Sygn. akt: KIO 907/22

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2022 r. przez wykonawcę Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Termy Cieplickie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze

przy udziale wykonawcy Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 oraz art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Termy Cieplickie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

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

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Termy Cieplickie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze na rzecz odwołującego Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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 907/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Termy Cieplickie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej w obiektach zarządzanych przez spółkę Termy Cieplickie w Jeleniej Górze w 2022 r." (nr ref. TC.271.ZP.2.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00340330/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 30 marca 2022 r. wykonawca Multigrupa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż nie było podstaw do wykluczenia i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fundacja D.T. SPORT i odrzucenia jego oferty, w szczególności nieprawidłowe uznanie, iż wykluczenie tego wykonawcy było oczywiście nieproporcjonalne, gdyż niewykonanie przez niego zamówienia publicznego nastąpiło z obiektywnych przyczyn, a kara umowna naliczona mu za niewykonanie była nieproporcjonalnie niska do wartości przetargu, podczas gdy w rzeczywistości w sprawie nie zachodzi przesłanka nieproporcjonalności wykluczenia, a tym bardziej oczywistości nieproporcjonalności wykluczenia. Przystępujący po prostu nie wykonał zamówienia o wartości ok. 174 000 zł, gdyż nie dysponował niezbędną kadrą ratowniczą, co stanowi rażące, podstawowe uchybienie ze strony wykonawcy. Wskazywane przez Przystępującego przyczyny braku realizacji umowy nie usprawiedliwiają jego działań, zwłaszcza, iż działa jako profesjonalista i obowiązują go podwyższone standardy należytej staranności:

   - okoliczność iż przetarg miał miejsce (czerwiec 2021) w trakcie pandemii była oczywista dla wszystkich przedsiębiorców od wielu miesięcy i powinna być barana pod uwagę przed złożeniem oferty, a Przystępujący nie wykazał, aby epidemia miała jakiś nadzwyczajny wpływ w tym postępowaniu;

   - uderzenie pioruna w kąpielisko według stanowiska Zamawiającego tylko nieznacznie opóźniło otwarcie kąpieliska i pozostawało bez jakiegokolwiek wpływu i związku

   z realizacją obowiązków po stronie Przystępującego - rzeczywistą i jedyną przyczyną był brak ratowników do realizacji zamówienia przez wykonawcę;

   - działania konkurencyjnych firm, które prowadziły rekrutację są okolicznością, którą każdy przedsiębiorca winien brać pod uwagę, a składając ofertę w przetargu winno się mieć zapewnioną obsługę danego obiektu;

2. art. 226 ust. 1 pkt lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez brak jego

zastosowania i zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu;

3. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, w efekcie zaś oferta Odwołującego spełniała kryteria do przyznania maksymalnej ilości punktów, co winno skutkować uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą;

4. art. 239 ustawy Pzp poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą

podczas, gdy prawidłowe badanie i ocena ofert powinna skutkować przyznaniem maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenie oraz kryterium ceny w zakresie zadania, a w konsekwencji oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą

w przetargu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz czynności badania i oceny ofert i oferentów, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badana i oceny oferentów i ofert, wykluczenie Fundacji D.T. Sport z postępowania, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w pkt IV petitum odwołania. Na posiedzeniu w dniu 14 kwietnia 2022 r. Odwołujący wycofał wnioski o zobowiązanie Przystępującego oraz MOSiR w Bukownie i Gminę Rewal do przedstawienia wyjaśnień.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał przede wszystkim na wadliwość decyzji Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego, nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp byłoby oczywiście nieproporcjonalne. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący jest podmiotem profesjonalnym, a powoływanie pandemii jako usprawiedliwienia braku kadry ratowniczej jest bezpodstawne, ponieważ przetarg dla MOSiR w Bukownie miał miejsce w czerwcu 2021 r. i okoliczność ta była oczywista dla wykonawców, a jako taka powinna być brana pod uwagę przed złożeniem oferty. Ponadto zdaniem Odwołującego powoływane jako przyczyna braku realizacji zamówienia uderzenie pioruna jest przyczyną pozorną, jedynie nieznacznie opóźniająca otwarcie kąpieliska i pozostającą bez wpływu na brak zapewnienia przez Przystępującego ratowników. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący złożył oświadczenie, iż nie będzie w stanie zrealizować umowy dwa dni wcześniej niż miało miejsce uderzenie pioruna w kąpielisko, więc brak ratowników nie wynikał z okoliczności zewnętrznych, lecz z przyczyn zależnych od wykonawcy. Odwołujący wskazał także, że również okoliczność rekrutacji ratowników prowadzonej przez konkurencyjne podmioty była okolicznością oczywistą, którą Przystępujący powinien mieć na uwadze składając ofertę w przetargu i zapewniając obsługę dla obiektu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Fundacja w ogóle nie przystąpiła do realizacji zamówienia, nie miała ratowników do obsługi kąpieliska, a MOSiR w Bukownie odstąpił od umowy z uwagi na brak wykonania zamówienia i obciążył Przystępującego pełną wynikającą z umowy za odstąpienie od umowy karą umowną w wysokości 100-krotności oferowanej stawki godzinowej. Powyższe stanowi zdaniem Odwołującego przykład naruszenia podstawowych zasad przez wykonawcę. Odwołujący przedstawił także wywody prawne odnoszące się do interpretacji art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z nieproporcjonalnością, a tym bardziej z oczywistą nieproporcjonalnością. Na marginesie Odwołujący zauważył, że Przystępujący dwa miesiące po odmowie realizacji usług dla MOSiR w Bukownie nie przystąpił także do realizacji usługi na rzecz GOSiR w Dopiewie, co pokazuje brak rzetelności wykonawcy i okoliczność, że sytuacja w MOSiR w Bukownie nie była pojedynczym zdarzeniem. Odwołujący wskazał także na art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podnosząc, że Przystępujący zataił okoliczności związane z niewykonaniem zamówienia dla MOSiR w Bukownie

