

WYROK
z dnia 10 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2023 r. przez wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu przy udziale wykonawcy Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
 - 1.2. zażądanie od wykonawcy Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
 - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu, w 2/3 (słownie: dwóch trzecich) części oraz zamawiającego Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu w 1/3 (słownie: jednej trzeciej) części i :
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza

z siedzibą we Wrocławiu poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),

- 3.2. zasądza od Miasta Bydgoszcz na rzecz Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 700 zł (słownie: trzy tysiące siedemset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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:

UZASADNIENIE

W dniu 21 lutego 2023 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Miasto Bydgoszcz - Bydgoskie Centrum Sportu (dalej jako „Zamawiający”), a także na zaniechania czynności odrzucenia oferty Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie oraz wezwania Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie „do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny”.

Odwołujący zarzucił:

- „I. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Wykonawcy Gniewińskie WOPR, pomimo, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania bowiem z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego,
- II. naruszenie art. 110 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Wykonawcy Gniewińskie WOPR, który nie spełnił wymaganych przesłanek skutecznego self-cleaning o których mowa w art. 110 ust 1 Pzp,
- III. naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 16 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Gniewińskie WOPR, o udzielenie wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi pomimo, że zaoferowana cena (cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika) nie pokrywa niezbędnych kosztów w tym w szczególności kosztów pracy”.

Odwołujący wniósł o:

- „1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części I i II Postępowania jako obarczonej wadą mającą wpływ na jego wynik,

2. odrzucenie oferty Gniewińskie WOPR na podstawie 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp oraz 110 ust 3 Pzp wskutek uznania, że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania,
 3. wezwanie Gniewińskie WOPR do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny oferty w trybie art. 224 ust 1 Pzp”,
- a ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Gniewinie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na usługi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 listopada 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00458046/01.

W rozdziale XX Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Zamawiający, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 7 uPzp, przewiduje wykluczenie Wykonawcy z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 uPzp: (...) 2) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nie-należycie 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.”.

W rozdziale XXVI SWZ Zamawiający określił, że „1. Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w

zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495) obejmują następujące rodzaje czynności: 1) Zamawiający stosownie do art. 95 ustawy Pzp (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę) wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks Pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040), polegających na świadczenie usług ratownictwa wodnego, 2. Czynności w zakresie usługi ratownictwa wodnego będą wykonywały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, tj. co najmniej 6 osób dla danej Części (I i II). Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SWZ. 3. Wymagania, o których mowa w ust. 1 oraz sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób i uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez Wykonawcę wymagań oraz sankcji z tytułu ich niespełnienia zostały określone we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ.”.

Wzór formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ ma treść „Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy”, składamy ofertę na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, na następujących warunkach: 1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ogółem:zł brutto, w tym za : 1) *Część I -zł brutto, 2) *Część II -zł brutto.

Nazwa pływalni	Cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika (zł netto/h)	Szacowana ilość godzin ¹ dyżurów ratowniczych w okresie obowiązywania umowy	Wartość netto oferty (kol.2xkol.3)	stawka VAT	kwota podatku VAT (kol. 4 x kol.5)	Wartość brutto oferty (kol. 4 + kol. 6)
1	2	3	4	5	6	7
AGUA FORDON ul. Kromera 11zł	15.000 h				
Nazwa pływalni	Cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika (zł netto/h)	Szacowana ilość godzin ² dyżurów ratowniczych w okresie obowiązywania umowy	Wartość netto oferty (kol.2xkol.3)	stawka VAT	kwota podatku VAT (kol. 4 x kol.5)	Wartość brutto oferty (kol. 4 + kol. 6)
1	2	3	4	5	6	7
Łabędźzł	15.000 h				

ul. Pijarów 4						
---------------	--	--	--	--	--	--

(...) ¹ Szacowana ilość godzin dyżurów w ramach umowy. Ilość wskazana dla celów porównania ofert i nie stanowi zobowiązania Zamawiającego. Rozliczenie będzie następować miesięcznie na podstawie zrealizowanych godzin dyżurów ratowników w danym miesiącu kalendarzowym. (...) ² Szacowana ilość godzin dyżurów w ramach umowy. Ilość wskazana dla celów porównania ofert i nie stanowi zobowiązania Zamawiającego. Rozliczenie będzie następować miesięcznie na podstawie zrealizowanych godzin dyżurów ratowników w danym miesiącu kalendarzowym (...).”

W § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ określono, że „Wykonawca wyznaczy koordynatora ratowników poprzez wpis w Dzienniku Pracy Ratowników”.

W § 3 ust. 23 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ Zamawiający określił, iż „Osoby wykonujące czynności: ratownika wodnego, koordynowania pracy ratowników, układania grafików pracy, sprawowania nadzoru nad prawidłowym prowadzeniem dokumentacji przez ratowników będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę.”.

W Postępowaniu złożono po 4 oferty w każdej z części zamówienia, w tym oferty Przystępującego i Odwołującego.

Cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika w ofercie Przystępującego w zakresie części 1 i 2 zamówienia wynosiła 26,80 złote, a cena tej oferty w zakresie każdej z dwóch części zamówienia wynosiła 402.000 złotych.

Cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika w ofercie Odwołującego w zakresie części 1 i 2 zamówienia wynosiła 33,50 złote, a cena tej oferty w zakresie każdej z dwóch części zamówienia wynosiła 510.000 złotych.

Ceny netto za 1 godzinę dyżuru ratownika w pozostałych ofertach złożonych w Postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia wynosiły 33,30 zł i 34,50 zł, a w zakresie części 2 zamówienia – 33,30 zł i 33,70 zł.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument „OŚWIADCZENIA WYKONAWCY O BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA I SPEŁNIANIU WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej uPzp - tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.)” o treści „• Oświadczam/y, iż nie podlegam/y wykluczeniu z postępowania w zakresie podstaw wykluczenia, wskazanych przez Zamawiającego. • *Oświadczam/y, iż zachodzą w stosunku

do mnie/nas podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ____ uPzp (należy podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 uPzp lub art. 109 ust. 1 pkt 4 i pkt 7 uPzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością na podstawie art. 110 ust. 2 uPzp podjąłem/podjęłam następujące czynności naprawcze: Tak - czynności naprawcze przeprowadzone przez kancelarie adwokacką (...)

Pismem datowanym na 15 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo o treści „WEZWANIE DO ZŁOŻENIA PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona - do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: 2. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia: 1) oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 uPzp w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego, czyli art. 108 ust. 1, art 109 ust. 1 pkt 4 i pkt 7 uPzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Wzór oświadczenia zostaje przesłany wraz z wezwaniem do jego złożenia (...)

