

Czechowice-Dziedzice, dnia 15 grudnia 2022 r.

Zamawiający:
MIEJSKI OŚRODEK SPORTU I REKREACJI
W CZECHOWICACH-DZIEDZICACH
ul. Legionów 145
43-502 Czechowice-Dziedzice

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) pn. „**Obsługa ratownicza Krytej Pływalni „WODNIK” przy ul. Legionów 145 w Czechowicach - Dziedzicach.**” (znak postępowania: ZP 2312/2/2021)

INFORMACJA O ODRZUCENIU OFERT I WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Szanowni Państwo,

W sprawie ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) pn. „Obsługa ratownicza Krytej Pływalni „WODNIK” przy ul. Legionów 145 w Czechowicach - Dziedzicach.” (znak postępowania: ZP 2312/2/2021), na podstawie przepisów ustawy Pzp, Zamawiający informuje o wyniku prowadzonego postępowania.

1. Działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostały odrzucone oferty następujących wykonawców:

1. MULTIGRUPA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kościuszki 14/1A, 50-037 Wrocław

Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odrzuca ofertę złożoną przez MULTIGRUPA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kościuszki 14/1A, 50-037 Wrocław gdyż Wykonawca ten nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

W dniu 30.11.2022 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 16 dni tj. do dnia 23.12.2022 r. w prowadzonym postępowaniu pn. „Obsługa ratownicza Krytej Pływalni „WODNIK” przy ul. Legionów 145 w Czechowicach - Dziedzicach.” (znak postępowania: ZP 2312/2/2021). Do upływu pierwotnego terminu związania ofertą, tj. do 07.12.2022 r. Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

2. FUNDACJA D.T. SPORT, ul. Średnia 16, 64-100 Leszno

Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp odrzuca ofertę złożoną przez FUNDACJA D.T. SPORT, ul. Średnia 16, 64-100 Leszno jako ofertę złożoną przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z Podrozdziałem VI b. pkt 3) SWZ.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

W trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, które odnosiły się do treści złożonego wraz z ofertą Wykonawcy tzw. oświadczenia wstępnego o niepodleganiu wykluczeniu. W przedmiotowym dokumencie Wykonawca oświadczył, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie [cyt.]: „art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7 ustawy Pzp”, natomiast w dalszej treści dokumentu Wykonawca wskazywał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia jedynie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w ww. zakresie. Wykonawca pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. wyjaśnił, że w tzw. oświadczeniu wstępnym omyłkowo jako podstawę ewentualnego wykluczenia powołał art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp zamiast art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W takim stanie rzeczy Zamawiający wezwał Wykonawcę do poprawienia oświadczenia wstępnego o niepodleganiu wykluczeniu, a Wykonawca uczynił zadość temu żądaniu przesyłając poprawione oświadczenie, w którym wskazano, że w stosunku do Wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, [cyt.]: „ze względu na wydane orzeczenie KIO (nieprawomocne), które tak stwierdziło.” Jak wskazał Wykonawca powyższe związane jest z zakończeniem przez Wykonawcę umowy nr 16/K/2021 zawartej między Gminą Bukowno reprezentowaną przez tamtejszy MOSiR a Wykonawcą, gdzie MOSiR w imieniu Gminy Bukowno odstąpił od umowy z Wykonawcą ze względu na informację uzyskaną od Wykonawcy, iż ze względu na problemy kadrowe nie może przystąpić do jej wykonania.

W oświadczeniu wstępnym o niepodleganiu wykluczeniu Wykonawca zawarł również wyjaśnienia o podjętych środkach naprawczych powołując się na treść art. 110 ust. 2, który odnosi się do tzw. procedury samooczyszczenia.

W ramach procedury samooczyszczenia Wykonawca 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, która 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 r. rząd ogłosił odmrażanie różnych branż od maja, m.in. otwarcie krytych obiektów sportowych oraz basenów, stopniowo z maksymalnym obłożeniem danego obiektu 50 proc. Wykonawca 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 ratownicy 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 braki kadrowe. Jak wskazał Wykonawca, informacje te można zweryfikować na stronach poszczególnych ośrodków lub lokalnych mediów podając przykładowe odnośniki do stron internetowych.

Wykonawca 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 nasiliły się masowe działania konkurencji, która również kompletowała obsadę na pobliskie ośrodki, zmierzające do przejęcia pracowników Wykonawcy. Działania te wyczerpywały w ocenie Wykonawcy 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 niepodejmowania 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.

