Sygn. akt: KIO 3383/23

WYROK
z dnia 27 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **Berm Sp. z o.o. Sp. k., ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawą** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych działające jako Pełnomocnik Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa,**

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Berm Sp. z o.o. Sp. k.,**
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa, i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: wykonawcę: **Berm Sp. z o.o. Sp. k., ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza kwotę 4 102 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące sto dwa złote pięćdziesiąt groszy) od wykonawcy: **Berm Sp. z o.o. Sp. k., ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**na rzecz zamawiającego: **Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych działające jako Pełnomocnik Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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 3383/23

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

Zamawiający, Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (CKPŚ) działające jako Pełnomocnik Centrum Informacyjnego Lasów Państwowych (CILP), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zaprojektowanie, wykonanie i obsługa logistyczna mobilnej ekspozycji edukacyjno-promocyjnej w formie roadshow". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 071-216595.

Wykonawca BERM Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. I pkt I lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „Pzp" wniósł odwołanie wobec:

1.czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu „nienależycie wykonanego, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w znacznym stopniu i zakresie, istotnego zobowiązania wynikającego z umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z Ministrem Sprawiedliwości, tj. umowy z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/ 220 oraz immanentnie związanej z nią umowy oznaczonej jako Zamówienie z dnia 12.11.2020 r. (DIRS-XI.2420.45.2020), co doprowadziło do odstąpienia od umowy z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220 oraz naliczenia wykonawcy BERM kar umownych" ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, jak i zaniechania zwrócenia się do Ministerstwa Sprawiedliwości o przedstawienie informacji i dokumentów istotnych dla oceny braku podstaw wykluczenia,

2.czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania,

3.zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 109 ust. 3 Pzp oraz art. 253 ust. 1 (w tym pkt 1 i pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 111 pkt 4 Pzp, a także art. 255 pkt 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, przez błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania (a oferta Odwołującego odrzuceniu), pomimo niespełnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (i przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp), na skutek przeprowadzenia przez

Zamawiającego nieprawidłowej, niepełnej analizy, pozbawionej samodzielnej weryfikacji istotnych okoliczności i bezstronnej ich oceny, zwieńczonej błędnymi wnioskami oraz mimo niewykazania przez Zamawiającego (pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu), że Odwołujący - 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, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz odszkodowania (nałożenia kar umownych), a także poprzez zaniechanie, po raz kolejny, poddania analizie czy ewentualne wykluczenie Odwołującego byłoby zgodne z zasadą proporcjonalności (tzn. czy wykluczenie byłoby oczywiście niewspółmierne/nieproporcjonalne), co skutkowało błędnym wykluczeniem Odwołującego i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty oraz unieważnieniem postępowania, jak i przez nieprawidłowe, niepełne uzasadnienie informacji o czynności odrzucenia oferty Odwołującego (w tym uzasadnienie wykluczenia z postępowania), ewentualnie

) z ostrożności - na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania - art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i zaniechanie umożliwienia Odwołującemu przedstawienia argumentacji w postępowaniu, wyłączającej możliwość wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji dysponowania przez Zamawiającego wybranymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości dokumentami i informacjami pochodzącymi od Ministerstwa Sprawiedliwości, które nie pozwalały na dokonanie rzetelnej i bezstronnej oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania, w tym z uwzględnieniem zasady proporcjonalności i które wymagałyby komentarza Odwołującego w postaci argumentacji i dokumentów, jak i poprzez zaniechanie zwrócenia się do Ministerstwa Sprawiedliwości o przedstawienie informacji i dokumentów istotnych dla oceny braku podstaw wykluczenia (materiał, jakim dysponował Zamawiający, mógł być zakwalifikowany jako wywołujący wątpliwości w kontekście możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania, chociażby w kontekście podkreślanego przez Odwołującego braku pełnej dokumentacji, w tym nieotrzymania przez Zamawiającego od Ministerstwa Sprawiedliwości właściwego protokołu dotyczącego umowy, od której odstąpiło Ministerstwo Sprawiedliwości czy też podkreślanych przez Odwołującego przyczyn problemów dotyczących konferencji z dnia 13 listopada 2020 r.).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

b)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania,

c)powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i zwrócenia się do Ministerstwa Sprawiedliwości o przedstawienie informacji i dokumentów istotnych dla oceny braku podstaw wykluczenia,

d)wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania, a także ewentualnych dodatkowych dowodów, w tym dowodów z dokumentów, przedłożonych na rozprawie, w celu wykazania okoliczności wskazanych lub wynikających z treści odwołania;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przewidzianych, w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i złożył ofertę, która stanowiła ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego wymaganych przepisami ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a w konsekwencji polegającą na nieuzyskaniu zamówienia, pomimo, że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z SWZ, a także - najkorzystniejsza w ramach ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Jedynie wadliwa decyzja Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty (oraz unieważnieniu postępowania), uniemożliwia tenże wybór. Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że poniósł już znaczne koszty związane z przygotowaniem przedmiotu zamówienia, o których informował Zamawiającego pismem z dnia 1 września 2023 r., zatem, tylko i wyłącznie wniesienie odwołania od wskazanych powyżej czynności i zaniechań może doprowadzić do odzyskania równowartości poniesionych kosztów w wynagrodzeniu z realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Odwołujący podniósł, że w informacji o wyniku postępowania z dnia 23 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Oferta drugiego z wykonawców podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SWZ. Z uwagi na krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący niezwłocznie podjął działania przygotowawcze w celu zapewnienia terminowej i prawidłowej realizacji zamówienia.

Odwołujący zawarł umowy z podwykonawcami wskazanymi w swojej ofercie w przedmiocie najmu, transportu i obsługi naczepy oraz projektowania i wykonania/produkcji poszczególnych elementów wystawy i przystąpił do przygotowania realizacji przyszłej umowy z Zamawiającym. Do chwili obecnej Odwołujący poniósł koszty związane z realizacją przyszłej umowy w wysokości ponad 1 000 000,00 złotych brutto, o czym informował Zamawiającego.

Pomimo jednak informacji ze strony Zamawiającego o zamiarze zawarcia z Odwołującym umowy, niespodziewanie w dniu 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w celu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, w związku z powzięciem informacji mogących mieć istotny wpływ na czynność wyboru wykonawcy. Następnie Zamawiający, nie wyjaśniając powziętych informacji z Odwołującym, w szczególności nie wzywając go do złożenia wyjaśnień w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w dniu 28 września 2023 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania, z powodu konieczności odrzucenia wszystkich ofert. Zamawiający wskazał w piśmie doręczonym Odwołującemu, że odrzuca ofertę Odwołującego oraz wyklucza go z postępowania, gdyż w szczególności:

1.Ministerstwo Sprawiedliwości w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie obsługi technicznej nagłośnienia konferencji organizowanych przez Zamawiającego we wskazanych miejscach na terenie Warszawy" zawarło w dniu 29 maja 2020 r. z Odwołującym umowę, której przedmiotem była realizacja ww. przedmiotu zamówienia;

2.z dokumentów przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości wynika, że Ministerstwo odstąpiło od zawartej z Odwołującym umowy z winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym oraz naliczyło kary umowne;

3.ponadto, w dniu 28 maja 2021 r., Ministerstwo Sprawiedliwości wniosło do Sądu Okręgowego w Warszawie pozew o zapłatę przez Odwołującego kwoty jakoby należnej z tytułu naliczonych kar umownych;

4.Odwołujący do chwili obecnej nie zapłacił naliczonych kar umownych oraz nie zapadło orzeczenie kończące sprawę wszczętą pozwem z dnia 28 maja 2021 r. przed Sądem Okręgowym w Warszawie;

5.Odwołujący mając wiedzę o odstąpieniu przez Ministerstwo Sprawiedliwości od umowy z winy Wykonawcy, wraz z naliczeniem kar umownych, winien ujawnić ten fakt, w celu dokonania procedury samooczyszczenia.

Z uwagi na powyższe,Odwołujący złożył odwołanie do KIO od czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 28 września 2023 r., w tym od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty w związku z odstąpieniem przez Ministerstwo Sprawiedliwości od umowy z dnia 29 maja 2020 r. oraz nałożeniem kar umownych, jak i czynności unieważnienia postępowania. Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt: KIO 2993/23.

Zamawiający w dniu 13 października 2023 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powołując się na to, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania. W dniu 19 października 2023 r. w odpowiedzi na pytanie Odwołującego Zamawiający wskazał, że unieważnienie obejmuje również wykluczenie Odwołującego z postępowania. Potwierdził to w piśmie z dnia 20 października 2023 r. Wobec unieważnienia przez Zamawiającego ww. czynności Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 24 października 2023 r., umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Zamawiający, po unieważnieniu swoich czynności, do dnia 31 października 2023 r. nie podjął w stosunku do Odwołującego jakichkolwiek czynności, w tym nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W dniu 31 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania, tj. o „unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu". Zamawiający przekazał jednocześnie Odwołującemu „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania", zawierające „informację o odrzuconych ofertach oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia ofert".

W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał w szczególności, że:

a)w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3 SWZ przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

b)wykonawcy zobligowani byli złożyć wraz z ofertą oświadczenie JEDZ o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków w postępowaniu;

c)Odwołujący w części lit. C wiersz siódmy oświadczenia JEDZ wskazał, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 albowiem udzielił odpowiedzi przeczącej na pytanie dotyczące wcześniejszego rozwiązania umowy/nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w związku z tą umową;

d)w świetle informacji uzyskanych od Ministra Sprawiedliwości unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił Postępowanie, niemniej wobec zakwestionowania czynności przez Odwołującego podjął decyzję o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia Postępowania, jak i ponownie przystąpił do badania oferty Odwołującego, po to, aby ponownie uznać za zasadne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, z uwagi na spełnienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

e)ziszczenie się przesłanki wykluczenia Odwołującego z Postępowania „związane jest z nienależy5,'m wykonaniem przez

wykonawcę BERM umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z Ministrem Sprawiedliwości";
f)w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego Dyrektor Biura Finansów Ministerstwa Sprawiedliwości wskazał, że „Ministerstwo Sprawiedliwości w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie obsługi technicznej nagłośnienia konferencji organizowanych przez Zamawiającego we wskazanych miejscach na terenie Warszawy" zawarło w dniu 29 maja 2020 r. ze spółką Berm Sp. z o.o. Sp.k. umowę na kwotę 369 000,00 złotych brutto, której przedmiotem była realizacja ww. przedmiotu zamówienia. W dniu 30 listopada 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości odstąpiło od ww. umowy a wykonawcy została naliczona kara umowna w wysokości 110 700,00 zł.";
g)Ministerstwo Sprawiedliwości zawiadomiło o ww. fakcie Prezesów Sądów Apelacyjnych, jak i wniosło pozew o zapłatę kwoty 90.870,19 zł do Sądu Okręgowego w Warszawie;
h)z treści oświadczenia Dyrektora Biura Finansów Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że wykonawca BERM w istotny sposób naruszył swoje obowiązki umowne określone w umowie z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220, dotyczącej świadczenia obsługi technicznej nagłośnienia spotkań, narad, odpraw, konferencji itp. organizowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości poprzez nienależyte "konanie zamówienia w dniu 13 listopada 2020 r., opisanego w załączniku nr 1 do tej umowy w zakresie „Nagrywania przebiegu konferencji, spotkań na nośniki danych (np. płyta CD, DVD, karta pamięci, pendrive, dysk zewnętrzny...", a przejawy owego nienależytego wykonania zobowiązania zostały szczegółowo opisane w protokole odbioru, datowanym na 19 listopada 2020 r.;
i)Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 11 sierpnia 2023 r. do Ministra Sprawiedliwości z prośbą m.in. o wskazanie okoliczności, które przemawiałyby za uznaniem, że nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, jak i o udostępnienie protokołu z dnia 19 listopada 2020 r.;
j)Ministerstwo Sprawiedliwości, pismem z dnia 8 września 2019 r., przesłało m.in. „kopię protokołu odbioru z dnia 19.11.2020 r. potwierdzającego, że BERM nienależycie wykonał usługę obsługi technicznej wideokonferencji zorganizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości, realizowaną na podstawie Zamówienia z dnia 12.11.2020 r. (DIRSxi.2420.45.2020)," co przejawiało się we wskazanych w tym protokole nieprawidłowościach;
k)Pełnomocnik Zamawiającego ustalił, że Odwołujący - wbrew złożonemu oświadczeniu w JEDZ - znalazł się w sytuacji, w której „wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a nadto, w której w związku z umową nałożono odszkodowanie umowne. Zdarzenia te były następstwem licznych, istotnych uchybień wykonawcy BERM w trakcie obsługi wideokonferencji dotyczącej konfiskatyrozszerzonej, organizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości";
l)„wiedzę o ww. okolicznościach Pełnomocnik Zamawiającego za pośrednictwem Zamawiającego uzyskał od Ministra Sprawiedliwości, a nie od wykonawcy BERM, któryzgodnie z zawartym w oświadczeniu JEDZ pouczeniem, powinien był wskazać w oświadczeniu JEDZ, że doszło do odstąpienia przez Ministra Sprawiedliwości od umowyw sprawie zamówienia publicznego oraz naliczenia kar umownych i przedstawić własną optykę zaistniałego stanu faktycznego. Wykonawca BERM jednakże poprzestał na złożeniu niezgodnego z rzeczywistością oświadczenia, czym podważył swoją wiarygodność powodując, że Zamawiający zdecydował się skorzystać z regulacji art. 128 ust, 5 ustawy PZP i zwrócił się o udzielenie wyjaśnień niezbędnych dla dokonania oceny istnienia podstaw wkluczenia wykonawcy BERM, bezpośrednio do Ministra Sprawiedliwości";
m)doszło do kumulatywnego ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; n) „uchybienia w zakresie realizacji przez wykonawcę BERM zobowiązania realizowanegona rzecz Ministra Sprawiedliwości było następstwem okoliczności leżących po stronie wykonawcy BERM, związanych z niewłaściwą obsługą wybranej przez tego wykonawcę aplikacji do przeprowadzenia wideokonferencji i niepoinformowania prelegentów o zasadach korzystania z aplikacji, pomimo wcześniejszej wiążącej deklaracji w zakresie przekazania poradnika technicznego";
o)„liczba oraz rodzaj wadliwości zaistniałych w trakcie obsługi przez wykonawcę BERM konferencji w dniu 13.11.2020 r. przemawiają za uznaniem, że niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło w znacznym stopniu - stwierdzono bowiem istotne wady w rejestracji wystąpień, które uniemożliwiły wykonanie pełnej transkrypcji wszystkich wystąpień wygłoszonych w trakcie konferencji, a w konsekwencji opracowanie publikacji pokonferencyjnej rzetelnie oddającej jej przebieg i zawierającej pełną treść zaprezentowanych wystąpień. Nie sposób pominąć również uszczerbku wizerunkowego, jaki wystąpił w związku z blisko sześciominutowym transmitowaniem jedynie obrazu, a nie obrazu i dźwięku w czasie wystąpienia otwierającego konferencję, wygłaszanego przez Ministra Sprawiedliwości";
p)Odwołujący „z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu i zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z Ministrem Sprawiedliwości, tj. umowy z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220 oraz immanentnie związanej z nią umowy oznaczanej jako Zamówienie z dnia

12.11.2020 r. (DIRS- XI.2420.45.2020), co doprowadziło do odstąpienia od umowy z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220 oraz naliczenia wykonawcy BERM kar umownych".

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 109 ust. 3 Pzp oraz art. 253 ust. 1 (w tym pkt 1 i pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 111 pkt 4 Pzp, a także art. 255 pkt 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

Odwołujący potwierdził, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział w Rozdz. VII ust. 3 pkt 3, że wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, na podstawie okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 Pzp. Zamawiający nie miał jednak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, jako że nie została spełniona wobec Odwołującego przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wskazał, że przesłanki wykluczenia z postępowania, uregulowane w art. 108 i 109 Pzp muszą być ściśle interpretowane, co implikuje zakaz dokonywania ich rozszerzającej wykładni. Nadto, przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga dla jej zastosowania kumulatywnego zaistnienia kilku elementów - brak jednego z nich wyłącza możliwość uznania, że przesłanka wykluczenia została spełniona. Dodatkowo, wobec skutków wykluczenia to na zamawiającym leży ciężar dowodu - ciężar wykazania spełnienia wszystkich elementów przesłanki wykluczenia. (wyrok z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt KIO 665/22). Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi transpozycję do polskiego 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, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym: „instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: g) 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 wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji". Oznacza to, że przy wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie sposób abstrahować od konieczności dokonywania prounijnej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ustawodawca unijny operuje pojęciami „znaczącego lub uporczywego niedociągnięcia" dotyczącego „istotnego wymogu". Z tego też powodu każdorazowo należy ocenić, czy zarzucane zachowanie może być uznane choćby za znaczące lub uporczywe niedociągnięcie dotyczące istotnego wymogu. Nie sposób przy tym pomijać, że w motywie 101 dyrektywy wskazano, że „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 wkluczenie."

Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r., w sprawie C-41/18 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślił, że uprawnienie, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca w zakresie wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów, o czym świadczy art. 57 ust. 4 lit. c) i g), a także motyw 101 dyrektywy 2014/24. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 3 października 2019 r., C-267/18, wskazał, że: „instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. (...) Do instytucji zamawiającej należy bowiem dokonanie własnej oceny zachowania wykonawcy, którego dotyczy rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego. W tym względzie instytucja ta musi zbadać z należytą starannością i bezstronnością na podstawie wszystkich istotnych elementów, w szczególności decyzji o rozwiązaniu umowy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, czy ów wykonawca jest jej zdaniem odpowiedzialny za znaczące lub uporczywe niedociągnięcia popełnione przy wykonywaniu zobowiązania ciążącego na nim w ramach wspomnianego zamówienia, ponieważ rzeczone uchybienia mogą spowodować utratę zaufania do danego wykonawcy."

KIO w wyroku z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3298/21, KIO 3307 / 21 podkreśliła z kolei, że omawiana przesłanka „dotyczy w ocenie Izby sytuacji podlegających każdorazowej ocenie. Innymi słowy nie ma jednej słusznej miary według której należy stosować omawiany przepis, należy dokonywać oceny okoliczności danego przypadku. W takich sytuacjach zasadnym jest wcześniejsze wszechstronne zbadanie sprawy przez Zamawiającego w celu ustalenia czy możemy mówić o wystąpieniu "przyczyn leżących po jego (tj. wykonawcy - przyp. Izby) stronie".

Odwołujący podniósł, że ze sporządzonego przez Zamawiającego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania z dnia 31 października 2023 r. wynika, że Zamawiający, mimo wcześniejszego unieważnienia swoich czynności, podejmując kolejny raz decyzję o wykluczeniu Odwołującego, oparł się ponownie wyłącznie na informacjach i dokumentach otrzymanych od Ministerstwa Sprawiedliwości, nie poddając ich jakiejkolwiek analizie. w tym, nie uwzględniając w żadnej mierze informacji i dokumentów, jakie uzyskał w związku ze

złożeniem przez Odwołującego odwołania z dnia 9 października 2023 r. Zamawiający nie wskazał na żadnym etapie postępowania ani w toku postępowania przed Krajową izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2993/23 dlaczego *po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez wykonawcę BERM podjął decyzję o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty BERM oraz unieważnienia Postępowania i przystąpił do ponownego badania oferty BERM*" Skoro zarzuty odwołania z dnia 9 października 2023 r. wniesionego przez Odwołującego dotyczyły braku podstaw wykluczenia ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a Zamawiający ponownie wykluczył Odwołującego, można było domniemywać, że powodem faktycznego uznania odwołania, był brak wezwania Odwołującego do wyjaśnień, w związku z informacjami przekazanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Z zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 31 października 2023 r. wynika jednoznacznie, że Zamawiający przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego ponownie oparł się wyłącznie na dokumentach i informacjach przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Zdaniem Odwołującego, oczywistym jest, że przekazane Zamawiającemu informacje i dokumenty zawierają jednostronne argumenty Ministerstwa Sprawiedliwości i nie opisują wszystkich istotnych okoliczności, które poprzedziły odstąpienie od umowy z Odwołującym i naliczenie kar umownych, a które to okoliczności Zamawiający zobligowany był poznać, aby samodzielnie ocenić, czy wobec Odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, jak i ewentualnie, czy mimo zaistnienia tej przesłanki wykluczenia istnieje podstawa do zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp. Odwołujący przedstawił twierdzenia i dowody podważające twierdzenia Ministerstwa Sprawiedliwości, w związku z czym, zgodna z prawem analiza sprawy wymagała odniesienia się do tych argumentów i wytłumaczenia, z jakiego powodu twierdzenia Odwołującego jakoby nie są trafne.