W dniu 15 lutego 2023 r. Przystępujący złożył dokument „OŚWIADCZENIE O AKTUALNOŚCI DANYCH ZAWARTYCH W OŚWIADCZENIU o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dalej uPzp – tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.” o treści „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia (...) Oświadczam, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp w złożonym wraz z ofertą w postępowaniu pn. „Obsługa krytych pływalni w zakresie ratownictwa wodnego, zlokalizowanych przy ul. Kromera 11 oraz ul. Pijarów 4 w Bydgoszczy” - BCS-6/U/2022 w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, b) art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawa zamówień publicznych, c) art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy Prawa zamówień publicznych, d) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. są aktualne.”.

W tym samym dniu Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo o treści „WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona - do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawca złożył oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 uPzp w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego, czyli art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 4 i pkt 7 uPzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Z oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę wynika że: „w związku z okolicznością na podstawie art. 110 ust 2 uPzp podjąłem następujące czynności naprawcze przeprowadzone przez kancelarię adwokacką”. W związku z jw. Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień dotyczących ww. oświadczenia. Jednocześnie załącza dwie informacje dotyczące podstaw do wykluczenia Wykonawcy.”.

W dniu 15 lutego 2023 Przystępujący złożył pismo zatytułowane „Wyjaśnienie” o treści „Składając Zamawiającemu oświadczenie dotyczące aktualności złożonych oświadczeń załączonych do oferty, wykonawca składa jednocześnie wyjaśnienie dotyczące kwestii rozwiązania dwóch umów w okresie ostatnich trzech lat przy braku winy za rozwiązanie umów po stronie wykonawcy. W przypadku dwóch umów, realizowanych przez wykonawcę: - umowy TP/4/2021 na Usługę ratownictwa wodnego Krytej Pływalni w Szamotułach przy ul. Sportowej 6 dla Zakładu Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o. - umowy RSC/67/ZT/2021 z dnia 25.02.2021 r. dot. wykonywania usług w zakresie ratownictwa wodnego na rzecz Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o.- Basen odkryty w Lubinie w sezonie letnim 2021 dla Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o. w Lubinie wykonawca oświadcza, że zostały one rozwiązane przed upływem okresu obowiązywania, a wykonawcy naliczono kary umowne (kwestionowane, o czym niżej), a zatem wykonawca z ostrożności podaje związane z tym okoliczności, wykazując, że nie są to okoliczności leżące po jego stronie, a nadto, że pozostaje w sporze z zamawiającymi. I tak: [Ad. Realizacja umowy TP/4/2021 na Usługę ratownictwa wodnego Krytej Pływalni w Szamotułach przy ul. Sportowej 6 dla Zakładu Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o.] Wykonawca wyjaśnia, że zawarł umowę na realizację ww. usługi z ZGK w Szamotułach i realizował ją zgodnie z umową. W trakcie realizacji napotkał na wrogie i utrudniające pracę zachowania pracowników Zamawiającego. Otwarcie wyrażali oni opinie, że usługi ratowników powinni

świadczyć na obiekcie objętym umową ratownicy miejscowi z Szamotuł, a nie firmy zewnętrzne. W szczególności nie podobał im się fakt zatrudniania przez Wykonawcę cudzoziemców (zatrudnionych w sposób legalny i posiadających stosowne kwalifikacje). Przykładem działań, podjętych w stosunku do pracowników wykonawcy jest zgłoszenie do Straży Granicznej oraz Państwowej Inspekcji Pracy rzekomych nieprawidłowości, które zaskutkowało kontrolą w dniu 23.11.2021 r. Kontrole nie wykazały przy tym żadnych nieprawidłowości, nie przyniosły również zamierzonego skutku, czyli rozwiązania umowy z Wykonawcą. Nie chcąc narażać swoich pracowników na szykany ze strony pracowników Zamawiającego, Wykonawca zdecydował o zmianie składu ratowników w dniu następnym. Zamawiający był jednak zdeterminowany zakończyć umowę z Wykonawcą, aby umożliwić zatrudnienie miejscowym ratownikom, którzy w normalnych warunkach nie byli w stanie złożyć ofert w postępowaniu przetargowym, tym samym nie mogli świadczyć usług na tym obiekcie. Zamawiający bez uprzedzenia złożył wykonawcy wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym w dniu 26.11.2021r. podając jako przyczynę rażące naruszenie warunków umowy poprzez niezastosowanie się do zasad i przepisów bezpieczeństwa poprzez niewykonanie obowiązków ratownika polegających na oddaleniu się z miejsca świadczenia usługi i udaniu się na spoczynek. W tym miejscu Wykonawca z całą mocą zaprzecza postawionym zarzutom (co będzie rozstrzygane w postępowaniu cywilnym). Prezes Wykonawcy był obecny w tym dniu na obiekcie i zaświadcza, że sytuacja wyglądała całkowicie inaczej. Po pierwsze nie może być mowy o niewykonaniu podstawowych obowiązków ratownika polegających zgodnie z zawartą w Szamotułach umową m.in. na „bezpieczeństwie osób przebywających w obrębie basenu dolnego” w sytuacji, kiedy w obrębie basenu nie przebywały żadne osoby kąpiące. Na dowód swoich twierdzeń zamawiający przesłał zdjęcie – kadr z monitoringu, na którym widać, że ratownik położył się na leżance, jednak pominął okoliczności, że nie było wówczas żadnej osoby, która przebywała na basenie. Ponadto dwóch pozostałych ratowników pełniących dyżur na górnym basenie- w tym prezes Wykonawcy, byli cały czas obecni na swoich stanowiskach, w żadnym wypadku nie opuszczali stanowisk pracy, a także mieli kontakt z ratownikiem na dolnym basenie. Ze zdziwieniem wykonawca przyjął także informację o pisemnym zgłoszeniu rzekomych nieobecności ratowników, dokonany przez nauczycieli dzieci, uczestniczących w lekcjach nauki pływania, w związku z faktem, że nauczyciele ci nie wchodzi bezpośrednio na teren basenu, a jedynie przekazują dzieci i oczekują w szatni, więc nie wiadomo nawet na jakiej podstawie mieliby formułować swoje twierdzenia. Wówczas pracownicy – trenerzy pływania zajmowali się grupami dziecięcymi. W tych okolicznościach trudno dopatrywać się rażącego naruszenia obowiązków czy niezapewnienia bezpieczeństwa z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Kluczowym dowodem jest monitoring terenu basenu, który potwierdza stanowisko Wykonawcy, niestety