Ponadto Wykonawca wskazał, że dwa dni przed planowanym otwarciem kąpieliska i rozpoczęciem realizacji umowy (umowa miała być realizowana od dnia 25 czerwca 2021 r.) 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 przed brakiem pracy, z drugiej pozwoliła konkurencji przyciągnąć pracowników pracą od zaraz bez czekania i opóźnień. Wszystko to Wykonawca zasygnalizował MOSiR wnioskując o znalezienie rozwiązania patowej sytuacji.

Wykonawca podkreślił, że strony do końca podejmowały wspólne działania, aby umowy nie rozwiązywać, w tym również przedstawiciele MOSiR w Bukownie podejmowali próby znalezienia ratowników, co jednak w świetle wyżej wskazanych okoliczności okazało się niemożliwe. Wobec braku możliwości rozwiązania umowy za porozumieniem stron (gdyż według Wykonawcy 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 czerwca 2022 r. 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 10 kwota kar umownych to zaledwie 1,5%. Wykonawca wskazał, iż mógł 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.

Wykonawca podał, iż w ramach dobrej współpracy nie podjął wobec MOSiR w Bukownie kroków prawnych i jednocześnie nie poczuwał się do odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, jednak musi brać pod uwagę wydane orzeczenia KIO, ustalające na podstawie ww. sytuacji podstawy do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jak też rozważa wniesienie pozwu sądowego o [cyt.] „ustalenie braku winy i zwrot kary umownej”.

Wykonawca wskazał również, że [cyt.] „biorąc pod uwagę orzeczenia KIO” podjął działania organizacyjne i kadrowe w celu zapewnienia trwałej obsady kadry ratowniczej do obsługi kąpielisk, na które zgłasza oferty. Wykonawca poinformował, że wprowadzony został regulamin i opracowana treść umowy, celem organizacyjnej regulacji zasad postępowania i zawierania uprzednio umów z ratownikami, przewidzianymi do obsługi kąpieliska, na które Wykonawca składa ofertę. Wykonawca oświadczył, że kadra jest zabezpieczona i [cyt.]: „poinformowana o konieczności informacji o próbach przejścia i możliwości wszczęcia postępowań z zakresu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W związku z powyższym, w ocenie Wykonawcy spełnił on wymogi samooczyszczenia wynikające z art. 110 ustawy Pzp.

Następnie wskutek wezwania Zamawiającego, Wykonawca pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. przesłał dokumenty stanowiące brakujące załączniki, a powołane jako dowody w ramach procedury samooczyszczenia (wskazane w przesłanym wraz z ofertą dokumencie z dnia 4 listopada 2022 r.), a to:

- „Regulamin świadczenia usług ratowniczych przez ratowników w ramach współpracy z Fundacją DT Sport z siedzibą w Lesznie (64-100), przy ul. Średnia 16”;
- „Warunkowa umowa zlecenie nr (wzór zatwierdzony przez zarząd Fundacji)”;
- Oświadczenie ratownika z dnia 15.03.2022 r.;
- Oświadczenie ratownika z dnia 17.03.2022 r.;
- Pismo Wykonawcy do MOSiR w Bukownie z dnia 21.06.2021 r.;
- Pismo Wykonawcy do MOSiR w Bukownie z dnia 25.06.2021 r.;
- Potwierdzenie płatności na kwotę 2.558,00 zł dokonanej w dniu 16.07.2021 r.

W związku z podanymi powyżej okolicznościami, Zamawiający wystąpił do MOSiR w Bukownie o udzielenie informacji w zakresie ustania stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia z Wykonawcą Fundacja D.T. Sport umowy 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.”.

Pismem z dnia 22 listopada 2022 r. MOSiR w Bukownie wyjaśnił, że:

- Gmina Bukowno zawarła umowę nr 16/K/2021 w dniu 20.05.2021 r. z Fundacją D.T Sport z siedzibą w Lesznie w ramach postępowania nr 261-1.2021 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji (poniżej progów unijnych) na „Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r.;
- świadczenie usług na podstawie ww. umowy miało odbywać się w terminie od dnia 25 czerwca 2021 r. do dnia 31 sierpnia 2021 r.;

- Fundacja D.T Sport wniosła o rozwiązanie umowy do MOSiR w Bukowni pismami z dnia 21.06.2021 r. oraz 25.06.2021 r.;
- Fundacja D.T Sport nie przystąpiła do realizacji ww. umowy;
- MOSiR w Bukowni złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr 16/K/2021 r.;
- Przyczyna odstąpienia od umowy leżała po stronie Fundacji D.T. Sport i polegała na problemie ze skompletowaniem kadry ratowników wodnych przez Wykonawcę;
- MOSiR w Bukowni naliczył zgodnie z umową karę w związku z odstąpieniem od umowy w wysokości 2.558,00 zł, która została zapłacona przez Fundację D.T.Sport w całości.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wykluczył Wykonawcę Fundacja D.T. Sport z siedzibą w Lesznie oraz odrzucił jego ofertę, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należy, że spełnione zostały w przypadku wskazanego Wykonawcy przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, o których mowa także w Podrozdziale VI b. pkt 3) SWZ. Dodatkowo nie zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, które pozwalałyby na niewykluczenie Wykonawcy z postępowania, jak też wyjaśnienia oraz dowody złożone przez wykonawcę w ramach instytucji samooczyszczenia w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy Pzp są niewystarczające.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zapisami SWZ (Podrozdział VI b. pkt 3) z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczył 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. Natomiast po myśli art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zamawiający uznał także, że Wykonawca nie podolał udowodnieniu spełnienia przesłanek wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem dyspozycji art. 110 ust. 3 ustawy Pzp czyli kryterium rzetelności wykonawcy mając na uwadze wagę i szczególne okoliczności czynu, a podjęte przez Wykonawcę czynności powołane w ramach tzw. procedury samooczyszczenia nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Dodatkowo Zamawiający uznał, że w przypadku Wykonawcy nie można zastosować art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w szczególności nie zachodzi oczywista nieproporcjonalność wykluczenia.

Uzasadniając podjętą decyzję o wykluczeniu Wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty na podstawie wyżej wskazanych podstaw prawnych Zamawiający wskazuje, że potwierdziły się okoliczności wyczerpujące przewidziane w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz Podrozdziale VI b. pkt 3) SWZ., gdyż Wykonawca nie wykonał w całości istotnego zobowiązania z umowy nr 16/K/2021 zawartej między Gminą Bukowno reprezentowaną przez tamtejszy MOSiR a Wykonawcą, gdzie MOSiR w imieniu Gminy Bukowno odstąpił od umowy z Wykonawcą ze względu na informację uzyskaną od Wykonawcy, iż ze względu na problemy kadrowe nie może przystąpić do jej wykonania.

Odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy zawartych w dokumencie z dnia 4 listopada 2022 r. w ramach tzw. procedury samooczyszczenia należy stwierdzić, iż nie zasługują one na uwzględnienie, jak też nie zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, które pozwalałyby na niewykluczenie Wykonawcy z postępowania, a to z następujących powodów.

Bezsporne jest, iż w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Świadczenie kompleksowych usług ratownictwa wodnego dla Kąpieliska Basenowego przy ul. Ks. B. Zelka 30 A w Bukownie w 2021 r." została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy MOSiR w Bukownie a Wykonawcą oraz że przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia Wykonawca poinformował MOSiR w Bukownie, że nie jest w stanie go wykonać. W związku z powyższym należało przyjąć, że Wykonawca w ogóle nie świadczył na podstawie tej umowy usług ratownictwa wodnego, które to usługi stanowią istotne zobowiązanie wynikające z ww. umowy, wobec czego nierozpoczęcie ich świadczenia oznacza, że Wykonawca nie wykonał w całości istotnego zobowiązania wynikającego z umowy. Zatem 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 (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r., KIO 907/22). Bezsporny jest także fakt, iż wobec problemów kadrowych Wykonawcy doszło do jednostronnego odstąpienia od umowy przez MOSiR w Bukownie, w związku z czym Wykonawca zapłacił karę umowną w wysokości 2.558,00 zł.

Zgodnie z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a zatem wskazany okres wykluczenia jeszcze nie minął.

Nawiązując do wyjaśnień Wykonawcy należy wskazać, że okoliczności związane z pandemią, tj. zamknięcie basenów, odpływ ratowników do innych zawodów i trudności w ich pozyskaniu na potrzeby realizacji zamówienia były Wykonawcy znane w chwili, kiedy zdecydował się on ubiegać się o udzielenie zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie. A zatem Wykonawca decydując się złożyć ofertę w ww. przetargu powinien poddać analizie możliwość zapewnienia ratowników na potrzeby realizacji tego zamówienia 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 musiał mieć także świadomość odpływu ratowników do innych zawodów i trudności w zgromadzeniu kadry ratowniczej, co potwierdzają wyjaśnienia Wykonawcy w ramach tzw. procedury samooczyszczenia, gdzie wskazał, iż [cyt.]: „Branża borykała się zwłaszcza w 2021 r. z ogromnymi brakami kadrowymi, z uwagi na odpływ pracowników w okresie pandemii, gdzie w 2020 r. baseny były zamknięte, a ewentualne świadczenia postojowe nie wystarczały ratownikom na utrzymanie się (...) 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.”

