Sygn. akt KIO 746/23

WYROK

z dnia 30 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez wykonawcę Bringmore Advertising Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Śląskie

przy udziale wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Bringmore Advertising Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bringmore Advertising Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt KIO 746/23

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

Województwo Śląskie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Opracowanie i realizacja w ramach projektu „Śląskie. Przywracamy błękit” kreatywnej kampanii edukacyjno-informacyjnej na terenie województwa śląskiego dotyczącej poprawy jakości powietrza. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 243-698200.

W dniu 17 marca 2023 r. wykonawca Bringmore Advertising Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z pkt 2.2.3 rozdziału VII Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „APLAN MEDIA”, pomimo spełnienia przesłanki wykluczenia w postaci nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia na wykonawcę APLAN MEDIA kar umownych;

2. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z pkt 2.2.4 rozdziału VII SWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy APLAN MEDIA, pomimo spełnienia przesłanki wykluczenia w postaci wprowadzenia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziałów w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę APLAN MEDIA, podlegającego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp;

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy APLAN MEDIA do poprawienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z pkt 3.4. rozdziału VII SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę APLAN

MEDIA, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, tj. wykonawca nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 2 usługi, polegające na przeprowadzeniu kampanii edukacyjno-promocyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej o wartości min. 400.000,00 zł brutto każda.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty; wykluczenia wykonawcy APLAN MEDIA z postępowania; odrzucenia oferty wykonawcy ALPAN MEDIA jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej również „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 marca 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie i realizacja w ramach projektu „Śląskie. Przywracamy błękit" kreatywnej kampanii edukacyjno-informacyjnej na terenie województwa śląskiego dotyczącej poprawy jakości powietrza.

Zamawiający w pkt 1 rozdziału VII SWZ przewidział, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 3 rozdziału VII SWZ.

W pkt 2.2. rozdziału VII SWZ przewidziano fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, obejmujące m.in. przesłanki zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt 3.4 rozdziału VII SWZ zastrzegł uznanie spełnienia warunku jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat (licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej 2 usługi, polegające na przeprowadzeniu kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjnej o wartości min. 400.000,00 zł brutto każda, przy czym:

□ za kampanię edukacyjno-informacyjną Zamawiający uznaje tylko i wyłącznie zespół różnych działań skierowanych do określonej grupy docelowej, której celem było doprowadzenie do wzrostu świadomości lub wiedzy, zmiany myślenia, zachowania wobec określonego problemu społecznego lub doprowadzenie do rozwiązywania problemu społecznego o zasięgu co najmniej ogólnowojewódzkim, obejmujący łącznie co najmniej działania: informacyjne, edukacyjne, promocyjne, public relations, z wykorzystaniem narzędzi internetowych i content marketingu nieprzerwanie przez okres 6 miesięcy;

□ za kampanię informacyjno-promocyjną Zamawiający uznaje tylko i wyłącznie zespół działań o zasięgu co najmniej ogólnowojewódzkim, obejmujący łącznie co najmniej działania: informacyjne, promocyjne, public relations, z wykorzystaniem narzędzi internetowych nieprzerwanie przez okres 6 miesięcy.

W sytuacji w której usługa obejmowała również inne elementy, należało podać tylko wartość realizacji kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej rozumianej zgodnie z powyższą definicją.

Zgodnie z pkt 4.5 rozdziału VII SWZ wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (przed wyborem najkorzystniejszej oferty) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostanie wezwany do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, w tym: wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane.

Izba ustaliła, że Przystępujący w części III sekcji C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oświadczył, że nie znajdował się w sytuacji, w której zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego.

Dalej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, Przystępujący przedłożył m.in. wykaz usług, gdzie wskazał dwie usługi, pierwsza realizowana na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego, druga na rzecz GOMAR PLUS A. Ł.. Przy każdej pozycji wskazał wartość, tj. powyżej 400 000,00 zł. Do wykazu dołączył referencje potwierdzające należyte wykonanie ww. usług wystawione przez zamawiających, na rzecz których usługi te zostały zrealizowane, tj. przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego oraz GOMAR PLUS A. Ł.. Z treści referencji wnika, że wartość zamówienia polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjno-informacyjnej na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego wyniosła 8.553.825,97 zł brutto, a wartość zamówienia polegającego na przeprowadzeniu kampanii informacyjno-promocyjnej zrealizowanej na rzecz GOMAR PLUS A. Ł. wyniosła 433.206,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący podlega wykluczeniu z uwagi na fakt uprzedniego, nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z umów w

sprawie zamówienia publicznego, co miało doprowadzić do nałożenia na Przystępującego kar umownych. Odwołujący wskazywał na dwa zobowiązania, tj. „Usługi agencji kreatywnej w związku z kampanią «Dla lasu, dla ludzi»" realizowane na rzecz Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych, znak sprawy: KS.270.1.2021 oraz „Przygotowanie filmów informacyjno-promocyjnych oraz prezentacji multimedialnej dot. Systemu Monitorowania Usług Publicznych" realizowane na rzecz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, znak sprawy BZP-ZPZP-2374-1-26-DFE-MZ/2021. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, winien wykluczyć APLAN MEDIA z postępowania z uwagi na spełnienie przesłanek określonych w ww. przepisie.

W myśl 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.

Przystępujący potwierdził, że realizował wyżej wymienione zamówienia, jednak zaprzeczył, aby w związku z zamówieniem realizowanym na rzecz Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych zamawiający naliczył Przystępującemu jakąkolwiek karę umowną. Przystępujący oświadczył, że nigdy nie otrzymał od Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych jakiegokolwiek wezwania, noty obciążeniowej czy innego pisma lub dokumentu księgowego, z którego wynikałby fakt naliczenia kar umownych. Ponadto, Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z § 5 ust. 1 umowy, za wykonanie przedmiotu umowy miał otrzymać kwotę w łącznej wysokości 197.400,00 zł netto (242.802,00 zł brutto). Stosownie do § 5 ust. 3, wynagrodzenie miało zostać wypłacone w 6 odrębnych transzach, po zakończeniu każdego etapu zamówienia. W myśl § 4 ust. 1 umowy, za datę wykonania poszczególnych części przedmiotu umowy przyjmuje się datę podpisania protokołów odbioru poszczególnych części. Na dowód czego Przystępujący załączył przedmiotową umowę z dnia 5 maja 2021 r.

Dalej, Przystępujący wskazał, że każdy z protokołów odbioru częściowego potwierdzał należytą realizację części przedmiotu umowy, co było podstawą do wystawienia faktury. W żadnym z protokołów odbioru nie pojawiło się jakiekolwiek zastrzeżenie co do jakości wykonanych usług, równocześnie Przystępujący przedłożył protokoły odbioru częściowego dotyczące ww. umowy, gdzie zamawiający oświadczał, że nie wnosi zastrzeżeń co do zakresu i jakości wykonanej usługi, co stanowi podstawę dla wykonawcy

do wystawienia faktury częściowej. Dodatkowo, Przystępujący przedłożył sześć faktur na łączną kwotę 242.802,00 zł brutto, czyli na całość wynagrodzenia przewidzianego w umowie, które zamawiający opłacił w całości. Przystępujący wskazał również, że Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych nie przewidziało obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dlatego też, jak słusznie zauważył Przystępujący, można domniemywać, że gdyby zamawiający miał jakiekolwiek zastrzeżenia do jakości usługi realizowanej przez Przystępującego, to doszłoby do naliczenia kar umownych oraz ich potrącenia z wynagrodzenia należnego Przystępującemu. Odwołujący zaś nie

przedstawił żadnego dowodu na okoliczność wykazania, że Centrum Informacyjne Lasów Państwowych nałożyło na Przystępującego jakąkolwiek karę umowną, przyznając na rozprawie, iż nie był w stanie pozyskać informacji pisemnej od Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych. Dlatego też twierdzenia Odwołującego odnośnie nienależytego wykonania ww. umowy Izba uznała za gołosłowne.

Odnosząc się zaś do umowy realizowanej na rzecz MSWiA, Przystępujący potwierdził, że zamawiający przesłał Przystępującemu noty księgowe oraz wezwał go do zapłaty kar umownych z tytułu zwłoki w realizacji poszczególnych etapów zamówienia. Niemniej, Przystępujący kwestionował zasadność naliczonych kar umownych oraz oświadczył, że pomiędzy stronami toczy się obecnie spór przed Sądem Rejonowym dla Warszawy – Mokotowa w Warszawie. Przystępujący wyjaśnił, iż zgodnie z postanowieniami umowy zawartej z MSWiA, zobowiązał się do wykonania dwóch filmów promocyjnych, jednego filmu informacyjno-promocyjnego oraz prezentacji multimedialnej. Całość została podzielona na 3 etapy. MSWiA naliczyło Przystępującemu kary umowne z tytułu zwłoki w realizacji: i. etapu II – łącznie 19 dni opóźnienia, kwota kary umownej: 3.201,69 zł; ii. etapu III – łącznie 21 dni opóźnienia, kwota kary umownej: 1.061,55 zł. Przystępujący wskazał, że kary umowne naliczone przez MSWiA stanowią ok. 4,7% wartości całkowitej przewidzianej w umowie.

Dalej, Przystępujący wyjaśnił, że opóźnienie, do którego doszło, nie miało charakteru zwłoki, gdyż MSWiA nie dopełniło podstawowego obowiązku, jaki wynika z umów dwustronnych, tzn. obowiązku współdziałania w wykonaniu umowy. Przystępujący wskazywał, że przedstawiciele MSWiA m.in. nie byli w stanie uzgodnić z Przystępującym ostatecznego kształtu scenariusza do animacji, zgłaszali swoje uwagi po upływie terminów przewidzianych przez umowę, czy też zwlekali z akceptacją scenariusza przedłożonego przez Przystępującego. Ponadto, Przystępujący stwierdził, że wykonał należycie zobowiązanie wynikające z umowy, ponieważ przygotował na rzecz zamawiającego film informacyjno-promocyjny w 5 wariantach oraz wykonał prezentację multimedialną w 2 wersjach, a zamawiający korzysta z efektu prac wykonanych przez Przystępującego –

materiały zrealizowane przez Przystępującego są zamieszczone na stronie internetowej MSWiA.

Odwołujący podnosił jedynie, że zostały spełnione przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia na rzecz wykonawcy kar umownych. Na potwierdzenie powyższego przedłożył protokół odbioru częściowego II Etapu Umowy z dnia 16 lutego 2022 r. oraz protokół odbioru końcowego III Etapu Umowy z dnia 18 lutego 2022 r., zgodnie z którymi MSWiA nałożyło na wykonawcę APLAN MEDIA kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania przez Przystępującego. Nie sposób twierdzić, że świadczą o tym noty obciążeniowe, które są przedmiotem sporu pomiędzy MSWiA a Przystępującym. Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie/długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to 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 poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. 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.

Równocześnie, zgodnie z Komentarzem UZP, 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 „znaczny", 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.

Zatem, ocena stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być dokonywana wyłącznie przez pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany albo nienależycie wykonany. Przy ocenie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, wskazane w dyrektywie, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem. Również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były wyeksplikowane w umowie, uzasadnia wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dotyczy to działań nagminnie powtarzających się. Natomiast niewielkie wady przedmiotu zamówienia lub krótkie, nieistotne z punktu widzenia zamawiającego opóźnienie, nie będą mogły zostać uznane za nienależyte wykonanie w istotnym stopniu i nie będą

mogły stanowić podstawy wykluczenia. Sam fakt nałożenia kar umownych na wykonawcę realizującego umowę nie musi automatycznie oznaczać, że umowa realizowana jest nienależycie. Tym bardziej, że żadna z kar umownych nałożonych przez MSWiA na Przystępującego nie stanowiła przyczyny odstąpienia od zrealizowanej umowy. Izba doszła również do przekonania, że kary nałożone przez MSWiA mają charakter marginalny i pomijalny, na co wskazywał także Przystępujący.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu, że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego podając w JEDZ-u informację, że nie podlega wykluczeniu z uwagi na nienależytą realizację wcześniejszej umowy z Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych oraz Ministerstwem Spraw Wewnętrznych i Administracji, a także, że spełnia warunek udziału w zakresie zdolności zawodowej, należy wskazać, co następuje.

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

W analizowanym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że po pierwsze Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających tezę jakoby na Przystępującego nałożono kary umowne w związku z nienależytym wykonaniem umowy na rzecz Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do braku informacji w JEDZ dotyczących nałożenia rzekomych kar umownych na Przystępującego, nie może poprzestać na gołosłownym stwierdzeniu, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi dowodami, w postaci chociażby not księgowych czy wezwań do zapłaty.

Po drugie, jak już stwierdzono MSWiA otrzymało kompletny i gotowy produkt objęty umową, a wartość naliczonych kar stanowiła jedynie ok. 4,7% wartości całkowitej umowy, co należy uznać za uchybienie, które nie ma charakteru istotnego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zresztą Odwołujący zdaje się skupiać jedynie na fakcie naliczenia kary umownej, pomijając przy tym fakt, że sama powyższa okoliczność nie stanowi przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż Przystępujący miał obowiązek poinformowania Zamawiającego o samym fakcie naliczenia kary umownej. Taki sposób rozumowania prowadzi bowiem do absurdalnych wniosków, że należałoby wskazywać wszelkie przypadki naliczenia kary umownej, również te, które nie są spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę lub nie mają charakteru istotnego. Zamieszczana przez wykonawców w części III, sekcji C JEDZ informacja dotycząca znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, odpowiada przesłance wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w takim też zakresie powinna być odczytywana, a nie, jakby tego sobie życzył Odwołujący, w oderwaniu od ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy.

Po trzecie, Izba uznała twierdzenia Odwołującego jakoby przedłożony przez wykonawcę APLAN MEDIA wykaz usług przedstawiał nieprawdziwe informacje dotyczące wartości realizacji kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjne za nieudowodnione. Poza stwierdzeniem, że wykonawca APLAN MEDIA przedstawił wartość całego zamówienia zrealizowanego na rzecz p. A. Ł. „GOMAR PLUS", podczas gdy realizacja kampanii obejmowała wyłącznie część przedmiotowego zamówienia, Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. W sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostaną uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę w myśl art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 534 i art. 535 ustawy Pzp oraz art. 6 KC przechodzi

ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17, jednoznacznie stwierdził, iż Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - w tym wypadku niewątpliwie jest to Odwołujący.

Izba uznała, że wyłączne oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strona winna bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 KC, w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Nie można bowiem twierdzić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wskazywać w treści JEDZ i opisywać każdy przypadek naliczenia kary umownej, bez względu na przyczyny i okoliczności takiego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że część III JEDZ, w której zostało zadane pytanie o przypadki nałożenia porównywalnych z odszkodowaniem sankcji, dotyczy „PODSTAW WYKLUCZENIA" z postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w przedmiotowej części JEDZ powinny być wpisywane takie informacje, które mają jakiekolwiek znaczenie w kontekście umożliwienia Zamawiającemu dokonania weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, określone przez Zamawiającego w SWZ.

Odwołujący w sposób nieuprawniony rozszerzył zakres informacji jakie wykonawcy byli zobowiązani do przekazania w ramach oświadczeń składanych w JEDZ, co skutkowało przyjęciem błędnego założenia o złożeniu przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Treść wypełnionego przez wykonawcę JEDZ należy czytać kompleksowo, a nie w oderwaniu od przesłanek wykluczenia określonych w przepisach ustawy Pzp i wskazanych w SWZ w konkretnym postępowaniu przez konkretnego zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący bezzasadnie przyjął, że zakresem oświadczenia JEDZ jest objęty sam fakt nałożenia kary, opierając na tym błędnym założeniu wniosek o podaniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.

Dlatego też Izba uznała, że powyższe zarzuty należało oddalić.

Dalej, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy APLAN MEDIA do poprawienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat. Odwołujący podnosił, że złożony przez Przystępującego wykaz usług nie przedstawiał rzeczywistej wartości realizacji kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej rozumianej zgodnie z definicją określoną przez Zamawiającego. Ponadto, dołączone do wykazu dowody w postaci referencji przedstawiały wartości całości zamówień, a nie jak wymagał Zamawiający – wartości realizacji kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej rozumianej zgodnie z definicją określoną przez Zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że podnoszony zarzut nie mógł zostać uwzględniony w szczególności z powodu jego przedwczesności. Podkreślić należy, że w sytuacji gdy Zamawiający powziąłby jakiekolwiek wątpliwości co do treści dokumentów podmiotowych przedłożonych przez Przystępującego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności Zamawiający winien te wątpliwości wyjaśnić w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Dopiero ustalenie przez Zamawiającego, że dokument nie potwierdza spełniania warunku, stanowiłoby przesłankę do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganego dokumentu oraz ewentualnie do wykluczenia wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz usług stanowi potwierdzenie wykonanych usług, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Referencje mogą mieć bowiem charakter ogólny i potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, gdyż taki jest cel ww. dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast szczegółowe informacje (polegające na wskazaniu terminu realizacji, zakresu zamówienia) potwierdza składany przez wykonawcę wykaz, nie zaś referencja, której celem jest wykazanie należytego wykonania zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie polegające na należytym wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 5 lat co najmniej 2 usług przeprowadzenia kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej o wartości min. 400.000,00 zł brutto każda. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedłożył wykaz usług, gdzie wskazał dwie usługi, pierwsza realizowana na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego, druga na rzecz GOMAR PLUS A. Ł.. Przy każdej pozycji wskazał wartość, tj. powyżej 400 000,00 zł. Do wykazu dołączył referencje potwierdzające należyte wykonanie ww. usług wystawione przez zamawiających, na rzecz których usługi te zostały zrealizowane, tj. przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego oraz GOMAR PLUS A. Ł.. Z treści referencji wnika,

że wartość zamówienia polegającego na przeprowadzeniu kampanii edukacyjno-informacyjnej na rzecz Urzędu

Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego wyniosła 8.553.825,97 zł brutto, a wartość zamówienia polegającego na przeprowadzeniu kampanii informacyjno-promocyjnej zrealizowanej na rzecz GOMAR PLUS A. Ł. wyniosła 433.206,00 zł brutto.

Izba uznała więc, że dokumenty podmiotowe złożone przez Przystępującego potwierdzają spełnienie ww. warunku, w tym także w zakresie wartości przeprowadzonych kampanii. Zamawiający nie miał więc podstaw do powzięcia w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości. Natomiast Odwołujący, jak słusznie zauważył Przystępujący, nie wskazał w ogóle jakie były wartości poszczególnych zadań, jaką wartość jego zdaniem miała kampania informacyjno-promocyjna zrealizowana przez Przystępującego na rzecz GOMAR PLUS i czy faktycznie była ona niższa niż 400.000,00 zł brutto oraz dlaczego poszczególne zadania objęte zamówieniem nie mogą zostać uznane za kampanię informacyjno-promocyjną. Odwołujący winien wykazać powyższe okoliczności, popierając je stosownymi obliczeniami i dowodami, a nie ograniczać się wyłącznie do zakwestionowania wartości kampanii, którą w wykazie podał Przystępujący i która wynika również z referencji udzielonej przez GOMAR PLUS. Ponadto, dodatkowym potwierdzeniem tego, że kampania na rzecz GOMAR PLUS zawierała wszystkie elementy wymagane w ramach warunku, zaś jej wartość (tj. wyłącznie wartość realizacji kampanii informacyjno-promocyjnej, bez jakichkolwiek dodatkowych elementów) przekraczała kwotę 400.000,00 zł brutto, jest oświadczenie złożone przez GOMAR PLUS, a załączone do pisma procesowego Przystępującego. Równocześnie rację należy przyznać Przystępującemu, że definicji zawartych w pkt 3.4 rozdziału VII SWZ wynika, że za kampanię edukacyjno-informacyjną lub kampanię informacyjno-promocyjną Zamawiający uznaje zespół działań o zróżnicowanym charakterze i formie, które miały doprowadzić do określonych efektów. Dlatego Izba nie podzieliła stanowiska z Odwołującego jakoby w zakresie kampanii edukacyjno-promocyjnej lub informacyjno-promocyjnej nie mieściły się takie elementy jak najem powierzchni, usługi transportowe, zakwaterowanie czy czynności techniczne związane z montażem i demontażem stoisk wystawienniczych, skoro wszystkie te elementy składają się na kampanię, są konieczne do jej przeprowadzenia oraz osiągnięcia jej celów. Tym bardziej, że sam Zamawiający jako elementy kampanii w pkt 7 opisu przedmiotu zamówienia wymienia takie czynności jak: najem powierzchni koniecznych do organizacji wydarzenia, zapewnienie i zaproszenie odpowiednich uczestników konferencji w uzgodnieniu z Zamawiającym z uwzględnieniem uczestników wskazanych przez Zamawiającego, zapewnienie odpowiedniego wyposażenia (m.in.: projektor, komputer z prezenterem, nagłośnienie, ekran, roll-up, fotele dla prelegentów i prowadzącego wraz ze stolikami), usługę cateringową w formie bufetu na wydzielonej przestrzeni (dla maksymalnie

200 osób), dostarczenia posiłków oraz stołów, naczyń, sztućców, termosów, podgrzewaczy, oraz wszelkich niezbędnych przedmiotów i wyposażania własnym środkiem transportu, doprowadzenie miejsca świadczenia usługi do stanu sprzed rozpoczęcia jej świadczenia oraz utylizację odpadów. Elementy te niewątpliwie mieszczą się w zakresie przeprowadzenia kampanii edukacyjno-informacyjnej lub kampanii informacyjno-promocyjnej, o której mowa w pkt 3.4 rozdziału VII SWZ.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….