Wykonawca nie jest w stanie go załączyć, gdyż do dnia dzisiejszego zamawiający go wykonawcy nie przekazał, twierdząc, że wystarczy, że on sam się z nim zapoznał. Wykonawca złożył wniosek o udostępnienie monitoringu, z którego będzie jasno wynikać, że ratownik nie zaprzestał wykonywania swoich obowiązków, jednak zamawiający odmówił. Stało się zatem koniecznym wystąpienie z wnioskiem do sądu o zobowiązanie zamawiającego do udostępnienia materiału dowodowego i wniosek taki będzie rozpatrywany przez Sąd w postępowaniu sądowym- o ile takie nagranie istnieje, tzn. zamawiający go nie zniszczył. Uporczywe starania, aby pozbyć się wykonawcy, podanie nieprawdziwych przyczyn rozwiązania umowy z wykonawcą, co zaskutkowało również bezpodstawnym naliczeniem kar umownych skutkuje koniecznością obrony swoich praw i dochodzenia roszczeń od zamawiającego na drodze cywilnej. Nadmienić należy, że zamawiający osiągnął swój cel i zatrudnił lokalnych ratowników, bez procedury przetargowej. Spór sądowy: sprawa z powództwa wykonawcy toczy się przeciwko Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o. przed Sądem Rejonowym Poznań- Stare Miasto pod sygn. XII GNc 1993/22/B Żądaniem pozwu jest objęte żądanie zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kwoty 15.000,000 zł z odsetkami za opóźnienie do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania. Kwota 15.000,00 zł jest to kwota bezpodstawnie potrącona przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o., zgodnie z pismem z dnia 14.12.2021r. z wynagrodzenia wykonawcy jako kara umowna za odstąpienie od umowy z rzekomej winy wykonawcy. Wykonawca to potrącenie jako bezprawne i bezzasadne kwestionuje i dlatego żąda zasądzenia swojego wynagrodzenia, objętego bezpodstawnym potrąceniem przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o. Ustalenie należytego wykonania umowy i co za tym idzie, brak podstaw do naliczenia kary umownej za odstąpienie z winy wykonawcy przez zamawiającego, będzie przy tym okolicznością ustalaną przez Sąd i podstawą do zasądzenia na rzecz wykonawcy należnego mu wynagrodzenia, z którego zamawiający bezprawnie potrącił karę umowną. Zgodnie z ustaloną w polskim orzecznictwie linią orzecniczą patrz np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.06.2011r. sygn. akt II CSK 568/10, wykonawca nie miał interesu prawnego w odrębnym żądaniu ustalenia przez Sąd należytego wykonania umowy, gdyż interes prawny nie zachodzi, gdy możliwe jest wniesienie powództwa o zasądzenie świadczenia (a więc tak jak w niniejszym przypadku- żądania zasądzenia zapłaty kwoty wynagrodzenia, której zasadność potrącenia wykonawca jako powód kwestionuje). Równocześnie wykonawca oświadcza, że przeciwko wykonawcy nie został wniesiony żaden pozew, zawezwanie do próby ugodowej ani wnioski o mediację przez zamawiającego Zakład Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o. Wykonawca 29.11.2021 r. złożył do Zakładu Gospodarki Komunalnej w Szamotułach Sp. z o.o., w którym to odwołaniu powołuje fakt swojego prawidłowego świadczenia, natomiast nie może przedstawić innych dokumentów, które mogą potwierdzić należyte wykonywanie zobowiązań

umownych, gdyż z uwagi na rozstanie się w sporze z zamawiającym, nie otrzymał od niego referencji ani innego potwierdzenia należytego wykonania usługi. Dopiero wyrok sądowy będzie mógł potwierdzić, że wykonawca działał w sposób należyty. Z ostrożności Wykonawca podaje podjęte działania naprawcze: Każdy ratownik przy zawieraniu umowy zostaje pouczone o zakazie odpoczynku w czasie dyżuru, nawet w sytuacji braku osób na basenie i jest zobowiązany podpisać w tym zakresie stosowne zobowiązanie. [Ad. Realizacja umowy RSC/67/ZT/2021 z dnia 25.02.2021 r. dot. Wykonywania usług w zakresie ratownictwa wodnego na rzecz Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o.- Basen odkryty w Lubinie w sezonie letnim 2021 dla Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o. w Lubinie.] Wykonawca podpisał umowę RSC/67/ZT/2021 z dnia 25.02.2021 r. na realizację przedmiotu umowy w zakresie wykonywania usług w zakresie ratownictwa wodnego na rzecz Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o.- Basen odkryty w Lubinie w sezonie letnim 2021. Przedmiot umowy miał być realizowany w oparciu o umowę, wymagania SWZ oraz obowiązujące przepisy w tym ustawę o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych z dnia 18 sierpnia 2011 r. z późn. zmianami oraz aktami wykonawczymi określającymi zasady bezpieczeństwa w tym ilość ratowników niezbędną do zachowania bezpieczeństwa na danym obiekcie. Zgodnie z aktualnym na czas wykonywania ww. umowy audytem bezpieczeństwa na obiekcie liczba ratowników na obiekcie zamawiającego w Lubinie wynosiła 6 osób. Zgodnie z umową Wykonawca ponosił odpowiedzialność za bezpieczeństwo osób przebywających w obrębie obszaru nadzorowanego (§ 6 umowy). Zaznaczyć należy, że obiekt na którym świadczone były usługi jest rozległy i wymagający. Nie podlega wątpliwości, że prawidłowa realizacja przedmiotu umowy, w tym zgodnie z obowiązującymi przepisami, wymaga współdziałania zamawiającego, który to obowiązek wynika zresztą z art. 431 PZP . W tym przypadku współdziałania zamawiającego zabrakło. Zamawiający, mając świadomość wymogu, dotyczącego liczby ratowników, niezbędnych do zapewnienia bezpieczeństwa na terenie obiektu bez wyłączenia części obiektu z użytku w zw. z przykładowo złą pogodą, arbitralnie nakazywał odwołanie części załogi, świadczącej usługę w danym dniu, powołując się na wyrwane z kontekstu zapisy umowy. Wielokrotne ustne monity wykonawcy u osoby odpowiedzialnej za realizację zadań po stronie zamawiającego nie przyniosły skutku. Wg oświadczenia wykonawcy, dochodziło do sytuacji, że na skutek żądań zamawiającego na basenie było 3 ratowników, zamiast wymaganych 6-ciu, zgodnie z obowiązującym audytem, a ratownicy informowali, że nie będą narażać bezpieczeństwa osób korzystających z tego obiektu, a także siebie na odpowiedzialność i utratę uprawnień w przypadku utonięcia. Wobec powyższego oraz wobec braku reakcji ze strony Zamawiającego, Wykonawca dnia 16.06. 2021 r. wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym. Zamawiający przyjął wypowiedzenie i nie kwestionował go, dopiero w grudniu 2021 r. (jak domniema wykonawca- w obliczu postępowania sądowego,