Wykonawca nie wykazał, że brak zgromadzenia kadry ratowniczej do realizacji zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie wynikał z okoliczności, o których wykonawca w chwili składania oferty nie mógł posiadać wiedzy, czy też których nie był w stanie przewidzieć.

Należy także wskazać, że okolicznością przemawiającą na korzyść Wykonawcy nie są przytaczane w jego wyjaśnieniach próby pozyskiwania pracowników przez konkurencyjne podmioty. Powyższe stanowi naturalny element walki rynkowej, podobnie jak fakt przechodzenia pracowników do innych firm za wyższe wynagrodzenie, czy lepsze warunki zatrudnienia. Wykonawca jako profesjonalny

podmiot, miał obowiązek skompletowania zespołu ratowników i zapewnienia ich gotowości do świadczenia usług. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że podjął wszelkie możliwe działania, żeby zabezpieczyć realizację umowy z MOSiR w Bukownie, jak też nie wykazał, aby działania konkurencji wyczerpywały znamiona działań nieuczciwej konkurencji.

Rzekomy brak możliwości świadczenia usługi w obiekcie w wyniku uszkodzenia instalacji elektrycznej na terenie basenu spowodowanej uderzeniem pioruna, również nie stanowi okoliczności uzasadniającej brak wykluczenia wykonawcy, w tym oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia przystępującego z postępowania. Wykonawca przede wszystkim, w ogóle nie wyjaśnił, jaki konkretnie związek z niezapewnieniem ratowników przez Przystępującego miało krótkotrwałe opóźnienie otwarcia kąpieliska. Ponadto – co istotne - Wykonawca poinformował MOSiR w Bukownie, że nie jest w stanie zrealizować usługi już w dniu 21 czerwca 2021 r. (w piśmie tym Wykonawca wprost wskazuje, że nie jest w stanie wykonać usługi ze względu na brak skompletowania kadry ratowniczej), tj. na dwa dni przed tym, kiedy miała nastąpić awaria instalacji elektrycznej na skutek wyładowania atmosferycznego (Wykonawca wskazał, że miało to miejsce 23 czerwca 2021 r.). Zatem ww. okoliczność nie miała w rzeczywistości żadnego przełożenia na brak realizacji zamówienia przez Wykonawcę.

Powyższe w ocenie Zamawiającego potwierdza, że w niniejszej sprawie nie zachodzi przypadek wskazany w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nieproporcjonalność wykluczenia z uwagi na wagę zaniechań Wykonawcy oraz opisane powyżej okoliczności. Uzupełniająco wskazać należy, że oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Wykonawcy z postępowania nie należy oceniać przez pryzmat stosunkowo niskiej kary umownej, jaką obciążono wykonawcę z tytułu odstąpienia od umowy. Kara umowna, jaką MOSiR obciążył Wykonawcę obliczona została zgodnie z umową, a fakt, że w umowie ukształtowano ją na takim, a nie wyższym poziomie, nie powinna wpływać na ocenę stopnia uchybienia, jakiego dopuścił się Wykonawca.

Reasumując, Wykonawca w ogóle nie zrealizował zamówienia, nie wykonał go w całości, wskutek czego MOSiR w Bukownie odstąpił od umowy z winy Wykonawcy, a okoliczności te oceniając zgodność wykluczenia Wykonawcy z postępowania z zasadą proporcjonalności, przemawiają za brakiem wystąpienia w niniejszym postępowaniu przypadku wskazanego w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, tym bardziej, że wykluczenie Przystępującego z postępowania musiałyby być nieproporcjonalne w sposób oczywisty.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający dokonał także oceny oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, czyli w ramach tzw. procedury samooczyszczenia. Zgodnie z ww. przepisem prawa: 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.

Ponadto po myśli art. 110 ust. 3 ustawy 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”.

Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie udowodnił spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz przyjął, że podjęte przez Wykonawcę czynności, w ramach procedury samoocyszczania, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy.

Odnosnie przesłanki z art. 110 ust. 2:

- pkt 1) ustawy Pzp: przyjąć należy, iż Wykonawca zapłacił karę umowną, co zostało potwierdzone przez MOSiR w Bukownie oraz wynika z przesłanego przez Wykonawcę potwierdzenia przelewu, a zatem przesłanka została spełniona;
- pkt 2) ustawy Pzp: w ocenie Zamawiającego przesłanka ta nie została spełniona, albowiem Wykonawca co prawda przytoczył fakty i okoliczności mające usprawiedliwiać swoje nieprawidłowe postępowanie, jednakże przedstawił w nich jedynie własną wersję wydarzeń powołując się w istocie jedynie na czynniki zewnętrzne opisane powyżej (w szczególności pandemia, nieuczciwe działania konkurentów, uderzenie pioruna), które jak wskazano wyżej są nie do przyjęcia, natomiast w żaden sposób Wykonawca nie wyjaśnił na czym polegały zaniechania z jego strony i jakie – o czym będzie mowa poniżej – podjął konkretne działania mające na celu zapobieżenie podobnym sytuacjom w przyszłości. Złożone przez Wykonawcę dwa oświadczenia ratowników potwierdziły 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 Wykonawca dochował należytej staranności zarówno podczas składania oferty, jak i podczas gromadzenia potencjału kadrowego na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie można zatem przyjąć, iż Wykonawca wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem;
- pkt 3) ustawy Pzp: w ocenie Zamawiającego przesłanka ta nie została spełniona ponieważ Wykonawca nie udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu.

