

WYROK
z dnia 22 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Reklamowa S4 S.A., ul. Rakowicka 18A, 31-510 Kraków** oraz **Mastermind Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Łódzka, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, i w razie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty - poinformowanie wykonawców o tym wyborze w sposób zgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Reklamowa S4 S.A., ul. Rakowicka 18A, 31-510 Kraków** oraz **Mastermind Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w części 1/2 i zamawiającego **Politechnikę Łódzką, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź** w części 1/2, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Reklamowa S4 S.A., ul. Rakowicka 18A, 31-510 Kraków** oraz **Mastermind Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Politechniki Łódzkiej, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź**, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Reklamowa S4 S.A., ul. Rakowicka 18A, 31-510 Kraków** oraz **Mastermind Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Politechnika Łódzka, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przeprowadzenie kampanii promocyjnej Energia Młodych”, numer referencyjny: R/RA/27/2020/2020/08/05. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 01.09.2020 r., nr 579574-N-2020.

W dniu 15.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Aplan Media Sp. z o.o.

W dniu 21.09.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agencja Reklamowa S4 S.A., ul. Rakowicka 18A, 31-510 Kraków oraz Mastermind Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1, art. 89 ust. 1, 2 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podał jedynie punktację łączną punktację przez nich uzyskaną. Nie podano ani uzyskanych punktów w każdym z 4 kryterium jak również uzasadnienia faktycznego i prawnego dla obniżenia liczby przyznanych punktów we wszystkich podkryteriach oceny ofert [Zał. Nr 1 do Odwołania - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty].

Wykonawca skorzystał z możliwości zwrócenia się z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji od zamawiającego celem zweryfikowania czy jest jakkolwiek dokument, z którego będzie wynikało dlaczego i w jaki sposób Zamawiający oceniał oferty. Czy była to ocena subiektywna zmierzająca do wyboru oferty konkretnego Wykonawcy? (...)

Zamawiający w piśmie przesłanym w dniu 15 września 2020 r. zawarł ogólne informacje o ilości przyznanych punktów, w dokumentacji Zamawiającego Odwołujący również nie odnalazł żadnego dokumentu, który jest spójny z kryteriami oceny ofert i uzasadnienie do przyznanej punktacji. Jedynym dokumentem otrzymanym na wniosek Odwołującego jest „Kryteria oceny ofert do postępowania” zawierający liczbę punktów i podpis komisji przetargowej bez uzasadnienia przyznawania punktów. [Zał. Nr 2] Dlatego też Odwołujący nie ma kompletnej informacji dotyczącej powodów obniżenia liczby punktów w kryterium nr 2 i 3.

Powyższe stanowi naruszenie art. 92 ust. 1, który bezpośrednio nakazuje wskazać uzasadnienie faktyczne i prawne odnośnie liczby przyznanej punktów w zakresie każdego kryterium oceny ofert. (...)

Wykonawca Aplan Media Sp. z o.o. złożył formularz ofertowy, którego każda strona jest parafowana lecz nie został dokument podpisany. Na ostatniej stronie widnieje imię i nazwisko wpisane komputerowo osoby uprawnionej do składania oświadczeń w imieniu Wykonawcy lecz brakuje podpisu.

Formę pisemną dokumentu określa przepis art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc, że dla jej zachowania wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przepisy ustawy, Kodeksu cywilnego nie określają pojęcia własnoręczny podpis, natomiast Zamawiający określił pojęcie „podpisu” w postanowieniach SIWZ dla potrzeb prowadzonego postępowania. Dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej wskazuje, iż parafa nie może być uznana za podpis i tym samym zachowana forma pisemna.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonania czynności oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert i przekazania uzasadnienia faktycznego wykonawcom,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Aplan Media Sp. z o.o.,
- 5) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 24.09.2020 r. wykonawca Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 19.10.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W dniu 20.10.2020 r. również przystępujący złożył pismo procesowe.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie kampanii promocyjnej „Energia Młodych” w ramach projektu „Energia Młodych Innowatorów”, przyjętego do finansowania

w drodze konkursu ogłoszonego przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego w ramach programu „DIALOG”. Zamówienie obejmuje przygotowanie i dostarczenie do akceptacji zamawiającego strategii kampanii wraz z opracowaną koncepcją kreatywną poszczególnych elementów kampanii oraz ich realizacją i raportem z działań.

W rozdziale XV. Pkt 1.5. siwz zamawiający wskazał, że: „Wszystkie, zawierające treść, strony oferty muszą być ponumerowane i podpisane przez osobę (osoby) uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy”. „UWAGA: Za podpis osoby uprawnionej uznaje się własnoręczny, czytelny podpis lub imienną pieczętkę z parafą osoby upoważnionej”.

W rozdziale XIX siwz zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:

- 1) cena - 40%,
- 2) ocena propozycji strategii kampanii promocyjnej – 29%,
- 3) ocena propozycji koncepcji kreatywnej strategii kampanii promocyjnej – 16%,
- 4) termin wykonania – 15%.

W ramach kryterium „ocena propozycji strategii kampanii promocyjnej”, zamawiający wyróżnił dwa podkryteria oraz sposób ich oceny:

- a) zarys strategii kampanii za max. 13 pkt, gdzie zamawiający opisał sposób oceny:
 - spójności strategii z założeniami kampanii (do 4 pkt),
 - dobór zaproponowanych narzędzi komunikacji i harmonogram ich realizacji (do 9 pkt),
- b) zasięg kampanii za max. 16 pkt, gdzie zamawiający opisał sposób oceny:
 - zasięgu kampanii promocyjnej na nośnikach wielkoformatowych outdoor (do 3 pkt),
 - produkcji i emisji 3 wersji min. 30-sekundowych jingli i spotów radiowych w godz. 8-20 (do 3 pkt),
 - produkcji i emisji 3 wersji min 30-sekundowych spotów informacyjnych na kanale YouTube (do 3 pkt),
 - publikacji artykułów w prasie (do 3 pkt),
 - zasięgu kampanii promocyjnej w Internecie (do 4 pkt).

W ramach kryterium „ocena propozycji koncepcji kreatywnej strategii kampanii promocyjnej”, zamawiający wyróżnił trzy podkryteria oraz sposób ich oceny:

- a) wyróżnialność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt,
- b) prostota i perswazyjność koncepcji kreatywnej kampanii promocyjnej za max. 6 pkt,
- c) spójność koncepcji kreatywnej z celami kampanii promocyjnej za max. 4 pkt.

Przystępujący złożył ofertę, w której w formularzu oferty złożył znak graficzny z dającą się odczytać literą „P” na początku. Na ostatniej stronie jest tylko wpisane komputerowo nazwisko osoby reprezentującej przystępującego (nazwisko też zaczyna się na literę „P”) bez żadnej pieczętki.

Na składanych przez przystępującego w postępowaniu oświadczeniach, np. o spełnianiu warunków i braku podstaw do wykluczenia, wykazie usług, czy o przynależności do grupy kapitałowej, widoczna jest już pieczętka z nazwiskiem tej samej osoby, co w formularzu oferty i ten sam znak graficzny.

Dokumentacja postępowania zawiera m.in. karty indywidualnej oceny ofert, w których członkowie komisji przetargowej wpisywali dla każdego podkryterium przyznawaną przez siebie liczbę punktów oraz krótkie uzasadnienie dla każdego kryterium.

W dniu 15.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego wskazując liczbę punktów uzyskaną przez każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, bez żadnego dodatkowego uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego wyrażonym na posiedzeniu, że w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w zakresie zarzutu dotyczącego uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W tym zakresie Izba ustaliła, że wartość zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest mniejsza niż tzw. progi unijne, czyli mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w takich postępowaniach odwołanie przysługuje wobec wymienionych w tym przepisie czynności zamawiającego, w tym m.in. wobec czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty (pkt 6). W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że norma art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp obejmuje swoim zakresem także czynność zamawiającego polegającą na poinformowaniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, że uzyskanie przez wykonawcę kompletnej (czyli zgodnej z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest niezbędne nie tylko do tego, aby wykonawca dowiedział się, jakie były podstawy uznania danej oferty za najkorzystniejszą, ale także do tego, aby mógł skutecznie kwestionować dokonany przez zamawiającego wybór poprzez wniesienie odwołania. Innymi słowy: uzyskanie pełnej informacji o podstawie wyboru najkorzystniejszej oferty jest czynnikiem niezbędnym do tego, aby przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie był martwy, ale by realnie stanowił podstawę do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Nie znając sposobu przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, wykonawca realnie nie jest bowiem w stanie skutecznie kwestionować wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei w przypadku uznania, że w świetle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych, nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na czynność poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, możliwe byłyby nawet takie sytuacje, w których zamawiający celowo dokonywałby wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem postanowień siwz lub przepisów ustawy Pzp, a następnie celowo odstępowali od uzasadnienia tej czynności, wiedząc że brak takiego uzasadnienia uniemożliwi wykonawcy weryfikację prawidłowości dokonania wyboru i jednocześnie wąsko rozumiana treść art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp uniemożliwi mu obronę jego interesów przed KIO. Powyższe prowadzi do wniosku, że aby wykonawcy mogli realnie korzystać z przewidzianego przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp prawa wniesienia odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty, prawo to należy rozumieć szeroko, także jako obejmujące swoją normą kwestię uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Dlatego też Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Także w zakresie drugiego zarzutu, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp, należy zauważyć, że dominujące w ostatnich latach orzecznictwo przesądziło, że w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty” mieszczą się również takie czynności zamawiającego, jak wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie jego oferty, co potwierdza choćby uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, w której Sąd Najwyższy stwierdził: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub

zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”. Tym samym należy stwierdzić, że również w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu sposobu jej podpisania, nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się zatem do zarzutu dotyczącego uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, należy wskazać na treść obowiązujących przepisów.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający stosując kryteria oceny ofert decyduje o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Zastosowanie kryteriów oceny ofert ma więc kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie – dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zamawiający nałożył na zamawiających obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką a nie inną liczbę punktów. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także nie ma możliwości realnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są wykonawcy znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji prawidłowości

czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia (czyli zawarcia umowy) wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowi pogwałcenie kolejnej zasady, wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest więc naruszeniem nie tylko art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale także ww. zasad (co zresztą odwołujący objął odwołaniem).

W niniejszej sprawie należy zauważyć, że zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, które są opisowe i bardzo rozbudowane, gdyż dzielą się na podkryteria, w ramach których są oceniane jeszcze dalsze podkryteria, wszystkie one mają charakter ocenny (czyli nie da się ich prosto przeliczyć wg „twardych” danych) i w każdym z nich zamawiający przewidział pewien przedział punktowy, czyli możliwość uzyskania np. od 0 do 3 pkt.

Po pierwsze należy zauważyć, że taki opis kryteriów nie uprawnia zamawiającego, wbrew argumentacji przystępującego, do „subiektywnej i swobodnej” oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie może być wykonywana subiektywnie i swobodnie, w tym także czynność oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria przyjęte przez zamawiającego jako mające charakter ocenny w praktyce nie mogą być oczywiście stosowane całkowicie zero-jedynkowo, niemniej jednak ze względu na ww. obowiązujące zasady i treść art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Dodatkowo z całą pewnością należy stwierdzić, że charakter tych kryteriów nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Przy czym podkreślić należy, że ww. obowiązek zamawiającego ma miejsce niezależnie od rodzaju kryteriów oceny ofert, ale jego realizacja nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy przyjęte kryteria mają charakter ocenny, ponieważ to w takiej sytuacji najtrudniej jest wykonawcom zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i zwłaszcza w takiej sytuacji niezbędne jest rzetelne i kompletne poinformowanie ich o podstawach dokonanej oceny.