wszczętego przez Wykonawcę), zamawiający poinformował o naliczeniu 20% kary należnej w przypadku rozwiązania umowy wyłącznie w przypadku winy wykonawcy- w sytuacji wcześniejszego braku kwestionowania wypowiedzenia przez Wykonawcę- czego formalnie nie zrobił do tej pory, gdyż informacja o winie wykonawcy znajduje się wyłącznie w informacji o potrąceniu naliczonej kary z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy z dnia 6.12.2021r. – oczywiście kwestionowanym przez wykonawcę. Spór sądowy: sprawa z powództwa wykonawcy toczy się przeciwko Regionalnemu Centrum Sportowego sp. z o.o. przed Sądem Rejonowym w Gdyni sygn. VI GNc 4238/21 Przedmiotem sprawy jest zapłata kwoty 20.000,00 zł - zwrot kwoty wadium i zabezpieczenia jako żądanie pierwotne, a ponadto zostało złożone rozszerzenie powództwa obejmujące zasądzenie od powoda również kwoty 19.045,60 zł wraz z odsetkami, która to kwota 19.045,60 zł objęta fakturą VAT nr 22/2021, stanowi wynagrodzenie powoda za wykonane na rzecz pozwanego RCS Sp. z o.o. usługi w zakresie ratownictwa wodnego, zgodnie z umową nr RCS/67/ZT/2021. Wykonawca, wywodząc roszczenia wskazuje, że potrącenie zawarte w pisemnym poświadczeniu pozwanego z dnia 6 grudnia 2021 r., nie mogło odnieść skutku ze względu na fakt, że rzekoma wierzytelność, z którą pozwany potrącił wierzytelność powoda, objęta fakturą VAT nr 22/2021 nigdy nie powstała. Umowa nr RCS/67/ZT/2021 z dnia 25 lutego 2021 r. została rozwiązana przez wykonawcę w sposób prawidłowy z winy zamawiającego, które to rozwiązanie zostało przez niego przyjęte i zaakceptowane. W sprawie nie mógł więc znaleźć zastosowania § 10 ust. 1 w/w umowy, na podstawie którego zamawiający naliczył i następnie potrącił karę umowną za rzekome rozwiązanie umowy z przyczyn, leżących po stronie wykonawcy, co wykonawca kwestionuje i dlatego wytoczył proces sądowy o zwrot kwot wadium i zabezpieczeń oraz o zapłatę całości należności. Podobnie jak w przypadku Szamotuł, ustalenie należytego wykonania umowy i co za tym idzie, brak podstaw do naliczenia kary umownej za odstąpienie z winy wykonawcy przez zamawiającego, będzie przy tym podstawą do zasądzenia na rzecz wykonawcy należnego mu wynagrodzenia, z którego zamawiający bezprawnie potrącił karę umowną. Jak już wskazano, zgodnie z ustaloną w polskim orzecznictwie linią orzecniczą patrz np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.06.2011r. sygn. akt II CSK 568/10, wykonawca nie miał interesu prawnego w odrębnym żądaniu ustalenia przez Sąd należytego wykonania umowy, gdyż interes prawny nie zachodzi, gdy możliwe jest wniesienie powództwa o zasądzenie świadczenia (a więc tak jak w niniejszym przypadku- żądania zasądzenia zapłaty kwoty wynagrodzenia, której zasadność potrącenia wykonawca jako powód kwestionuje). Równocześnie wykonawca oświadcza, że przeciwko wykonawcy nie został wniesiony żaden pozew, zawiązanie do próby ugodowej ani wniosek o mediację przez zamawiającego Regionalne Centrum Sportowe sp. z o.o. w Lubinie. Z ostrożności Wykonawca podjął działania naprawcze: wszelkie zastrzeżenia co do stanu bezpieczeństwa wykonawca będzie notyfikował pisemnie

zamawiającym. Ad. Realizacja umowy RSC/67/ZT/2021 z dnia 25.02.2021 r. dot. Wykonywania usług w zakresie ratownictwa wodnego na rzecz Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o.- Basen odkryty w Lubinie w sezonie letnim 2021 dla Regionalnego Centrum Sportowego sp. z o.o. w Lubinie- w zakresie kary umownej naliczonej przez zamawiającego RCS sp. z o.o. w Lubinie i zapłaconej przez Wykonawcę w wysokości 1500,00 zł Wykonawca wskazuje również z ostrożności w zakresie kary umownej naliczonej przez zamawiającego RCS sp. z o.o. w Lubinie i zapłaconej przez Wykonawcę w wysokości 1500,00 zł, że dotyczyła ona jednorazowego braku 1 osoby na basenie przez 1 dzień-sobotę (chodziło o Prezesa, który z pilnych względów rodzinnych musiał udać się do domu). Biorąc pod uwagę, że było to zdarzenie jednorazowe, dotyczyło wyłącznie 1 osoby w 1 dniu i skutkowało karą w wysokości 1500 zł w porównaniu do wartości wynagrodzenia umownego 126288,00 zł stanowi 1,19%, jest to okoliczność bagatelna. Ponadto wykonawca naprawił hipotetyczną szkodę – o ile można mówić o szkodzie- płacąc karę umowną w wysokości 1500 zł, a także wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze sprawą, aktywnie współpracując z zamawiającym. Dowód: dowód zapłaty kwoty 1500 zł Z ostrożności Wykonawca podjął działania naprawcze: Wykonawca ustala sobie obecnie z ratownikami na danym obiekcie w dniu wolnym możliwość wezwania na dyżur z co najmniej 1 godzinnym wyprzedzeniem (przynajmniej 1 ratownik na każdych 4 ratowników obowiązkowych na obiekcie.”.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2023 roku opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty w Postępowaniu (dalej jako „Informacja”) o treści „Na podstawie art. 253 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej uPzp - tekst jedn. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) informuję, że po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, wybrano jako najkorzystniejszą:

- 1) w zakresie Części I ofertę nr 3: Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Osiedle Kaszubskie 7/6, 84-250 Gniewino, (...)
- 2) w zakresie Części II ofertę nr 3: Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Osiedle Kaszubskie 7/6, 84-250 Gniewino, (...)