Na potwierdzenie spełnienia ww. przesłanki, Wykonawca przedłożył dwa dokumenty, a to:

- Regulamin świadczenia usług ratowniczych przez ratowników w ramach współpracy z Fundacją DT Sport z siedzibą w Lesznie (64-100), przy ul. Średnia 16;
- Warunkową umowę zlecenie (wzór zatwierdzony przez zarząd Fundacji).

Z treści regulaminu wynika, że reguluje on w istocie obowiązki ratowników w ramach wykonywanych czynności, takich jak np.: sposób potwierdzania obecności, kontrola stanu technicznego urządzeń, sposób wykonywania obowiązków ratowniczych, udzielanie pierwszej pomocy itp. Jedyne zapisy regulaminu, który można ewentualnie rozpatrywać w ramach art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zawarty jest w pkt 18 regulaminu gdzie stwierdzono, że ratownicy potwierdzają znajomość ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przytoczono treść art. 12 ww.

ustawy. Ponadto zgodnie z pkt 18 ust. 2 regulaminu ratownicy zobowiązują się do nie popełniania czynów nieuczciwej konkurencji i zgłaszania tego typu naruszeń pod rygorem możliwości rozwiązania indywidualnej umowy z ratownikiem i naliczenia kar umownych w niej przewidzianych, o czym mówi ust. 3 w pkt 18 regulaminu.

W ocenie Zamawiającego treść przesłanego regulaminu jest niewystarczająca aby przyjąć, iż zostały podjęte konkretne środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy w zakresie ujawnionych uchybień. Nie można także na podstawie regulaminu stwierdzić, że podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Po pierwsze, zdaniem Zamawiającego przyczyną niewykonania umowy zawartej z MOSiR w Bukownie nie były czyny nieuczciwej konkurencji lub naruszenie innych przepisów prawa przez ratowników lub podmioty trzecie, a problemy organizacyjne Wykonawcy. Jak wskazano powyżej, Wykonawca nie wykazał, że brak zgromadzenia kadry ratowniczej do realizacji zamówienia na rzecz MOSiR w Bukownie wynikał z okoliczności, o których wykonawca w chwili składania oferty nie mógł posiadać wiedzy, czy też których nie był w stanie przewidzieć. Po drugie należy podnieść, iż w krajowym porządku prawnym występuje zasada swobody podejmowania zatrudnienia, jak też immamentną cechą rynku jest podejmowanie zatrudnienia (bez względu na jego podstawę) u podmiotów oferujących lepsze warunki płacowe.

Jednakże przede wszystkim z treści regulaminu nie wynika, aby Wykonawca wprowadził konkretne rozwiązania mające na celu zapobieżenie podobnym sytuacjom jak w przypadku umowy z MOSiR w Bukownie, a samo poinformowanie ratownika o treści art. 12 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zagrożenie rozwiązaniem umowy lub naliczeniem kary umownej (o ile została przewidziana w umowie z tego tytułu – o czym będzie mowa poniżej) w przypadku popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji lub niepoinformowania o takim czynie Wykonawcy w żaden sposób nie zwiększa wiarygodności Wykonawcy ani nie wprowadza konkretnego rozwiązania, które może zapobiec podobnym nieprawidłowościom w przyszłości.

W odniesieniu do przesłanego przez Wykonawcę wzoru warunkowej umowy zlecenie również należy stwierdzić, że dowód ten jest niewystarczający aby przyjąć, iż zostały podjęte konkretne środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy w zakresie ujawnionych uchybień. Nie można także na podstawie tego dokumentu stwierdzić, że podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż zgodnie z Rozdziałem III pkt 7 SWZ [cyt.]: „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia: pracowników świadczących usługi ratownicze”. Co więcej, w przesłanym na wezwanie Zamawiającego wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia Wykonawca podał, iż podstawą ich zatrudnienia jest umowa o pracę. W związku z powyższym, przesłany wzór umowy zlecenia (jak też ewentualne kary umowne, o których mowa w pkt 18 regulaminu Wykonawcy) nie znalazłyby zastosowania w związku z realizacją niniejszego zamówienia u Zamawiającego.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający odniesienie się także do treści przesłanego wzoru umowy, gdyż w ocenie Zamawiającego w żaden sposób nie wynika z niej aby wprowadzała mechanizmy, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy w zakresie ujawnionych uchybień.