W doktrynie wskazuje się, że każda instytucja zamawiająca w stanie faktycznym konkretnej sprawy ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a co za tym idzie - może samodzielnie decydować, czy w jej ocenie wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Uprawnienie to stanowi realizację zasady proporcjonalności, którą należy bezwzględnie stosować w chwili podejmowania decyzji o zastosowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Instytucje zamawiające w przypadku przesłanek fakultatywnego wykluczenia powinny bezwzględnie mieć na uwadze zasadę proporcjonalności, która oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględnia charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie nieprawidłowości. Dopiero po szczegółowym rozpoznaniu wszystkich okoliczności podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania (tak Gawrońska-Baran Andrzela w: Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2023). Decyzja o wykluczeniu opierać się powinna na własnej ocenie zamawiającego m.in. ze względu na konieczność zastosowania zasady proporcjonalności i wzięcia pod uwagę ewentualnego drobnego charakteru popełnionych nieprawidłowości lub powtarzania drobnych nieprawidłowości. Zasadne wydaje się w tej sytuacji przyjęcie za wzorcowe zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień co do stanu faktycznego sprawy (Małgorzata Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer 2021).

Z informacji o wyniku postępowania oraz zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wynika, że Zamawiający w dalszym ciągu, mimo samodzielnego uprzedniego unieważnienia czynności z dnia 28 września 2023 r., nie przeprowadził prawidłowej, pełnej i samodzielnej analizy. Wskazał wprawdzie - odmiennie od uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 28 września 2023 r. jakie to nieprawidłowości doprowadziły w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości do odstąpienia od umowy zawartej przez Odwołującego w celu realizacji zamówienia publicznego, niemniej nie poddał ich ocenie przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (nie zweryfikował ich nawet pod kątem przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości dokumentów, tj. czy informacje te mają w nich pokrycie - dla przykładu, Zamawiający powołał się na pozew - nie będąc w jego posiadaniu, czy też powołał się na protokół z dnia 19 listopada 2020 r., który przecież nie dotyczył umowy w sprawie zamówienia publicznego, od której odstąpiono, a dodatkowego zamówienia). Zamawiający nie przedstawił argumentów, z powodu których uznał informacje uzyskane od Ministerstwa Sprawiedliwości za wypełniające przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, jak i z jakiego powodu nie miał do nich zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp. Nie przedstawił argumentacji, dla której uznał elementy stanu faktycznego za spełniające kumulatywnie elementy składające się na przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. I pkt 7 Pzp.

W analizowanej sprawie Odwołujący, po uprzednim unieważnieniu czynności z dnia 28 września 2023 r. oraz powtórzeniu przez Zamawiającego tych czynności w dniu 31 października 2023 r., w dalszym ciągu nie ma możliwości wdania się w polemikę z oceną Zamawiającego co do wystąpienia przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp, bowiem w piśmie informującym o wyniku postępowania oraz w piśmie o unieważnieniu postępowania taka ocena, poza zacytowaniem fragmentów pism Ministerstwa Sprawiedliwości, nie została zaprezentowana. Zamawiający wprawdzie wskazał jakie konkretnie dokumenty były przedmiotem jego analizy, niemniej całkowicie pominął przy analizie informacje i dokumenty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 9 października 2023 r. Zamawiający zacytował, wbrew obowiązkowi samodzielnej oceny stanu faktycznego przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ustalenia, jakie poczyniło Ministerstwo Sprawiedliwości i wnioski, jakie Ministerstwo Sprawiedliwości wywiodło w opisywanym przezeń stanie faktycznym. Zamawiający, poza ogólnym odwołaniem się do przesłanki wykluczenia, nie przedstawił argumentów świadczących o prawidłowej analizie okoliczności z punktu widzenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, mając

szczególnie na uwadze zasadę proporcjonalności, do której stosowania Zamawiającego obliguje art. 109 ust. 3 Pzp. Co zdumiewające, w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania Zamawiający powołał się w pkt. 12 na okoliczność poinformowania Prezesów Sądów Apelacyjnych przez Ministerstwo Sprawiedliwości o fakcie odstąpienia od umowy, jakby miało to jakiekolwiek znaczenie dla możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (a przecież nie miało żadnego).

Powyżej opisany sposób uzasadnienia informacji o czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia z postępowania czyni zasadnym zarzut naruszenia m.in. art. 253 ust. 1 (w tym pkt 1 i pkt 2) Pzp. Informacja o czynności odrzucenia winna zawierać uzasadnienie prawne i faktyczne. Zamawiający wprawdzie wskazał - odmiennie od uzasadnienia czynności z 28 września 2023 r. argumenty prezentowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, niemniej nie odniósł się do argumentacji, twierdzeń i dowodów, jakie otrzymał od Odwołującego wraz z odwołaniem, w tym w zakresie nieprzedstawienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości właściwego protokołu odbioru (co dowodzi nieprzeprowadzenia prawidłowej, pełnej analizy). Zamawiający nie wskazał z jakiego powodu uznał informacje otrzymane od Ministerstwa Sprawiedliwości jako uzasadniające zastosowanie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający nie wskazał w sposób pełny z jakiego powodu uznał, że wszystkie przesłanki z art 109 ust. 1 pkt 7 ziściły się w niniejszym przypadku (w szczególności nie wskazał dlaczego podnoszone przez Ministerstwo Sprawiedliwości naruszenie obowiązków nastąpiło jakoby z przyczyn leżących po stronie Odwołującego). Zamawiający w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r. powołał się na naruszenie obowiązków z „umów" w sprawie zamówienia publicznego (mimo uzyskania od Odwołującego informacji, że tylko jedna z umów była umową w sprawie zamówienia publicznego). Zamawiający ponownie nie wskazał z jakiego powodu wykluczenie i odrzucenie oferty Odwołującego jest jakoby zgodne z zasadą proporcjonalności.

Pomimo ponowienia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający nie wezwał Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień. Tymczasem art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp określa przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie, aby wykluczenie na podstawie tego przepisu było możliwe.

Odwołujący odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 22/22, w którym wskazano, że „(...) nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany (podkr. wł). Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (...) Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu." Nadto, w świetle opinii UZP pt. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ" wskazano, że z uwagi na sankcyjny charakter art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle.

Jeżeli Zamawiający, po przeanalizowaniu wszystkich okoliczności sprawy, uznałby błędnie, że w analizowanym przypadk wystąpiły wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, powinien był rozważyć, czy mimo teg wykluczenie w konkretnym postępowaniu nie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp).

Odwołujący wskazał na okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości od umowy zawartej z Odwołującym. Wyjaśnił, że w dniu 9 sierpnia 2021 r. wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie odpowiedź na pozew, wnosząc o oddalenie powództwa Ministerstwa Sprawiedliwości, nie zgadzając się z zasadnością odstąpienia, jak i zasadnością naliczenia kar umownych.

Odwołujący wyjaśnił, że po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 29 maja 2020 r. zawarł z Ministerstwem Sprawiedliwości umowę nr 7/WL/2020, której przedmiotem było świadczenie obsługi technicznej nagłośnienia spotkań, narad, odpraw, konferencji itp., organizowanych przez zamawiającego we wskazanych miejscach i godzinach na terenie miasta stołecznego Warszawy. Zgodnie z jej treścią usługi miały być realizowane przez Odwołującego na podstawie jednostkowych zleceń, określających w szczególności zakres usługi objętej zleceniem, godzinę rozpoczęcia oraz planowaną godzinę zakończenia konferencji, miejsce świadczenia usługi, jak i inne informacje niezbędne do prawidłowego wykonania zlecenia. Odwołujący załączył kopię Umowy nr 7/WL/2020 wraz z załącznikami.

Jednym z ww. jednostkowych zleceń Ministerstwa Sprawiedliwości w ramach realizacji ww. Umowy było przygotowanie obsługi technicznej nagłośnienia konferencji pt. „Konfiskata rozszerzona", jaka miała odbyć się w dniu 13 listopada 2020 r.

W związku z zamiarem przeprowadzenia Konferencji, Ministerstwo Sprawiedliwości złożyło Odwołującemu w dniu 12 listopada 2020 r. dodatkowe zamówienie nr DIRS.XI.2420.45.2020, którego przedmiotem było przygotowanie i zapewnienie zaplecza technicznego wraz z niezbędnym oprogramowaniem dot. organizacji Konferencji w dniu 13 listopada 2020 r. Zamówienie to nie było zamówieniem publicznym, umowa ta nie była „umową w sprawie zamówienia

publicznego", o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający pominął tę okoliczność, co dowodzi nie tylko tego, że nie przeprowadził prawidłowej analizy przed zastosowaniem art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale także tego, że uzasadnienie czynności z dnia 31 października 2023 r. jest wadliwe. Zamówienie nie zostało złożone w oparciu o Umowę – lecz niezależnie od niej. Umowa nie regulowała zasad jego realizacji. Niemniej zarówno zlecenie, jak i zamówienie były ze sobą niewątpliwie powiązane - realizacja dodatkowego zamówienia wpływała na realizację Zlecenia. Bezspornie dotyczyły one tej samej Konferencji, organizowanej w dniu 13 listopada 2020 r.

Na etapie przygotowywania się Odwołującego do realizacji Konferencji, w tym w czasie trwania prób dotyczących realizacji Konferencji, ale również w dniu Konferencji, Ministerstwo Sprawiedliwości przekazywało przez swoich pracowników informację Odwołującemu, że wszyscy prelegenci biorący udział w Konferencji winni i będą posługiwać się językiem angielskim lub włoskim (w przypadku jednej osoby - tylko j. włoski). Takie też było ustalenie stron.

Informacja o prelegentach mających uczestniczyć i wygłosić przemówienia została przekazana Odwołującemu w drodze korespondencji e-mail w dniu 9 listopada 2020 r. (Pan Minister Sprawiedliwości nie został wskazany przez Ministerstwo Sprawiedliwości jako osoba wygłaszająca przemówienie). Na etapie przygotowań do Konferencji brak było również informacji potwierdzającej, że czynny udział w Konferencji będzie brał Pan Minister Sprawiedliwości. Odwołujący załączył wydruk wiadomości email Pana M.B. z dnia 5 listopada 2020 r. oraz z dnia 12 listopada 2020 r. (załącznik do Odwołania); wydruk wiadomości email do Pana M.B. z dnia 9 listopada 2020 r.

W dniu poprzedzającym Konferencję Ministerstwo Sprawiedliwości przekazało Odwołującemu informację, że będzie brał w niej udział i zabierał głos Pan Minister Sprawiedliwości, sygnalizując jedynie, że „potrzebuje pomocy. w języku angielskim, który ma być głównym językiem konferencji". Dowodzi to, po pierwsze, faktu, że język angielski miał być językiem wiodącym Konferencji, jak i tego, że w dniu poprzedzającym Konferencję nie przekazano Odwołującemu informacji o tym, że Pan Minister Sprawiedliwości będzie przemawiał w języku polskim. Informacja o tym, że wystąpienie Pana Ministra Sprawiedliwości wygłoszone zostanie nie w języku angielskim, a w języku polskim (a zatem wbrew wcześniejszym ustaleniom stron) została przekazana Odwołującemu przez Ministerstwo Sprawiedliwości na godzinę przed rozpoczęciem Konferencji, a zatem niemalże przed samym wejściem „na żywo", czyli w momencie, w którym cały sprzęt i oprogramowanie zostało skonfigurowane na język angielski, a w przypadku jednej osoby - na język włoski.

Odwołujący poinformował Ministerstwo Sprawiedliwości i zastrzegł, że wprowadzenie zmiany na tak późnym etapie może wywołać komplikacje i nieprawidłowości - albowiem sprzęt został inaczej ustawiony i w tak krótkim czasie nie będzie możliwe poprawne jego przekonfigurowanie. Ministerstwo Sprawiedliwości otrzymało zatem wyraźną informację od Odwołującego, że zmiana treści świadczenia w zakresie języka, w jakim będzie wygłaszane przemówienie Pana Ministra Sprawiedliwości, może negatywnie wpłynąć na należytą realizację przez Odwołującego swoich obowiązków związanych z organizacją Konferencji. Mimo otrzymania tych informacji Ministerstwo Sprawiedliwości nie wycofało się ze swojego żądania. W konsekwencji, wobec stanowczego stanowiska ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości, mimo uprzedniego poinformowania o potencjalnych negatywnych skutkach zmian, Odwołujący podjął próbę rekonfiguracji sprzętu, co ostatecznie doprowadziło do wystąpienia nieprawidłowości na gruncie realizacji zlecenia z Umowy (dotyczącego Konferencji), jak i samego Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że konfiguracja sprzętu nie jest czynnością, którą można, nawet mimo dołożenia profesjonalnej należytej staranności, wykonać w tak krótkim czasie. To wymagało bowiem wprowadzenia szeregu zmian technicznych w sposobie realizacji zamówienia w stosunku do działań planowanych na etapie montażu. W szczególności, problematyczne było wykonanie w tak krótkim czasie przepięcia sygnału wychodzącego z sali, w której odbywała się Konferencja, bezpośrednio do komputera streamingowego, z pominięciem kabiny tłumaczy. Odwołujący natychmiast przystąpił do wprowadzania wszelkich niezbędnych modyfikacji w działaniu systemu, nie miał jednak czasu na wykonanie jakiejkolwiek próby w tym zakresie. Dodatkową przeszkodą była okoliczność, że system był konfigurowany przez osobę, która w przeddzień Konferencji zmuszona była poddać się kwarantannie związanej z COVID-19 i nie mogła tym samym uczestniczyć zarówno w próbach, jak i w samej Konferencji. Niewątpliwie stanowiło to okoliczność niezależną od Odwołującego (przezeń niezawinioną), która nie ułatwiła realizacji przez niego obowiązków umownych. Ostatecznie, fakt wprowadzenia zmian przez Ministerstwo Sprawiedliwości doprowadził do wystąpienia pewnych nieprawidłowości w świadczeniu usług przez Odwołującego.

Konferencja odbyła się w dniu 13 listopada 2020 r. w siedzibie Ministerstwa Sprawiedliwości przy Al. Róż w Warszawie. Po wykonaniu zlecenia opartego o Umowę zamawiający sporządził i podpisał protokół odbioru usługi z dnia 13 listopada 2020 r., stwierdzający nienależyte wykonanie usługi objętej przedmiotem Umowy, przedstawiający pewne rzekome zastrzeżenia co do należytego jej wykonania przez Odwołującego. Wedle wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie dysponował tym protokołem w dacie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania/odrzuceniu jego oferty - zarówno w dniu 28 września 2023 r., jak i w dniu 31 października 2023 r. (nie stanowi on załącznika do protokołu postępowania udostępnionego Odwołującemu). Oznacza to, że Zamawiający oparł się na niewłaściwym protokole.

Ministerstwo Sprawiedliwości złożyło oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z dnia 30 listopada 2020 r., powołując się na okoliczności wskazane w protokole.

W związku z nienależytym - w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości - wykonaniem przez Odwołującego usługi

dotyczącej obsługi technicznej Konferencji w części dotyczącej nagrania z przebiegu ww. Konferencji i ujawnionych w jego ocenie braków w nagraniu ścieżki dźwiękowej w języku angielskim i rejestracji całości lub części wystąpień niektórych osób zabierających głos, zamawiający naliczył na podstawie § 6 ust. 1 pkt 1 Umowy karę umowną w wysokości 12.204,31 złotych. Drugą karę umowną, w wysokości 110.700,00 złotych Ministerstwo Sprawiedliwości naliczyło w oparciu o § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy, w związku z odstąpieniem od Umowy, pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. znak BA-111-252.13.2020.

W reakcji na otrzymane pisma Odwołujący złożył Ministerstwu Sprawiedliwości pismo z dnia 24 grudnia 2020 r. kwestionujące zastrzeżenia Ministerstwa co do realizacji Konferencji.

Możliwość nałożenia kary, jak i odstąpienia od Umowy była uzależniona od niezachowania należytej staranności przez wykonawcę, co nie miało miejsca. Nieprawidłowości stwierdzone w protokole, jak i w protokole znajdującym się w aktach postępowania, bądź nie miały miejsca, bądź wystąpiły mimo dołożenia przez Odwołującego należytej profesjonalnej staranności. Zamawiający nie wyjaśnił z jakiego powodu uznał, że zarzucane Odwołującemu naruszenie obowiązków nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie, w tym pominął argumentację Odwołującego wskazującą na przyczyny leżące po stronie Ministerstwa Sprawiedliwości.

Powyższe okoliczności zostały wskazane w protokole znajdującym się w aktach postępowania (na który powołał się Zamawiający w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r.), który dotyczy zamówienia z dnia 12 listopada 2020 r. (DIRS-XI.2420.45.2020), nie zaś zlecenia udzielonego na podstawieUmowy. Zatem, już ta okoliczność dowodzi, że Zamawiający nie przeprowadził właściwej, prawidłowej analizy przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia skarżonych czynności w postępowaniu skoro już na podstawie udostępnionego mu dokumentu oczywiste było, że nie dotyczy Umowy, a zamówienia nr DIRS-XI.2420.45.2020. Zamawiający miał świadomość tej okoliczności (w związku z lekturą odwołania z dnia 9 października 2023 r.), a mimo to ponowił czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty w dniu 31 października 2023 r. bez uprzedniego zwrócenia się do Odwołującego czy Ministerstwa Sprawiedliwości o przekazanie właściwego protokołu.

Odwołujący podkreślił także, że od dnia zawarcia Umowy zrealizował na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości - poza realizacją zlecenia dot. organizacji Konferencji - 31 zleceń jednostkowych złożonych w oparciu o Umowę. Każde z nich zostało wykonane przez Odwołującego w należyty sposób, o czym świadczy przykładowa korespondencja prowadzona pomiędzy Ministerstwem Sprawiedliwości a Odwołującym, faktury wystawione przez Odwołującego w związku z realizacją ww. zleceń jednostkowych oraz potwierdzenia zapłaty należności objętych tymi fakturami przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Ministerstwo Sprawiedliwości nie miało przed dniem 13 listopada 2020 r. jakichkolwiek zastrzeżeń co do sposobu realizacji Umowy przez Odwołującego. Ministerstwo Sprawiedliwości nie miało również zastrzeżeń w przedmiocie sposobu realizacji przez Odwołującego zleceń udzielonych na podstawie Umowy po 13 listopada 2020 r. (Odwołujący zrealizował po tym dniu 5 zleceń na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości). Trudno zatem uznać, aby nienależyte (zdaniem Ministerstwa Sprawiedliwości) wykonanie pewnych czynności w ramach jednego z łącznie 37 realizowanych na postawie Umowy zleceń, stanowiło znaczące co do zakresu naruszenie zobowiązań umownych. Z tego też powodu stwierdzenie przez Zamawiającego, jakoby „liczba oraz rodzaj wadliwości" miały uzasadniać twierdzenie, że nastąpiły one „w znacznym stopniu" jest nieuprawniona. Zamawiający nie wytłumaczył z jakiego powodu uznał, że liczba i rodzaj wadliwości dotyczących konferencji było tożsame z „niewykonaniem zobowiązania w znacznym stopniu", że doszło do naruszenia istotnego zobowiązania.

Zamawiający nie poddał analizie zasadności wykluczenia z punktu widzenia m.in. następujących okoliczności:

1. wysokości kary umownej za jakoby nienależyte wykonanie Zlecenia - 12.204,31 zł (co przy całkowitej wartości Umowy stanowiło niewielki %),

2. jednostkowego, jednorazowego charakteru zaistniałego problemu (wynikającego z jednego zdarzenia),

3. podjęcia przez Odwołującego działań mających na celu wyeliminowanie problemu niezwłocznie po otrzymaniu informacji w tym względzie od osoby odpowiedzialnej za streaming. O wadliwości czynności Zamawiającego świadczy chociażby fakt braku pozyskania informacji o ilości wszystkich zrealizowanych przez Odwołującego zleceń na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości na podstawie Umowy. Informacja ta miała istotne znaczenie dla oceny zakresu naruszeń Umowy, tj. jednej z przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powyższe świadczy o braku przeprowadzenia prawidłowej analizy, jak i o niewłaściwym uzasadnieniu czynności przez Zamawiającego.