Zamawiający informuje, że w trakcie badania oferty Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego rozważał, czy istnieją wobec ww. Oferenta przesłanki jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 uPzp. Dotyczy to zdarzeń, o których Zamawiający został poinformowany przez innego Oferenta, a w szczególności: Zdarzenie pierwsze: informacja udzielona przez Regionalne Centrum Sportowe Sp. z o.o. w Lubinie: Wykonawca Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe świadczył usługi ratownictwa wodnego na potrzeby RCS Sp. z o.o. w Lubinie w sezonie letnim 2021 –

faktyczny czas trwania usługi: od 03.06.2022 r. do 16.06.2022r. Z ww. informacji wynika, iż w trakcie wykonywania usługi naliczono karę umowną z powodu jednokrotnej nieobecności ratownika na obiekcie oraz brak prowadzenia dokumentacji. Kara wyniosła 1.500,00 zł. Ponadto Zamawiający nałożył kary umowne za nienależyte wykonanie umowy i jej rozwiązanie za skutkiem natychmiastowym przez Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe. W sprawie powyższej zaistniał spór pomiędzy stronami. Obecnie prowadzone jest w tej sprawie postępowanie sądowe. Zdarzenie drugie: informacja udzielona przez Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Szamotułach: Z ww. informacji wynika, iż na Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe została nałożona kara umowna w wysokości 15.000,00 zł za naruszenie warunków świadczenia usług ratownictwa wodnego, która potencjalnie mogła zagrozić bezpieczeństwu przebywających na pływalni. Umowa została rozwiązana w trybie natychmiastowym. W wyniku działania GWOPR nie wystąpiły żadne szkody, poza ewentualnymi szkodami wizerunkowymi. W sprawie powyższej zaistniał spór pomiędzy stronami. Obecnie prowadzone jest w tej sprawie postępowanie sądowe. Zamawiający zgodnie z art. 128 ust 4 uPzp zażądał od Wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Wykonawca, tj.: Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 uPzp oraz obu zarzutów. Wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi treści oświadczenia z art. 125 uPzp przedstawił Zamawiającemu inne środki dowodowe oraz informację o podjętych działaniach naprawczych. Zamawiający uznał za zasadne zastosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 uPzp, uwzględniając stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 23 listopada 2021 r. Sygn. akt: KIO 3229/21. W orzeczeniu tym stwierdza się, iż „procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „może żądać od wykonawców wyjaśnień”, co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), w którym posłużono się słowem „wzywa”, sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień. Pomimo tej zmiany zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów”. Zamawiający rozpatrzył wyjaśnienia złożone przez Gniewińskie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe na okoliczność powyższych zdarzeń. Z przedmiotowych wyjaśnień wynika, iż: W przypadku Zamawiającego RCS sp. z o.o. w Lublinie wystąpiły dwie sytuacje: nałożenie kary za jednorazową nieobecność 1 ratownika na basenie. Kara ta została przez GWOPR zapłacona. Nieobecność ratownika wynikała z nagłej przyczyny o charakterze rodzinnym. Przedmiotowa kara stanowiła 1,19% wynagrodzenia umownego (przewidzianego

w umowie na kwotę 126.288,00 zł). Rozwiązanie umowy z RCS sp. z o.o. nastąpiło w dniu 16.06.2021r. z inicjatywy GWOPR z winy Zamawiającego. Zamawiający nie kwestionował ww. czynności. Kara umowna nałożona została na GWOPR dopiero w grudniu 2021r. przez Zamawiającego jako reakcja na skierowanie przez GWOPR pozwu o zapłatę dot. niezwrócenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tej sprawie prowadzone jest postępowanie sądowe przed Sądem Rejonowym w Gdyni o sygn. akt VI GNc 4238/21. W przypadku Zamawiającego ZGK sp. z o.o. w Szamotułach wystąpiła jedna sytuacja, polegająca na nieprawidłowości w postaci położenia się przez jednego z trzech obecnych na obiekcie ratowników na leżance. Niemniej w niecce basenu, za którego nadzorowanie odpowiedzialny był ww. ratownik nie przebywała ani jednak osoba. Kara umowna za to zdarzenie została ustalona na poziomie 15.000,00 zł. Następnie Zamawiający z powyższej przyczyny rozwiązał umowę z GWOPR w dniu 26.11.2021r. W powyższej sprawie prowadzone jest postępowanie sądowe przed Sądem Rejonowym Poznań – Stare Miasto o sygn. akt: XII GNc 1993/22/B. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 uPzp „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”. Po dokonaniu analizy przedstawionych informacji w ocenie tut. Zamawiającego brak jest podstaw do uznania, iż występuje w niniejszym przypadku przesłanka wykluczenia GWOPR. Tylko w jednym z ww. przypadków doszło do rozwiązania umowy o zamówienie publiczne przez Zamawiającego. Niemniej ustawodawca wymaga, aby nienależyte wykonywanie umowy (skutkujące jej rozwiązaniem) miało charakter długotrwały. W przypadku umowy z ZGK sp. z o.o. w Szamotułach jednorazowe niewłaściwe zachowanie ratownika (położenie się na leżance) z oczywistych względów nie ma charakteru długotrwałego. W drugim przypadku nałożenie jeden raz kary umownej za nieobecność jednego (z kilku wymaganych) ratownika nie ma charakteru znacznego, również ze względu na wartość umowy. Rozwiązanie tej umowy nastąpiło ze strony GWOPR. Kolejna kara umowna została nałożona na GWOPR przez RCS sp. z o.o. w Lublinie po pięciu miesiącach od rozwiązania umowy (i to w łączności czasowej z faktem wytoczenia przez GWOPR sprawy sądowej przeciwko RCS sp. z o.o. w Lublinie). GWOPR ponadto wskazał, iż w okresie ostatnich 3 lat wykonał w sposób należyty szereg innych umów, tj.: 1) Kompleksowa usługa ratownicza na 2 pływalniach krytych Ośrodka Sportu i Rekreacji we Włocławku na kwotę 675.879, 00 zł brutto świadczona w terminie od 01.02.2019 do 31.12.2019 – Ośrodek Sportu i Rekreacji we Włocławku. 2) Świadczenie kompleksowej usługi ratowniczej na 2 pływalniach tj. Wodne Centrum Rekreacyjno-