Po pierwsze, zgodnie z treścią umowy wchodzi ona w życie z dniem udzielenia zamówienia Wykonawcy przez zamawiającego, tymczasem Wykonawca przedłożył ogólny wzór umowy i nie można przyjąć, że dysponuje on odpowiednią kadrą ratowniczą.

Po drugie, zgodnie z umową, o czasie wykonania zlecenia decyduje zleceniobiorca, który informuje zleceniodawcę (Wykonawcę) o czasie swojej dyspozycji na kolejny miesiąc i zobowiązuje się stawić do pracy w dniach i godzinach, w których zadeklarował się pełnić dyżur ratowniczy. W takim stanie rzeczy, zleceniodawca (Wykonawca) nie ma wpływu na terminy i ilość godzin świadczenia usług, które zależą wyłącznie od ratownika. Zapis ten zamiast zwiększać wiarygodność Wykonawcy, powoduje u Zamawiającego jeszcze większe obawy o zdolność Wykonawcy do zapewnienia należytej obsady ratowniczej pływalni.

Po trzecie, wzór umowy w zakresie zasad jej wypowiedzania nie wprowadza w istocie innych mechanizmów aniżeli określone w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w tym art. 746 §2 kodeksu cywilnego.

Po czwarte, umowa nie zawiera żadnych postanowień odnośnie nieuczciwej konkurencji oraz kar umownych z tego tytułu, o których była mowa w pkt 18 regulaminu Wykonawcy.

Podsumowując, przesłany wzór umowy zlecenia nie będzie mógł być stosowany w przypadku przedmiotowego zamówienia (wymóg zatrudnienia w oaprciu o umowę o pracę) a nadto nie zawiera on żadnych postanowień, które pozwalałyby Zamawiającemu na przyjęcie, że Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy w zakresie ujawnionych uchybień. Nie można także na podstawie umowy stwierdzić, że podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Co więcej, treść przesłanego wzoru umowy może wzbudzać jeszcze większe obawy co do zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia.

W uzupełnieniu powyższego należy stwierdzić, że sam regulamin i umowa zlecenia nie rozwiążą problemu Wykonawcy dotyczącego skompletowania kadry na potrzeby zamówienia, gdyż problem ten w ocenie Zamawiającego jest bardziej złożony i wymaga przeprowadzenia innych czynności, w tym wymienionych przykładowo w treści art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto sam Wykonawca podkreślił, że podjął ww. czynności de facto nie ze względu na uchybienia ze swojej strony (do których się nie przyznaje) ale ze względu na wyroki KIO (wyrok KIO 256/22 z dnia 18.02.2022 r.; wyrok KIO 907/22 z dnia 19.04.2022 r.), w których stwierdzono istnienie podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z niewykonaniem umowy zawartej z MOSiR w Bukowni. Ciężko przyjąć, że Wykonawca podjął faktycznie celowe i skuteczne czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, skoro nie stwierdził po swojej stronie żadnych nieprawidłowości i problemów, które doprowadziły do niewykonania istotnego zobowiązania z umowy o zamówienie publiczne. Ponadto trudno uznać zwiększenie kontroli nad pracą ratowników za podjęcie działań adekwatnych do stwierdzonego uchybienia, jakiego dopuścił się Wykonawca, które nie polegało na nieprawidłowej pracy ratowników, lecz na tym, że Wykonawca nie zgromadził personelu niezbędnego do realizacji zamówienia.

Jak wskazano w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r. (KIO 431/22) [cyt.]: „Istotnym jest, iż wykonawca dla skuteczności samooczyszczenia musi wykazać jednocześnie wszystkie powyższe okoliczności, a zaniechanie wykonawcy w tym zakresie niewątpliwie skutkować powinno jego wykluczeniem z postępowania. Podkreślić należy dalej, że przedstawienie przez wykonawcę dowodów na podjęcie konkretnych działań naprawczych jest warunkiem sine qua non dla uznania ich za wystarczające i stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 "Najważniejszym krokiem w procedurze

samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning przewidzianą w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.", które to stanowisko pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp. Na skutek prawidłowego samooczyszczenia Zamawiający powinien uzyskać gwarancję, że w wyniku przeprowadzonych działań naprawczych wykonawca jest w stanie należycie i solidnie wykonać zamówienie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2302/20: "Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien bowiem dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie."