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania wskazała na bezzasadność zarzutów odwołania. Przystępujący podniósł, iż Zamawiający zastosował się do wyroku KIO 256/22 i dokonał ponownego badania i oceny oferty w oparciu o przepisy ustawy Pzp oraz wytyczne zawarte w wyroku KIO. Zdaniem Przystępującego nie ma podstaw dla uznania za zasadne zarzutów i uwzględnienia wniosków Odwołującego. Przystępujący zwrócił także uwagę na fakt, że Odwołujący podniósł zarzuty już ocenione przez Izbę w poprzednim postępowaniu oraz żąda wezwania do złożenia dokumentów i wyjaśnień, które już zostały przekazane Zamawiającemu i znajdują się w dokumentacji postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności protokół postępowania, SWZ, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 stycznia 2022 r., informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pisma skierowane przez Zamawiającego do MOSiR w Bukownie oraz do Przystępującego w dniu 11 marca 2022 r., odpowiedź MOSiR w Bukownie z dnia 17 marca 2022 r., odpowiedź Przystępującego z dnia 17 marca 2022 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 marca 2022 r. Ponadto Izba włączyła do materiału dowodowego akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 256/22 oraz dokumenty załączone do odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej na pływalni krytej i odkrytej zlokalizowanej w Jeleniej Górze-Cieplicach przy ul. Park Zdrojowy 5 - Termy Cieplickie oraz na basenie otwartym przy ul. Sudeckiej 59 w Jeleniej Górze. W pkt 5.3 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. W świetle pkt 8.1 SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą oświadczenie stanowiące dowód, że wykonawca na dzień składania ofert nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący do oferty załączył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w którym oświadczył m.in., że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Pzp oraz że wszystkie informacje podane w 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 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Powyższa czynność została zaskarżona odwołaniem, w którym Odwołujący zarzucił

Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż nie było podstaw do wykluczenia i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia

z postępowania Przystępującego, 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 Przystępującego umów dotyczących usług ratownictwa wodnego w Bukownie, Rewalu oraz Dopiewie,

2. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego 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 ustawy Pzp 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.

W rezultacie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22, uwzględniła 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 Pzp w zakresie błędnego uznania, iż nie było podstaw do wykluczenia Przystępującego oraz zarzutu naruszenia art. 239 ustawy z Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Przystępującego w zakresie istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba stwierdziła, iż w zakresie zamówienia dla MOSiR Bukowno zaszła określona w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp podstawa do wykluczenia Przystępującego z postępowania, uznając, za trafny zarzut, iż Zamawiający błędnie uznał, iż nie było podstawy do wykluczenia Przystępującego na podstawie tego przepisu. Zdaniem Izby jednak żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania było zbyt daleko idące, ponieważ z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający dokonał oceny oferty Fundacji pod kątem zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp, a ocena taka powinna zostać dokonana w toku postępowania, a nie w toku postępowania odwoławczego. Izba podkreśliła, iż w przypadku, gdy w wyniku przedmiotowej oceny Zamawiający nie uzna, że wykluczenie Przystępującego z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, będzie on podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż Zamawiający powinien powtórnie dokonać czynności badania i oceny oferty Przystępującego w zakresie istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) i 8) ustawy Pzp, wskazując szczegółowo, jakie konkretnie kwestie Zamawiający powinien wyjaśnień i poddać ocenie.

W następstwie ww. orzeczenia Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i skierował do MOSiR w Bukownie z prośbą o wyjaśnienia 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.”, w szczególności wskazanie 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 Przystępujący, jeżeli umowa ta została rozwiązana - czy oświadczenie o rozwiązaniu umowy złożył MOSiR czy Przystępujący, jak była przyczyna rozwiązania bądź odstąpienia od tej umowy, jaką dokładnie kwotę Przystępujący zobowiązany był 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 Przystępującego tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego zgodnie z postanowieniami tej umowy, a jeżeli kwota ta była mniejsza niż kwota jaką Przystępujący zobowiązany był zapłacić MOSiR tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego zgodnie z postanowieniami tej umowy - z jakich przyczyn MOSiR żądał zapłaty mniejszej kwoty niż wynikająca z postanowień tej umowy, jaką kwotę Przystępujący faktycznie zapłacił MOSiR tytułem kary umownej w związku ustaniem ww. stosunku prawnego (czyli odstąpieniem od umowy bądź jej rozwiązaniem) i jaki procent maksymalnego wynagrodzenia należnego Przystępującemu zgodnie z tą umową (wartości umowy) stanowiła ta kwota. Analogiczne pismo Zamawiający skierował do Przystępującego.

W odpowiedzi MOSiR w Bukownie wskazał, iż Przystępujący wniósł o rozwiązanie umowy (pisma z dnia 21 i 25 czerwca 2021 r.). MOSiR złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Jako przyczynę odstąpienia wskazano, iż Przystępujący nie przystąpił do realizacji umowy. Wskazano także na przewidzianą w umowie karę umowną za odstąpienie od umowy (2558 zł) oraz fakt, że zapłaty takiej kary MOSiR żądał od Przystępującego. Stanowiło to 1,47% maksymalnego wynagrodzenia umownego. Wskazano, że Przystępujący zapłacił ww. karę umowną.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, iż przetarg na realizację przedmiotu umowy objętego ww. umową miał miejsce w okresie pandemii COVID-19, która wywołała wiele negatywnych skutków m.in. dla branży rekreacyjnej związanej ze

sportem i wypoczynkiem, w której działa zarówno wykonawca jak i zamawiający MOSIR Bukowno. Branża borykała się zwłaszcza w 2021 r. z ogromnymi brakami kadrowymi, z uwagi na odpływ pracowników w okresie epidemii, gdzie w 2020 r. baseny były zamknięte, a ewentualne świadczenia postojowe nie wystarczały ratownikom na utrzymanie się. Baseny kryte i inne obiekty sportowe były zamknięte pół roku, następnie mogli z nich korzystać tylko członkowie kadr narodowych w sportach olimpijskich. Dopiero pod koniec kwietnia 2021 rząd ogłosił odmrażanie różnych branż od maja, m.in. otwarcie krytych obiektów sportowych oraz basenów, stopniowo z maksymalnym obłożeniem danego obiektu 50 proc. (Przystępujący

wskazał na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 kwietnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii). Przystępujący podniósł, iż zamknięcie lub ograniczenia działalności basenów w czasie epidemii spowodowały, że duża część ratowników zmieniła pracę i odeszła wówczas do innych, bardziej stabilnych branż. W środowisku panowała obawa o zatrudnienie, pracownicy woleli przekwalifikować się na bardziej pewne zatrudnienie. Spowodowało to, że w chwili ogłoszenia przetargu przez MOSiR w Bukownie (późnego w związku z późnym przedsezonowym zezwoleniem na otwarcie basenów przez rząd w związku z COVID- 19) ratownicy, których było niewielu, byli bardzo poszukiwani i firmy, zajmujące się dostarczaniem usług polegających na świadczeniu opieki ratowniczej w ośrodkach rekreacyjnych, borykały się z ogromnymi problemami, usiłując zabezpieczyć kadry do wykonania zleceń. Część ośrodków nawet zamykała się całkowicie lub bardzo ograniczała swoją działalność z uwagi na brak „rąk do pracy". Informacje te można zweryfikować na stronach poszczególnych ośrodków lub lokalnych mediów (Przystępujący podał przykładowe odnośniki do stron internetowych).

Przystępujący wskazał, iż podjął wszelkie możliwe działania, żeby zabezpieczyć realizację umowy z MOSiR Bukowno. Nastąpiły jednak niezależne od niego, ani od Zamawiającego, czynniki. Po pierwsze, przy kompletowaniu załogi do obsady zlecenia (na co było bardzo mało czasu) nasiliły się masowe działania konkurencji, która również kompletowała obsadę na pobliskie ośrodki, zmierzające do przejęcia pracowników wykonawcę. Działania te wyczerpywały znamiona działań nieuczciwej konkurencji, opisanej w art. 12 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - ratownicy byli namawiani przez konkurencję do nie podejmowania lub porzucenia pracy u wykonawcy, co, w świetle trudności związanych ze zmniejszeniem podaży pracowników z uwagi na wskazane okoliczności, związane z COVID 19 i późne ogłoszenie postępowania, spowodowało brak możliwości wykonania usługi. Na terenie Śląska i Małopolski w okolicach Dąbrowy Górniczej i Mysłowic oraz Olkusza istnieje bowiem kilkanaście ośrodków i każdy miał duże problemy z kadrą. Po drugie dwa dni przed planowanym otwarciem kąpieliska i rozpoczęciem realizacji umowy (umowa miała być realizowana od dnia 25.06.2021r.) piorun uderzył w kąpielisko niszcząc instalacje elektryczną, co uniemożliwiło uruchomienie kąpieliska, a tym samym rozpoczęcie prac wykonawcy. Zamawiający nie miał zatem możliwości udostępnić Wykonawcy miejsca wykonywania umowy. Jeszcze większy wpływ zdarzenie to miało na decyzje pracowników, którzy postanowili zrezygnować z pracy w MOSiR, biorąc pod uwagę niepewność czy i kiedy będą mogli świadczyć pracę w ramach omawianej umowy. Spotęgowało to również aktywność konkurencji polegającą na przejmowaniu pracowników Wykonawcy. Wiadomość zatem o tym, że kąpielisko pozostaje zamknięte i nie wiadomo, kiedy zostanie faktycznie uruchomione, spotęgowała z jednej strony obawę przez brakiem pracy, z drugie pozwoliła konkurencji przyciągnąć pracowników pracą od zaraz bez czekania i opóźnień. Wszystko to Wykonawca zasygnalizował MOSiR wnioskując o znalezienie rozwiązania patowej sytuacji.

Przystępujący podkreślił, że strony do końca podejmowały wspólne działania, aby umowy nie rozwiązywać, w tym również przedstawiciele MOSiR podejmowali próby znalezienia ratowników, co jednak w świetle wyżej wskazanych okoliczności okazało się niemożliwe. Wobec braku możliwości rozwiązania umowy za porozumieniem stron (takiej możliwości nie przewidywała zawarta umowa, zawarta w trybie Pzp), zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od umowy. O fakcie tym poinformował wykonawcę pismem dnia 25.06.2022r. Z uwagi na zapisy umowy zamawiający poinformował o konieczności naliczenia kar umownych w wysokości 2558 zł. W skali całego kontraktu o wysokości 173 944,00 zł kwota kar umownych to zaledwie 1,5%. Wykonawca mógł oczywiście wejść w spór z zamawiającym co do podstaw odstąpienia wskazując, że przyczyny odstąpienia są co najmniej niezależne od Stron, a de facto leżą po stronie zamawiającego, gdyż to on nie był w stanie udostępnić Wykonawcy obiektu koniecznego do wykonania usługi, jednak ze względu na ekonomię było to niezasadne - koszty postępowania (opłata od pozwu, zastępstwo procesowe, koszty dojazdu, inne koszty) przekroczyłyby wysokość kary umownej. Wykonawca ponadto musiał skoncentrować swoje działania na odrabianiu strat z okresu pandemii COVID-19, a nie na sporze o 2,5 tys. złotych w mieście, odległym o 375 km. Nadto wykonawca nie chciał generować sporu, który niewątpliwie wpłynąłby negatywnie na jego relacje z zamawiającym MOSiR w Bukownie, gdzie może startować w postępowaniach w kolejnych latach i z którym w każdej chwili może podjąć współpracę, a ewentualny trwający

spór sądowy mógłby ją zaburzyć. W świetle powyższego wykonawca postanowił, że zapłaci niską karę umowną, zamiast narażać siebie i zamawiającego na długotrwały i kosztowny proces sądowy.

Biorąc pod uwagę, że przyczyny odstąpienia nie leżały po stronie Wykonawcy, Wykonawca w ramach dobrej współpracy, nie podjął wobec zamawiającego kroków prawych, jednocześnie nie poczuwał się do odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, bo nie miał wpływu na zaistniałe okoliczności, nie można mu zatem przypisać żadnej winy. Stąd też składając oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w niniejszym postępowaniu nie brał pod uwagę w ogóle możliwości, że może wprowadzić zamawiającego w jakikolwiek błąd, ani też tym bardziej nie miał takowego zamiaru. Wykonawca zwrócił również uwagę, że w doktrynie podkreśla się fakt, że kary umowne nie są odszkodowaniem, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) i wobec braku zasądzenia odszkodowania nie można mówić o spełnieniu przesłanki z ww. przepisu, a tym samym nie może być mowy o wykluczeniu wykonawcy na tej podstawie, ani też na podstawie art. 109 ust. 1 p. 8), gdyż wykonawca nie wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Reasumując, w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, wskazano: Umowa została rozwiązana poprzez odstąpienie; Oświadczenie złożył Zamawiający wobec braku możliwości rozwiązania umowy za porozumieniem stron, mimo braku przyczyn po stronie wykonawcy - gdyż przyczyną były działania, stanowiące czyny nieuczciwej konkurencji, skierowane przeciwko wykonawcy oraz awaria basenu, spowodowana przez czynnik przyrody (uderzenie pioruna) które uniemożliwiło przekazanie Wykonawcy przekazanie/udostępnienie miejsca wykonania przedmiotu umowy oraz określenie terminu realizacji umowy, co spowodowało ostateczny odpływ pracowników, zniechęconych opóźnieniem w rozpoczęciu pracy; przyczyny wskazano szczegółowo w petitum pisma; kara wynosiła 2558,00 zł co stanowi 1,5% całości wartości zamówienia, jest zatem minimalna. Początkowo wykonawca był informowany w rozmowie z przedstawicielami zamawiającego o karze 20 000 zł, a także o dochodzeniu różnicy w oferowanych stawkach ratowniczych, jednak cały czas pozostawał w kontakcie z zamawiającym, wyjaśniając przyczyny braku możliwości zawarcia umowy, które były nie zawinione przez wykonawcę, a spowodowane obiektywnymi okolicznościami. Zamawiający MOSiR naliczył ostatecznie jedynie kwotę kary 2558,00, której wykonawca zdecydował się nie kwestionować, mimo, że nie ponosił winy, a to z uwagi na wysokość naliczenia, która była minimalna, a w razie wszczęcia postępowania sądowego generowała by koszty przekraczające swoją wysokość oraz możliwy negatywny wpływ na ewentualną przyszłą współpracę z zamawiającym. Wykonawca podkreślił, że nie zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, a jeśli nawet uznać, że zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 p. 7, to wykluczenie na jej podstawie byłoby oczywiście nieproporcjonalne.

Przystępujący podniósł, iż w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp Ustawodawca nie doprecyzował tu, co należy rozumieć przez „oczywistą nieproporcjonalność" czy „niewielką" kwotę zaległości podatkowych, co zatem pozostawił do każdorazowego uznania zamawiającego. Ustawa Pzp wprowadziła zmiany dot. wykluczenia, m.in. poprzez wskazanie, że ich ocena powinna być dokonywana przez pryzmat zasady proporcjonalności, co jest oparte o motyw 101 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE. Fakultatywne przesłanki wykluczenia nie powinny być zatem stosowane w sposób mechaniczny i bezrefleksyjny, powodując wykluczenie danego wykonawcy za naruszenia, które w okolicznościach danej sprawy można uznać za nieistotne i które nie rzutują na jego całościową, pozytywną ocenę. Równocześnie oceny tej należy dokonać w świetle podstawowych założeń dyrektywy, tj. ochrony wykonawców przed nieuzasadnionym wykluczaniem z postępowań o zamówienie publiczne. Należy bowiem pamiętać, że negatywnym i nieuniknionym skutkiem wykluczenia jest każdorazowo ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Konieczne jest zatem odpowiednie wyważenie dwóch wartości - dążenia do pozbawiania możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne przez nierzetelnych, niewiarygodnych wykonawców oraz ochrony konkurencyjności rynku zamówień publicznych. Jak podkreśla się w orzecznictwie TSUE, ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia. Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. W tym względzie, (...), że naruszenie popełnione przez oferenta musi być wystarczająco poważne, aby uzasadnić rozwiązanie umowy z punktu widzenia zasady proporcjonalności, co wskazano w sprawie C-267/18, podobnie C-41/18.

Przystępujący wskazał, iż zgodnie z ustawą Pzp zamawiający może odstąpić od wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli wykluczenie miałoby się okazać w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Taka sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie, gdyż obciążenie

wykonawcy karą umowną w wysokości symbolicznej 1,5% wartości umowy, bez dochodzenia odszkodowania uzupełniającego i w sytuacji, gdzie nie ponosił on rzeczywiście odpowiedzialności za odstąpienie od umowy, co szczegółowo powyżej zostało uzasadnione, a brak wszczęcia postępowania sądowego w sprawie kary był uzasadniony względami ekonomii procesowej i biznesowej, wskazuje, że w tej sytuacji wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne i pozbawiało wykonawcę w sposób nieuprawniony wykonania

zamówienia. Ponadto wykonawca naprawił hipotetyczną szkodę - o ile można mówić o szkodzie, płacąc karę umowną, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze

sprawą, aktywnie współpracując z zamawiającym, podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania powtórzenia się sytuacji w przyszłości, w tym te, które przedstawił Zamawiającemu w piśmie z dnia 3 marca 2022 r. oraz dodatkowo postanowił kompletować kadrę z roku na rok, jak też zerwał wszelkie powiązania z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel i wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. W tej sytuacji brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy. Do wyjaśnień załączono pisma z dnia 21.06.2021, 25.06.2021- skierowane do MOSiR w Bukownie, pismo MOSiR w Bukownie z dnia 25.06.2021, dwa oświadczenia pracowników wykonawcy, pismo wykonawcy z dnia 3 marca 2022 r., dowód zapłaty kary umownej do MOSiR Bukowno w wysokości 2558,00 zł.

Zamawiający w dniu 25 marca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż oferta ww. wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, zawiera najniższą cenę i otrzymała

najwyższą liczbę punktów w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, oferta nie podlega odrzuceniu, cena oferty nie

przekracza środków zabezpieczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż dokonał ponownego badania i oceny ofert w następstwie przeprowadzonego postępowania odwoławczego i wykonania dyspozycji wynikającej z wyroku KIO o sygn. akt KIO 256/22. Wyjaśnił, iż zgodnie treścią ww. wyroku Zamawiający wystąpił z pismem do Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Bukownie oraz do

Przystępującego w celu wyjaśnienia zakresu ustania stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia umowy na „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B , Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.” Zamawiający przywołał w uzasadnieniu wyboru oferty treść odpowiedzi, jakie otrzymał od MOSiR w Bukownie oraz od Przystępującego. Zamawiający wskazał, iż wykonując dyspozycje wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze wyjaśnienia Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Bukownie z dnia 17.03.2022 r. oraz dodatkowe wyjaśnienia Przystępującego z dnia 17.03.2022 r. uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania, albowiem nie każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy. Wynikający z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp obowiązek wykluczania wykonawcy doznaje ograniczenia wynikającego z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego nie można wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby sposób oczywisty nieproporcjonalne. Zamawiający ponownie badając i oceniając ofertę Przystępującego uznał, że odstąpienie od umowy zawartej pomiędzy Fundacją D.T. Sport a Miejskim Ośrodkiem Sportu i Rekreacji w Bukownie nastąpiło w wyniku obiektywnych okoliczności wynikających sytuacji związanej z pandemią, brakiem możliwości świadczenia usługi danym obiekcie w wyniku uszkodzenia instalacji elektrycznej na terenie basenu spowodowanej uderzeniem pioruna oraz innych niezależnych od wykonawcy okoliczności. Naliczona przez MOSiR w Bukownie kara umowna w wysokości 2.558,00 zł w stosunku do wartości zamówienia w tej jednostce stanowi zaledwie 1,47% wartości urnowy. Biorąc pod uwagę wartość przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, wysokość kary umownej. która de facto została zapłacona przez. Fundację na rzecz Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Bukownie jest w sposób oczywisty nieproporcjonalna. W związku z powyższym Zamawiający po dokonaniu ponownej czynności badania i oceny Ofert stwierdził, że nie zaistniała odstawa do wykluczenia wykonawcy określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w stosunku do oferty Przystępującego. Mając na uwadze przepis art. 109 ust. 3 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy uwagi na nałożoną karę umowną w wysokości 2 558,00 zł należałoby ocenić jako całkowicie nieproporcjonalną w stosunku do wartości przedmiotowego postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia

Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, w szczególności nieprawidłowe uznanie, iż wykluczenie tego wykonawcy było oczywiście nieproporcjonalne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp 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. Art. 109 ust. 3 ustawy Pzp stanowi zaś, iż 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.

Rozpoznając ww. zarzut w pierwszej kolejności należy wskazać, iż Izba orzekając w przedmiotowej sprawie związana była wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22, w wyniku którego nakazano Zamawiającemu unieważnienie dokonanej w dniu 25 stycznia 2022 r. czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowania o udzielenie zamówienia na „Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej w obiektach zarządzanych przez spółkę Termy Cieplickie w Jeleniej Górze w 2022 r.” W ww. wyroku Izba jednoznacznie przesądziła, iż okoliczności związane z niezrealizowaniem przez Przystępującego zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie pn. „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.” wypełniały przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba wskazała m.in., iż „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. (...) 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. (.) Trafny był zatem zarzut, iż

Zamawiający błędnie uznał, iż nie było podstawy do wykluczenia wykonawcy Fundacji na

podstawie tego przepisu.” Izba w wyroku z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22, nie nakazała Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dokonał oceny okoliczności faktycznych pod kątem zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wskazała jednak, iż „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.” Izba wskazała także na konieczność dokonania badania i oceny oferty Przystępującego w zakresie istnienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w rozpoznawanej sprawie ocenie Izby nie podlegała kwestia spełnienia przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż ich zaistnienie zostało już stwierdzone wyrokiem Izby z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22. Ustalenia faktyczne poczynione w ww. wyroku Izba w całości przyjmuje za własne.

Rozstrzygnięciu Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podlegała kwestia, czy Zamawiający prawidłowo uznał, iż wykluczenie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Użyte przez ustawodawcę w ww. przepisie określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne" jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Pozostawia to siłą rzeczy po stronie Zamawiającego pewien zakres uznaniowości, czy w konkretnym wypadku określony stan faktyczny uzasadnia stwierdzenie, że zachodzi oczywista nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazówki interpretacyjne w powyższym zakresie zawiera motyw 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, gdzie wskazano, iż „Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie." Ustawodawca krajowy z kolei, jako przykładowe sytuacje oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia wskazał na przypadek, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo gdy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Z powyższego wynika wniosek, że zastosowanie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp będzie możliwe w szczególności, gdy podstawą wykluczenia będą pewne drobne nieprawidłowości czy uchybienia o niewielkiej skali lub znaczeniu.

Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy. W przypadku zaistnienia podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp (przewidzianych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia) zasadą jest wykluczenie wykonawcy, a możliwość odstąpienia od tego działania w oparciu o art. 109 ust. 3 ustawy Pzp jest tutaj wyjątkiem od tej zasady. Podkreślić bowiem należy, że zamawiający - dokonując oceny czy wykluczenie wykonawcy byłoby w danym przypadku oczywiście nieproporcjonalne - musi respektować również inne zasady rządzące systemem zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania wykonawców. Ocena dokonywana przez instytucję zamawiającą nie może być zatem oceną dowolną, musi znajdować ona obiektywne uzasadnienie w okolicznościach stanu faktycznego i musi zostać dokonana z poszanowaniem zasad ogólnych wskazanych w art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Ponadto instytucja zamawiająca, decydując się na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, musi być w stanie wykazać, że w danym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia. Na gruncie zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców na zamawiającym ciąży w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, aby wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na niewykonanie zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie było w sposób oczywisty nieproporcjonalne. W ocenie składu orzekającego charakter i zakres niedopełnienia obowiązków umownych przez Przystępującego powoduje, że za zgodne z zasadą proporcjonalności należy uznać wykluczenie Przystępującego z postępowania, a nie odstąpienie od tego wykluczenia.

Przede wszystkim należy wskazać, iż Przystępujący nie tyle nie wykonał zamówienia w znacznym stopniu czy zakresie, co nie podjął się w ogóle realizacji zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie, co przesądzono w wyroku Izby z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22. W ocenie składu orzekającego nie można w takiej sytuacji mówić o uchybieniu drobnym, o niewielkiej skali czy znaczeniu - brak wykonania zamówienia w całości z przyczyn leżących po stronie wykonawcy należy uznać za najdalej idące naruszenie. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie było to naruszenie o charakterze elementarnym. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie dokonał oceny kwestii proporcjonalności wykluczenia Przystępującego pod kątem zakresu niedopełnienia przez niego obowiązków umownych i wagi tego uchybienia, a okoliczności te pominął uzasadniając przyczyny odstąpienia od wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zdaniem składu orzekającego ocena dokonana przez Zamawiającego była oceną wybiórczą, nie uwzględniającą kluczowego aspektu, jaki Zamawiający powinien wziąć pod uwagę.

Izba stwierdziła również, iż nie wykazują oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Przystępującego z postępowania okoliczności podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, iż „odstąpienie od umowy zawartej pomiędzy Przystępującym a MOSiR w Bukownie nastąpiło w wyniku obiektywnych okoliczności wynikających z sytuacji związanej z pandemią, brakiem możliwości świadczenia usługi danym obiekcie w wyniku uszkodzenia instalacji elektrycznej

na terenie basenu spowodowanej uderzeniem pioruna oraz innych niezależnych od wykonawcy okoliczności.” Z powyższego wynika wniosek, iż Zamawiający uznał, że odstąpienie od umowy przez MOSiR nastąpiło w wyniku obiektywnych okoliczności, co stoi w sprzeczności z orzeczeniem Izby z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 256/22, która stwierdziła, że do zakończenia stosunku zobowiązaniowego doszło z przyczyn zależnych od Przystępującego. Powyższe stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne również z materiałem dowodnym zgromadzonym w sprawie - w znajdującym się w aktach sprawy oświadczeniu MOSiR o odstąpieniu od umowy jednoznacznie wskazano, iż odstąpienie to miało miejsce z winy wykonawcy. W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego MOSiR w piśmie z dnia 17 marca 2022 r. wyjaśnił, iż przyczyną odstąpienia od umowy był fakt, że Przystępujący nie przystąpił do realizacji umowy. MOSiR nie wskazał, aby zachodziły jakiekolwiek obiektywne okoliczności uzasadniające działanie wykonawcy.

Niezależnie od powyższego przywołane przez Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej okoliczności mające wpływać na odstąpienie od umowy przez MOSiR, w ogóle nie potwierdzają oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Przystępującego. Zamawiający wskazał tu trzy argumenty: 1) sytuację związaną z pandemią, 2) brak możliwości świadczenia usługi w obiekcie w wyniku uszkodzenia instalacji elektrycznej na terenie basenu spowodowanej uderzeniem pioruna oraz 3) inne niezależne od wykonawcy okoliczności.

Pierwsza z tych okoliczności, tj. „sytuacja związana z pandemią” nie została przez Zamawiającego szerzej wyjaśniona. Przyjmując, że Zamawiający miał tutaj na myśli zamknięcie basenów, odpływ ratowników do innych zawodów i trudności w ich pozyskaniu na potrzeby realizacji zamówienia (co jednak nie zostało przez Zamawiającego wyartykułowane), to należy zgodzić się z Odwołującym, że istniejące na rynku uwarunkowania były Przystępującemu bardzo dobrze znane w chwili, kiedy zdecydował się on ubiegać się o udzielenie zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie pn. „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.” Przystępujący decydując się wziąć udział w ww. przetargu musiał poddać analizie możliwość zapewnienia ratowników na potrzeby realizacji tego zamówienia w relatywnie krótkim czasie oraz odpowiednio wycenić ofertę, tak, aby możliwe było za zaoferowaną cenę pokrycie wszelkich kosztów realizacji usługi, w tym wynagrodzenia ratowników. Wykonawcy znane były istniejące wówczas realia rynkowe i wpływ, jaki na te realia miał stan epidemii. Wykonawca miał także świadomość odpływu ratowników do innych zawodów i trudności w zgromadzeniu kadry ratowniczej, co potwierdza pismo złożone w dniu 17 marca 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, gdzie wskazano, iż „zamknięcie lub ograniczenia działalności basenów w czasie epidemii spowodowały, że duża część ratowników zmieniła pracę i odeszła wówczas do innych, bardziej stabilnych branż. W środowisku panowała obawa o zatrudnienie, pracownicy woleli przekwalifikować się na bardziej pewne zatrudnienie. Spowodowało to, że w chwili ogłoszenia przetargu przez MOSiR w Bukownie (późnego w związku z późnym przedsezonowym zezwoleniem na otwarcie basenów przez rząd w związku z COVID- 19) ratownicy, których było niewielu, byli bardzo poszukiwani i firmy, zajmujące się dostarczaniem usług polegających na świadczeniu opieki ratowniczej w ośrodkach rekreacyjnych, borykały się z ogromnymi problemami, usiłując zabezpieczyć kadry do wykonania zleceń.”

Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, by brak zgromadzenia kadry ratowniczej do realizacji zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie wynikał z okoliczności, o których wykonawcy w chwili składania oferty nie mógł posiadać wiedzy czy których nie był w stanie przewidzieć. W szczególności okolicznością taką nie jest próba pozyskiwania pracowników przez konkurencyjne podmioty - jest to stały i naturalny element walki rynkowej, podobnie jak fakt przechodzenia pracowników do innych firm za wyższe wynagrodzenie czy lepsze warunki zatrudnienia. Słusznie podniósł Odwołujący, że powyższą okoliczność Przystępujący powinien wziąć pod uwagę decydując się na udział w przetargu. Podkreślić należy, że to na Przystępującym, jako podmiocie profesjonalnym, deklarującym na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia posiadanie odpowiednich zdolności do realizacji tego zamówienia, spoczywał obowiązek skompletowania zespołu ratowników i zapewnienia ich gotowości do świadczenia usług. Przystępujący nie wykazał, iż podjął wszelkie możliwe działania, żeby zabezpieczyć realizację umowy z MOSiR w Bukownie, podobnie jak nie wykazał, aby działania konkurencji, która również kompletowała obsadę na pobliskie ośrodki, zmierzające do przejęcia pracowników wyczerpywały znamiona działań nieuczciwej konkurencji. Podniesione w powyższym zakresie przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2022 r. twierdzenia pozostały gołosłowne. Złożone przez Przystępującego dwa oświadczenia ratowników potwierdzają jedynie istniejącą na rynku trudną sytuację związaną z zapotrzebowaniem na ratowników z uwagi na ich odpływ do innych zawodów, niemniej nie stanowią dowodu na okoliczność, że Przystępujący dochował należytej staranności zarówno podczas składania oferty, jak i podczas gromadzenia potencjału kadrowego na potrzeby realizacji zamówienia.

Druga z okoliczności, na które powołał się Zamawiający, tj. brak możliwości świadczenia usługi w obiekcie w wyniku uszkodzenia instalacji elektrycznej na terenie basenu spowodowanej uderzeniem pioruna, również nie stanowi okoliczności uzasadniającej oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia Przystępującego z postępowania. Abstrahując od tego, że Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tego, jaki konkretnie związek z niezapewnieniem ratowników przez Przystępującego miało krótkotrwałe opóźnienie otwarcia kąpieliska, to dokonując oceny Zamawiający całkowicie pominął okoliczność, iż Przystępujący poinformował MOSiR w Bukownie, że nie jest w stanie zrealizować usługi już w dniu 21 czerwca 2021 r., tj. na dwa dni przed tym, kiedy nastąpiła awaria instalacji elektrycznej na skutek wyładowania atmosferycznego (co miało miejsce 23 czerwca 2021 r.). W tym stanie rzeczy, mimo iż uderzenie pioruna stanowi okolicznością obiektywną, niemożliwą do przewidzenia, to trudno uznać, aby miała ona faktyczne przełożenie na brak realizacji zamówienia przez Przystępującego.

Z kolei trzeci argument Zamawiającego, tj. powołanie się na „inne niezależne od wykonawcy okoliczności" jest argumentem nie niosącym za sobą nic, gdyż nie da się stwierdzić, jakie to niezależne od wykonawcy okoliczności, Zamawiający miał na myśli. Stanowisko Zamawiającego nie poddaje się w tym zakresie kontroli.

W ocenie Izby nie jest również wystarczające dla uznania przez Zamawiającego, że zachodzi przypadek wskazany w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, powołanie się na okoliczność, iż naliczona Przystępującemu przez MOSiR w Bukownie kara umowna za odstąpienie od umowy jest w sposób oczywisty nieproporcjonalna do wartości zamówienia, którego obecnie Zamawiający zamierza Przystępującemu udzielić. Nie jest zdaniem składu orzekającego prawidłowe w tym przypadku interpretowanie oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Przystępującego z postępowania przez pryzmat relacji kary umownej, jaką obciążono wykonawcę z tytułu odstąpienia od umowy, do wartości niezrealizowanego zamówienia czy zamówienia, którego udziela obecnie Zamawiający. Kara umowna, jaką MOSiR obciążył Przystępującego (stukrotność oferowanej stawki godzinowej) była karą naliczoną w maksymalnej wysokości - takiej, jaką przewidziano w zawartej umowie, co potwierdzono w piśmie MOSiR z dnia 17 marca 2022 r. Okoliczność, że w umowie ukształtowano ją na takim, a nie wyższym poziomie, nie powinna wpływać na ocenę stopnia uchybienia, jakiego dopuścił się Przystępujący. Jak wskazano powyżej, Przystępujący w ogóle nie zrealizował zamówienia, nie wykonał go w całości, przez co MOSiR odstąpił od umowy z winy wykonawcy, a okoliczności te Zamawiający oceniając zgodność wykluczenia Przystępującego z postępowania z zasadą proporcjonalności, całkowicie pominął.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż ocena dokonana przez Zamawiającego, jakoby wykluczenie Przystępującego z postępowania byłoby nieproporcjonalne, była oceną dowolną, nie znajdującą oparcia w okolicznościach stanu faktycznego. Tym bardziej nie można tu mówić, aby wykluczenie Przystępującego z postępowania było nieproporcjonalne w sposób oczywisty - a o takim przypadku jest mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Uzupełniająco, odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego podniesionego na rozprawie, iż dokonał on oceny oświadczenia złożonego przez Przystępującego w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, co utwierdziło go dodatkowo, że nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania, Izba wskazuje, iż czym innym jest przewidziana w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z uwagi na oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia, a czym innym uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z uwagi na dokonanie samooczyszczenia wykazującego rzetelność wykonawcy. Zamawiający, uzasadniając przyczyny wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo zaistnienia wobec tego wykonawcy podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie wskazał na kwestie związane z samooczyszczeniem wykonawcy, mimo iż - jak wyjaśnił na pytanie Izby - oceny oświadczenia Przystępującego w tym przedmiocie dokonał. Nie jest zatem uprawnione powoływanie się przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym na tę okoliczność jako dodatkowo uzasadniającą stanowisko Zamawiającego.

Ponadto, jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, istotą instytucji samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności" (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1008/21, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1219/21). Zamawiający wskazywał, że Przystępujący złożył przedmiotowe oświadczenie wyłącznie z ostrożności, na potrzeby różnych postępowań, co znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia Przystępującego, gdzie wskazano, iż podjęto kroki mające na celu zwiększenie kontroli nad wykonywaniem obowiązków ratowniczych, aby uniknąć ewentualnych negatywnych wydarzeń w przyszłości. Izba stwierdziła, iż Przystępujący składając przedmiotowe oświadczenie nie przyznał się do

tego, że niewykonanie umowy na rzecz MOSiR wynikało z przyczyn leżących po jego

stronie. Co więcej, Przystępujący w ogóle nie odniósł się w tym piśmie do okoliczności faktycznych związanych z realizacją ww. zamówienia. W tym kontekście warto przywołać wyrok KIO z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1016/21, gdzie podkreślono, iż wykonawca powołujący się na procedurę samooczyszczenia w szczególności zobowiązany jest do przedstawienia przyczyn nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy, wyczerpującego wyjaśnienia rzeczywistej przyczyny niewykonania umowy, przedstawienia działań naprawczych oraz osiągniętego skutku w wyniku podjętych działań naprawczych. Brak spełnienia tych obowiązków przez wykonawcę uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy podjęte działania naprawcze, deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są faktycznie wystarczające (proporcjonalne i adekwatne) dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości. Mając to na uwadze, oświadczenia Przystępującego z dnia 2 marca 2022 r. nie sposób rozpatrywać w kategorii dokonania samooczyszczenia, skoro Przystępujący nie odniósł się w nim w ogóle do realizacji zamówienia na rzecz MOSiR. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że trudno uznać zwiększenie kontroli nad pracą ratowników za podjęcie działań adekwatnych do stwierdzonego uchybienia, jakiego dopuścił się Przystępujący, które nie polegało przecież na nieprawidłowej pracy ratowników, lecz na tym, że Przystępujący nie zgromadził personelu niezbędnego do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się. W konsekwencji za zasadny uznać należy także zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Wobec uwzględnienia odwołania w ww. zakresie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, Izba uznała za niewykazany.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp 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.

Podkreślić należy, iż aby wykluczyć wykonawcę w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy wykazać, że doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek, o których w tym przepisie mowa. Odwołujący stawiając tezę, iż Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie ww. przepisu, zobowiązany był wykazać, że faktycznie w realiach przedmiotowego postępowania zaistniały łącznie wszystkie niezbędne do zastosowania tego przepisu przesłanki. To na Odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu. Jednak Odwołujący, poza przytoczeniem treści przepisu i lakonicznym stwierdzeniem, że w jego ocenie Przystępujący zataił okoliczności związane z realizacją zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie, podczas gdy powinien je ujawnić, nie przedstawił argumentacji wykazującej zasadność postawionego zarzutu. Jakkolwiek można byłoby zgodzić się z tym, że Przystępujący oświadczając, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie okoliczności określonych w art. 109 pkt 4-10 ustawy Pzp, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, to zadaniem Odwołującego było wykazać, że było to działanie przez Przystępującego zamierzone lub że cechowało je co najmniej rażące niedbalstwo. Odwołujący do tej kwestii w ogóle się nie odniósł, nie odniósł się też w żaden sposób do okoliczności podniesionych przez Przystępującego w piśmie z dnia 17 marca 2022 r., w którym Przystępujący wskazał, iż składając oświadczenie o braku podstaw wykluczenia nie brał pod uwagę możliwości, że może wprowadzić Zamawiającego w błąd ani też tym bardziej nie miał takowego zamiaru. Tym samym Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutu.

Za chybiony Izba uznała ponadto zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez brak uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp uwzględniając odwołanie Izba może, jeżeli umowa nie została zawarta, nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Nałożenie na instytucję zamawiającą przez Izbę określonych obowiązków ma na celu wyłącznie doprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp, tj. skorygowanie stwierdzonych nieprawidłowości. Ergo, uznając, że Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, Izba nakazała mu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, zaś uznając, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił, iż może odstąpić od wykluczenia Przystępującego z postępowania, nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty. Natomiast Izba nie może zastępować Zamawiającego w dalszych czynnościach, jakie będzie on podejmował w postępowaniu w ramach powtórzenia procesu badania i oceny ofert, w tym w odniesieniu do oferty Odwołującego oraz jej ewentualnego wyboru jako oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba nie może stwierdzić, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu, gdyż okoliczność ta będzie dopiero podlegała ocenie przez Zamawiającego w ramach powtórnego badania i oceny ofert.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 5 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutów uwzględnionych dla wyniku postępowania - zarzuty te doprowadziły bowiem do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Przewodniczący: .....