Sportowe ul. Piłsudskiego 69b oraz w Zespole Krytych Obiektów Sportowych II w Olsztynie na kwotę 828.000, 00 zł brutto świadczona w terminie od 17.02.2022 r. do 31.10.2022 r., 3) Obsługa ratownictwa pływalni krytej w Gniewinie (w latach 2016-2020) – Centrum Sportowo-Konferencyjne Sp. z o. o. w Gniewinie, 4) Organizacja i prowadzenie w sezonie letnim kąpielisk na terenie Gminy Krokowa wraz z wykonaniem działań ratowniczych w latach (2017, 2020, 2021) – Krokowskie Centrum Kultury w Krokowej, 5) Organizacja i prowadzenie w sezonie letnim kąpielisk na terenie Gminy Krokowa wraz z wykonaniem działań ratowniczych w latach (2017, 2020, 2021), 6) Organizacja i prowadzenie kąpielisk strzeżonych oraz patroli ratowniczych na terenie Gminy Władysławowo (w latach 2018, 2019, 2021) – Abruko Plus Sp. z o. o., 7) Organizacja i prowadzenie kąpieliska Wysoka w Kamieniu w latach 2018-2021 – Gmina Szemud, 8) Organizacja kąpielisk i zapewnienie bezpieczeństwa osób pływających i kąpiących się w Łebie w latach od 2019 do 2022 – Port Jachtowy w Łebie Sp. z o. o., 9) służa ratownicza na pływalni krytej AQUARIUS w Cetniewie w 2021 r. – Centralny Ośrodek Sportu- Ośrodek Przygotowań Olimpijskich im. Feliksa Stamma Cetniewo we Władysławowie, 10) Obsługa ratownicza kąpielisk sezonowych Centrum Rekreacyjno-Sportowego Ukiel w Olsztynie (w latach 2020, 2022) – Ośrodek Sportu i Rekreacji w Olsztynie, 11) Obsługa ratownicza krytej pływalni w Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu (w latach 2020 do 2022) – Centrum Onkologii im. Prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, 12) Kompleksowe zabezpieczenie ratownicze w Centrum Sportowym w Kielnie w 2022 r. – Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Szemud Sp. z o. o., 13) Organizacja i prowadzenie kąpieliska w Lubiatowie, w tym zapewnienie bezpieczeństwa osób korzystających z kąpieliska w 2022 r. – Gminny Ośrodek Kultury w Biblioteka im. Stefana Żeromskiego w Choczewie. W tej sytuacji Zamawiający podjął decyzję o Odstąpieniu od wykluczenia GWOPR zgodnie z art. 109 ust. 3 uPzp, gdyż ewentualne wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Za oczywiście nieproporcjonalne można uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się nie powtarzają. Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 90722 „użyte przez ustawodawcę w ww. przepisie określenie >>w sposób oczywisty nieproporcjonalne<< jest pojęciem nieostрым, 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.<< (...) 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.”. Z kolei w wyroku KIO o sygn. akt KIO 90722 wynika, iż „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. (...) 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 zgodnie z komentarzem do ustawy - Prawo zamówień publicznych dostępnym na www.uzp.gov.pl „Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco >>znaczący<<, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej)”. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał za zasadne odstąpienie od wykluczenia Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba oddalić wnioski o dopuszczenie dowodu z dokumentów: kopii pozwu o zapłatę z 15.05.2022 roku przeciwko ZGK w Szamotułach wraz z wydrukiem z poczty elektronicznej, kopii pozwu z 25.10.2021 roku przeciwko RCS w Lubinie, kopii pisma z 20.05.2022 roku „rozszerzenie powództwa wraz z wnioskami dowodowymi” oraz wydruku ze śledzenia przesyłek oraz dowodu z przesłuchania prezesa zarządu Przystępującego mając na uwadze, że przeprowadzenie tych dowodów miało służyć ustaleniu, że: w zakresie umowy zawartej przez Przystępującego z ZGK w Szamotułach – „istnienia sporu w zakresie obciążenia karą, zasadności rozwiązania umowy bez wypowiedzenia, a także iż dopiero dowód z monitoringu pokaże, że umowa była wykonywana należycie”, zaś w zakresie umowy zawartej przez Przystępującego z RCS w Lubinie – „zasadności rozwiązania umowy bez wypowiedzenia z winy Zamawiającego i kwestionowania naliczenia z tego tytułu kary umownej” oraz że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”. Fakty te nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji, gdy – jak wskazano poniżej – należało przyjąć, że Zamawiający na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp nie wykluczył Przystępujący jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i bezprzedmiotowe było dokonywanie oceny, czy Zamawiający prawidłowo uznał, iż Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Istnienie pomiędzy Przystępującym a ZGK w Szamotułach „sporu w zakresie obciążenia karą umowną” oraz kwestionowanie „naliczenia kary umownej” w związku z rozwiązaniem umowy zawartej przez Przystępującego z RCS w Lubinie nie było przy tym sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ponadto należy zauważyć, że kopie pozwów czy pisma rozszerzającego powództwo mogą służyć wyłącznie wykazaniu, że Przystępujący złożył pismo określonej treści i nie sposób wywodzić z nich wniosków co do „zasadności” rozwiązania umowy zawartej przez Przystępującego z ZGK w Szamotułach bądź umowy zawartej przez Przystępującego z RCS w Lubinie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego i Zamawiającego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 7 lutego 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp oraz naruszenia art. 110 ust. 2 i 3 Pzp Izba uznała za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 7) 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. 110 ust. 2 Pzp stanowi, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów”. Zgodnie z art. 110 ust. 3 Pzp „zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę”.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że stanowisko Zamawiającego co do istnienia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp przesłanki wykluczenia Przystępującego, zarówno zawarte w Informacji, jak i przedstawione na rozprawie jest niespójne. Wskazuje on jednocześnie, że w jego ocenie przesłanka ta nie występuje oraz że „uznał za zasadne odstąpienie od wykluczenia Przystępującego” zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że „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”. Zważywszy, że w przepisie jednoznacznie określono, że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy w przypadkach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp, w których opisano sytuacje, w których zamawiający wyklucza wykonawcę, nie może ulegać wątpliwości, że zamawiający może skorzystać z określonego w art. 109 ust. 3 Pzp uprawnienia do nie wykluczania wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi, że zachodzi przypadek określony w art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp. W konsekwencji skorzystanie z przedmiotowego uprawnienia wymaga uprzedniego przyjęcia, że wykonawca podlega wykluczeniu; nie można zatem nie wykluczyć na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, a także treść Informacji, w której wskazano, iż „w tej sytuacji Zamawiający podjął decyzję o Odstąpieniu od wykluczenia GWOPR zgodnie z art. 109 ust. 3 uPzp, gdyż ewentualne wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne” oraz „Zamawiający uznał za zasadne odstąpienie od wykluczenia Gniewińskiego Wodnego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego” należało przyjąć, że nie wykluczenie Przystępującego z Postępowania nie było skutkiem skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia określonego w art. 109 ust. 3 Pzp w sytuacji gdy Przystępujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, nie zaś uznania, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie tego przepisu, a w konsekwencji - że Zamawiający uznał, iż Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Wymaga także wskazania, że również w art. 110 ust. 2 Pzp jednoznacznie określono, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp, wobec czego należy przyjąć, że art. 110 ust. 2 Pzp zakazuje zamawiającemu wykluczenia wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy podlega on wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-

5 i 7-10 Pzp. Przyjęcie, że na podstawie tych przepisów wykonawca podlega wykluczeniu jest zatem niezbędne dla zastosowania art. 110 ust. 2 Pzp, a tym samym dla dokonywania oceny, czy wykonawca udowodnił zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w tym przepisie i czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których w nim mowa, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy (art. 110 ust. 3 Pzp).

Zdaniem Izby, dla oceny zgodności z prawem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp nie wykluczył wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, bez znaczenia jest, czy zamawiający naruszył art. 110 ust. 2 i 3 Pzp. Skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 109 ust. 3 Pzp jest konsekwencją uznania, że wykluczenie wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, co jest z kolei wynikiem oceny okoliczności stanu faktycznego, który miałby stanowić podstawę wykluczenia. Nie jest ono uzależnione od udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Pzp i dokonania zgodnie z art. 110 ust. 3 Pzp oceny, że podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w tym przepisie, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy. Zamawiający może skorzystać z uprawnienia określonego w art. 109 ust. 3 Pzp zarówno wtedy, gdy wykonawca nie wykaże podjęcia ww. czynności, jak i wtedy, gdy w ogóle ich nie podejmie. Tym samym zamawiający może nie wykluczać wykonawcy na podstawie tego przepisu bez dokonywania takiej oceny. Biorąc ponadto pod uwagę systematykę tych przepisów – iż przepis umożliwiający nie wykluczanie wykonawcy poprzedza przepisy dotyczące tzw. samooczyszczenia należy uznać, że nie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp poprzedza badanie i ocenę, czy wykonawca skutecznie dokonał tzw. samooczyszczenia, a zatem zastosowanie tego przepisu następuje przed zastosowaniem art. 110 ust. 2 i 3 Pzp.

Nie może ulegać wątpliwości, że w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby nie przedstawiono zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 Pzp, w szczególności Odwołujący nie przedstawił okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na niezgodność z tym przepisem (czy jakimkolwiek innym przepisem Pzp) nie wykluczenia Przystępującego z Postępowania. W konsekwencji, mając na uwadze, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, należało przyjąć, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z określonego w art. 109 ust. 3 Pzp uprawnienia do nie wykluczenia Przystępującego z Postępowania.

Wobec powyższego bezprzedmiotowe było dokonywanie oceny, czy Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Bez względu na to, czy w wyniku jej dokonania Izba stwierdziłaby, że Przystępujący podlega wykluczeniu na tej podstawie, Izba nie miałaby podstaw do nakazania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

To samo dotyczy dokonywania oceny, czy Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Pzp, oraz prawidłowości oceny Zamawiającego w zakresie określonym w art. 110 ust. 3 Pzp - czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w tym przepisie, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy – tj. skuteczności dokonania przez Przystępującego tzw. samoocyszczenia.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp zaniechał wykluczenia Przystępującego z Postępowania czy odrzucenia jego oferty.

Zarzut naruszenia „art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 16 Pzp” Izba uznała za uzasadniony w zakresie naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.

W przypadku, gdy na skutek wniesionego przez wykonawcę odwołania ocenie Izby podlega zgodność z tym przepisem zaniechania czynności żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, ocena ta powinna być oparta na określeniu, czy - obiektywnie ujmując - zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa wydawała się (powinna wydawać się) rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub czy zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa budziła (powinna budzić) wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wydaje się nie ulegać wątpliwości, że cena powinna wydawać się zamawiającemu rażąco niska czy budzić jego wątpliwości określone w art. 224 ust. 1 Pzp, w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena jest nierealistyczna, niewiarygodna lub odbiega od cen w innych ofertach.

Zdaniem Izby w sytuacji, jaka występuje w Postępowaniu - gdy cena oferty w danej części zamówienia stanowi iloczyn określonej przez zamawiającego liczby godzin wykonywania określonego świadczenia i określonej przez wykonawcę wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania tego świadczenia, ta ostatnia wartość w istocie determinuje cenę oferty. Zatem realność, wiarygodność i zbieżność z wartościami w innych ofertach należy oceniać w zakresie wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania świadczenia.

Porównanie wysokości wynagrodzenia za jedną godzinę wykonywania świadczenia – czyli „ceny netto za 1 godzinę dyżuru ratownika” - określonej w ofercie Przystępującego, wynoszącej 26,80 zł, do wysokości takiego wynagrodzenia w innych ofertach, wynoszącego co najmniej 33,30 zł, przy niewielkich różnicach cen w tych ofertach, uzasadnia przyjęcie, że cena w ofercie Przystępującego znacząco odbiega od cen w innych ofertach.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że prawie całość kosztów, jakie poniesie wykonawca w celu wykonania zamówienia udzielonego w wyniku przeprowadzenia Postępowania (w każdej z części zamówienia), to koszty związane z zatrudnieniem osób wykonujących zamówienie. W takiej sytuacji szczególne znaczenie co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów ma kwestia wysokości kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny, które muszą być zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Izba podzieliła przy tym stanowisko Zamawiającego, że wykonanie przedmiotowego zamówienia w każdej z części zamówienia nie wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę – poza osobami wykonującymi czynności ratownika wodnego - osoby wykonującej czynności koordynowania pracy ratowników. Obowiązek taki nie wynika w szczególności z treści rozdziału XXVI SWZ i § 3 ust. 23 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ. Z postanowień tych wynika jedynie, że osoba wykonująca czynności koordynowania pracy ratowników musi być zatrudniona na podstawie umowy o pracę – bez względu na to, czy będzie to osoba, która wykonuje czynności ratownika wodnego, czy „dodatkowa” osoba.

W świetle tych postanowień nie może budzić wątpliwości, że wszystkie osoby wykonujące czynności ratownika wodnego w trakcie wykonywania umowy muszą być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Aczkolwiek – w czym również przyznać należy rację Zamawiającemu – osoby nie muszą być zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy (na „pełen etat”), w konsekwencji, określona w ofercie Przystępującego wysokość wynagrodzenia za jedną godzinę świadczenia usługi – czyli „cena netto za 1 godzinę dyżuru ratownika” - musi być określona w takiej wysokości, aby pokrywała koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika.

Odwołujący i Przystępujący w toku postępowania odwoławczego przedstawili odbiegające od siebie kalkulacje w zakresie tych kosztów. Z kalkulacji Odwołującego wynika, że koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności ratownika za wynagrodzeniem w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. w przeliczeniu na 1 godzinę pracy wynosi 27,72 złotych w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r. i 28,59 złotych w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. Z kalkulacji Przystępującego wynika, że koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę takiej osoby w przeliczeniu na 1 godzinę pracy wynosi odpowiednio 25,02 złotych i 25,82 złotych.

W ocenie Izby kalkulacja Odwołującego w zakresie kosztów 1 godziny pracy ratownika nie jest w pełni właściwa, gdyż – jak wynika z treści załącznika do odwołania oznaczonego „dowód nr 4” – obliczając ten koszt Odwołujący do kwot 4.222,20 zł (dotyczącej okresu od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) i 4.355,28 zł (dotyczącej okresu od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.) stanowiących „koszt pracodawcy” (miesięczny) dolicza „świadczenie urlopowe w skali 1 m-ca”. O ile niewątpliwie w przypadku zatrudnienia na umowę o pracę osoby wykonującej czynności ratownika wodnego wykonawca bądź podwykonawca oprócz zapłaty tej osobie wynagrodzenia co do zasady zobowiązany będzie ponosić koszty składek na ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy czy Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, to Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że „miesięczny koszt pracy ratownika wodnego” musi obejmować wpłaty do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, konieczność ponoszenia których istnieje wyłącznie w przypadku, gdy pracownik jest uczestnikiem pracowniczych planach kapitałowych, oraz koszty „świadczenia urlopowego” w wysokości 435,63 zł (w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) albo 449,35 zł (w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.).

Pomijając zatem koszty „świadczenia urlopowego”, z podzielenia kwot 4.222,20 zł (dotyczącej okresu od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) i 4.355,28 zł (dotyczącej okresu od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.) przez przeciętną liczbę godzin świadczenia pracy w miesiącu – bezspornie wynoszącą 168 godzin – wynika, że koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności ratownika w przeliczeniu na 1 godzinę pracy wynosi 25,13 złotych (w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) oraz 25,92 złotych (w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.).

Przyjmując, że na potrzeby kalkulacji ceny oferty należy założyć, iż 7500 godzin dyżuru ratownika wodnego będzie wykonywane w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r., a 7500 godzin w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. (jak to uczynili Odwołujący i Przystępujący w kalkulacjach złożonych w toku postępowania odwoławczego) koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika wynosiłby w każdej z dwóch części zamówienia w Postępowaniu wynosiłby 382.875 złotych $[(25,13 \times 7500) + (25,92 \times 7500)]$. Kwota ta jest większa niż różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego w każdej z dwóch części zamówienia w Postępowaniu a wysokością zysku, jakiego osiągnięcie założono w kalkulacji złożonej na rozprawie przez Przystępującego, wynoszącą 53.286,72 złotych w zakresie części 1 zamówienia i 42.484,32 złotych w zakresie części 2 zamówienia.

Również przyjmując podany przez Przystępującego koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności ratownika w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, wynoszący 25,02 złotych (w okresie od 1 stycznia 2023 r. do 30 czerwca 2023 r.) oraz 25,82 złotych (w okresie od 1 lipca 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.), obliczony w powyższy sposób koszt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności ratownika wynosiłby w każdej z dwóch części zamówienia w Postępowaniu 381.300 złotych, co również jest kwotą większą niż różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego w każdej z dwóch części zamówienia w Postępowaniu a wysokością zysku, jakiego osiągnięcie założono w kalkulacji złożonej na rozprawie przez Przystępującego, w każdej z tych części zamówienia.

Oczywistym jest, że wartość tych kosztów przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy, używane w niej pojęcie „minimalne wynagrodzenie” oznacza „minimalne

wynagrodzenie za pracę”, zaś stosownie do art. 1 pkt 1a) tej ustawy, pojęcie „minimalna stawka godzinowa” oznacza „minimalną wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi”. Użyte w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., które wydane zostało na podstawie art. 2 ust. 5 ww. ustawy - pojęcia „minimalne wynagrodzenie” i „minimalną stawkę godzinową” należy więc rozumieć tak samo. W konsekwencji ustalone w tym rozporządzeniu wysokości minimalnej stawki godzinowej określają minimalną wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi”.

Biorąc ponadto pod uwagę, iż w kalkulacjach złożonych w toku postępowania odwoławczego przez Odwołujący i Przystępującego założono, że wysokość wynagrodzenia ratowników wodnych, którzy będą wykonywali zamówienie, będzie równa minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, co oznacza, że wysokość tego wynagrodzenia nie może być mniejsza przyjęta na potrzeby powyższych wyliczeń, w tym stanie rzeczy w ocenie Izby należało uznać, że cena oferty Przystępującego, zarówno w zakresie części 1 zamówienia, jak i w zakresie części 2 zamówienia, budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów (ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę).

Wobec powyższego hipoteza normy wynikającej z art. 224 ust. 1 Pzp została spełniona, a zatem Zamawiający zobowiązany był na podstawie tego przepisu zażądać od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w zakresie obu części zamówienia.

Zarzut naruszenia „art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 16 Pzp” Izba uznała za nieuzasadniony w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 16 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Przepis ten powiązany jest jednak z art. 224 ust. 6 Pzp, stanowiącym, iż „odrzuconiu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Z art. 224 ust. 6 wynika zatem, że zamawiający uprawniony i zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp wyłącznie wtedy, gdy wykonawca w wyznaczonym terminie nie udzielił wyjaśnień określonych w art. 224 ust. 1 Pzp lub złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Bezsporne jest, że w Postępowaniu Zamawiający nie żądał od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, a tym samym nie był uprawniony ani zobowiązany jest do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp. Izba nie miała zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”.

Stwierdzić należy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie przedstawiono jakichkolwiek okoliczności faktycznych ani prawnych wskazujących na naruszenie tego przepisu w związku z zaniechaniem wezwania Przystępującego „do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty” Nie było więc jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszone przez Zamawiającego.

Wobec uznania, że Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp zażądać od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, należało stwierdzić, że zaniechując dokonania tych czynności Zamawiający naruszył ww. przepis.

Naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jak wskazano powyżej, żądanie od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, warunkuje możliwość odrzucenia jego oferty jako oferty która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaniechanie dokonania czynności żądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny uniemożliwiło więc Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania w części zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp, a na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) Pzp nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zażądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia, w zakresie części 1 i 2 zamówienia oraz powtórzenia w tym zakresie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „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”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) 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; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika wyniosły 3.600 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych, wobec czego zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 2/3 Odwołujący i 1/3 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 1/3 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, czyli 2.500 złotych, oraz 1/3 kwoty uiszczonej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, czyli 1.200 złotych.

Przewodniczący: