że dla uwzględnienia odwołania w zakresie tego zarzutu nie jest niezbędne stwierdzenie naruszenia wszystkich przepisów wymienionych w tym zarzucie - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, z którym powiązany jest wniosek o „wykluczenie Fundacji D.T. Sport z postępowania" czy art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, z którym powiązany był wniosek o „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert w zakresie podstaw do wykluczenia Fundacji D.T. Sport". Zdaniem Izby przedmiotowy zarzut zawierał trzy powiązane, acz w istocie samodzielne zarzuty - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp; z ostatnim powiązany był wniosek o „nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferentów i ofert w zakresie podstaw do wykluczenia Fundacji D.T. Sport".

W konsekwencji stwierdzenie naruszenia wyłącznie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp mogło skutkować nakazaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny oferty Fundacji, pomimo że Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Fundacji z Postępowania.

Analogicznie, również uwzględnienie pierwszego zarzutu przedstawionego w odwołaniu w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp nie wymagało stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Wobec powyższego Zamawiający powinien powtórnie dokonać czynności badania i oceny oferty Fundacji w zakresie istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) Pzp, w tym w szczególności:

a) poczynić ustalenia faktyczne w zakresie ustania stosunku prawnego powstałego

wskutek zawarcia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie

w 2021 r.":

- czy nastąpiło odstąpienie od tej umowy czy została ona rozwiązana,
- jeżeli nastąpiło odstąpienie od tej umowy - czy oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożył MOSiR czy Fundacja,
- jeżeli umowa ta została rozwiązana - czy oświadczenie o rozwiązaniu umowy złożył MOSiR czy Fundacja,
- jak była przyczyna rozwiązania bądź odstąpienia od tej umowy,
- jaką dokładnie kwotę Fundacja zobowiązana była zapłacić MOSiR tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego (czyli odstąpieniem od umowy bądź jej rozwiązaniem) zgodnie z postanowieniami tej umowy,
- zapłaty jakiej dokładnie kwoty MOSiR żądał od Fundacji tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego (czyli odstąpieniem od umowy bądź jej rozwiązaniem) zgodnie z postanowieniami tej umowy, a jeżeli kwota ta była mniejsza niż kwota jaką Fundacja zobowiązana była zapłacić MOSiR tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego (czyli odstąpieniem od umowy bądź jej rozwiązaniem) zgodnie z postanowieniami tej umowy - z jakich przyczyn MOSiR żądał zapłaty mniejszej kwoty niż wynikająca z postanowień tej umowy,
- jaką kwotę Fundacja faktycznie zapłaciła MOSiR tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego (czyli odstąpieniem od umowy bądź jej rozwiązaniem) i jaki procent maksymalnego wynagrodzenia należnego Fundacji zgodnie z tą umową (wartości umowy) stanowiła ta kwota,

b) dokonać oceny, czy pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) wykluczenie Fundacji byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne,

c) dokonać oceny, czy składając załączone do oferty złożonej przez Fundację w Postępowaniu „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu", Fundacja w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub czy zataiła te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Konsekwencją uznania za trafny zarzutu błędnego uznania, iż nie było podstawy do wykluczenia Fundacji, było uznanie za zasadny zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia" - w zakresie wyboru oferty Fundacji. W sytuacji, gdy czynność badania i oceny oferty Fundacji powinna zostać powtórzona, a powtórne badanie i ocena oferty Fundacji może skutkować wykluczeniem Fundacji z Postępowania, należało uznać, że naruszenie tego przepisu może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, oraz że czynność wyboru oferty Fundacji nie może się ostać, a w konsekwencji nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Fundacji.

Zarzut naruszenia art. 239 p.z.p. poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą był niezasadny. Jak wskazano powyżej, Zamawiający ma powtórzyć czynność badania i oceny oferty Fundacji; wynik tej czynności nie jest pewny, wobec czego nie można uznać, że „oferta Odwołującego spełniała kryteria do przyznania maksymalnej ilości punktów co winno skutkować uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą" czy że Zamawiający zobowiązany był „uznać ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą".

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 3 pkt 1), § 5 pkt 1), § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 pkt 2 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. Stosownie do § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", z kolei § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła".

Mając na uwadze, że Izba uwzględniła dwa zarzuty przedstawione w odwołaniu, a jeden oddaliła, wpis został rozdzielony stosunkowo - w proporcjach 2/3 Zamawiający i 1/3 Odwołujący. Wobec uiszczenia przez Odwołującego wpisu w wysokości 7.500 złotych należało zasądzić na jego rzecz od Zamawiającego 2/3 tej kwoty, czyli 5.000 złotych.

Przewodniczący: .....