Reasumując, żaden z przesłanych dowodów nie pozwala Zamawiającemu na przyjęcie, że Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowym postępowaniom, a Zamawiający w wyniku dokonanej oceny wszystkich przytoczonych przez Wykonawcę okoliczności i przesłanych dowodów stwierdza, że podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i wskazane w ramach procedury samooczyszczenia, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy – w związku z czym zamawiający wykluczył Wykonawcę i odrzucił jego ofertę.

Wreszcie należy wskazać, że jak przyjmuje się 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. Zamawiający w całości podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. (KIO 907/22) odnoszące się de facto do Wykonawcy i instytucji samooczyszczenia, zgodnie z którym [cyt.]: „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)” W niniejszym postępowaniu Wykonawca nie przyznał się do tego, że niewykonanie umowy na rzecz MOSiR w Bukownie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Wykonawcy odnośnie przyczyn nieprzystąpienia do realizacji zamówienia, a w szczególności stwierdzenia Wykonawcy zawarte w dokumencie z dnia 4 listopada 2022 r. takie jak [cyt.]: „Wykonawca podaje, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 p. 7 ustawy PZP ze względu na wydane orzeczenie KIO 907/22 (nieprawomocne) które tak stwierdziło”; „Wykonawca podjął wszelkie możliwe działania, żeby zabezpieczyć realizację umowy z MOSiR Bukowno. Nastąpiły jednak niezależne od niego, ani od Zamawiającego, czynniki.”; „Wykonawca w ramach dobrej współpracy, nie podjął wobec MOSiR w Bukownie kroków prawnych, jednocześnie nie poczuwał się do odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, jednak obecnie musi brać pod uwagę wydane orzeczenie KIO, ustalające na chwilę obecną na podstawie w/w sytuacji podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 p. 7 PZP.”; „W związku z powyższym, wykonawca rozważa wniesienie pozwu sądowego o ustalenie braku winy i zwrot kary umownej (...)”.

Co więcej, Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie odniósł się do okoliczności faktycznych związanych z realizacją ww. zamówienia. W tym kontekście należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2021 r. (KIO 1016/21), gdzie zważono, 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, a 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 na uwadze powyższe uznać należy, iż wobec wskazanego Wykonawcy w niniejszej sprawie bezsprzecznie potwierdzone zostało wystąpienie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, z których wynika obowiązek wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Zamawiający powziął wiedzę o kolejnej umowie ws. zamówienia publicznego, która została jednostronnie rozwiązana przez innego zamawiającego, tym razem wskutek jej nienależytego wykonywania przez Wykonawcę. Zgodnie ze zgromadzonym materiałem dowodowym, Spółka Wodociągi i Kanalizacja sp. z o. o. z siedzibą w Krapkowicach zawarła z Wykonawcą FUNDACJA D.T SPORT z siedzibą w Lesznie umowę pod nazwą „Świadczenie usług ratownictwa wodnego w krytej pływalni przy ul. Wrzosów 2 w Krapkowicach oraz świadczenie usług ratownictwa wodnego na basenie odkrytym przy ul. Olimpijskiej 1 w Krapkowicach” w dniu 21 grudnia 2021 r. po przeprowadzeniu postępowania w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z wyjaśnień ww. Spółki oraz przesłanych dokumentów, umowa ta miała obowiązywać do dnia 31.12.2022 r. (z obowiązkiem świadczenia usług od dnia 10.01.2022 r.), jednakże została rozwiązana ze skutkiem natychmiastowym przez Spółkę w dniu 15 kwietnia 2022 r. ze względu na jej nienależyte wykonywanie przez Wykonawcę. Jak podała Spółka, podstawę rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym stanowiły zdarzenia, które miały miejsce na przełomie miesięcy marzec/kwiecień 2022 r. i wykazały, że Wykonawca nie dysponował kadrą ratowników z kwalifikacjami i uprawnieniami niezbędnymi do należytego wykonania przedmiotu umowy. Jak wskazała Spółka, w dniu 29 marca 2022 r. odbył się pokaz ratownictwa wodnego, na który zostali zaproszeni strażacy z Powiatowej Komendy Straży Pożarnej w Krapkowicach. Strażacy posiadali specjalizację z ratownictwa wodnego. Podczas przebiegu pokazu zauważono rażące błędy popełnianie przez pracowników Wykonawcy. Powyższe doprowadziło do podjęcia przez Spółkę decyzji o nieotwieraniu pływalni w dniu 29 marca 2022 r. Wykonawca zobowiązał się do wykonania szkoleń przypominających dla ratowników z KPP. Na podstawie §7 ust. 2 umowy, Spółka miała prawo do dokonywania okresowej oceny prac osób wykonujących przedmiot umowy. W tym celu w dniu 4 kwietnia 2022 r. na zlecenie Spółki umiejętności ratowników miał sprawdzić niezależny instruktor ratownictwa. W związku z tym, iż ratownicy Wykonawcy zakończyli testy z oceną negatywną, Spółka zmuszona była do ponownego zamknięcia basenu aby nie narażać życia i zdrowia osób z niej korzystających. Spółka zarzuciła nadto ratownikom Wykonawcy brak znajomości podstawowych procedur w związku z sytuacją z dnia 11 marca 2022 r., kiedy jego ratownicy podczas akcji ratowniczej w saunie pozostawili osoby korzystające z basenu bez jakiegokolwiek nadzoru.

Opisane powyżej okoliczności spowodowały po stronie Spółki uzasadnioną utratę zaufania w uczciwość, staranność oraz rzetelność Wykonawcy, co stanowiło ważną przyczynę rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym umowy z dnia 21 grudnia 2021 r. Z tytułu nienależytego wykonania umowy

Spółka naliczyła Wykonawcy kary umowne w łącznej wysokości 50.177,19 zł, które pomimo pisemnego wezwania do zapłaty nie zostały uiszczone ani w części ani w całości.

Wykonawca w przedstawionych dokumentach nie wskazał w żaden sposób na ww. sytuację, która również potwierdza słuszność wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zważyć trzeba, że opisane powyżej okoliczności miały miejsce już po odstąpieniu przez MOSiR w Bukownie od umowy ws. zamówienia publicznego, jak też po wydaniu przez KIO wyroku w tej sprawie. Mimo tego jak wynika z przesłanych pism, Wykonawca w dalszym ciągu miał problemy kadrowe, jak też nie wprowadził rzeczywiście niezbędnych środków i procedur mających na celu zapewnienie prawidłowego postępowania w ramach zawieranych umów.

W uzupełnieniu wskazanych powyżej treści należy wskazać także na wyrok KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021 r. gdzie podniesiono, że [cyt.]: „Przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementacją stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy” oraz że, „w pojęciu "odszkodowania" użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.”

W konsekwencji, decyzja o wykluczeniu Wykonawcy w oparciu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z Podrozdziałem VI b. pkt 3) SWZ oraz o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jest w pełni uzasadniona zarówno pod względem faktycznym jak i prawnym, gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Natomiast po myśli 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. Zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawców z postępowanie, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak wskazano w Podrozdziale VI b. pkt 3) SWZ („Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4,5,7.”), z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę [cyt.]: „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.”

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz dokumenty zgromadzone w toku postępowania, Zamawiający wyklucza Wykonawcę FUNDACJA D.T. SPORT, ul. Średnia 16, 64-100 Leszno z prowadzonego postępowania oraz odrzuca jego ofertę jako ofertę złożoną przez Wykonawcę

podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z Podrozdziałem VI b. pkt 3) SWZ.

- II. Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zamieszcza informację na temat Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, a także punktację przyznaną ofertom w kryterium oceny ofert.

L.p.	Nazwa Wykonawcy	Ilość punktów	Uwagi
1.	Beskidzkie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. 1 Maja 47, 43-300 Bielsko - Biała	100	
2.	Multigrupa Sp. z o.o. ul. Kościuszki 13/1A, 50-037 Wrocław	-	Oferta odrzucona na podstawie art.226 ust.1 pkt 12
3.	Fundacja D.T.Sport ul. Średnia 16 64-100 Leszno	-	Oferta odrzucona na podstawie art.226 ust. pkt 2 lit. a

- III. Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę:

Beskidzkie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. 1 Maja 47 43 – 300 Bielsko – Biała .

Cena oferty brutto: 418 800,00 zł

Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru najkorzystniejszej oferty:

Oferta złożona przez Wykonawcę Beskidzkie Wodne Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe Bielsko – Biała jest ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertą złożoną w postępowaniu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu. Oferta ww. Wykonawcy spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ. Oferta Wykonawcy jest także jedyną ofertą, która nie podlegała odrzuceniu.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 239 ustawy Pzp, zgodnie z językową wykładnią tego przepisu.

- IV. Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego może zostać zawarta, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, po dniu 20 grudnia 2022r., tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przesłania niniejszego zawiadomienia w terminie uzgodnionym między stronami.

- V. Pouczenie o środkach ochrony prawnej znajduje się w Rozdziale XIX SWZ.

Z poważaniem,

DYREKTOR

mgr Paweł Lękawa