Nadto, co do stopnia naruszenia zobowiązań umownych, które - co należy podkreślić - miały miejsce wyłącznie w przypadku realizacji jednego z 37 zleceń na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, należy zauważyć, że nieprawidłowości w nagraniu ścieżki dźwiękowej w języku angielskim zostały odnotowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości w przypadku wystąpień 4 z 15 prelegentów. Co jednak istotne, z treści wiadomości e-mail z dnia 18 listopada 2020 r. załączonej do niniejszego Odwołania wynika, że Ministerstwo Sprawiedliwości dysponuje całym nagraniem inauguracji Konferencji, co podważa tezę o poniesieniu szkody przez Ministerstwo Sprawiedliwości i braku możliwości skorzystania z materiałów powstałych w ramach Konferencji. Ministerstwo Sprawiedliwości mogło i może w rzeczywistości wykorzystać materiały powstałe w ramach Konferencji. W tym kontekście nieuprawniona jest teza Zamawiającego zawarta w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r., jakoby Ministerstwo Sprawiedliwości nie mogło wykonać pełnej transkrypcji

wystąpień wygłoszonych w trakcie konferencji. Odwołujący załączył jako dowód wydruk wiadomości e-mail Pani S.K., Zastępcy Dyrektora Biura Komunikacji i Promocji Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 2020 r.

W okolicznościach opisanej sprawy Ministerstwo Sprawiedliwości nie było uprawnione zarówno do nałożenia kary umownej za nienależyte wykonanie Zlecenia, jak i w związku z odstąpieniem od Umowy. Ministerstwo Sprawiedliwości nie było uprawnione również do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Z kolei nawet gdyby błędnie uznać, że takie uprawnienie się zaktualizowało, to Ministerstwo Sprawiedliwości złożyło oświadczenie nieskutecznie, albowiem z uchybieniem zastrzeżonego w Umowie 14-dniowego terminu do jego złożenia (oświadczenie o odstąpieniu datowane jest na 30 listopada 2020 r. i zostało złożone Odwołującemu - doręczone przesyłką poleconą dopiero w dniu 7 grudnia 2020 r., podczas gdy nieprawidłowości stanowiące w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości podstawę do odstąpienia od umowy zostały stwierdzone protokołem z dnia 13 listopada 2020 r.).

Zamawiający w ogóle nie odniósł się w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r. do tych okoliczności, nie wspominając już o obowiązku wykazania tych okoliczności ciążącym na Zamawiającym. Zamawiający nie przeanalizował, czy na gruncie Umowy możliwe było nałożenie kar umownych, jak i odstąpienie od Umowy, w szczególności nie przeanalizował, czy Odwołujący w sposób istotny naruszał postanowienia Umowy. Z niewiadomych względów w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r. podniósł zagadnienie kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy, w sytuacji gdy na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp relewantna jest jedynie kara umowna związana z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem obowiązku, a nie kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy. Oznacza to, że Zamawiający nie zdołał wykazać zatem kolejnego już elementu przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający pominął, że przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp ma zastosowanie jedynie do umów w sprawie zamówienia publicznego. O braku przeprowadzenia analizy w tej mierze świadczy choćby to, że w uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r. Zamawiający przyjął, że Odwołujący nienależycie wykonał istotne zobowiązanie z „umów w sprawie zamówienia publicznego" - nie dostrzegł on zatem, że była tylko jedna taka umowa.

W świetle opisanych powyżej okoliczności, należy uznać, że mimo dołożenia należytej staranności przez Odwołującego nie udało się zapobiec nieprawidłowościom wskazanym w protokole. Nie sposób jest zatem uznać, aby nieprawidłowości wyniknęły z okoliczności, za które Odwołujący ponosi odpowiedzialność.

Mając na uwadze powyższą argumentację, należy uznać, że okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości od Umowy zawartej z Odwołującym, nie pozwalają na przyjęcie, że w związku z analizowaną sytuacją ziściły się wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania, skutkujące odrzuceniem jego oferty i unieważnieniem postępowania, stanowiło także o naruszeniu zasady proporcjonalności, do której stosowania Zamawiającego obliguje art. 109 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że przez cały okres realizacji Umowy należycie wykonywał wszystkie swoje obowiązki, a pewne nieprawidłowości, które były skutkiem decyzji Ministerstwa Sprawiedliwości, zaistniały jedynie w odniesieniu do jednej realizacji - Konferencji w dniu 13 listopada 2020 r. Zatem, nawet gdyby całkowicie błędnie przyjąć zaistnienie co do zasady przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp czyniłoby to koniecznym odstąpienie od wykluczenia z postępowania, biorąc pod uwagę obowiązującą Zamawiającego zasadę proporcjonalności, w tym wagę zaistniałych nieprawidłowości. Problem miał charakter jednorazowy, zaś Odwołujący podjął działania mające na celu jego usunięcie niezwłocznie po otrzymaniu informacji o jego powstaniu. Waga zaistniałych nieprawidłowości, zwłaszcza w kontekście braku poniesienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości realnej szkody, stanowi powód do stawiania przez Odwołującego w sporze przed sądem cywilnym z Ministerstwem Sprawiedliwości ewentualnego zarzutu braku miarkowania kary umownej (zarzut postawiony z ostrożności procesowej - Odwołujący kwestionuje z całości prawo Ministerstwa Sprawiedliwości do naliczenia jakiejkolwiek kary umownej).

Okoliczności realizacji wszystkich zleceń świadczonych na postawie Umowy, oceniane łącznie, a nie jedynie przez pryzmat nieprawidłowości zaistniałych w czasie Konferencji (niezawinionych przez Odwołującego), świadczą o wysokiej jakości usług, rzetelności i profesjonalizmie Odwołującego. Odwołujący w pełni zaspokajał interes Ministerstwa Sprawiedliwości mimo niezwykle krótkich terminów wyznaczanych na realizację poszczególnych zleceń (zgodnie z § 3 Umowy, pilne konferencje winny być realizowane do 1,5 godziny od chwili przekazania Odwołującemu zlecenia). Odwołujący niejednokrotnie działał pod presją czasu, kiedy na prośbę Ministerstwa Sprawiedliwości przygotowywał konferencję w czasie krótszym niż ww. wskazane 1,5 godziny, zdając sobie sprawę z pilności spraw ogłaszanych na konferencjach. To z kolei było możliwe dzięki odpowiedniemu doświadczeniu i kadrze Odwołującego, ale wynikało również z chęci zaspokojenia interesu Ministerstwa Sprawiedliwości w sposób wykraczający nawet poza pierwotnie przyjęty obowiązek.

Niewątpliwie okolicznością istotną w analizowanym zakresie jest fakt, że przedmiot zamówienia w postępowaniu ma zgoła inny charakter, niż zlecenia realizowane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, zatem oczywistym jest, że ewentualne nieprawidłowości, które pojawiły się w toku Konferencji, z pewnością nie zaistnieją w toku świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Co więcej, jak była mowa na wstępie, Odwołujący przedsięwziął już szereg czynności zmierzających bezpośrednio do realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, ponosząc istotne koszty, co świadczy o jego rzetelności i daje gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Finalnie, należy wskazać za ww. opinią UZP, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.

Skoro Odwołujący kwestionuje w całości, jakoby przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z łączącej Odwołującego z tym zamawiającym umowy, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, zatem nie miał powodu do zaznaczania odpowiedzi twierdzącej w formularzu JEDZ w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy znajdował się 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. Tym samym, oświadczenie Odwołującego nie było - jak sugeruje Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania - niezgodne z rzeczywistością i nie podważyło jego wiarygodności.

W uzasadnieniu czynności z dnia 31 października 2023 r. Zamawiający nie odniósł się do obowiązującej go zasady proporcjonalności i nie wyjaśnił, z jakiego powodu wykluczenie nie byłoby niewspółmierne/nieproporcjonalne w niniejszym przypadku.

2. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Bezspornym jest, że Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, oparł się na dokumentach i informacjach pozyskanych z Ministerstwa Sprawiedliwości, mimo że Odwołujący wskazał argumenty i dowody przeczące twierdzeniom Ministerstwa Sprawiedliwości.

W ocenie Odwołującego, przedstawione w niniejszym odwołaniu okoliczności, twierdzenia i dowody stanowią podstawę do uznania, że wobec Odwołującego nie zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co stanowi wystarczającą podstawę do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonania wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów dotyczących braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 128 ust. 5 Pzp zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Odwołujący potwierdził, że w złożonym podmiotowym środku dowodowym w postaci Jednolitego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) nie wykazał, jakoby zachodziły wobec niego jakiekolwiek przesłanki wykluczenia.

Skoro w toku postępowania Zamawiający powziął informacje o potencjalnym zaistnieniu wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to powinien był - celem zgromadzenia kompletnego materiału dowodowego oraz przeprowadzenia prawidłowej, pełnej, bezstronnej i rzetelnej analizy - wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, dając mu jednocześnie możliwość wytłumaczenia pozornej, w ocenie Odwołującego, rozbieżności między przekazanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości informacjami, a oświadczeniem JEDZ złożonym przez Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że możliwość przedstawienia przez Odwołującego „własnej optyki zaistniałego stanu faktycznego" nie wyczerpuje się wraz z momentem złożenia przez Odwołującego oświadczenia JEDZ i nie musi nastąpić wyłącznie z jego inicjatywy, zwłaszcza w sytuacji, w której, według Odwołującego, nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia.

Mając na uwadze, że ciężar wykazania spełnienia wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp spoczywa na Zamawiającym, powinien on wezwać Odwołującego do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności między oświadczeniem JEDZ, a pozyskanymi przez Zamawiającego informacjami. Nieuzyskanie wyjaśnień od Odwołującego, czyni ustalenia Zamawiającego niepełnymi, wybiórczymi i nieobiektywnymi. Wątpliwości Zamawiającego co do zasadności odstąpienia od Umowy przez Ministerstwo Sprawiedliwości powinna wzbudzić nawet informacja o pozostawaniu z Odwołującym w sporze co do prawidłowości odstąpienia od umowy i wymierzenia kar umownych.

Zamawiający winien był zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie w oparciu o art. 128 ust. 4 Pzp. Wniosek taki wypływa również z zasad prowadzenia postępowania, określonych w art. 16 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zamawiający

winien umożliwić Odwołującemu zajęcie stanowiska w postępowaniu przed podjęciem decyzji co do wykluczenia. Co więcej, Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się do Odwołującego z wyjaśnieniem w szczególności zagadnienia protokołu odbioru (skoro nie uzyskał od Ministerstwa Sprawiedliwości właściwego protokołu).

Dodatkowo, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, albowiem winien był zwrócić się do Ministerstwa Sprawiedliwości o przedstawienie informacji i dokumentów istotnych dla oceny braku podstaw wykluczenia w kontekście podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń, w tym dotyczących protokołu, czy też przyczyn leżących po stronie Ministerstwa Sprawiedliwości.

Materiał, jakim dysponował Zamawiający, mógł być potencjalnie zakwalifikowany jako wywołujący wątpliwości w kontekście możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania, chociażby w kontekście podkreślanego przez Odwołującego braku pełnej dokumentacji, w tym nieotrzymania przez Zamawiającego od Ministerstwa Sprawiedliwości właściwego protokołu dotyczącego umowy, od której odstąpiło Ministerstwo Sprawiedliwości czy też podkreślanych przez Odwołującego przyczyn problemów dotyczących konferencji w dniu 13 listopada 2023 r.

Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie (a Ministerstwo Sprawiedliwości w trybie art. 128 ust. 5 Pzp) uzyskałby pełne informacje wskazujące na brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, jak i unieważnienia postępowania.

Odwołujący załączył do odwołania m.in.:

1.kopię odpowiedzi na pozew z dnia 9 sierpnia 2021 r. wraz z załączonymi dowodami,

2.pismo Odwołującego z dnia 1 września 2023 r. wraz z załącznikami,

3.umowę nr 7 /WL/2020 wraz z załącznikami,

4.wydruk wiadomości e-mail Pana M.B. z dnia 5 listopada 2020 r. oraz z dnia 12 listopada 2020 r.,

5.pismo Odwołującego z dnia 24 grudnia 2020 r. do Ministerstwa Sprawiedliwości,

6.wydruk z wiadomości e-mail Pani S.K., Zastępcy Dyrektora Biura Komunikacji i Promocji Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 2020 r.,

7.odwołanie z dnia 9 października 2023 r.,

8.postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2023 r.

Pismem z dnia 24 listopada 2023r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 31 października 2023 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło bowiem dwóch wykonawców, w stosunku do których zaistniały przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty. W piśmie z dnia 31 października 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne przedmiotowej decyzji. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie wniesione przez Odwołującego winno podlegać oddaleniu w całości.

ZARZUT NR 1

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią pkt 3 ppkt 3 zawartego w Rozdziale VII Specyfikacji Warunków Zamówienia zastosowanie w postępowaniu ma fakultatywna przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Zamawiającego, ze zgromadzonych w toku postępowania przez Zamawiającego informacji,w szczególności w świetle informacji przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, wobec Odwołującego ziściła się fakultatywna przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1pkt 7 Pzp. Podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego jest nienależyte wykonanie przez Odwołującego umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z Ministerstwem Sprawiedliwości.

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 21.07.2023 r. zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości o udzielenie informacji o współpracy z Odwołującym, w szczególności prosząc o „informacje nt. ewentualnych nieprawidłowości, które mogły się pojawić podczas realizacji zadań powierzonych ww. firmie oraz ewentualnego naliczenia kar umownych w związku z zawartą umową".

W odpowiedzi na przedmiotową korespondencję Dyrektor Biura Finansów Ministerstwa Sprawiedliwości wskazał, że *„Ministerstwo Sprawiedliwości w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie obsługi technicznej nagłośnienia konferencji organizowanych przez Zamawiającego we wskazanych miejscach na terenie Warszawy" zawarło w dniu 29 maja 2020 r. ze spółką Berm Sp. z o.o. Sp.k. umowę na kwotę 369 000,00 złotych brutto, której przedmiotem była realizacja ww. przedmiotu zamówienia. W dniu 30 listopada 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości odstąpiło od ww. umowy a wykonawcy została naliczona kara umowna w wysokości 110 700,00 zł."* Jednocześnie, z informacji pozyskanej z Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że przed Sądem Okręgowym w Warszawie zawisła sprawa, w której Ministerstwo Sprawiedliwości dochodzi od Odwołującego zapłaty kwoty 90 870,19 zł należnej z tytułu naliczonych kar umownych. Z treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy złożonego Odwołującemu przez Dyrektora Biura Finansów Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 30.11.2020 r. wynika, że Odwołujący w istotny sposób naruszył swoje obowiązki umowne określone w umowie z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220, dotyczącej świadczenia obsługi technicznej

nagłośnienia spotkań, narad, odpraw, konferencji itp. organizowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości poprzez nienależyte wykonanie zamówienia w dniu 13.11.2020 r., opisanego w załączniku nr 1 do tej umowy w zakresie *„Nagrywania przebiegu konferencji, spotkań na nośniki danych (np. płyta CD, DVD, karta pamięci, pendrive, dysk zewnętrzny…”*, a przejawy owego nienależytego wykonania zobowiązania zostały szczegółowo opisane w protokole odbioru, datowanym na 19.11.2020 r.

Mając na uwadze treść pisma Dyrektora Biura Finansów Ministerstwa Sprawiedliwościz dnia 28.07.2023 r., Zamawiający, pismem z dnia 11.08.2023 r. zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą m.in. o wskazanie, jakie okoliczności przemawiały za uznaniem, że nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, udostępnienie protokołu odbioru z dnia 19.11.2020 r., udzielenie informacji czy Odwołujący ostatecznie zapłacił naliczone kary umowne.

Ministerstwo Sprawiedliwości udzieliło informacji, że Odwołujący nie uiścił naliczonych mu kar umownych. Do ww. pisma załączono kopię protokołu odbioru z dnia 19.11.2020 r. potwierdzającego, że Odwołujący nienależycie wykonał usługę obsługi technicznej wideokonferencji zorganizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości, realizowaną na podstawie zamówienia z dnia 12.11.2020 r. (DIRSXI.2420.45.2020), co przejawiało się w:

-braku dźwięku kierowanego do streamingu przez ponad 6 minut od momentu rozpoczęcia wideokonferencji (transmitowany był jedynie obraz) w czasie wystąpienia Ministra Sprawiedliwości,

-nieprzekazaniu prelegentom przez BERM instrukcji obsługi aplikacji, używanejw czasie wideokonferencji, która godnie z ustaleniami poczynionymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości i BERM miała zostać przekazana 9.11.2020 r. i nie poinformowaniu prelegentów o niemożności korzystania z tłumaczeń poprzez przeglądarkę internetową i konieczności zainstalowania w tym celu aplikacji na komputerze,

-wadliwości nagrań wystąpień prelegentów w języku angielskim, które miały stanowić podstawę do transkrypcji, niezbędnej dla opracowania materiałów pokonferencyjnych (wydania publikacji w formie książki) polegających na:

-braku rejestracji wystąpienia p. L.R., co całkowicie uniemożliwia wykonanie transkrypcji i ujęcie wystąpienia w publikacji pokonferencyjnej,

-jedynie częściowej rejestracji wystąpienia p. W.d. (brak pierwszej części wystąpienia), co uniemożliwia wykonanie pełnej transkrypcji i ujęcie zasadniczej części wystąpienia w publikacji pokonferencyjnej,

-niezachowaniu ciągłości rejestracji wystąpienia p. S.K., co skutkuje niekompletnością zarejestrowanego wystąpienia, uniemożliwiając wykonanie transkrypcji pełnej treści wystąpienia i ujęcia jej w publikacji pokonferencyjnej,

-jedynie częściowej rejestracji wystąpienia p. R.A. wygłoszonego w języku włoskim i częściowego nałożenia na nie tłumaczenia symultanicznego na język angielski, co uniemożliwia wykonanie pełnej transkrypcji i ujęcie zasadniczej części wystąpienia w publikacji pokonferencyjnej.

W oparciu o całokształt korespondencji prowadzonej z Ministerstwem Sprawiedliwości Zamawiający ustalił, że wbrew treści oświadczenia złożonego w Części III lit. C wiersz siódmy oświadczenia JEDZ, Odwołujący znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem a nadto, w której w związku z umową nałożono odszkodowanie umowne (w postaci naliczonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości kar umownych). Zdarzenia te były następstwem licznych, istotnych uchybień Odwołującego w trakcie obsługi wideokonferencji dotyczącej konfiskaty rozszerzonej, organizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości (które to wadliwości przywołano powyżej, w oparciu o treść protokołu odbioru uzyskanego przez Zamawiającego z Ministerstwa Sprawiedliwości).

Zamawiający podkreślił, że wiedzę o ww. okolicznościach uzyskał od Ministerstwa Sprawiedliwości, a nie od Odwołującego, który zgodnie z zawartym w oświadczeniu JEDZ pouczeniem, powinien był wskazać w oświadczeniu JEDZ, że Ministerstwo Sprawiedliwości odstąpiło od umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz naliczyło Odwołującemu kary umowne. Zasadność takiego stanowiska Zamawiającego znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 14 marca 2022 r., KIO 449/22.Podobnie wyrok SO w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19).

Odwołujący poprzestał zatem na złożeniu niezgodnego z rzeczywistością oświadczenia, czym nie tylko podważył swoją wiarygodność, powodując, że Zamawiający zdecydował się skorzystać z regulacji art. 128 ust. 5 Pzp i zwrócił się o udzielenie wyjaśnień niezbędnych dla dokonania oceny istnienia podstaw wykluczenia Odwołującego, bezpośrednio do Ministerstwa Sprawiedliwości, ale również uniemożliwił sobie złożenie ewentualnego skutecznego samooczyszczenia.

Stan faktyczny ustalony przez Zamawiającego jednoznacznie potwierdza, że w postępowaniu spełniły się przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego z powodu kumulatywnego spełnienia się okoliczności powodujących wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisanych przez ustawodawcę w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający podniósł, że norma wywiedziona z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, 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.

Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się, że: *„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 2014/24/UE uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, 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."* (wyrok KIO z 30.03.2023 r., KIO 746/23,. Odnotować także należy, że w przytoczonym wyroku Izba wskazał, iż: *„Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności."*

W rozpatrywanym stanie faktycznym uchybienia w zakresie realizacji przez Odwołującego zobowiązania realizowanego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości było następstwem okoliczności leżących wyłącznie po stronie Odwołującego, związanych z niewłaściwą obsługą wybranej przez tego wykonawcę aplikacji do przeprowadzenia wideokonferencji i niepoinformowania prelegentów o zasadach korzystania z aplikacji, pomimo wcześniejszej wiążącej deklaracji w zakresie przekazania poradnika technicznego.

Opisane okoliczności faktyczne jednoznacznie potwierdzają także, że działania Odwołującego w toku realizacji umowy z Ministerstwem Sprawiedliwości wskazywały na poważne niedbalstwo, polegające na realizacji Konferencji z dnia 13.11.2020 r. w sposób odbiegający od wzorca należytej staranności. Liczba oraz rodzaj wadliwości zaistniałych w trakcie obsługi przez Odwołującego ww. Konferencji przemawiają za uznaniem, że niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło w znacznym stopniu – stwierdzono bowiem istotne wady w rejestracji wystąpień, które uniemożliwiły wykonanie pełnej transkrypcji wszystkich wystąpień wygłoszonych w trakcie konferencji, a w konsekwencji brak możliwości opracowania publikacji pokonferencyjnej rzetelnie oddającej jej przebieg i zawierającej pełną treść zaprezentowanych wystąpień. Nie sposób pominąć również uszczerbku wizerunkowego, jaki wystąpił w związku z blisko sześciominutowym transmitowaniem jedynie obrazu, a nie obrazu i dźwięku w czasie wystąpienia otwierającego konferencję, wygłaszanego przez Ministra Sprawiedliwości. Powyższe zaś skutkowało nienależytym wykonaniem przez Odwołującego istotnego zobowiązania wynikającego z uprzednio zawartej umowy z Ministerstwem Sprawiedliwości.

Sposób realizacji przez Odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości doprowadził w konsekwencji do odstąpienia od tej umowy przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz naliczenia kar umownych.

Podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na zaistnienie w stosunku do niego przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest zatem zasadne w świetle literalnej treści tego przepisu. Jednocześnie decyzja Zamawiającego znajduje potwierdzenie w poglądach prezentowanych w orzecznictwie KIO *(*wyrok KIO z 31.03.2023 r., KIO 719/23, LEX nr 3529833.). W przedmiotowym postępowaniu, doszło bowiem do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek warunkujących wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający zauważył, że w prowadzonym postępowaniu w stosunku do Odwołującego nie znajdował zastosowania przepis art. 109 ust. 3 Pzp pozwalający na niewykluczanie wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. W ocenie Zamawiającego, nie zaistniała okoliczność polegająca na oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Okoliczności faktyczne związane z nienależytą realizacją przez Odwołującego zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego z Ministerstwem Sprawiedliwości dowodzą, że zastosowanie w stosunku do Odwołującego sankcji wykluczenia było zasadne.

Z uwagi na powyższe argumenty przesądzające za zasadnością odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, a także mając na względzie fakt skutecznego odrzucenia przez Zamawiającego oferty drugiego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, zasadne jest unieważnienie przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

ZARZUT NR 2

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem istnienia po stronie Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego nienależytego wykonania przez Odwołującego świadczeń realizowanych na rzecz Ministra Sprawiedliwości. Zarzut ten stanowi próbę przeniesienia na Zamawiającego odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi sam Odwołujący, tj. za zatajenie (jak się wydaje celowe) faktu odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Ministra Sprawiedliwości.

Zamawiający podkreślił, że to Odwołujący podjął decyzję co do sposobu ukształtowania treści oświadczenia JEDZ i nieujawniania w nim, że w przeszłości doszło do rozwiązania z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego. To Odwołujący zdecydował o niekorzystaniu z instytucji samooczyszczenia, nie pozostawiając Zamawiającemu możliwości podjęcia innej decyzji, aniżeli wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty. Artykułowane w treści odwołania zastrzeżenia co do zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sytuacji uprzedniego nieskorzystania z możliwości samodzielnej notyfikacji o odstąpieniu od umowy przez Ministra Sprawiedliwości jawią się, zdaniem Zamawiającego, jako nadużycie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i

wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 109 ust. 3 Pzp oraz art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 111 pkt 4 Pzp, a także art. 255 pkt 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania (a oferta Odwołującego odrzuceniu, pomimo niespełnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i w konsekwencji przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, na skutek przeprowadzenia przez Zamawiającego nieprawidłowej, niepełnej analizy, pozbawionej samodzielnej weryfikacji istotnych okoliczności i bezstronnej ich oceny, zwieńczonej błędnymi wnioskami oraz mimo niewykazania przez Zamawiającego, że Odwołujący - 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, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz odszkodowania (nałożenia kar umownych), a także poprzez zaniechanie poddania analizie, czy ewentualne wykluczenie Odwołującego byłoby zgodne z zasadą proporcjonalności, co skutkowało błędnym wykluczeniem Odwołującego i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty oraz unieważnieniem postępowania, jak i przez nieprawidłowe, niepełne uzasadnienie informacji o czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych powyżej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedmiotem odwołania są czynności (i zaniechania dokonania czynności) Zamawiającego z dnia 31 października 2023 r. W dniu 31 października 2023 r. Zamawiający poinformował na platformie zakupowej o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o „unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu". Zamawiający przekazał Odwołującemu „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania", zawierające „informację o odrzuconych ofertach oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia ofert". W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, z uwagi na spełnienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz szczegółowe uzasadnienie faktyczne.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W świetle art. 253 ust.1 i 2 Pzp, przekazane przez Zamawiającego Odwołującemu informacje w dniu 31 października 2023 r. spełniają wymogi ww. przepisów. Zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne ww. decyzji Zamawiającego zostały sformułowane w sposób jasny i czytelny, pozwalający na odniesienie się przez wykonawcę w treści środka ochrony prawnej, tj. wniesionego odwołania do argumentów wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu prawnym, jak i faktycznym. Odwołujący prawidłowo skorzystał ze środka ochrony prawnej. Sam fakt, że Odwołujący nie zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego nie stanowi o nieprawidłowości uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie odniósł się do argumentacji, twierdzeń i dowodów, które przedstawił Odwołujący wraz z wcześniej wniesionym odwołaniem, jednak należy zauważyć, że informacje te zostały przekazane Zamawiającemu w ramach postępowania odwoławczego, które zakończyło się postanowieniem o umorzeniu tego postępowania. Podkreślić należy, że Odwołujący przedstawił dowody w niniejszej sprawie nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego, lecz dopiero po wykluczeniu z postępowania, w zainicjowanym przez wykonawcę postępowaniu odwoławczym, jako załączniki do odwołania. Odwołujący nie przedstawił tych informacji w dokumencie JEDZ, w którym wykonawca miał obowiązek je przedstawić.

Wskazać należy, że w niniejszej sprawie bezsporne jest, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3 fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy, informując wykonawców, że wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę na podstawie okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 Pzp, tj. tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z 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.

Zgodnie natomiast z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący w części lit. C wiersz siódmy oświadczenia JEDZ złożonego wraz z ofertą oświadczył, że nie

wystąpiły w stosunku do niego okoliczności określone w treści pytania dotyczącego wcześniejszego rozwiązania umowy/nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w związku z tą umową.

Jak samodzielnie ustalił w toku postępowania Zamawiający, wbrew treści ww. oświadczenia złożonego w Części III lit. C wiersz siódmy JEDZ, Odwołujący znalazł się w sytuacji, w której zawarta przez niego wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a nadto, w której w związku z umową nałożono odszkodowanie umowne (w postaci naliczonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości kar umownych). Zdarzenia te były następstwem nienależytego wykonania usługi obsługi wideokonferencji, organizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Wiedzę o powyższych okolicznościach Zamawiający uzyskał bezpośrednio od zamawiającego - Ministerstwa Sprawiedliwości, co wynikało z faktu, że Odwołujący, który zgodnie z zawartym w oświadczeniu JEDZ pouczeniem, powinien był wskazać w oświadczeniu JEDZ, że Ministerstwo Sprawiedliwości odstąpiło od umowy zawartej z nim w sprawie zamówienia publicznego oraz naliczyło z tego tytułu kary umowne, oświadczył w sposób nieodpowiadający rzeczywistości, że okoliczności o takim charakterze nie miały miejsca w jego przypadku. Odwołujący złożył zatem niezgodne z rzeczywistością oświadczenie, czym istotnie podważył swoją wiarygodność w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Z dokonanych w niniejszej sprawie ustaleń wynika bowiem, że Odwołujący zawarł w dniu 29 maja 2020 r. z Ministerstwem Sprawiedliwości Umowę nr 7/WL/2020 opiewającą na kwotę 369 000,00 złotych brutto, której przedmiotem była realizacja zamówienia pn. „Świadczenie obsługi technicznej nagłośnienia konferencji organizowanych przez Zamawiającego we wskazanych miejscach na terenie Warszawy". W dniu 30 listopada 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości odstąpiło od ww. Umowy, a Odwołującemu została naliczona kara umowna w wysokości 110 700,00 zł.

W związku z zamiarem przeprowadzenia Konferencji pt. „Konfiskata rozszerzona", jaka miała odbyć się w dniu 13 listopada 2020 r., Ministerstwo Sprawiedliwości złożyło Odwołującemu w dniu 12 listopada 2020 r. dodatkowe zamówienie nr DIRS.XI.2420.45.2020, którego przedmiotem było przygotowanie i zapewnienie zaplecza technicznego wraz z niezbędnym oprogramowaniem dot. organizacji Konferencji w dniu 13 listopada 2020 r. Po wykonaniu zlecenia zamawiający sporządził i podpisał protokół odbioru usługi z dnia 13 listopada 2020 r., stwierdzający nienależyte wykonanie usługi, przedstawiający zastrzeżenia co do należytego jej wykonania przez Odwołującego. Ministerstwo Sprawiedliwości złożyło Odwołującemu oświadczenie o odstąpieniu od ww. Umowy z dnia 30 listopada 2020 r.
W związku z nienależytym - w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości - wykonaniem przez Odwołującego usługi dotyczącej obsługi technicznej Konferencji w części dotyczącej nagrania z przebiegu ww. Konferencji i ujawnionych w jego ocenie braków w nagraniu ścieżki dźwiękowej w języku angielskim i rejestracji całości lub części wystąpień niektórych osób zabierających głos, zamawiający naliczył wykonawcy na podstawie § 6 ust. 1 pkt 1 Umowy karę umowną w wysokości 12.204,31 złotych. Drugą karę umowną, w wysokości 110.700,00 złotych Ministerstwo Sprawiedliwości naliczyło w oparciu o § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy, w związku z odstąpieniem od Umowy, pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. znak BA-111-252.13.2020. Odwołujący złożył Ministerstwu Sprawiedliwości pismo z dnia 24 grudnia 2020 r. kwestionujące zastrzeżenia Ministerstwa co do realizacji Umowy.

Na wstępie należy zauważyć, że nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że skoro Odwołujący kwestionuje w całości, jakoby przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z łączącej Odwołującego z tym zamawiającym umowy, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, to nie był on zobowiązany do zaznaczania odpowiedzi twierdzącej w formularzu JEDZ w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy znajdował się 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.

Podkreślić należy, że pytanie zawarte w formularzu JEDZ, na które wykonawca musi udzielić rzetelnej odpowiedzi, dotyczy potwierdzenia lub zaprzeczenia zaistnieniu w stosunku do tego wykonawcy obiektywnych faktów, zdarzeń mających miejsce w przeszłości w toku realizacji przez tego wykonawcę innych zamówień.

Odpowiedź udzielona przez wykonawcę na to pytanie powinna być uczciwa i rzetelna. Opis zdarzeń dokonany przez wykonawcę w JEDZ powinien umożliwiać zamawiającemu dokonanie oceny, czy okoliczności, które wystąpiły w toku realizacji innych zamówień przez tego wykonawcę były na tyle istotne oraz wpływają na wiarygodność wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z danego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ocena taka z pewnością nie jest możliwa w przypadku, gdy wykonawca nie informuje zamawiającego w oświadczeniu JEDZ o zaistnieniu okoliczności, przytoczonych w treści pytania zawartego w JEDZ, a wręcz zaprzecza wystąpieniu rzeczonych okoliczności. Podkreślić też należy, że udzielenie przez wykonawcę pozytywnej odpowiedzi na omawiane pytanie zawarte w JEDZ nie powoduje automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ wykluczenie następuje dopiero w wyniku oceny przez Zamawiającego całokształtu danej sytuacji faktycznej w kontekście przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli dany wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia zamawiającego w JEDZ, że w

stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obwiązek notyfikowania zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale notyfikacji obiektywnych faktów.

Potwierdzenie tego stanowiska zostało jednoznacznie wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19, w którym Sąd wskazał m.in., że to wykonawca „musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją" (tak wyrok z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19). Transparentne i rzetelne udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ, jeśli dane okoliczności miały miejsce, otwiera zamawiającemu drogę do rzetelnego zbadania zdolności podmiotowych wykonawcy co do okoliczności, które mogą mieć znaczenie w kontekście podstawy wykluczenia, natomiast wykonawcy umożliwia uwiarygodnienie swojej postawy jako profesjonalnego wykonawcy, który pomimo zaistnienia pewnych trudności z realizacją zamówienia w przeszłości, działa w sposób odpowiedzialny i wiarygodny, aby tym samym przekonać zamawiającego, że gwarantuje pełne zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia.

Wbrew oświadczeniu złożonemu przez Odwołującego w JEDZ, obiektywne fakty są zatem inne, bowiem Umowa realizowana przez Odwołującego na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i została naliczona znacznej wysokości kara umowna z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości od Umowy zawartej z Odwołującym, pozwoliły na przyjęcie przez Zamawiającego, że w związku z analizowaną sytuacją ziściły się wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Z informacji uzyskanych z Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że Odwołujący w istotny sposób naruszył swoje obowiązki umowne określone w Umowie z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220, dotyczącej świadczenia obsługi technicznej nagłośnienia spotkań, narad, odpraw, konferencji itp. organizowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, poprzez nienależyte wykonanie zamówienia w dniu 13 listopada 2020 r., opisanego w załączniku nr 1 do tej umowy, a przejawy nienależytego wykonania zobowiązania zostały szczegółowo opisane w protokole odbioru z dnia 19 listopada 2020 r. W oparciu o informacje uzyskane od Ministerstwa Sprawiedliwości Zamawiający ustalił w sposób niewątpliwy, że Odwołujący - wbrew złożonemu oświadczeniu w JEDZ - znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a ponadto, w której w związku z zawartą umową nałożono kary umowne. Odwołujący, zgodnie z prawdą i stosownie do zawartego w oświadczeniu JEDZ pouczenia, powinien był wskazać w oświadczeniu JEDZ, że doszło do odstąpienia przez Ministra Sprawiedliwości od Umowyw sprawie zamówienia publicznego i naliczenia kar umownych oraz przedstawić Zamawiającemu zaistniały stan faktyczny. Odwołujący złożył jednak w JEDZ niezgodne z rzeczywistością oświadczenie, czym istotnie podważył swoją wiarygodność wobec Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, bowiem Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z Ministrem Sprawiedliwości, tj. umowa z dnia 29 maja 2020 r. nr 7/W/220 z związku z realizowanym przez wykonawcę Zamówieniem z dnia 12.11.2020 r. DIRS- XI.2420.45.2020), została przedwcześnie rozwiązana, co doprowadziło do naliczenia wykonawcy kar umownych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo w tej sytuacji skorzystał z możliwości uregulowanej w art. 128 ust. 5 Pzp, i zwrócił się bezpośrednio do Ministerstwa Sprawiedliwości o udzielenie wyjaśnień niezbędnych dla dokonania oceny okoliczności, mogących stanowić podstawę wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania.

Wskazać należy również, że zamawiający ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, może samodzielnie decydować, czy wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy zamawiający uwzględnia charakter popełnionych nieprawidłowości. Uzasadnione jest w tej sytuacji zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, jednak zamawiający może nie skorzystać z tego uprawnienia w przypadku, gdy wykonawca nie działa w pełni transparentnie i nie informuje zamawiającego o ważnych, wręcz kluczowych okolicznościach z punktu widzenia wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do weryfikacji podmiotowej wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego mógł zatem oprzeć się na dokumentach i informacjach przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, ponieważ Odwołujący żadnych informacji na temat tej sprawy nie podał w JEDZ, wręcz zaprzeczył aby okoliczności te miały miejsce. Odwołujący, którego należy traktować jako profesjonalistę, samodzielnie podjął decyzję nieujawniania w JEDZ, że w przeszłości doszło do rozwiązania z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego, rezygnując tym samym z możliwości skorzystania z instytucji samooczyszczenia oraz w konsekwencji nie pozostawiając Zamawiającemu możliwości podjęcia innej decyzji, aniżeli decyzji o w wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W tych okolicznościach, w ocenie Izby,

Zamawiający nie naruszył art. 109 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, 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. W danym stanie faktycznym nie zaistniała okoliczność polegająca na oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia Odwołującego z postępowania (art. 109 ust. 3 Pzp).

Zarzut naruszenia art. 111 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie został przez Odwołującego uzasadniony, co potwierdza treść odwołania. Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny, jako że został podniesiony jedynie blankietowo, bez należytego uzasadnienia faktycznego.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie ma obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca składa oświadczenie o jednoznacznej treści, które dodatkowo nie odpowiada obiektywnej sytuacji faktycznej, mającej istotne znaczenie dla weryfikacji podmiotowej tego wykonawcy przez zamawiającego.

Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oparł się na dokumentach i informacjach pozyskanych z Ministerstwa Sprawiedliwości, zgodnie z uprawnieniem, które wynika wprost z przepisów ustawy Pzp. Nie sposób uznać, że Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, pomimo tego że wykonawca nie dopełnia swoich obowiązków, przede wszystkim w zakresie rzetelności i profesjonalizmu przy składaniu oświadczeń w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Odwołujący pomija w uzasadnieniu zarzutów odwołania własne działanie wprowadzające w błąd Zamawiającego, a jednocześnie zauważa jedynie obowiązki Zamawiającego.

Ze zgromadzonych w toku postępowania przez Zamawiającego informacji, w szczególności w świetle informacji przekazanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, wobec Odwołującego ziściła się fakultatywna przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W oparciu o całokształt korespondencji prowadzonej z Ministerstwem Sprawiedliwości Zamawiający ustalił, że wbrew treści oświadczenia złożonego w Części III lit. C wiersz siódmy oświadczenia JEDZ, Odwołujący znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem a nadto, w której w związku z umową nałożono odszkodowanie umowne (w postaci naliczonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości kar umownych). Sposób realizacji przez Odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości doprowadził w konsekwencji do odstąpienia od tej umowy przez Ministerstwo Sprawiedliwości oraz naliczenia kar umownych.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający, po przeanalizowaniu okoliczności sprawy, prawidłowo uznał, że wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W konsekwencji, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt2 lit. a) Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego oraz ostatecznie unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, a także mając na względzie fakt skutecznego odrzucenia przez Zamawiającego oferty drugiego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Stosownie bowiem do dyspozycji art. 255 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Na marginesie i jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że fakt, iż Odwołujący poniósł znaczne koszty związane z przygotowaniem przedmiotu zamówienia przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może mieć znaczenia prawnego dla wyniku sprawy gdyż jest następstwem wyłącznie samodzielnej decyzji wykonawcy. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego jakichkolwiek obowiązków związanych z przygotowaniem realizacji przedmiotu zamówienia. Jeśli wykonawca podejmuje takie działania, to wyłącznie na własne ryzyko.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……