

WYROK
z dnia 19 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia I.S. i P.P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej I.S. P.P. s.c. w Warszawie, Sigma BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Euvic Media Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Media Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.W. Bringmore Advertising w Chorzowie oraz Partner of Promotion Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia I.S. i P.P. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej I.S. P.P. s.c. w Warszawie, Sigma BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Euvic Media Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przygotowanie i realizacja społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu Kampania Kolejowe ABC II” (nr ref. BDG-WZPU.2501.10.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 129-342723. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 18 października 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia I.S. i P.P. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej I.S. P.P. s.c. w Warszawie, Sigma BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Euvic Media Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w szczególności brak wykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego przez wykonawcę - Lider Konsorcjum FKS nie wynikały z przyczyn leżących po stronie tego podmiotu, jak również sam fakt informacji o naliczeniu kary umownej nie jest równoznaczny z odszkodowaniem w rozumieniu ww. przepisu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu, mimo iż Konsorcjum FKS nie przedstawiło Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu poprzez udzielenie w Części III Sekcja C JEDZ odpowiedzi przeczącej na pytanie „Czy wykonawca 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?” - w odniesieniu do

Odwołującego nie ma zastosowania przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał na podstawy prawne i faktyczne odrzucenia jego oferty, kwestionując ich zasadność. Odwołujący powołał się na art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i konieczność łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie, wskazując, że w przypadku realizacji umowy nr UZP/2021 /009 z dnia 3 marca 2021 r. nie zostały spełnione wszystkie te przesłanki. Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, że brak osiągnięcia wskaźników nastąpił z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Lidera Konsorcjum FKS, który był stroną ww. umowy z Zamawiającym. Sam fakt nałożenia kary umownej i nieosiągnięcie kilku parametrów opisanych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, które były deklarowane przez wykonawcę w ofercie nie rodzi automatycznie domniemania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z umowy nastąpiło z przyczyn obciążających wykonawcę. Powołał się na art. 471 k.c. i 473 § 1 k.c. Wskazał, iż w przypadku umowy nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r. odpowiedzialność wykonawcy została rozszerzona o okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Potwierdzeniem ww. okoliczności jest treść §8 ust. 1 umowy dotycząca kar umownych. Zgodnie z §8 ust. 1 pkt 3 umowy, który był podstawą naliczenia na Lidera Konsorcjum FKS kar umownych Zamawiający był uprawniony naliczyć kary umowne w przypadku „niedotrzymania zadeklarowanych zasięgów oraz innych parametrów stanowiących podstawę oceny Oferty w Postępowaniu w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert - w wysokości 3% łącznego wynagrodzenia brutto, określonego w 57 ust. 1 Umowy, za każdy przypadek niedotrzymania”. Odpowiedzialność wykonawcy skutkująca naliczeniem kar umownych była zatem uzależniona od samego faktu wystąpienia zdarzenia (niedotrzymania wskaźników) i nie była ograniczana np. zawinieniem wykonawcy. Zamawiający zatem miał podstawę do naliczenia kary umownej określonej w §8 ust. 1 pkt 3 umowy bez względu na to czy okoliczności spowodowane niedotrzymaniem zadeklarowanych zasięgów/parametrów były spowodowane przyczynami dającymi się przypisać wykonawcy.

Odwołujący zauważył, że ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazał, że podstawą wykluczenia może być wyłącznie niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego, które wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym, jeżeli w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego dojdzie nie niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego niewykonywania istotnych

zobowiązań, co doprowadzi do odszkodowania to przesłanka wykluczenia aktualizuje się tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że uchybienie zostało spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy - nawet wówczas, gdy odpowiedzialność wykonawcy z tytułu wykonania umowy została rozszerzona na podstawie art. 473 § 1 k.c. . Dodał, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP stanowi implementację 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 („Dyrektywa klasyczna”), w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, 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 umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Stosownie zaś do wskazówek przedstawionych w preambule do Dyrektywy klasycznej (motyw 101), instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. W preambule wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności - analogiczny argument co do konieczności stosowania zasady proporcjonalności podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 48/21. Zasada proporcjonalności wynika także z art. 109 ust. 3 i z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp i jako zasada generalna ma zastosowanie do wszystkich przepisów znajdujących się w ustawie Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwoływającego, samo naliczenie kar umownych za niewykonanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest wystarczającą podstawą do wykluczania wykonawcy z postępowań w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykluczenie wykonawcy z postępowania zaistnieje tylko w przypadku, gdy wszystkie przesłanki określone w ustawie zostaną ściśle wypełnione.

Odwoływający podniósł, iż Zamawiający nie wykazał, że przyczyny niedotrzymania zasięgów/parametrów przez Lidera Konsorcjum FKS leżały po stronie wykonawcy. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wskazał ogólnie, że „do nienależytego wykonania powyższego zobowiązania doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - Lidera FKS, był on bowiem odpowiedzialny za odpowiednie przygotowanie kampanii medialnej oraz za osiągnięcie określonych w umowie parametrów”, a w dalszej części stwierdził, że przyczyny nie leżały po stronie Zamawiającego ani nie były spowodowane siłą

wyższą. Odwołujący wskazał, że nie każdy przypadek nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego, nawet jeżeli dotyczy parametrów deklarowanych w ofercie wynika z przyczyn obciążających wykonawcę. Nienależyte wykonanie zamówienia powstało pomimo dochowania przez wykonawcę należytej staranności określonej dla tego typu stosunków gospodarczych nie powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Kwestionowany przez Zamawiającego zasięg kampanii jest estymacją. Lider Konsorcjum FKS dołożył staranności wymaganej od profesjonalisty, przygotował odpowiednio kampanię (na podstawie scenariuszy i planów zaakceptowanych przez Zamawiającego), a na finalne zasięgi kampanii nie miał wpływu. Poza zastrzeżeniami w zakresie niedotrzymania zasięgu kampanii Zamawiający nie miał jakichkolwiek innych uwag do sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. W szczególności brak było znaczących/uporczywych niedociągnięć w realizacji kampanii. Inaczej należałoby ocenić sytuację wykonawcy, który w sposób nienależyty przygotował kampanię i w związku z tym nie osiągnął parametrów, a inaczej wykonawcy, który prawidłowo wykonał swoje obowiązki, jednak zakładany parametr zasięgu, który nie jest od niego zależny nie został osiągnięty.

Odnosząc się do powodów braku osiągnięcia zadeklarowanego zasięgu w zakresie telewizji Odwołujący podniósł, że w trakcie realizacji umowy z Zamawiającym przez Lidera Konsorcjum FKS sytuacja na rynku stacji telewizyjnych znacząco się zmieniła. Przede wszystkim, zmniejszył się średni czas oglądania telewizji w grupie dziecięcej. Jednym z celów kampanii było skierowanie jej do dzieci w wieku 4-12 lat. W okresie kampanii Kolejowe ABC ten spadek wyniósł blisko 30%. Tak duży spadek znacząco przełożył się na budowanie zasięgów. Żadna grupa stacji nie była w stanie wygenerować takich zasięgów, jak w analogicznym okresie w roku 2020 r. Dodatkowo zmienia się struktura widzów - odnotowano, że mniej jest widzów, którzy oglądają stacje dziecięce średnio lub dużo. To z kolei miało przełożenie na słabsze budowanie się zasięgów o wyższych częstotliwościach. Z tego też powodu zasięg 1+ był bliski realizacji a gorzej był wykonany zasięg 4+. Również stacje telewizyjne nie zrealizowały zleceń w 100%. To przełożyło się na 6% mniej GRP (Gros Rating Point - suma punktów ratingowych stanowiących miernik oglądalności reklam/kampanii przez populację określonej grupy docelowej) od estymowanych, co także przyczyniło się do niezrealizowania zasięgu efektywnego. Jak było wskazane powyżej zasięg jest przewidywaniem, nawet najlepsza kampania może nie zagwarantować osiągnięcia odpowiedniego zasięgu. Telewizje sprzedają GRP, ale nie odpowiadają za zasięg, który jest wyłącznie parametrem dodatkowym i nie funkcjonuje na rynku komercyjnym jako wymaganie obligatoryjne do spełnienia, a tylko jako estymacja.

Odwołujący wskazał, że każdy z parametrów kampanii był szacowany przez wykonawcę w sposób prawidłowy. Kampania Kolejowe ABC estymowana była na bazie

analogicznego okres z roku ubiegłego - 2020 r. Takie odniesienie było jak najbardziej adekwatne - lata 2020 r. i 2021 r. to stan pandemii i podobnych realiów jeżeli chodzi o funkcjonowanie społeczeństwa (praca zdalna, nauka zdalna, wprowadzane/ znoszone obostrzenia). W trakcie estymacji kosztów i parametrów kampanii niemożliwym do przewidzenia były tak duże spadki w konsumpcji stacji dziecięcych przez najmłodszych - średni czas oglądania stacji dla dzieci TVP, Polsat i TVN był niższy o ok. 29%. Dodatkowo, na słabszą realizację wpływ miało niezrealizowanie zamówionych GRP przez stacje telewizyjne. Porównując okres od marca do czerwca 2020 r. i do tego samego czasu 2021 r. zmniejszył się średni czas oglądania stacji dziecięcych w grupie 4-12 lat. Łącznie stacje dziecięce oglądano średnio blisko 15 minut dziennie mniej niż w ubiegłym roku. W konsekwencji, przełożyło się to zarówno na niższe oglądalności, a także na słabiej budujące się zasięgi. Spadający średni czas oglądania telewizji miał zasadniczy wpływ na możliwość budowania zasięgu kampanii. W ostatnim okresie spadły udziały widzów, którzy najbardziej konsumują telewizję, a wzrosła liczba osób oglądających stacje dziecięce w mniejszym stopniu: i) W przypadku widzów z grupy LowViewers (oglądalność TV od 1 min do 10 h w skali miesiąca) - liczba zwiększyła się o 39%; ii) Natomiast zmniejszyła się liczba widzów z grupy MediumViewers (oglądalność TV od 10h do 40h w skali miesiąca) - -7% oraz z grupy najistotniejszej tzn. HighViewers (oglądalność TV powyżej 40h w skali miesiąca) - -15%. Powyższe sprawiło, że o ile budowanie zasięgu 1+ nie jest utrudnione, to w przypadku wyższych wskaźników było odwrotnie. Odwołujący stwierdził, że na łącznie wszystkie stacje dla dzieci TVP, Polsat i TVN zanotowały miesięcznie zasięg słabszy o średnio około 7%. W całym okresie kampanii prowadzonej na rzecz Zamawiającego potencjał zasięgowy stacji telewizyjnych uległ zmniejszeniu, przykładowo w przypadku stacji dla dzieci Polsatu potencjał zasięgu spadł o ok. 13%, a w przypadku TVP to ok. 11%. Jak Odwołujący wskazał powyżej, na niższą od zakładanej wartości zasięgu wpływ miała również realizacja GRP przez stacje telewizyjne. Przykładowo, zlecenia nie zrealizowała stacja TVN, która wygenerowała 17% GRP mniej od planowanych, co również przełożyło się na niższy wskaźnik uzyskany w toku realizacji umowy z Zamawiającym.

W odniesieniu do kampanii w mediach społecznościowych kampania w social mediach była realizowana - zgodnie z wytycznymi Zamawiającego - w konwencji materiałów edukacyjnych. Zamawiający wskazał sposób prowadzenia kampanii, określił grupę docelową oraz dostarczał content, na podstawie którego wykonawca miał przygotować materiały reklamowe. Lider Konsorcjum FKS dołożył wszelkich starań, aby osiągnąć zakładane parametry ilościowe nowych obserwujących na Instagramie i fanów na Facebooku. Brak realizacji parametrów wynikał m.in. ze zmian, wprowadzonych przez firmę Facebook na swoich obydwu platformach (Facebook, Instagram). W okresie przedmiotowej kampanii

Facebook zmienił algorytm wspierania pozycjonowania kampanii reklamowych zakładanych pod cel „polubienia strony”. Polityka Facebooka skupiła się na promocji działań generujących zaangażowanie użytkowników, promocję formatów story oraz video. Na zmiany te wykonawca nie miał wpływu, natomiast dokonał stosownych analiz i podjął kroki mające na celu zabezpieczenie realizacji kampanii. Estymacje dotyczące liczby polubień na Facebooku zostały oszacowane na podstawie porównywalnej kampanii, prowadzonej w podobnym pod względem aktywności okresie, realizowanej dla tożsamej grupy docelowej. Parametry kosztów jednostkowych były znacznie niższe, niż zakładane - wpływ na to miała zmiana działania algorytmu, a także wzmożona podaż reklam oraz stosunkowo wąska grupa docelowa kampanii. Dodatkową, niezależną od wykonawcy, barierą był brak możliwości stworzenia kampanii na Instagramie z celem „polubienia konta”, która miała zostać zrealizowana przy pomocy promocji innych materiałów reklamowych niż na Facebooku. W kampanii Lider Konsorcjum FKS przeprowadził emisję reklam jako InstaStory - najbardziej konwertującą formę mającą przełożenie na polubienia profilu. Jest to praktyka wielu marek, które w ten sposób realizują podane wskaźniki efektywności w zakresie pozyskania nowych polubień. Tym samym, wykonawca dołożył należytej staranności w toku realizacji umowy i podjął działania będące zgodne z praktyką na rynku usług mediowych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego powinno doprowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający zrównał naliczenie kar umownych z „doprowadzeniem do (...) odszkodowania.” Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wskazuje, że naliczenie przez Zamawiającego kar umownych ma skutkować spełnieniem przesłanki wykluczenia. Interpretując ww. przepis nie można utożsamiać kary umownej z odszkodowaniem. Odwołujący powołał się na poglądy doktryny wskazujące, iż „skutek nienależytego wykonania umowy, tj. naliczenie kar umownych, nie będzie stanowił podstawy wykluczenia. Co prawda kary umowne traktowane są w doktrynie jako zryczałtowane odszkodowanie, niemniej jednak przepis ten nie posługuje się pojęciem kar umownych. Na tle art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość szkody, a roszczenie o odszkodowanie jest następstwem wyrządzenia szkody. Zatem wydaje się, że sformułowanie „co doprowadziło do (...) odszkodowania” powinno być interpretowane jako „zasądzenie odszkodowania”. Nie sposób bowiem uznać, że jakiegokolwiek świadczenie wynikające z umowy z tytułu nienależytej realizacji umowy stanowi odszkodowanie”. Odwołujący wskazał, iż kara umowna ze swej istoty pełni rolę mobilizującą wykonawcę do należytego wykonywania zamówienia i przewiduje negatywne skutki nawet wówczas, gdy

Zamawiający nie poniósł szkody w ogóle, a wykonawca dochował należytej staranności przy realizacji zamówienia. Kara umowna należy się w wysokości określonej w umowie bez względu na wysokość szkody oraz to czy w ogóle szkoda powstała. Kara umowna choć jest traktowana w doktrynie jako „surogat odszkodowania” nie jest odszkodowaniem sensu stricte natomiast przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wskazuje na aktualizację przesłanki wykluczenia w przypadku naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania.

Odwołujący podniósł, iż wykładnia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prezentowana przez Zamawiającego jest wykładnią rozszerzającą podstawy wykluczenia wynikające z literalnej treści tego przepisu. Zamawiający w informacji o odrzuceniu utożsamiając naliczenie kary umownej z doprowadzeniem do odszkodowania powołuje się na treść Dyrektywy, zgodnie z którą znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu, że konsekwencją tego jest konieczność szerokiego interpretowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że przesłanki wykluczenia wynikają literalnie z przepisów wprowadzonych w porządku krajowym i nie można, ze względu na restrykcyjny dla wykonawcy charakter, dokonywać ich rozszerzającej interpretacji. Skoro dyrektywa mówi o wcześniejszym rozwiązaniu umowy, odszkodowaniu lub innych porównywalnych sankcji, a polski ustawodawca zdecydował się na wskazanie w przepisie przypadków wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, tj. doprecyzował i rozszerzył katalog przypadków wskazanych w dyrektywie, to nie można w drodze interpretacji dodatkowo rozszerzać jego zakresu również o przypadki naliczonych kar umownych. Jak było wskazane powyżej kara umowna jest pojęciem ustawowym odrębnym od odszkodowania sensu stricte, a w szczególności nie sposób uznać, że samo naliczenie kary umownej jest wypełnieniem przesłanki doprowadzenia do odszkodowania. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 r. sygn. akt V Ca 2015/12 oraz wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r. KIO 2371/12.

Odwołujący nie zgodził się także z argumentem Zamawiającego, jakoby przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należało interpretować szeroko ze względu na treść pytania zawartego w JEDZ, które wskazuje nie tylko na odszkodowania, ale także inne porównywalne sankcje: „Czy wykonawca 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?”. Odwołujący zauważył, że JEDZ nie kreuje nowych przesłanek wykluczenia. Pytania znajdujące się w tym formularzu muszą być każdorazowo rozpatrywane pod kątem konkretnych ustawowych przesłanek wykluczenia, których dotyczą - podstawą wykluczenia jest w dalszym ciągu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. JEDZ stanowi standardowy formularz stanowiący wstępne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą być wykluczeni z postępowania. W pkt 8.1.4 SWZ wskazano, że informacje dotyczące wypełniania JEDZ zostały zawarte na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z Instrukcją wypełniania JEDZ umieszczoną na stronie internetowej UZP: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje”. Fakt zatem, że wzór standardowego formularza JEDZ zawiera pytanie, które wskazuje na okoliczności związane z odszkodowaniem „lub innymi porównywalnymi sankcjami” nie może stanowić podstawy do rozszerzenia przesłanki wykluczenia zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Instrukcja wypełniania JEDZ potwierdza stanowisko Odwołującego, gdyż wprost wskazuje, że inne nieprawidłowości związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji niewynikające z ww. przepisu nie stanowią podstawy do ich wykazywania przez wykonawcę.

Odwołujący również podkreślił, że interpretacja zaprezentowana przez Zamawiającego polegająca na zrównaniu naliczenia kary umownej za brak . dotrzymania parametrów kampanii z nienależytym wykonaniem zobowiązania umownego z definicji obciążającym wykonawcę oraz zrównaniu odszkodowania z naliczeniem kary umownej nie jest zgodna z zasadą proporcjonalności. Obiektywny brak możliwości dotrzymania wskaźników nie jest przypadkiem rzadkim na rynku usług medialnych i wedle wiedzy Odwołującego niemal każdy z podmiotów, który realizuje tego typu umowy zawarte w reżimie Pzp znajdował się w takiej sytuacji. Tym samym, należałoby uznać, że niemal każdy z podmiotów powinien wskazywać tę przesłankę wykluczenia w treści JEDZ, składać samooczystwienie, a w razie braku tych

dokumentów lub zaznaczenia odpowiedzi nie jak Odwołujący, powinien zostać wykluczony z postępowania. Odwołujący wskazał, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mówi o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu albo długotrwałym nienależytym wykonywaniu istotnego zobowiązania umownego w związku z czym, wykonawcy niejako z ostrożności, przyjmując interpretację prezentowaną przez Zamawiającego, powinni wskazywać w JEDZ, że do takich sytuacji doszło w każdym przypadku, w którym naliczono kary - trudno bowiem ocenić, które z zobowiązań są istotne, a które już za takie nie będą uważane. Można wskazać, że de facto każdy przypadek naliczenia kary umownej będzie stanowił uchybienie istotnemu zobowiązaniu umownemu, gdyż co do zasady kary umowne są przewidziane za niewykonanie lub nienależyte wykonanie tych najbardziej kluczowych obowiązków wykonawcy.

Reasumując Odwołujący podniósł, iż podstawa wykluczenia wobec Konsorcjum FKS nie zaistniała gdyż brak osiągnięcia zadeklarowanych w ofercie wskaźników (zasięgu) wynikał z przyczyn, za które wykonawca obiektywnie nie ponosił odpowiedzialności - zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe niewykonywanie istotnego zobowiązania umownego musiało nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - inne przypadki nie są objęte dyspozycją ww. przepisu prawa. Dodał, iż sam fakt naliczenia kary umownej nie może być utożsamiany z doprowadzeniem do odszkodowania, które literalnie wynika z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a przesłankę wykluczenia wskazanych w ww. przepisie ze względu na sankcyjny dla wykonawcy charakter nie można interpretować w sposób rozszerzający.

Odnosząc się do braku podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że okolicznością faktyczną stanowiącą podstawę uznania, że Konsorcjum FKS podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, był fakt, że Lider Konsorcjum FKS w JEDZ w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, (...) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź „nie”. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że informacje zawarte w formularzu JEDZ Odwołującego są zgodne z rzeczywistością, Konsorcjum FKS nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż nie wprowadziło Zamawiającego w błąd. Odwołujący dodał, że JEDZ stanowi oświadczenie wstępne wykonawcy, w którym potwierdza on na podstawie ogólnych oświadczeń, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zaznaczenie odpowiedzi „nie” na przytoczone powyżej pytanie w Części III „Podstawy wykluczenia” Sekcja C JEDZ nie może w okolicznościach niniejszej

sprawy prowadzić do sankcji wykluczenia dodatkowo na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący zakwestionował ocenę przeprowadzoną przez Zamawiającego, zgodnie z którą przyczyny niewykonania zamówienia publicznego leżą po stronie Lidera Konsorcjum FKS. Taka arbitralna ocena sytuacji przez Zamawiającego nie jest adekwatna do specyfiki usług, których dotyczy, bowiem osiągnięcie określonego w ofercie zasięgu nie zawsze jest zależne od wykonawcy. Co więcej, skoro art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje, że dotyczy on odszkodowania, a nie wprost kar umownych, to również z tego powodu bezzasadne jest wykluczenie Konsorcjum FKS z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest w tym przypadku kwestią interpretacji, i to jak wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu - „szerokiej”. Nie sposób uznać, że w przypadku, gdy ocena stanu faktycznego oraz przepisu wymaga wykładni, to w zależności od przyjętych wniosków Odwołujący podlega wykluczeniu za wprowadzenie Zamawiającego w błąd bądź nie. Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp również jest przepisem sankcyjnym dla wykonawców i także ten przepis należy stosować w sposób ścisły. W szczególności, że stosownie do treści art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp następuje przez okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zamawiający w dniu 15 listopada 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność.

W dniu 16 listopada 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożył także wykonawca zgłaszający przystąpienie to postępowania odwoławczego, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Media Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.W. Bringmore Advertising w Chorzowie oraz Partner of Promotion Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

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

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania

Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia przekazaną przez Zamawiającego (w szczególności SWZ, oferty wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego), jak i w oparciu o dopuszczone i przeprowadzone dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie dotyczących postępowania pn. „Przygotowanie i realizacja kolejnego etapu społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu Kampania Kolejowe ABC” (numer ref.: BDG-WZPU.2501.13.2020) i realizacji zawartej w jego wyniku umowy nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r.

Za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia, jako dotyczący okoliczności nie objętej zakresem odwołania, Izba uznała dowód z dokumentów złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy, przedstawiony na okoliczność, że również Przystępujący znajduje się w sytuacji analogicznej do Odwołującego, tj. że również wobec Przystępującego naliczono kary umowne za niedotrzymanie wskaźników kampanii w ramach innej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W odwołaniu nie postawiono zarzutów względem oferty Przystępującego, a jedynie kwestionowano zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem ww. okoliczność pozostaje irrelevantna dla wyniku postępowania odwoławczego, jako że Izba zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest przygotowanie i realizacja społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu Kampania Kolejowe ABC II. Zamawiający w pkt 6 SWZ wskazał, iż wykluczy z postępowania wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 i 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1-4, 6-10 ustawy Pzp. Ocena wykazania braku podstaw do wykluczenia zostanie dokonana wg formuły „spełnia – nie spełnia” na podstawie wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych oraz JEDZ.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego. Członkowie konsorcjum Odwołującego – wspólnicy spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej I.S. P.P. s.c. w Warszawie w załączonych do oferty dokumentach JEDZ w Części III lit. C w

odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca 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?” udzielili odpowiedzi „Nie”.

Zamawiający w dniu 8 października 2021 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Lider FKS wykonywał na rzecz Zamawiającego umowę nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r. zawartą w konsekwencji rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przygotowanie i realizacja kolejnego etapu społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu „Kampania Kolejowe ABC” (nr sprawy BDG-WZPU.2501.13.2020). Przedmiot zamówienia w tym postępowaniu obejmował między innymi prowadzenie kampanii w telewizji oraz mediach społecznościowych. Istotnym elementem umowy było wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez osiągnięcie deklarowanych w ofercie zasięgów w przypadku działań w telewizji oraz określonej liczby polubień profili „Kampania Kolejowe ABC” w przypadku działań w mediach społecznościowych. W związku tym w postępowaniu ustalone były 3 pozacenowe kryteria oceny ofert: (1) Parametry kampanii – kampania spotowa o wadze 30%, (2) Kampania w internecie – media społecznościowe – Facebook o wadze 15%, (3). Kampania w internecie – media społecznościowe – Instagram o wadze 5%. Dzięki tym kryteriom wykonawcy mogli uzyskać dodatkowe punkty za realizację kampanii medialnej o wyższych parametrach niż minimalne. Minimalne parametry to odpowiednio: (1) 55% zasięg 4+ w grupie docelowej dzieci w wieku 4-12 lat, (2) 3000 nowych polubień profilu w serwisie Facebook, (3) 1000 nowych obserwujących profilu w serwisie Instagram. Lider FKS zadeklarował odpowiednio następujące parametry: (1) 55,6%, (2) 14000, (3) 3000. Oferta Lidera FKS uzyskała najwyższą liczbę punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza. Z protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy z 8 lipca 2021 r. wynika, że Lider FKS nie osiągnął deklarowanych parametrów kampanii w przypadku emisji spotów w telewizji oraz realizacji działań w mediach społecznościowych (Facebook i Instagram). Uzyskane parametry to odpowiednio (1) 46,36% – zdecydowanie poniżej deklarowanego zasięgu w ofercie 55,6%, jak i wymaganego minimum 55%; (2) 7291 – tj. prawie dwukrotnie mniej niż zadeklarowano w ofercie; (3) 768 – poniżej 1/3 wartości zadeklarowanej w ofercie, a także poniżej wartości minimalnej parametru. W konsekwencji, na podstawie § 8 ust. 1 pkt 3 („niedotrzymania zadeklarowanych zasięgów oraz innych parametrów stanowiących podstawę oceny Oferty w Postępowaniu w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert – w wysokości 3% łącznego wynagrodzenia brutto, określonego w § 7 ust. 1 Umowy, za każdy

przypadek niedotrzymania”) umowy nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r., została naliczona kara umowna w kwocie 83 107,38 zł. Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2021 (BDG-WZPU.2501.13.2020.61.NA) poinformował Lidera FKS o naliczeniu kary umownej oraz przekazał notę księgową nr 9/07/2021. Zwrotne potwierdzenie odbioru potwierdza otrzymanie korespondencji przez Lidera FKS w dniu 2 sierpnia 2021 r.

Mając na względzie przywołaną powyżej treść JEDZ oraz stan faktyczny w związku z realizacją poprzedniej umowy, Zamawiający stwierdził, że wobec Lidera FKS zachodzą przesłanki wykluczenia zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. Uzasadniając zaistnienie przesłanek wykluczenia zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający przywołał treść ww. przepisu i podniósł, iż Lider FKS z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne. Parametry zadeklarowane przez Lidera FKS we wcześniejszym postępowaniu pozwoliły mu na uzyskanie dodatkowych punktów w ramach oceny ofert oraz miały wpływ na wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Nieosiągnięcie zarówno minimalnych, jak i deklarowanych parametrów stanowi zatem nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy. Na istotność nienależyte wykonanego zobowiązania wpływa ponadto przedmiot postępowania, jakim była kampania medialna prowadzona głównie w telewizji oraz mediach społecznościowych. Zobowiązanie do osiągnięcia określonych parametrów kampanii stanowiło istotę udzielonego wykonawcy zamówienia, miało charakter zobowiązania głównego, a nie obowiązku ubocznego czy pomocniczego. Do nienależytego wykonania powyższego zobowiązania doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – Lidera FKS, był on bowiem odpowiedzialny za odpowiednie przygotowanie kampanii medialnej oraz za osiągnięcie określonych w umowie parametrów. Na niewykonanie zobowiązań przez wykonawcę nie miało wpływu działanie Zamawiającego, osób trzecich ani siła wyższa – uwarunkowania związane z pandemią COVID-19 były bowiem już znane w chwili zawarcia umowy. Dlatego wykonawca, jako profesjonalista, powinien przewidzieć i uwzględnić zarówno wpływ utrzymania, jak i ograniczania obostrzeń wynikających ze stanu epidemii na realizację umowy.

Zamawiający wskazał ponadto, iż naruszenie istotnych zobowiązań umowy doprowadziło do naliczenia kary umownej, która mieści się w znaczeniu pojęcia „odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje”. Zgodnie z komentarzem do aktualnie obowiązującej ustawy pzp (*Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych 2021, s. 404) pojęcie „odszkodowanie”, wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje” – co także wynika z treści pytania zawartego w JEDZ). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko

tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 Kc). Osiągnięcie co najmniej minimalnych parametrów kampanii określonych w OPZ, a już tym bardziej wyższych niż minimalne, zadeklarowanych przez Lidera FKS w ofercie, jest istotnym elementem przedmiotu umowy. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł skorzystać z uprawnienia zawartego w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp i podjąć decyzji o niewykluczeniu Lidera FKS, uznając, że zaistniałe nienależyte wykonanie istotnych postanowień umowy jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Niewykonanie umowy nie miało bowiem charakteru incydentalnego, dotyczyło istotnych parametrów kampanii promocyjnej, dla których wykonawca nie osiągnął nawet wymaganego minimum, oraz doprowadziło do naliczenia kar umownych.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Lider FKS nie skorzystał z dostępnej mu instytucji samooczyszczenia opisanej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zarówno na etapie składania ofert (brak złożonych dowodów na potwierdzenie łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp), jak i z własnej inicjatywy na późniejszym etapie postępowania. Zamawiający dodał, że inicjatorem procedury samooczyszczenia jest wyłącznie wykonawca. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca powinien przedstawić dowody z własnej inicjatywy. W wyroku z 3.10.2019 r., w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA v. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* (Legalis nr 2255993), Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraził pogląd, że wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować Zamawiającego o swojej sytuacji (sporu co do rozwiązania umowy w związku z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego), m.in. wykorzystać w tym celu formularz JEDZ. Podobne stanowisko zajął SO w Warszawie w wyroku z 23.08.2019 r., XXIII Ga 469/19, powołując się na konstrukcję i brzmienie formularza JEDZ. Zgodnie z orzeczeniem wykonawca powinien z własnej inicjatywy wskazać na uchybienie oraz przedstawić wyjaśnienie, dlaczego nie powinno ono skutkować wykluczeniem z postępowania. Ewentualna różnica ocen zaistniałego stanu faktycznego, a nawet spór pomiędzy stronami w kwestii nienależytego wykonania umowy pozostaje bez znaczenia dla obowiązku poinformowania Zamawiającego o sytuacji wykonawcy oraz złożenia wskazanych powyżej wyjaśnień. Wykonawca powinien zatem w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, wyjaśnić Zamawiającemu rzetelnie stan faktyczny, opisując jednocześnie, jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie wykonawca zamieszcza już w JEDZ, nie jest jednak wykluczone podjęcie

przez niego działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty, a więc w zasadzie w każdym momencie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, dopóki Zamawiający nie podejmie decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Jednak nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawcę do przedstawienia tych działań, a jedynie – że wykonawca może na dowolnym etapie postępowania (przed wykluczeniem) z inicjatywą taką wystąpić, co do momentu podjęcia decyzji o wykluczeniu nie nastąpiło.

Odnosząc się do przesłanki zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wprowadzenia Zamawiającego, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy wskazać z ostrożności, że działanie Lidera FKS mogło mieć taki charakter. Lider FKS został skutecznie powiadomiony 2 sierpnia 2021 r. o naliczeniu kary w związku z niewykonaniem istotnych parametrów umowy. Pomimo tego Lider FKS złożył w dniu 11 sierpnia 2021 r. ofertę, oświadczając w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu. Co istotne, wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do ww. pisma o naliczeniu kary umownej. Zamawiający wskazał także na wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. (KIO 659/20) cytując stanowisko Izby. W oparciu o to stanowisko Zamawiający stwierdził, iż Lider FKS przed terminem składania ofert posiadał wiedzę o naliczeniu kary umownej (bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że taką wiedzę posiadał też Zamawiający, w kontekście ewentualnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania). W związku z tym wykonawca, znając podstawy wykluczenia opisane w SWZ, powinien zaznaczyć w JEDZ opcję „TAK” i przedstawić dowody na samooczyszczenie, nawet jeżeli nie zgadzałby się z nałożoną karą. Zaznaczenie w JEDZ opcji „NIE” było niezgodne z prawdą, co wprowadziło Zamawiającego w błąd. Lider FKS zaznaczył tę odpowiedź mimo jasnej treści formularza oraz instrukcji jego wypełnienia (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. XXIII Ga 469/19). W związku z powyższym podjęto decyzje o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum FKS.

Zamawiający w dniu 8 października 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający prowadził postępowanie udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przygotowanie i realizacja kolejnego etapu społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu *Kampania Kolejowe ABC*” (nr ref. BDG-WZPU.2501.13.2020), w którym ofertę złożył Lider konsorcjum Odwołującego - Fabryka Komunikacji Społecznej I.S. P.P. s.c. w Warszawie. Zgodnie z pkt 14 SIWZ w ww. postępowaniu ustalono trzy pozacenowe

kryteria oceny ofert o łącznej wadze 50%: Parametry kampanii – kampania spotowa (30%), Kampania w internecie – media społecznościowe – Facebook (15%), Kampania w internecie – media społecznościowe – Instagram (5%). W ramach kryterium Parametry kampanii – kampania spotowa ocenie zostaną poddane parametry zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w pkt 1 Tabeli parametrów kampanii. Deklarowany zasięg 4+ obliczony jako % grupy docelowej dzieci 4-12 lat, wyrażony w postaci punktów procentowych, według badań AGB Nielsen Audience Measurement Zasięg 4+ w grupie docelowej nie może być mniejszy niż 55%. W ramach kryterium Kampania w internecie – media społecznościowe – Facebook ocenie zostaną poddane parametry zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w pkt 2 Tabeli parametrów kampanii. Deklarowana liczba nowych polubień prowadzonego przez Zamawiającego profilu „Kampania Kolejowe ABC” w serwisie Facebook, który zostanie udostępniony wykonawcy do obsługi. Liczba nowych polubień będzie liczona od momentu dodania przez wykonawcę pierwszego postu na obsługiwanym profilu „Kampania Kolejowe ABC” do ostatniego dnia działań prowadzonych w ramach kampanii medialnej. Minimalna liczba deklarowanych nowych polubień profilu w serwisie Facebook nie może być mniejsza niż 3 000. W ramach kryterium Kampania w internecie – media społecznościowe – Instagram ocenie zostaną poddane parametry zadeklarowane przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w pkt 3 Tabeli parametrów kampanii. Deklarowana liczba nowych obserwujących prowadzonego przez Zamawiającego profilu „Kampania Kolejowe ABC” w serwisie Instagram, który zostanie udostępniony wykonawcy do obsługi. Liczba nowych obserwujących będzie liczona od momentu dodania przez Wykonawcę pierwszego postu na profilu „Kampania Kolejowe ABC” do ostatniego dnia działań prowadzonych w ramach kampanii medialnej. Minimalna liczba deklarowanych nowych obserwujących profilu w serwisie Instagram nie może być mniejsza niż 1 000.

Wykonawca FKS w złożonej ofercie wskazał dla trzymiesięcznego okresu trwania kampanii medialnej w tabeli parametrów w pkt 1 Telewizja – kampania spotowa deklarowany zasięg na poziomie 55,6%, w pkt 2 Media społecznościowe Facebook deklarowaną liczbę nowych polubień profilu na poziomie 14 000, a w pkt 3 Media społecznościowe Instagram deklarowaną liczbę nowych obserwujących profilu na poziomie 3 000. Oferta wykonawcy FKS została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a w dniu 3 marca 2021 r. Zamawiający zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego. Umowa została zawarta na czas oznaczony do 30 czerwca 2021 r. Łączne wynagrodzenie brutto za należyte i terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy, zostało ustalone w oparciu o złożoną Ofertę i wynosiło 923 415,32 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy jej przedmiotem było przygotowanie i realizacja kolejnego

etapu społecznej, informacyjnoedukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu „Kampania Kolejowe ABC”, w tym: 1) opracowanie spójnych działań Kampanii, na podstawie przekazanej przez Zamawiającego platformy kreatywnej, stanowiącej Załącznik nr 1 do OPZ, 2) produkcja materiałów niezbędnych do realizacji działań w ramach Kampanii, 3) realizacja Kampanii przy użyciu wskazanych w pkt 4, 5 i 6 OPZ narzędzi komunikacyjnych, w tym zakup mediów, 4) monitorowanie prowadzonych działań oraz ich raportowanie Zamawiającemu zgodnie z wymogami OPZ. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji Przedmiotu Umowy określa OPZ. Zgodnie z § 2 ust. 4 Realizacja Przedmiotu Umowy zakłada synergę wszystkich działań, kanałów komunikacji oraz mediów, która zagwarantuje jak największe zainteresowanie tematyką projektu „Kampania Kolejowe ABC”. Wszystkie działania podejmowane przez Wykonawcę w ramach Kampanii powinny nakłaniać do dyskusji wokół tematu bezpieczeństwa na obszarach kolejowych i w ich pobliżu. Zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy wykonawca zobowiązał się do wykonania Przedmiotu Umowy przy zachowaniu profesjonalnej, najwyższej staranności, na zasadach i warunkach określonych w niniejszej Umowie oraz Postępowaniu. W ust. 4 wskazano, iż Wykonawca zobowiązuje się do informowania Zamawiającego, z zachowaniem formy pisemnej, o wszelkich zagrożeniach związanych z wykonywaniem Umowy, w tym także o okolicznościach leżących po stronie Zamawiającego, które mogą mieć wpływ na jakość, termin bądź zakres wykonywania Przedmiotu Umowy, niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu takiej okoliczności, jednakże nie później niż w terminie 2 Dni roboczych od daty powzięcia informacji o zaistnieniu okoliczności. Nieprzekazanie takich informacji w wypadku, gdy Wykonawca o takich zagrożeniach wie lub, przy uwzględnieniu wymaganej Umową staranności, powinien wiedzieć, powoduje, że wszelkie ryzyko, koszty i dodatkowe czynności związane z konsekwencją danego zdarzenia obciążają Wykonawcę. W myśl ust. 6 Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za szkody powstałe w wyniku niewykonania lub nieprawidłowego, nierzetelnego wykonania Przedmiotu Umowy, niezależnie od kar umownych, o których mowa w § 8 Umowy. Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy Zamawiający był uprawniony do naliczenia kar umownych w przypadku niedotrzymania zadeklarowanych zasięgów oraz innych parametrów stanowiących podstawę oceny Oferty w Postępowaniu w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert – w wysokości 3 % łącznego wynagrodzenia brutto, określonego w § 7 ust. 1 Umowy, za każdy przypadek niedotrzymania. Zgodnie z ust. 2 naliczenie kar umownych nie pozbawiało Zamawiającego prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych. W § 17 ust. 4 pkt 3 Umowy Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do Umowy w przypadku; a) istotnych zmian na rynku mediowym, niedających się przewidzieć w momencie sporządzania Harmonogramu szczegółowego, np. likwidacja nośnika wykorzystanego w Kampanii czy nieoczekiwany gwałtowny spadek audytorium nośnika wykorzystanego w Kampanii, niezgodny z

wcześniejszym trendem wielkości audytorium tego nośnika, b) działania siły wyższej, o której mowa w § 3 ust. 8 Umowy, uniemożliwiającej emisję spotów w zaplanowanych w terminach, c) niewyemitowanie lub nieprawidłowe wyemitowanie reklamy z winy leżącej po stronie nadawcy lub właściciela nośnika.

Zgodnie z pkt 1.5 załącznika nr 1 do Umowy (OPZ) zakładane rezultaty projektu „Kampania Kolejowe ABC” obejmowały m.in: 1) podniesienie świadomości i wiedzy w zakresie merytorycznym projektu, 2) zwiększenie stopnia zainteresowania tematyką bezpiecznego korzystania z transportu kolejowego oraz poruszania się na obszarze kolejowym/w pobliżu terenów kolejowych, podniesienie stopnia wiedzy, umiejętności praktycznych i zwiększenie świadomości w zakresie prawidłowych reakcji w przypadku wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa pasażerów/uczestników ruchu kolejowo-drogowego, 4) promowanie przez uczestników projektu szeroko rozumianej kultury bezpieczeństwa wśród rówieśników, członków rodziny, lokalnych społeczności – a w ujęciu globalnym na skalę całej Polski. Zgodnie z pkt 4.3 załącznika nr 1 do Umowy kampania spotowa w telewizji adresowana była do dzieci w wieku 4–12 lat (grupa docelowa). W pkt 4.4.3 wskazano, iż w planie realizacji działań, w zakresie emisji spotów, Wykonawca zagwarantuje osiągnięcie zasięgu 4+ w czasie trwania kampanii o wartości co najmniej 55,6 %, zgodnie z deklaracją w Ofercie dla grupy docelowej (dzieci w wieku 4–12 lat). Zgodnie z pkt 4.7 OPZ priorytetem mediowym i zarazem kryterium oceny był zasięg 4+ w grupie dzieci 4–12 lat, liczony na podstawie badań telemetrycznych Nielsen Audience Measurement. Działania w mediach społecznościowych adresowane były do dorosłych, w tym rodziców, opiekunów, nauczycieli i wychowawców dzieci w wieku 4–12 lat (pkt 5.1 załącznika nr 1 do Umowy). W pkt 5.14 załącznika nr 1 do Umowy wskazano, iż Wykonawca zaplanuje działania na profilach oraz działania promujące profile tak, aby uzyskać jak największą liczbę polubień/obserwujących ww. profili. Sposób prowadzenia działań musi zagwarantować minimum 14 000 nowych polubień profilu w serwisie Facebook oraz minimum 3 000 nowych obserwujących profil w serwisie Instagram (wyłącznie wśród użytkowników z polskim IP, czyli adresem urządzenia użytkownika), zgodnie z wartościami zadeklarowanymi w Ofercie. W pkt 5.18 OPZ wskazano, iż priorytetem mediowym i kryterium oceny jest sumaryczna liczba polubień/ obserwujących dot. wszystkich prowadzonych przez Wykonawcę profili „Kampanii Kolejowego ABC”.

W dniu 22 czerwca 2021 r. wykonawca FKS poinformował Zamawiającego w wiadomości e-mail, iż analizując napływające dane dotyczące pozyskiwania obserwujących na Instagramie i fanów na Facebook’u stwierdzono fakt, iż z dużym prawdopodobieństwem można mówić, że wykonawca nie zrealizuje zadeklarowanych w ofercie parametrów. Pomimo realizowanych działań, m.in. nawiązania współpracy z kilku

wiodącymi podmiotami na rynku w zakresie płatnego pozyskiwania obserwujących i fanów łączna suma zdobytych fanów na profil Kolejowego ABC na dzień 22 czerwca wynosi: 3 940 na Instagramie oraz 44 191 na Facebooku. Zwrócono uwagę, że brak możliwości uzyskania zakładanej liczby obserwujących na Instagramie jest również wynikiem wcześniejszych działań agencji obsługującej Urząd Transportu Kolejowego, która wykorzystwała dostępne bazy użytkowników zdobywając ponad 3 300 obserwujących. Dodając do tego brak możliwości płatnego zdobywania obserwujących na Instagramie powoduje to, że zdobycie zakładanych parametrów staje się niemożliwe. Wskazano również, że kampania w telewizji miała wzmożone działania w miesiącu czerwcu, od którego w dużej mierze zależy realizacja zakładanego zasięgu 4+ w grupie docelowej. Z ostatniej tygodniowej analizy wynika, że krzywa zasięgu zaczęła się wypłaszczać znacznie szybciej, niż zakładano na początku startu kampanii. W związku z tym istnieje również ryzyko, że zadeklarowany parametr zasięgu 4+ w grupie celowej nie zostanie osiągnięty.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2021 r., w nawiązaniu do ww. informacji, wskazał na wartości zadeklarowane przez wykonawcę w tabeli parametrów kampanii medialnej zawartej w Formularzu ofertowym podkreślając, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany na podstawie kryteriów oceny, gdzie waga parametrów kampanii medialnej zadeklarowanych przez potencjalnych wykonawców stanowiła 50% oceny. Zdaniem Zamawiającego wykonawca miał świadomość, że zadeklarowane wartości parametrów kampanii medialnej miały kluczowe znaczenie dla Zamawiającego, a jednocześnie w dużej mierze decydowały o ostatecznym wyborze wykonawcy. Zamawiający wskazał, iż jeśli zadeklarowane wskaźniki i parametry nie zostaną osiągnięte przez wykonawcę w okresie trwania Umowy, tj. do 30 czerwca 2021 r., Zamawiający naliczy kary umowne, o których mowa w §8 ust. 1 pkt 3 Umowy, co nie wyklucza możliwości nałożenia innych kar wynikających z zawartej Umowy. Zamawiający zwrócił się z prośbą o podjęcie wszelkich działań mających na celu rzetelne i terminowe wywiązanie się z realizacji przedmiotu Umowy.

W sprawozdaniu końcowym za okres 3 pełnych miesięcy realizacji działań w ramach Kampanii wskazano wartości osiągniętych wskaźników: poz. 1 Telewizja – kampania spotowa – emisja: RCH 4+: 48,36%; poz. 2 Media społecznościowe Facebook: Liczba nowych polubieni na profilu: 7 291; poz. 3 Media społecznościowe Instagram: Liczba nowych obserwujących na profilu: 768. W poz. 4 Public Relations wskazano zrealizowane działania PR: i) opracowanie trzech materiałów na temat „Kampanii Kolejowe ABC” na uzgodnione z Zamawiającym tematy, ii) nagranie pięciu filmów z udziałem bohatera kampanii medialnej - Rogatka oraz ich publikacja, iii) organizacja 4 wywiadów z przedstawicielami Zamawiającego, po jednym w następujących mediach: ogólnopolskim programie radiowym,

ogólnopolskim programie telewizyjnym, tytule prasowym oraz na portalu internetowym, iv) opracowanie i wysyłka do dziennikarzy trzech informacji prasowych na uzgodnione z Zamawiającym tematy, v) działanie dodatkowe: przygotowanie „Fotobudki” do nowej zakładki na stronie internetowej Kampanii.

W sprawozdaniu tym zawarte zostało także wyjaśnienie wykonawcy FKS dotyczące osiągniętych wartości wskaźników kampanii vs. zakładanych wartości wskaźników przedłożonych przez wykonawcę w ofercie o treści: „Fabryka Komunikacji Społecznej w przygotowaniu swojej oferty jeszcze w styczniu 2021 r. bazowała na estymowanej oglądalności TV przez grupę docelową tj. dzieci w wieku od 4 do 12 lat. Planując już konkretne emisje w poszczególnych miesiącach punktem odniesienia były dostępne dane oglądalności z miesięcy zimowych, które charakteryzują się znacznie szybszym budowaniem zasięgu w grupie docelowej. Jest to wynikiem głównie okresu zimowego, w którym dzieci spędzają znacznie więcej czasu w domu, często spędzając go przed telewizorem. Nie bez znaczenia był również wzrost zachorowań na Covid w tym okresie pandemii, który zmienił nauczanie stacjonarne na nauczanie zdalne czy też hybrydowe, czyli jeszcze więcej czasu dzieci spędzały w domu m.in. na oglądaniu TV. Ze strony agencji zostały dołożone wszelkie starania aby osiągnąć zakładany zasięg w kampanii, jednak w okresie czerwcowych emisji okazało się, że krzywa zasięgu wypląszczyła się znacznie szybciej, niż pierwotnie zakładano. Wpływ na taką sytuację miał m.in. powrót dzieci do szkoły, a także znoszenie ograniczeń wynikających z Covid. Nie bez znaczenia jest również sama koncepcja kreatywna, która w naszej ocenie jest dosyć mocno utrzymana w konwencji kampanii edukacyjnej. Dla grupy docelowej, sympatyzującej chociażby z produkcjami Marvela, obrana koncepcja kreatywna z Rogatkiem mogła nie być wystarczająco atrakcyjna. Szczególnie dla starszej części grupy docelowej tak „grzeczne” podejście do strategii komunikacji było mniej atrakcyjne, niż pierwotnie zakładaliśmy. Koncepcja kreatywna była również przeniesiona na komunikację w kanałach social media Zamawiającego. W naszej ocenie dołożone zostały wszelkie starania ze strony wykonawcy, aby osiągnąć zakładane parametry ilościowe nowych obserwujących na Instagramie i fanów na Facebooku. Jeszcze raz pragniemy poinformować, że jeżeli chodzi o zdobywanie obserwujących na Instagramie to jedynym sposobem jest przyrost organiczny użytkowników, którzy dokonują takiej aktywności ze względu na kontent prezentowany na profilu. Jeżeli dodamy do tego fakt, iż konto na Instagramie i Facebooku mogą mieć wyłącznie osoby powyżej 13 roku życia a także założenie Zamawiającego (OPZ punkt 5 podpunkt 5.1) o tym, iż działania w mediach społecznościowych mają być adresowane do dorosłych to należy zwrócić uwagę, że w tych kanałach musieliśmy komunikować kontent dostosowany do młodego odbiorcy (dzieci 4-12 lat) do osób dorosłych (rodziców, opiekunów, nauczycieli). Takie „pośrednictwo” sprawia, że

de facto dysponowaliśmy materiałem (Rogatek, jego przyjaciele itp.) mało atrakcyjnym dla dorosłego odbiorcy. Pojęliśmy wszystkie możliwe działania, m.in. odpowiednio formułując strategię komunikacji w mediach społecznościowych i koncentrując się na przekazywaniu treści edukacyjnych, quizowych (zagadki) tak, by osoba dorosła mogła z nich skorzystać w kontakcie z dzieckiem, jednak nie mogliśmy wyjść poza ograniczenia narzucone przez samą konwencję koncepcji kreatywnej. W efekcie rodzice, opiekunowie i nauczyciele znacznie rzadziej obserwowali / lajkowali profile Kampanii, niż pierwotnie estymowano. Pomimo ogromnych trudności z realizacji KPI kampanii agencja na dzień dzisiejszy uzyskała łącznie 3 941 obserwujących na IG i 44 544 fanów na Facebooku. Warto podkreślić, że zdobyliśmy tylko osoby z grupy docelowej z wiarygodnymi i prawdziwymi kontami.”

W protokole odbioru końcowego z dnia 8 lipca 2021 r. wskazano na niezgodność jakościową z parametrami/ funkcjonalnościami Przedmiotu Umowy określonymi w OPZ - zastrzeżenia dotyczyły poniższych parametrów: Zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę wartości wskaźników powinny wynieść: - Telewizja – kampania spotowa – emisja: RCH 4+: 55,6 %; - Media społecznościowe Facebook: liczba nowych polubień na profilu: 14 000; - Media społecznościowe Instagram: liczba nowych obserwujących na profilu: 3 000. Stan realny wartości osiągniętych wskaźników wniósł: - Telewizja – kampania spotowa – emisja: RCH 4+: 48,36%; - Media społecznościowe Facebook: liczba nowych polubień na profilu: 7 291; - Media społecznościowe Instagram: liczba nowych obserwujących na profilu: 768. W protokole wskazano ponadto, iż przekazana dokumentacja (raporty realizacji działań, sprawozdanie końcowe) była zgodna z OPZ. Końcowy wynik odbioru określono jako pozytywny, z zastrzeżeniem, że z uwagi na niezgodność parametrów Przedmiotu Umowy określonych w OPZ oraz ofercie Wykonawcy, Zamawiający naliczy kary zgodnie z zapisami umowy nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r.

W dniu 26 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę FKS o naliczeniu kary umownej na podstawie § 8 ust. 1 pkt 3 umowy nr UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r. w wysokości 83 107,38 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przywołując ww. regulacje należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W myśl art. 109 ust. 3 ustawy Pzp 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. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp stanowi zaś, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp niezbędne jest ziszczenie się kumulatywnie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj.: 1) musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (lub umowy koncesji), 2) powyższe musi nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, 3) uchybienie wykonawcy musi doprowadzić do określonego skutku: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zasadnicza część argumentacji Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, iż nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego przez wykonawcę FKS nie wynikało z przyczyn leżących po stronie tego podmiotu. W ocenie Izby Odwołujący jednak nie wykazał, że brak osiągnięcia zadeklarowanych parametrów w zakresie zasięgu kampanii spotowej w telewizji, liczby polubień profilu w serwisie Facebook oraz liczby obserwujących profil w serwisie Instagram, nastąpił z przyczyn niezależnych od wykonawcy FKS, jak i nie wykazał, aby dochował należytej staranności na etapie sporządzania oferty i następnie podczas realizacji umowy.

W świetle poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych nie budziła wątpliwości okoliczność, że na członku konsorcjum Odwołującego - wykonawcy FKS (zgodnie z treścią umowy UZP/2021/009 z dnia 3 marca 2021 r., postanowieniami SIWZ dla postępowania

BDG-WZPU.2501.13.2020 pn. „Przygotowanie i realizacja kolejnego etapu społecznej, informacyjno-edukacyjnej kampanii medialnej w ramach projektu Kampania Kolejowe ABC” oraz treścią złożonej w tym postępowaniu oferty), spoczywał obowiązek osiągnięcia zadeklarowanych w ofercie na potrzeby trzech pozacenowych kryteriów oceny ofert wskaźników. To Odwołujący składając ofertę zdecydował się na zadeklarowanie punktowanych wskaźników na określonym poziomie i to Odwołujący był zobowiązany do osiągnięcia tych wskaźników. Mimo, że zasięg kampanii jest pewną estymacją, to jednak Odwołujący jako profesjonalista winien tej estymacji dokonać w sposób należyty i adekwatny do zadeklarowanych na realizację umowy środków (zaoferowanej ceny). W przedmiotowej sprawie jest to tym bardziej istotne, że deklarowane w ofercie wskaźniki stanowiły pozacenowe kryteria oceny ofert i wpływały na ranking ofert, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy FKS jako najkorzystniejszej w postępowaniu BDG-WZPU.2501.13.2020.

Mając na uwadze fakt, iż zgodnie z zawartą umową z dnia 3 marca 2021 r. to wykonawca FKS przejął pełną odpowiedzialność za realizację zadeklarowanych wskaźników i co do zasady to od jego należytego działania było zależne ich osiągnięcie, słusznie przyjął Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że do nienależytego wykonania doszło z przyczyn zależnych od FKS - to wykonawca FKS był bowiem odpowiedzialny za odpowiednie przygotowanie kampanii medialnej oraz za osiągnięcie określonych w umowie parametrów. Zamawiający wskazał także, iż na niewykonanie zobowiązań nie miało wpływu działanie Zamawiającego, osób trzecich ani siła wyższa. W tym stanie rzeczy to zadaniem Odwołującego było wykazać, że powyższe stwierdzenie Zamawiającego nie jest prawdziwe, a przyczyny nieosiągnięcia wymaganych wskaźników kampanii nie były od wykonawcy FKS zależne, pomimo iż w świetle postanowień umownych odpowiedzialność w tym zakresie spoczywała na nim. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, aby przyczyny braku osiągnięcia zadeklarowanych parametrów wynikały z przyczyn niezależnych od niego, w tym że te obiektywnie niezależne przyczyny wskazane w odwołaniu miałyby usprawiedliwiać aż tak znaczne odstępstwa od założonych wskaźników, jakie faktycznie miały miejsce. Wspomnieć bowiem należy, że wskaźnik dotyczący kampanii spotowej w telewizji został zrealizowany na poziomie 83,38%, wskaźnik dotyczący liczby polubień na portalu Facebook na poziomie jedynie 52,07%, a wskaźnik dotyczący liczby obserwujących na portalu Instagram na poziomie tylko 25,6%.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał podniesionych w odwołaniu twierdzeń, aby szacując zasięg kampanii w ofercie dołożył należytej staranności. Ma to w przedmiotowym przypadku duże znaczenie, ponieważ poziom koniecznych do osiągnięcia wskaźników był wynikiem właśnie przedstawionych w ofercie deklaracji. Odwołujący ustalając oferowaną wysokość ceny oraz deklarując zasięgi winien był dołożyć należytej staranności i dopilnować,

aby pomiędzy nakładami niezbędnymi na osiągnięcie zaproponowanych wskaźników i zaoferowaną ceną zachodziła odpowiednia korelacja. Odwołujący nie wykazał również, aby przygotował odpowiednio kampanię i faktycznie na jej ostateczne rezultaty nie miał wpływu, a podnoszone przez niego w tym zakresie okoliczności nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Odwołujący nie dowodził też, aby w trakcie realizacji umowy podjął działania korygujące, zmierzające do wzrostu zasięgów i optymalizacji kampanii, a przecież musiał (a przynajmniej powinien był) monitorować poziom osiąganych wskaźników.

W zakresie braku osiągnięcia zadeklarowanego zasięgu kampanii spotowej w telewizji Odwołujący wskazywał, iż opierał swoje szacunki na adekwatnych realiach (analogicznym okresie w roku 2020), niemniej nie wykazał, że realia te faktycznie były adekwatne. Jak zauważył Przystępujący działanie takie można uznać za błędne, gdyż na wiosnę 2020 r. z uwagi na lockdown doszło do historycznego wzrostu oglądalności telewizji. Przystępujący wyjaśnił, iż „uwzględniając trendy w oglądalności telewizji na przestrzeni ostatnich lat w grupie 4-12 obserwujemy stały, widoczny i łatwy do przewidzenia odpływ najmłodszej widowni z telewizji, który jedynie został wyhamowany poprzez nietypową sytuację z jaką się zetknęliśmy wiosną 2020. Zatem spadek widowni o 30% wiosną 2021 jest jedynie konsekwencją stałego trendu spadkowego widowni dziecięcej będącego efektem mniejszej konsumpcji stacji dziecięcych, a nie trudnym do przewidzenia zdarzeniem losowym jakim jest pandemia Covid-19.” Przystępujący wskazał, iż „wykonawca założył optymistycznie, że wiosną 2021 widownia dziecięca będzie na porównywalnym poziomie do okresu obejmującego pierwszą falę pandemii z wiosny 2020 (czyli okres zupełnego lockdownu, bez możliwości wychodzenia nawet na spacer, zamknięciu przedszkoli, szkół, parków, lasów, placów zabaw). Wykonawca nie wziął pod uwagę, że już jesienią 2020 (podczas kolejnej fali pandemii i kolejnego lockdownu) nie było widać żadnych przesłanek na powtórzenie się scenariusza z wiosny 2020 i trend spadkowy w widowni dziecięcej był dalej kontynuowany.” Przystępujący przedstawił także wykres obrazujący trend oglądalności stacji dziecięcych w grupie 4-12 na przestrzeni ostatnich czterech lat, z którego widać, że miesiące marzec-maj 2020 były nietypowe, w normalnej sytuacji widownia dziecięca powinna zacząć spadać od kwietnia/maja w zależności od pogody dzieci zaczynają więcej czasu spędzać na zewnątrz. Odwołujący powyższych twierdzeń Przystępującego w żaden sposób nie odparł.

Izba stwierdziła ponadto, że stanowisko Odwołującego w zakresie przyjętych do estymacji danych rynkowych nie koreluje z informacjami zamieszczonymi w Sprawozdaniu końcowym, w którym wskazano, iż punktem odniesienia dla emisji w poszczególnych miesiącach były dostępne dane oglądalności z miesięcy zimowych, które charakteryzują się szybszym budowaniem zasięgu. Treść ww. Sprawozdania wskazuje, iż wykonawca FKS w zasadzie sam przyznał, że dokonał nieprawidłowej estymacji, opartej na nieadekwatnych

danych, bowiem bazował na miesiącach zimowych o innej charakterystyce oglądalności. Odwołujący wskazał również na zmianę na rynku stacji telewizyjnych w postaci spadku średniego czasu oglądania telewizji przez dzieci w wieku 4-12 lat i zmian w strukturze widzów, nie odparł jednak twierdzeń Przystępującego o braku podjęcia w trakcie realizacji działań zmierzających do intensyfikacji kampanii spotowej w sytuacji zaobserwowania spadku ilości odbiorców z grupy docelowej. Odwołujący nie odparł również argumentacji Przystępującego o zakupieniu zbyt małej liczby GRP, nie dającej możliwości realizacji zasięgu na poziomie 55,6% oraz wpływu na taki stan rzeczy okoliczności, że wykonawca FKS zakupił GRP w najtańszych okresach, o niższej oglądalności. Podnoszona przez Odwołującego podczas rozprawy okoliczność, że dokonywał zakupu GRP w tańszych okresach, aby uzyskać większą ich ilość, nie została skonfrontowana z faktem, że te tańsze okresy cechują się niższą oglądalnością. Podobnie Odwołujący nie odparł twierdzeń Przystępującego dotyczących niewłaściwego rozkładu aktywności kampanii w poszczególnych stacjach dziecięcych, wpływającego na finalne zasięgi. Odwołujący nie wyjaśnił również, jak przywołany w odwołaniu spadek realizacji zleceń przez stacje telewizyjne mógł faktycznie przełożyć się na brak osiągnięcia założeń, tj. w jakim wymiarze mogło to nastąpić i czy nie było możliwe podjęcie w tym zakresie odpowiednich działań korygujących i uwzględnienie tych zmian w planach zakupowych na kolejny miesiąc (na co wskazywał Przystępujący).

Słusznie także wskazywał Zamawiający, że przyczyny nieosiągnięcia wskaźników wskazane w odwołaniu nie korelują z treścią Sprawozdania końcowego z realizacji umowy. W Sprawozdaniu tym powołano się na całkowicie inne powody niż podniesione w odwołaniu, które wskazują, iż w istocie to z przyczyn zależnych od wykonawcy FKS nie doszło do realizacji zadeklarowanych parametrów kampanii. W treści Sprawozdania powołano się na sytuację związaną z pandemią koronawirusa, niemniej była to okoliczność znana wykonawcy FKS w momencie składania oferty, w szczególności wykonawca mógł zakładać możliwość stopniowego odchodzenia od ograniczeń, zwłaszcza w miesiącach cieplejszych. Natomiast zasadnicza część Sprawozdania końcowego wskazywała na fakt, że przyczyną nieosiągnięcia deklarowanych parametrów kampanii była mało atrakcyjna koncepcja kreatywna, co jednak w odwołaniu pominięto. Koncepcja kreatywna Zamawiającego również była znana wykonawcy FKS już na etapie sporządzania oferty, więc powoływanie się na powyższe bynajmniej nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej nieosiągnięcie zadeklarowanych wskaźników, podobnie jak wskazywanie, że strategia komunikacji z grupą docelową okazała się mniej atrakcyjna niż wykonawca FKS pierwotnie zakładał. Wykonawca znał założenia koncepcji kreatywnej, zatem dochowując należytej staranności winien

sporządzając ofertę ustalić wskaźniki na takim poziomie, jaki był możliwy do osiągnięcia w oparciu o taką właśnie kampanię kreatywną.

Powyższe należy odnieść także do kampanii w mediach społecznościowych (Facebook, Instagram). Wykonawca FKS miał świadomość, iż kontent prezentowany na profilu będzie musiał wpisywać się w założenia koncepcji kreatywnej, miał świadomość, że konto w ww. portalach społecznościowych mogą posiadać wyłącznie osoby powyżej 13 roku życia, a zatem, że kampania będzie musiała być kierowana do osób dorosłych (rodziców, nauczycieli – wynikało to także z OPZ), jak i powinien mieć świadomość, że koncepcja oparta na materiałach dostosowanych do młodego odbiorcy może nie być atrakcyjna dla osób dorosłych. Okoliczności te profesjonalny wykonawca winien uwzględnić podczas estymacji deklarowanych zasięgów kampanii, a nie powoływać się na nie w celu usprawiedliwienia braku osiągnięcia zaoferowanych parametrów. Wykonawcy FKS na etapie ofertowania znana była grupa docelowa.

W zakresie kampanii w mediach społecznościowych Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący nie wykazał podniesionych w odwołaniu twierdzeń, aby w okresie kampanii nastąpiły zmiany wprowadzone przez firmę Facebook na platformach Facebook i Instagram w zakresie algorytmu wspierania pozycjonowania kampanii reklamowych zakładanych pod cel „polubienia strony”, jak również nie wyjaśnił jak zmiana tej polityki realnie (wartościowo) mogła przełożyć się na osiągnięcie zaoferowanych wskaźników. Co więcej, Przystępujący zakwestionował fakt zaistnienia jakichkolwiek istotnych zmian algorytmów reklamowych w okresie trwania kampanii, Odwołujący nie złożył zaś dowodów, które potwierdzałyby rzeczoną okoliczność. Przystępujący wskazywał również na to, iż z uwagi na relatywnie krótki okres trwania kampanii (4 miesiące) istniała możliwość precyzyjnego oszacowania możliwych do osiągnięcia zasięgów (+/- 10%), tymczasem wykonawca FKS zrealizował zadeklarowany w zakresie portalu Facebook wskaźnik jedynie w 52%, zaś w zakresie portalu Instargam w 25%. Zgodzić należy się tutaj z Przystępującym, że poziom realizacji parametrów tak istotnie odbiegał od założeń, że może to uprawdopodobniać tezę, iż wykonawca FKS dokonując estymacji mógł brać pod uwagę możliwość obciążenia go karą umowną za nieosiągnięcie wskaźników, zwłaszcza że wysokość tej kary była stała, niezależna od faktycznego stopnia nieosiągnięcia założeń.

Wiarygodność argumentacji Odwołującego o nieosiągnięciu wskaźników kampanii z przyczyn od wykonawcy FKS niezależnych poddaje w wątpliwość również podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż wykonawca FKS nie wnioskował o wprowadzenie zmian do umowy, mimo że umowa dawała mu taką możliwość m.in. w sytuacji istotnych zmian na rynku mediowym, niedających się przewidzieć w momencie sporządzania Harmonogramu szczegółowego (w tym nieoczekiwanego gwałtownego spadku audytorium

nośnika wykorzystywanego w Kampanii, niezgodnego z wcześniejszym trendem wielkości audytorium tego nośnika). Możliwość taka istniała również w związku z ewentualną koniecznością dostosowania treści umowy do zmian warunków społecznych i gospodarczych wywołanych przez COVID-19. Skoro zatem – jak twierdzi obecnie Odwołujący – zaistniały niezależne od niego przyczyny o obiektywnym charakterze powodujące brak osiągnięcia wymaganych parametrów, to mógł on zwrócić na nie Zamawiającemu uwagę podczas realizacji umowy, wnioskując o wprowadzenie w umowie adekwatnych zmian. Tymczasem wykonawca FKS nawet w Sprawozdaniu końcowym tego rodzaju obiektywnych niezależnych przyczyn nie wskazał, a powołał się na zgoła inne okoliczności. Nie sposób nie dostrzec w tym stanie rzeczy braku konsekwencji w argumentacji wykonawcy FKS/Odwołującego. Odwołujący nie podnosił również, aby w toku realizacji umowy w ogóle informował Zamawiającego o zaobserwowanych ryzykach związanych z osiągnięciem zadeklarowanych wskaźników ani nie wykazywał, że podjął stosowne działania korygujące. Dopiero w wiadomości e-mail z dnia 22 czerwca 2021 r. (tj. już pod sam koniec okresu realizacji umowy) wykonawca FKS sygnalizował, że wskaźniki nie zostaną osiągnięte. Z kolei podnoszonej podczas rozprawy okoliczności rzekomego braku należytego współdziałania ze strony Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił. Przy czym nie byłoby zasadne oczekiwanie od Zamawiającego, aby wyraził zgodę na odstąpienie od przyjętej koncepcji kreatywnej, gdyż obowiązek oparcia kampanii na tej koncepcji wynikał z dokumentów zamówienia oraz zawartej umowy.

Mając powyższe na względzie Izba za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego, iż wykonawca FKS nie dołożył należytej staranności w procesie ofertowania oraz realizacji umowy, co przejawiało się w przyjęciu wadliwego punktu odniesienia dla estymacji, w braku uwzględnienia ewentualnego zniesienia ograniczeń wynikających ze stanu pandemii, nieuwzględnieniu znanej wcześniej koncepcji kreatywnej kampanii, ograniczonej jej atrakcyjności dla dzieci starszych i osób dorosłych oraz trudności w dotarciu do grupy docelowej. Zdaniem składu orzekającego materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala stwierdzić, że nienależyte wykonanie umowy z dnia 3 marca 2021 r. w zakresie realizacji parametrów kampanii nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie stawianych tez w zakresie wskazanych w odwołaniu przyczyn nieosiągnięcia przez wykonawcę FKS zadeklarowanych parametrów i w zakresie dochowania przez wykonawcę FKS należytej staranności, ale także nie odparł twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego zawartych w pismach procesowych i prezentowanych na rozprawie. W szczególności Odwołujący nie przedstawił kontrargumentacji do twierdzeń Przystępującego, iż osiągnięcie deklarowanych wskaźników zależy w dużej mierze od jakości i intensywności kampanii,

zastosowanej kreacji i innych działań wykonawcy, niekiedy podwyższenia nakładów, a w przedmiotowym przypadku do nienależytego wykonania umowy doszło z powodu niewłaściwego zaplanowania kampanii, zaoferowania nierealnych wskaźników, niemożliwych do osiągnięcia w zaoferowanej cenie, zbyt niskiej intensywności działań wykonawcy FKS.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że nieosiągnięcie zadeklarowanych w ofercie, a wymaganych umową wskaźników stanowiło nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego. W zakresie interpretacji pojęcia istotności warto zwrócić uwagę, iż 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 (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. W przedmiotowym przypadku istotność tę należy oceniać przez pryzmat celu, jakiemu służyło osiągnięcie zadeklarowanych wskaźników – dotarcie kampanii „Kolejowe ABC” do jak największej liczby odbiorców z grupy docelowej. Wykonawca FKS nie dochował wszystkich zadeklarowanych w ofercie parametrów kampanii, ale co więcej - w zakresie dwóch z trzech wskaźników, tj. wskaźników dotyczących mediów społecznościowych, osiągnięte wartości w sposób znaczny odbiegały od zaoferowanego poziomu (52% - liczba polubieni profilu w serwisie Facebook, 25% obserwujących profil w serwisie Instagram). Ponadto w odniesieniu do liczby obserwujących profil w serwisie Instagram nie osiągnięto nawet określonych przez Zamawiającego wymagań minimalnych. Nie można tutaj także tracić z oczu okoliczności, że deklarowane w ofercie wartości podlegały ocenie w pozacenowych kryteriach oceny ofert o łącznej wadze aż 50%, wpływając na wybór oferty FKS jako najkorzystniejszej. Ustalenie tego rodzaju kryteriów, jak i ich waga, niewątpliwie potwierdza znaczenie, jakie realizacja tego obowiązku umownego miała dla powodzenia całej kampanii. Jak zauważył Zamawiający (i co wynika z zawartej umowy), obowiązek osiągnięcia określonych parametrów kampanii stanowił istotę udzielonego zamówienia, zobowiązanie główne, a nie uboczne czy pomocnicze. Potwierdza to treść OPZ, z którego jasno wynikało, że były to priorytety mediowe (por. pkt 4.7 i 5.18 OPZ). W treści odwołania świadomie pominięto wagę jaką zadeklarowane w ofercie wskaźniki miały dla wyboru oferty najkorzystniejszej, podobnie jak zdeprecjonowano ich znaczenie w kontekście należytej realizacji celu kampanii edukacyjnej (Odwołujący wskazał jedynie na „nieosiągnięcie kilku parametrów opisanych w umowie”).

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska Odwołującego, jakoby kara umowna nie mieściła się w katalogu sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a Zamawiający dokonać miał w tym zakresie wykładni rozszerzającej omawianego przepisu. Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie/długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), w którym mowa jest o doprowadzeniu do „wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”. Analizując relację art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp do art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej można wywieść wniosek, że ustawodawca krajowy doprecyzował pojęcie „innych porównywalnych sankcji” użyte w Dyrektywie klasycznej poprzez wskazanie na wykonanie zastępcze oraz uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Za nieprawidłowy jednak Izba uznała wywiedziony przez Odwołującego na tym gruncie wniosek, że taka konstrukcja art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powoduje brak możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy z tytułu nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego naliczono mu kary umowne. W ww. przepisie jest mowa o odszkodowaniu, którego nie można zawęzać wyłącznie - jak czyni to Odwołujący - do „odszkodowania *sensu stricto*”, rozumianego jako tradycyjne odszkodowanie uzyskane w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w Kodeksie cywilnym (art. 471 i n.). W ocenie składu orzekającego w pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 Kodeksu cywilnego. Nieuzasadnione byłoby różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono kare umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie art. 471 Kodeksu cywilnego w sądowym lub pozasądowym trybie. Natomiast podkreślić należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary mogą bowiem pełnić różne funkcje, w zależności od sposobu ukształtowania

postanowień umownych, nie tylko funkcję kompensacyjną. Natomiast jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej jako, że co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego (por. np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., I ACa 368/05).

W przedmiotowym przypadku nie budziło wątpliwości składu orzekającego, że kara umowna nałożona przez Zamawiającego na wykonawcę FKS w oparciu o § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy pełniła funkcję kompensacyjną i miała charakter *stricte* odszkodowawczy – została ona naliczona z tytułu nienależytego wykonania przez wykonawcę FKS z przyczyn leżących po jego stronie zobowiązania umownego polegającego na niedotrzymaniu wszystkich trzech zadeklarowanych parametrów stanowiących podstawę oceny oferty w postępowaniu w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert o łącznej wadze 50%. Kara umowna stanowiła zatem zryczałtowane odszkodowanie, mające kompensować Zamawiającemu majątkowe i niemajątkowe uszczerbki z tytułu braku osiągnięcia zakładanych rezultatów kampanii „Kolejowe ABC”. Jedynie uzupełniająco dodać należy, że w aktualnym stanie prawnym dla ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie jest już konieczne „zasądzenie” odszkodowania, jak miało to miejsce na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy.

Następnie Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że w przepisie tym mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby taka właśnie sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie, nie przedstawił również w odwołaniu szerszej argumentacji w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego charakter i zakres niedopełnienia obowiązków umownych przez wykonawcę FKS powoduje, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jako wykonawcy niedającego rękojmi należytego wykonania zamówienia a podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty nie naruszała zasady proporcjonalności.

Natomiast w ocenie Izby w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku znajdowała zastosowanie również podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający upatrywał wprowadzenia go w błąd poprzez udzielenie przez współników spółki cywilnej FKS w JEDZ odpowiedzi „NIE” na pytanie zawarte w Części III lit. C „Czy wykonawca 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?”. W ocenie Zamawiającego wykonawca FKS w takiej sytuacji się znajdował i powinien on udzielić na ww. pytanie odpowiedzi twierdzącej.

Podkreślić należy, iż aby wykluczyć wykonawcę w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy wykazać, że doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek, o których w tym przepisie mowa. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję powinien był wykazać, że faktycznie w realiach przedmiotowego postępowania zaistniały łącznie wszystkie niezbędne do zastosowania ww. podstawy wykluczenia. Tymczasem Zamawiający poza zacytowaniem jednego orzeczenia Izby w ogóle do tych przesłanek się nie odniósł, co już samo w sobie przesądza o wadliwości jego decyzji. Zdaniem składu orzekającego należy dodatkowo mieć na uwadze, że przedmiotowe pytanie w JEDZ dotyczyło przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem przesłanki *stricte* ocennej, której spełnienie zależne jest od wielu okoliczności o równie ocennym charakterze, tj. ustalenia niewykonania lub nienależytego wykonania (ewentualnie długotrwałego nienależytego wykonywania) zobowiązania umownego, ustalenia, że zobowiązanie to było istotne, czy wreszcie – jak w przedmiotowym przypadku – dokonania wykładni interpretacji pojęcia odszkodowania użytego w ww. przepisie. Ma to znaczenie przede wszystkim dla oceny stwierdzenia istnienia po stronie wykonawcy zamiaru wprowadzenia Zamawiający w błąd lub rażącego niedbalstwa. Nawet gdyby uznać, że współnicy spółki cywilnej FKS w przedmiotowym przypadku powinni byli udzielić odpowiedzi twierdzącej na tak skonstruowane pytanie w JEDZ, to Zamawiający powinien wykazać, że udzielenie odpowiedzi przeczącej było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa tych podmiotów. Zamawiający powołał się bowiem na kwalifikowaną przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a nie na przesłankę wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp obejmującą swym zakresem lekkomyślność i niedbalstwo. W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego próżno szukać jakiegokolwiek uzasadnienia

wykazującego, że wspólnikom spółki cywilnej FKS można przypisać zamierzone działanie czy rażące niedbalstwo w omawianym zakresie. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może zostać uznana za prawidłową.

Niezależnie jednak od tego, stwierdzone po stronie Zamawiającego uchybienie w powyższym zakresie nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem Odwołującego ziszcila się inna podstawa do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia (tj. podstawa o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) skutkująca odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, wynik postępowania – pomimo niewykazania przez Zamawiającego drugiej podstawy wykluczenia - nie uległ zmianie, a zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu. W tym stanie rzeczy podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: