

Sygn. akt: KIO 616/20

WYROK
z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 3 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 marca 2020 r. przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ClickAd Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DSK Agencja Reklamowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Ministerstwo Edukacji Narodowej z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, White Octopus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Edukacji Narodowej z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Działania informacyjno-promocyjne o szerokim zasięgu dot. kształcenia zawodowego, ogólnego oraz uczenia się przez całe życie”, numer: DE-WZP.261.18.2019.MJ, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 239-586890. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 23 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ClickAd Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, DSK Agencja Reklamowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo iż nie spełniły się przesłanki do zastosowania ww. sankcji, w szczególności, Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (Rozdział 5 pkt 2.3.1 SIWZ), które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
ewentualnie:
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale 5 pkt 2.3.1 SIWZ;
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie ww. przepisu, mimo, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania;
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. ewentualnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W rozdziale 5 pkt 2.3.1 SIWZ Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykazał, że: "w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 (dwie) usługi (umowy) polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu działań informacyjno-promocyjnych o zasięgu ogólnokrajowym realizowanych w mediach (z uwzględnieniem mediów społecznościowych), każda o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto". W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z załączonymi dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący przedstawił wykaz usług, w którym wskazał dwa zamówienia, w tym zamówienie wykonane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości. Do wykazu zostały dołączone dowody potwierdzające jakość wykonanych usług - listy referencyjne.

W toku postępowania Zamawiający zakwestionował usługę zrealizowaną na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości wskazaną przez Odwołującego w wykazie. Zamawiający stwierdził, że list referencyjny wystawiony przez Ministerstwo Sprawiedliwości nie potwierdzał należytego wykonania. 5 marca 2020 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień czy usługa była wykonana należycie oraz czy Ministerstwo Sprawiedliwości nałożyło na wykonawcę kary umowne.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości, w celu udzielenia informacji na temat ww. usługi. 11 marca 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości wyjaśniło że: „W związku z przedmiotową umową wykonawcy naliczono karę umowną zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, który stanowił, że wykonawcy naliczona zostanie kara umowna

w przypadku niezrealizowania wskaźnika dotarcia do grupy odbiorców na poziomie określonym w umowie. Wykonawca jeden ze wskaźników dotarcia do grupy odbiorców zrealizował na poziomie niższym niż określony w umowie. W związku z powyższym wykonawcy została naliczona kara umowna w tym zakresie. Kara umowna w wysokości 2,58% przysługującego wynagrodzenia została naliczona za niezrealizowanie wskaźnika dotarcia, na poziomie 6160 GRP, w odniesieniu do telewizji. Wykonawca zrealizował ten wskaźnik na poziomie 6001 GRP, co stanowi 97,42 % zakładanego w ofercie wskaźnika. Jednocześnie wykonawca zrealizował zakładane wskaźniki dotyczące sposobu i terminu oraz liczby emisji spotów telewizyjnych”.

12 marca 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że został wprowadzony w błąd przez Odwołującego, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień Odwołujący potwierdził, że usługa została wykonana należycie, oraz że nie zostały na wykonawcę nałożone kary umowne, w sytuacji gdy Ministerstwo Sprawiedliwości poinformowało, że naliczona została kara umowna. Po otrzymaniu informacji o wykluczeniu z postępowania Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dodatkowe potwierdzenie od Ministerstwa Sprawiedliwości, w którym odbiorca usług wskazał, że umowa została wykonana należycie, a naliczenie kar umownych w kontekście zakresu wykonanego zamówienia nie zmieniło tej oceny.

Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było bezzasadne. Usługa na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości została wykonana przez Odwołującego należycie, a naliczona kara umowna nie zmieniła ww. oceny. Zgodnie z dokumentem referencji z 10 maja 2019 r. Ministerstwo Sprawiedliwości potwierdziło wykonanie przez ClickAd Interactive sp. z o.o. prac polegających na przygotowaniu i wdrożeniu ogólnopolskiej kampanii dotyczącej praw osób pokrzywdzonych. Ministerstwo Sprawiedliwości potwierdziło w treści dokumentu jakie prace wykonała w ramach umowy agencja reklamowa, oraz że „Kampania informacyjno - promocyjna przyczyniła się do wzrostu świadomości na temat Funduszu Sprawiedliwości oraz upowszechnienia wiedzy na temat zadań i konkursów realizowanych w ramach Funduszu Sprawiedliwości, wśród organizacji pozarządowych zajmujących się działalnością na rzecz osób pokrzywdzonych”. Odbiorca usług potwierdził ponadto, że kwota zrealizowanych przez ClickAd Interactive sp. z o.o. działań to 14 760 000 zł brutto.

Gdyby Ministerstwo Sprawiedliwości nie oceniało pozytywnie prac wykonanych przez ClickAd Interactive sp. z o.o., to z pewnością nie wystawiłoby dokumentu w postaci „listu referencyjnego”. Ministerstwo Sprawiedliwości nie poinformowało, że na wykonawcę zostały nałożone kary umowne, gdyż w sposób zadowalający oceniło jakość usług zrealizowanych

w ramach umowy. Odwołujący natomiast kierując się listem referencyjnym sformułował odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

List referencyjny mimo, iż nie zawierał w swojej treści wprost wyrażenia „należyte wykonanie”, to nie ulegało wątpliwości, iż ze względu na ww. okoliczności mógł stanowić dowód w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: rozporządzenie).

Z działań podejmowanych przez Zamawiającego wynikało, że oczekiwał on, aby dowód mający potwierdzać prawidłowe wykonanie zamówienia zawierał wprost sformułowanie o „należytem wykonaniu”. Takie wymagania nie znajdują jednak oparcia w przepisach prawa, w szczególności w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia. Dowód potwierdzający należyte wykonanie prac w postaci listu referencyjnego nie pochodzi od wykonawcy i nie jest wystawiany na potrzeby przedłożenia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Brak informacji o jakichkolwiek wadach usług wykonanych przez ClickAd Interactive sp. z o.o. przy jednoczesnym zawarciu informacji o pozytywnym efekcie realizacji umowy był wystarczającym potwierdzeniem należytego wykonania usługi.

Po wykluczeniu z postępowania Odwołujący złożył Zamawiającemu dodatkowe poświadczenie należytego wykonania umowy z 17 marca 2020 r., w którym Ministerstwo Sprawiedliwości jednoznacznie wskazało, że "biorąc pod uwagę zakres wykonanego zadania Ministerstwo Sprawiedliwości potwierdza, że umowa została wykonana należyście".

Fakt nałożenia przez odbiorcę usług kary umownej za zrealizowanie jednego ze wskaźników na poziomie 97,42% zakładanego w ofercie nie przekreślał możliwości uznania wykonania umowy w sposób należyty. Uchybienie w kontekście całości wykonanego zamówienia miało charakter znikomy. Ministerstwo Sprawiedliwości nie poniosło w związku z tym żadnej szkody (kara umowna miała charakter wyłącznie gwarancyjny). W związku z tym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem prawa z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Fakt, że doszło do nieznacznych uchybień nie ma wpływu na zadowalającą ocenę wykonanych przez ClickAd Interacvite sp. z o.o. usług. Intencją Odwołującego nigdy nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przekazywaniu informacji, a odpowiedź Odwołującego oparta była o treść wystawionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości listu referencyjnego.

Odwołujący z ostrożności wskazał ponadto, że w przypadku uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu niezbędne było zastosowanie przez

Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w Rozdziale 5 pkt 2.3.1 SIWZ. Zamawiający nie zastosował wobec Odwołującego ww. trybu, a wezwanie z dnia 5 marca 2020 r. dotyczyło wyłącznie wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Pzp). Tym samym, w przypadku uznania, że informacje przekazane przez Odwołującego (poświadczenie Ministerstwa Sprawiedliwości, dodatkowa usługa uwzględniona w wykazie wykonana na rzecz Mennicy Polskiej S.A.) powinny zostać przedstawione w odpowiedzi na formalne wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wskazał na konieczność wyczerpania przez Zamawiającego trybu art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i wskazał ponadto:

W złożonym przez Odwołującego wykazie usług przedstawiono 2 pozycje, z czego w przypadku poz. 1 dotyczącej usługi na ogólnopolską kampanię dotyczącą praw osób pokrzywdzonych dla Ministerstwa Sprawiedliwości w okresie grudzień 2018 r. – kwiecień 2019 r. na kwotę 14 760 000,00 zł brutto. Złożony do tej pozycji list referencyjny nr DFS-III.0607.1.2019 z 10 maja 2019 r. nie potwierdzał, że usługa została wykonana należycie. W ww. liście referencyjnym wskazano m.in., że „Agencja ClickAd Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przygotowała oraz wdrożyła ogólnopolską kampanię (...)” wskazaną w poz. 1 wykazu usług oraz, że „kampania informacyjno-promocyjna przyczyniła się do wzrostu świadomości na temat Funduszu Sprawiedliwości oraz upowszechniania wiedzy (...)”. Treść złożonego przez Odwołującego dokumentu wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, ponieważ żadne sformułowanie dokumentu nie wskazywało na należyte wykonanie usługi, lecz odnosiło się do efektów samej kampanii. Fakt, że „kampania informacyjno-promocyjna przyczyniła się do wzrostu świadomości na temat Funduszu Sprawiedliwości oraz upowszechniania wiedzy (...)” nie oznaczał, że Odwołujący nie naruszył swoich zobowiązań w trakcie realizacji umowy i że wykonał ją należycie. Sformułowanie to nie odnosiło się bowiem do realizacji umowy lecz do efektu kampanii.

W związku z powyższym, Zamawiający skorzystał z uprawnienia przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia i 18 lutego 2020 r. zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o przekazanie informacji, czy umowa wskazana w liście referencyjnym została zrealizowana przez Clickad Interactive Sp. z o.o. należycie. Odpowiedź Ministerstwa Sprawiedliwości z 2 marca 2020 r. w ocenie Zamawiającego również nie potwierdzała, że ww. umowa została wykonana należycie, bowiem odnosiła się do osiągniętych efektów kampanii (w tym dotarcia do grupy docelowej), a nie do wykonania umowy przez

wykonawcę. W tym samym dniu, tj. 2 marca 2020 r. Zamawiający ponownie wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o jednoznaczną odpowiedź na pytanie czy umowa z ClickAd Interactive Sp. z o.o. została wykonana przez wykonawcę należycie. Ministerstwo Sprawiedliwości nie udzieliło jednak żadnej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający 5 marca 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących realizacji usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Zamawiający zadał Odwołującemu szczegółowe pytania:

1. czy w związku z realizacją umowy wymienionej w poz. 1 wykazu usług zostały naliczone kary umowne, jeśli tak, to jakie były przyczyny naliczenia kar?
2. jaka była wysokość naliczonych kar umownych oraz czy w związku z realizacją umowy wymienionej w poz. 1 wykazu usług były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania Wykonawcy, jeżeli tak to jakie i z jakich powodów?

Odwołujący 9 marca 2020 r. odpowiedział, że „(...) Usługa została wykonana należycie pod względem jakości, poprawności i terminowości. Wyjaśniamy, że:

1. w związku z realizacją umowy nie były naliczone kary umowne,
2. w związku z realizacją umowy nie były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania. Cała kampania była zrealizowana na czas z należytą starannością zgodnie z wymaganiami Zamawiającego tj. Ministerstwa Sprawiedliwości”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego oraz wątpliwości wynikające z faktu, że żadne sformułowanie w dokumentach wystawionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości nie potwierdzało należytego wykonania usługi przez wykonawcę, a także brak odpowiedzi Ministerstwa Sprawiedliwości na pismo Zamawiającego z 2 marca 2020 r., Zamawiający 9 marca 2020 r. w trybie § 2 ust. 6 rozporządzenia, wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości i zadał Ministerstwu szczegółowe pytania dotyczące usługi wskazanej w poz. 1 wykazu złożonego przez Odwołującego:

1. czy w związku z realizacją umowy były naliczone wykonawcy kary umowne, jeśli tak, to jakie były przyczyny naliczenia kar i jaka była wysokość naliczonych kar umownych?
2. czy w związku z realizacją umowy były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania Wykonawcy, jeżeli tak, to jakie i z jakich powodów?

W odpowiedzi, 11 marca 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości wyjaśniło m.in. że: „W związku z przedmiotową umową wykonawcy naliczono karę umowną zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, który stanowił, że wykonawcy naliczona zostanie kara umowna w przypadku niezrealizowania wskaźnika dotarcia do grupy odbiorców na poziomie

określonym w umowie. Wykonawca jeden ze wskaźników dotarcia do grupy odbiorców zrealizował na poziomie niższym niż określony w umowie. W związku z powyższym wykonawcy została naliczona kara umowna w tym zakresie. Kara umowna w wysokości 2,58% przysługującego wynagrodzenia została naliczona za niezrealizowanie wskaźnika dotarcia, na poziomie 6160 GRP, w odniesieniu do telewizji. Wykonawca zrealizował ten wskaźnik na poziomie 6001 GRP, co stanowi 97,42 % zakładanego w ofercie wskaźnika. Jednocześnie wykonawca zrealizował zakładane wskaźniki dotyczące sposobu i terminu oraz liczby emisji spotów telewizyjnych”. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp 12 marca 2020 r. wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odwołujący składając wyjaśnienia z 9 marca 2020 r. dotyczące realizacji umowy wymienionej w poz. 1 wykazu usług przedstawił informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd. Odwołujący niezgodnie z prawdą oświadczył, że w związku z realizacją umowy wskazanej w poz. 1 Wykazu usług nie zostały naliczone kary umowne oraz, że nie doszło do nienależytego wykonania jakichkolwiek zobowiązań. Wyjaśnienia zostały podpisane przez prokurenta samoistnego Clickad Interactive Sp. z o.o. czyli osobę, która powinna posiadać wiedzę na temat działań spółki, a w przypadku braku takiej wiedzy powinna bez problemu uzyskać taką informację i złożyć Zamawiającemu informacje zgodne z prawdą. Wyjaśnienia Odwołującego z 9 marca 2020 r. mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczyły one bowiem kwestii wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby Zamawiający poprzestał na oświadczeniu Odwołującego, nie miałby wiedzy o naruszeniu zobowiązań umownych przez Clickad Interactive Sp. z o.o. przy realizacji umowy wykazanej w poz. 1 wykazu usług i nie miałby możliwości dokonania oceny czy naliczenie kar umownych umożliwia uznanie umowy, jako należycie wykonanej. Ze względu na wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie doszło do oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu – jego oferta nie podlegała dalszej ocenie. Po czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, 17 marca 2020 r., Odwołujący złożył pismo, w którym m.in. nie negował faktu naliczenia mu kar umownych. Do pisma Odwołujący załączył również m.in. dodatkowe referencje dot. wskazanej w poz. 1 wykazu usługi, wystawione 17 marca 2020 r. Przedmiotowe referencje jako złożone już po wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie mogły być wzięte pod uwagę. Ponadto potwierdzały, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie kwestii naliczenia kar umownych przy realizacji umowy wskazanej w punkcie 1 wykazu usług. Odwołujący nie został wykluczony z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz z powodu podania nieprawdziwych informacji

dotyczących naliczenia kar umownych przy realizacji usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług, tym samym późniejsze samodzielne uzupełnienie przez Odwołującego referencji wystawionych już po dacie wykluczenia Odwołującego z postępowania nie mogło mieć wpływu na dokonaną przez Zamawiającego czynność wykluczenia.

Złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji wyłączyło możliwość uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ratio legis uregulowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp była eliminacja z postępowań wykonawców, którzy wprowadzili zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Umożliwienie zastąpienia informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi należało zatem uznać za niedopuszczalne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp również nie zasługiwał na uwzględnienie. Zastosowanie art. 24 ust. 4 Pzp było konsekwencją wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Pisemną odpowiedź na odwołanie złożył również Przystępujący. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W Rozdziale 5 „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, że: „o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

2.3. zdolności technicznej lub zawodowej – w celu potwierdzenia spełnienia warunku Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż:

2.3.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 (dwie) usługi (umowy) polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu działań informacyjno-promocyjnych o zasięgu ogólnokrajowym realizowanych w mediach (z uwzględnieniem mediów społecznościowych), każda o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto”.

Zgodnie z Rozdziałem 6 ust. 13 SIWZ „Wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy składa w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualne na dzień złożenia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1) Spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

a) wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z załączonymi dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wzór Wykazu usług stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ,

Uwaga:

- dowodami o których mowa w pkt 1 lit. a, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmioty, na rzecz których usługi były wykonane (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – są wykonywane), a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; (...)
- jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez Wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie”.

7 lutego 2020 r. Zamawiający na podst. art. 26 ust. 1 Pzp oraz przytoczonego wyżej Rozdziału 6 ust. 13 SIWZ wezwał Odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący

złożył m. in. referencje wystawione przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Referencje dotyczyły realizacji kampanii dotyczącej praw osób pokrzywdzonych, realizowaną ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej zwanego dalej „Funduszem Sprawiedliwości”. Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie w dokumencie wystawionym przez Ministerstwo Sprawiedliwości brak jest jednoznacznego potwierdzenia, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty i odpowiadający treści zawartej umowy. W tej sytuacji Zamawiający podjął opisane w odpowiedzi na odwołanie działania zmierzające do uzyskania jednoznacznej informacji, co do sposobu realizacji ww. usługi przez Odwołującego:

1. 18 lutego 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości z pytaniem: „(...) czy umowa z Agencją ClickAd Interactive Sp. z o.o. na ogólnopolską kampanię dotyczącą praw osób pokrzywdzonych, realizowaną ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej zwanego dalej „Funduszem Sprawiedliwości” realizowana w okresie grudzień 2018 – kwiecień 2019 na kwotę 14 760 000,00 zł brutto została zrealizowana przez wykonawcę należyście?”
2. 2 marca 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości wyjaśniło: „w odpowiedzi na pismo z dnia 18 lutego 2020 r. informujemy, że umowa na ogólnopolską kampanię dotyczącą praw osób pokrzywdzonych, realizowaną ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej przypadającą na okres grudzień 2018 – kwiecień 2019 na kwotę 14 760 000,00 zł brutto zakończyła się znaczącym sukcesem. Kampania, której celem było podniesienie świadomości na temat działalności Funduszy Sprawiedliwości, była realizowana z udziałem głównych mediów. Głównym walorem przeprowadzonej przez Agencję ClickAd Interactive Sp. z o.o. kampanii była ponadprzeciętna efektywność w dotarciu do grupy celowej”.
3. 2 marca 2020 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości: „W nawiązaniu do prośby Ministerstwa Edukacji Narodowej z dnia 18 lutego 2020 r. oraz udzielonej przez Państwa w dniu dzisiejszym, tj. 2 marca 2020 r. odpowiedzi, ponownie zwracam się z prośbą o jednoznaczną odpowiedź czy umowa z Agencją ClickAd Interactive Sp. z o.o. której przedmiotem było przeprowadzenie ogólnopolskiej kampanii dotyczącej praw osób pokrzywdzonych, realizowanej ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej zwanego dalej „Funduszem Sprawiedliwości” została wykonana przez wykonawcę należyście”. Według twierdzenia Zamawiającego Ministerstwo Sprawiedliwości nie odpowiedziało na to pismo.
4. 5 marca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług oraz referencji wystawionych

przez Ministerstwa Sprawiedliwości: „(...) Żadne sformułowanie w złożonym przez wykonawcę liście referencyjnym nie wskazywało na należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę. Dokument ten w swej treści nie zawiera również informacji, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług została zrealizowana należycie pod względem jakości, poprawności, terminowości. Wobec powyższego, Zamawiający prosi o wyjaśnienie:

- 1) czy w związku z realizacją umowy wymienionej w poz. 1 wykazu usług były naliczone kary umowne, jeśli tak, to jakie były przyczyny naliczenia kar i jaka była wysokość naliczonych kar umownych?
- 2) czy w związku z realizacją umowy wymienionej w poz. 1 wykazu usług były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania Wykonawcy, jeżeli tak to jakie i z jakich powodów?”

5. 9 marca 2020 r. Odwołujący odpowiedział: „(...) niniejszym oświadczamy, iż wykonaliśmy ogólnopolską kampanię dotyczącą praw osób pokrzywdzonych, realizowaną ze środków Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej zwanego dalej „Funduszem Sprawiedliwości” realizowanej dla Ministerstwa Sprawiedliwości w okresie grudzień 2018 – kwiecień 2019 na kwotę 14 760 000,00 zł brutto z należytą starannością i terminowością. Usługa została wykonana należycie pod względem jakości, poprawności i terminowości. Wyjaśniamy również iż:

- 1) w związku z realizacją umowy nie były naliczone kary umowne
- 2) w związku z realizacją umowy nie były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania

Cała kampania była zrealizowana na czas z należytą starannością zgodnie z wymaganiami Zamawiającego tj. Ministerstwa Sprawiedliwości”.

6. 9 marca 2020 r. Zamawiający ponownie wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o udzielenie informacji dot. przedmiotowych referencji: „(...) Ministerstwo Edukacji Narodowej prosi o wyjaśnienie:

- 1) czy w związku z realizacją ww. umowy były naliczone Wykonawcy kary umowne, jeśli tak, to jakie były przyczyny naliczenia kar i jaka była wysokość naliczonych kar umownych?
- 2) czy w związku z realizacją ww. umowy były niewykonane lub nienależycie wykonane jakiegokolwiek zobowiązania Wykonawcy, jeżeli tak, to jakie i z jakich powodów?

7. 11 marca 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości udzieliło Zamawiającemu odpowiedzi i wyjaśniło m. in.: „Wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia i dostarczył

Zamawiającemu raport z jego realizacji. Wykonawca przygotował i przeprowadził kampanię promocyjnoinformacyjną wykorzystując wskazane w opisie przedmiotu zamówienia kanały komunikacji takie jak: telewizja, radio, Internet, kampania outdoorowa. W związku z przedmiotową umową wykonawcy naliczono karę umowną zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, który stanowił, że wykonawcy naliczona zostanie kara umowna w przypadku niezrealizowania wskaźnika dotarcia do grupy odbiorców na poziomie określonym w umowie. Wykonawca jeden ze wskaźników dotarcia do grupy odbiorców zrealizował na poziomie niższym niż określony w umowie. W związku z powyższym wykonawcy została naliczona kara umowna w tym zakresie. Kara umowna w wysokości 2,58% przysługującego wynagrodzenia została naliczona za niezrealizowanie wskaźnika dotarcia, na poziomie 6160 GRP, w odniesieniu do telewizji. Wykonawca zrealizował ten wskaźnik na poziomie 6001 GRP, co stanowi 97,42 % zakładanego w ofercie wskaźnika. Jednocześnie wykonawca zrealizował zakładane wskaźniki dotyczące sposobu i terminu oraz liczby emisji spotów telewizyjnych. Wykonawca zrealizował wskaźniki w odniesieniu do innych kanałów komunikacji, wskazanych w przedmiocie zamówienia. Wykonawca przygotował i przeprowadził kampanię zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wytycznymi ustalonymi z zamawiającym w trybie roboczym”.

Tym samym potwierdziła się chronologia wydarzeń prowadząca do wykluczenia Odwołującego z postępowania opisana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. 12 marca 2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że ww. czynność Zamawiającego była zasadna i prawidłowa. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający doszedł do słusznego przekonania, że Odwołujący w odpowiedzi z 9 marca 2020 r. przekazał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe i wprowadzające w błąd.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że informacje zawarte w piśmie Odwołującego z 9 marca 2020 r. zawierały informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie zdecydował się na skierowanie dodatkowego zapytania do Ministerstwa Sprawiedliwości (z 9 marca 2020 r.) to nie miałby praktycznie żadnej możliwości zweryfikowania informacji o braku kar umownych podczas realizacji usługi, której dotyczyły referencje.

Wystąpienie kar umownych w toku realizacji umowy nie daje podstawy do automatycznego uznania, że umowa nie została zrealizowana należycie. Referencje pochodzące od Ministerstwa Sprawiedliwości nie zawierały jednak jednoznacznego potwierdzenia, że usługa zrealizowana przez Agencję ClickAd Interactive Sp. z o.o. została zrealizowana prawidłowo. W tej sytuacji wątpliwości Zamawiającego są zrozumiałe. Nazwanie dokumentu jako „referencje” lub „list referencyjny” nie może stanowić wystarczającego potwierdzenia należytej realizacji umowy. Ocenie podlega przede wszystkim treść takiego dokumentu i to z niej powinno wynikać ewentualne potwierdzenie właściwego wykonania zadania. Dlatego Izba uznała, że stanowisko Odwołującego wskazujące, że sam fakt wystawienia referencji potwierdzała należyłą realizację umowy na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości jest nietrafne. Odpowiadając na wezwanie do wyjaśnień z 5 marca 2020 r. Odwołujący miał obowiązek poinformować Zamawiającego o fakcie wystąpienia kar umownych w toku realizacji przedmiotowej usługi oraz wyjaśnić przyczyny i okoliczności ich wystąpienia. Informacje takie pozwoliłyby Zamawiającemu na realizację jego uprawnienia, tj. dokonanie odpowiedniej oceny złożonych przez Odwołującego referencji. Odwołujący przekazał jednak informacje nieprawdziwe. 11 marca 2020 r. Zamawiający w oparciu o informacje przekazane przez Ministerstwo Sprawiedliwości dowiedział się, że został wprowadzony przez Odwołującego w błąd. Tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z postępowania, bez prowadzenia dalszych czynności zmierzających do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że nie została spełniona przesłanka istotnego wpływu przedstawienia nieprawdziwej informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby stanowisko to jest nietrafne. Istotny wpływ nie musi być wpływem decydującym. Przedstawienie nieprawdziwej, wprowadzającej w błąd informacji tym samym wcale nie musi prowadzić do podjęcia przez zamawiającego decyzji bądź działań odmiennych niż w przypadku przekazania mu informacji prawdziwej. Odwołujący zapewnił Zamawiającego, że w toku realizacji usługi na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości nie wystąpiły kary umowne, więc Zamawiający mógł wynikowo uznać, że referencje potwierdzają należyłą realizację umowy, a tym samym Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Gdyby nie weryfikacja tych informacji w oparciu o kontakt z Ministerstwem Sprawiedliwości Zamawiający zostałby pozbawiony prawa do samodzielnej oceny, na ile wystąpienie kar umownych rzutowało na realizację umowy przez Odwołującego. W konsekwencji potencjalnie zaburzyłoby to ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Z tego względu w ocenie Izby ponad wszelką wątpliwość spełniona została również przesłanka istotnego wpływu przedstawienia

nieprawdziwej informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba uznała zatem, że zarzut nr 1 odwołania nie potwierdził się, a wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było zasadne.

Nie potwierdził się również zarzut nr 2 odwołania. Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale 5 pkt 2.3.1 SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego po uzyskaniu informacji, że został Odwołujący przekazał mu informacje wprowadzające w błąd miał obowiązek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp było konsekwencją wykluczenia Odwołującego z postępowania, zatem zarzut nr 3 odwołania nie potwierdził się. Wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty było zgodne z przepisami Pzp i uzasadnione okolicznościami, zatem w ocenie Izby nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....