Po drugie zatem, przyjęty przez zamawiającego opis kryteriów powoduje, że aby wykonawca mógł zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i uzyskać wiedzę, dlaczego dana oferta otrzymała określoną liczbę punktów, zamawiający nie może ograniczyć się w informacji o wyborze oferty do podania jedynie liczby tych punktów, ale

musi wyjaśnić, dlaczego ta liczba jest taka a nie inna. Innymi słowy: zamawiający zobowiązany był podać jako uzasadnienie faktycznie przykładowo:

- 1) w jakim stopniu i dlaczego idea przewodnia każdego z obszarów kampanii w danej ofercie została uznana za spójną z założeniami kampanii i z ideą wspólną dla całej kampanii, dlaczego została uznana za dopasowaną / niedopasowaną do docelowej grupy odbiorców oraz w jakim stopniu i dlaczego uznano, że zapewni ona albo nie zapewni osiągnięcia rezultatów kampanii, a w rezultacie – dlaczego oferta ta uzyskała 0, 2 czy 4 punkty,
- 2) w jakim stopniu i dlaczego w stosunku do danej oferty uznano, że dobór narzędzi komunikacji i harmonogram realizacji są / nie są dopasowane do preferencji grup docelowych, zapewniają / nie zapewniają realizacji celów kampanii, są / nie są powiązane pomiędzy sobą, zapewniają / nie zapewniają maksymalizacji realizacji celów kampanii, planowane rezultaty są / nie są wysokie czy istotne, a w rezultacie – dlaczego ta oferta uzyskała 0, 3, 6, czy 9 punktów,
- 3) w jakim stopniu i dlaczego koncepcja kreatywna kampanii w danej ofercie została uznana za posiadającą walor unikalności i za wyróżniającą się spośród innych przekazów reklamowych, a w rezultacie – dlaczego ta oferta uzyskała 0, 3, czy 6 punktów,
- 4) w jakim stopniu i dlaczego w stosunku do danej oferty uznano, że koncepcja kreatywna jest / nie jest spójna z celami i tematyką kampanii, a w rezultacie – dlaczego ta oferta uzyskała 0, 2, czy 4 punkty.

Dopiero wskazanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty konkretnych okoliczności, z powodu których oferta została w danym podkryterium oceniona w określony sposób, daje wykonawcy wiedzę co do tego, dlaczego on lub inny uczestnik postępowania otrzymał wskazaną liczbę punktów. Tym samym dopiero wskazanie ww. okoliczności stanowi pełne uzasadnienie faktyczne wyboru oferty, natomiast nie jest pełnym uzasadnieniem, spełniającym wymogi art. 92 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podanie jedynie ogólnej liczby punktów w każdym kryterium.

Po trzecie, nie można zgodzić się z zamawiającym, że zarzut odwołującego jest niezasadny, bo odwołujący uzyskał wgląd do dokumentacji postępowania, a ponadto karty indywidualnej oceny ofert zostały dołączone do odpowiedzi na odwołanie. Abstrahując od tego, że odwołujący twierdzi, że nie otrzymał wszystkich tych kart, przede wszystkim należy podkreślić, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uzasadnienie faktyczne w stopniu umożliwiającym weryfikację prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający ma obowiązek podać w informacji o wyborze tejże oferty. Zatem udostępnienie innych dokumentów (w tym zwłaszcza dopiero w postępowaniu odwoławczym) nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania pełnego uzasadnienia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zwłaszcza że to ta czynność stanowi co do zasady podstawę sformułowania zarzutów dotyczących wyboru oferty w odwołaniu.

Po czwarte, nie można zgodzić się z zamawiającym, że zarzut odwołującego jest niezasadny, bo porównując liczbę punktów wskazaną w informacji o wyborze oferty z opisem kryteriów oceny ofert w siwz, każdy mógł samodzielnie dowiedzieć się, za co zostały przyznane punkty. Jak już wskazano wyżej, obowiązkiem zamawiającego jest podanie uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze oferty i nie można tego obowiązku przerzucać na wykonawcę w ten sposób, żeby sam sobie szukał potrzebnych mu informacji przez porównywanie liczby punktów z opisem kryteriów w siwz. Wykonawca nie może zresztą domniemywać, jak została przeprowadzona ocena, ale zamawiający zobowiązany jest mu to przedstawić, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, należy wyraźnie wskazać, że przy tak rozbudowanych, jak w niniejszym postępowaniu, kryteriach i podkryteriach oceny ofert oraz podaniu przez zamawiającego jedynie liczby punktów, nie jest możliwe samodzielne ustalenie, za co te punkty zostały przyznane w określonej wysokości. Przykładowo, nie wiadomo, dlaczego oferta nr 1 w kryterium „ocena propozycji koncepcji kreatywnej” dostała od członków komisji: 11, 8, 11, 13, 5 i 8 punktów, co dało średnią 9,33 pkt, skoro kryterium to dzieliło się jeszcze na podkryteria, a ponadto nie wskazano, dlaczego każdy z członków komisji przyznał np. 11, czy 5 punktów, przy możliwości uzyskania maksymalnie 16 punktów. Samo porównanie liczby punktów z opisem kryteriów nie pozwala na ustalenie, dlaczego dana oferta uzyskała daną liczbę punktów (niezależnie od podstawowego faktu, że to zamawiający ma podać uzasadnienie faktyczne, a nie wykonawcy mają sami go poszukiwać).

Po piąte, odnosząc się do powołanych przez przystępującego wyroków KIO 2573/17 i 2575/17 należy zauważyć, że:

- wyroki te w ogóle nie dotyczyły kwestii prawidłowości uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w zeszycie orzeczniczym nr 29/2018 ich fragmenty były cytowane w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zatem Izba w tych wyrokach w ogóle nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- Izba w ww. wyrokach rozpoznawała m.in. zarzut dotyczący prawidłowości dokumentowania czynności podejmowanych w postępowaniu, czyli wypełniania protokołu postępowania (art. 96 ustawy Pzp) i do tego odnosił się cytowany przez przystępującego na rozprawie fragment: „Zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w takim zakresie, jaki wynika np. z podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, kiedy zobowiązany jest wskazać uzasadnienie faktycznie i prawne”.
- niezależnie od faktu, że ww. wyroki w ogóle nie dotyczyły kwestii uzasadnienia wyboru oferty, jedynie na marginesie należy zauważyć, że dotyczyły one stanu faktycznego, w którym „kryteria oceny opisane zostały wzorami matematycznymi, prawidłowość oceny

była możliwa do zweryfikowania samodzielnie w oparciu o treść ofert oraz siwz”, a zatem dotyczyły stanu faktycznego całkowicie odmiennego od stanu faktycznego przedmiotowego postępowania.

Jak wynika z powyższego, powołane przez przystępującego na rozprawie wyroki w ogóle nie odnoszą się do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy i nie potwierdzają braku obowiązku podania przez zamawiającego kompletnego uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Po szóste, należy zauważyć, że fakt, że odwołujący dopiero zapoznając się z kartami indywidualnej oceny ofert dołączonymi do odpowiedzi na odwołanie poszerzył swoją wiedzę na temat podstaw przyznania określonej ilości punktów, nie oznacza, że w świetle art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba ma oddalić odwołanie. Izba ocenia czynność zamawiającego dokonaną w danym stanie faktycznym i przekazanie odwołującemu określonych dokumentów dopiero w postępowaniu odwoławczym (które to dokumenty i tak nie są prawidłowo uzasadnioną informacją o wyborze oferty) nie stanowi podstawy uznania zarzutu za niezasadny. Ustalony przez Izbę w postępowaniu stan rzeczy jest taki, że w dniu 15.09.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w sposób niezgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i na ten stan rzeczy nie wpływa fakt przekazania odwołującemu dopiero w postępowaniu odwoławczym zupełnie innych dokumentów.

Reasumując, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przy czym biorąc pod uwagę znaczenie treści uzasadnienia wyboru oferty dla zapewnienia wykonawcom możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba stwierdziła, że naruszenie ww. przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego też uwzględniając odwołanie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, i w razie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty - poinformowanie wykonawców o tym wyborze w sposób zgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podpisu oferty przystępującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający określił w siwz sposób podpisania oferty jako złożenie własnoręcznego, czytelnego podpisu albo jako parafę z imienną pieczętką. Z pewnością nie można uznać, że przystępujący zgodnie z siwz podpisał ofertę stawiając parafę z imienną pieczętką, choćby dlatego, że nie przystawił pieczętki. Należy zatem rozważyć, czy przystępujący złożył własnoręczny, czytelny podpis.

W tym miejscu Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że kwestię prawidłowości podpisu należy rozpatrywać w świetle art. 78 § 1 kc i wydanego na gruncie tego przepisu orzecznictwa. Izba ustaliła, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 24.08.2009 r. (sygn. akt: I PK 58/09): „Podstawową cechą podpisu własnoręcznego jest jego oryginalność w tym znaczeniu, że tylko taki podpis daje możliwość zidentyfikowania jego autora (potwierzenia pochodzenia)”. Także Sąd Okręgowy w Katowicach w postanowieniu z dnia 11.03.2014 r. (sygn. akt IV Cz 177/14) stwierdził, że: „Można wskazać pewne minimalne wymogi podpisu: ma to być co najmniej nazwisko, choć nie musi być w pełnym brzmieniu i dopuszcza się używanie skrótu, który nawet nie musi być w całości czytelny. Powinien się jednak składać z możliwych do stwierdzenia liter, umożliwiających identyfikację podpisującego, a także pozwalając na porównanie i ustalenie przez powtarzalność, że ma postać zwykle używaną, nawet gdy jest mało czytelny; chodzi więc o cechy indywidualne i powtarzalne”. Podobnie KIO w wyroku z dnia 28.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1189/17) stwierdziła: „Podpis własnoręczny zdefiniowany jest jako językowy znak graficzny umieszczony na dokumencie. Powinien być umieszczony pod jego treścią i być skreślony trwałym sposobem, a więc atramentem lub tuszem, a nie ołówkiem lub innym nietrwałym materiałem. Podpis powinien obejmować co najmniej nazwisko. Nie jest wymagane, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko, a zatem pełni funkcję identyfikacyjną”. Z powyższych orzeczeń wynika, że istotą podpisu jest przede wszystkim możliwość identyfikacji za jego pomocą osoby, która go złożyła. Identyfikacja ta następuje przez użycie określonych liter, a także przez porównywalność i powtarzalność cech podpisu.

W przedmiotowej sprawie osoba reprezentująca przystępującego złożyła znak graficzny, który zaczyna się na literę „P”, tj. literę zgodną z pierwszą literą nazwiska tej osoby, a ponadto możliwe jest porównanie tego znaku graficznego złożonego na ofercie ze znakami znajdującymi się na innych dokumentach złożonych przez przystępującego w postępowaniu, na których dodatkowo przy tym znaku przystawiono imienną pieczętkę. Z porównania tego wynika, że zarówno w ofercie, jak i w innych dokumentach mamy do czynienia z tym samym powtarzalnym znakiem graficznym, identyfikującym zarówno za pomocą litery „P”, jak i imiennej pieczętki, tę samą konkretną osobę uprawnioną do reprezentowania przystępującego. W myśl przytoczonych wyżej orzeczeń, należy zatem uznać, że znajdujący się na ofercie przystępującego znak graficzny jest własnoręcznym podpisem identyfikującym osobę, która go złożyła. Tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 8 ustawy Pzp i dlatego Izba ten zarzut oddaliła.

Reasumując, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niekompletnego uzasadnienia faktycznego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, natomiast za niezasadny uznała zarzut dotyczący konieczności odrzucenia oferty przystępującego z powodu sposobu jej podpisania.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz m.in. § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku

Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w zakresie jednego zarzutu i oddaliła je również w zakresie jednego zarzutu. Dlatego też kosztami postępowania Izba po połowie obciążyła zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się jedynie wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł, co oznacza, że skoro koszty te zostały podzielone po połowie, to każda ze stron powinna ponieść je w wysokości 3.750 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500 zł (tytułem wpisu), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3.750 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.750 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Z kolei zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów. Zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 3.750 zł powoduje zatem, że również zamawiający poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący