

Sygn. akt: KIO/2473/10

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 listopada 2010 roku przez konsorcjum firm **CAM Media S. A. (Lider konsorcjum), Starcom Media S. A. (Partner konsorcjum), Strategia Doradztwo Komunikacja Sp. z o. o. (Partner konsorcjum)**, z siedzibą dla Lidera 00 – 349 Warszawa, ul. Tamka 16/U4, w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Gospodarki, 00 – 507 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 3/5.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm **CAM Media S. A., Starcom Media S. A., Strategia Doradztwo Komunikacja Sp. z o. o., 00 – 349 Warszawa, ul. Tamka 16/U4**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez konsorcjum firm **CAM Media S. A., Starcom Media S. A., Strategia Doradztwo Komunikacja Sp. z o. o., 00 – 349 Warszawa, ul. Tamka 16/U4**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku sygn. akt KIO 2473/10**

Dnia 12 listopada 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Odwołującego się Konsorcjum firm: **CAM Media S.A. z siedzibą w Warszawie, Starcom Media S.A. z siedzibą w Warszawie, Strategia Doradztwo Komunikacja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego przez Zamawiającego, którym jest **Ministerstwo Gospodarki** dotyczącym *przeprowadzenia kampanii informacyjnej dotyczącej energii jądrowej - sprawa BDG-H-281-38-10.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 151-233692 w dniu 06.08.2010 r., następnie zmienione w dniu 10.08.2010 (DzUUE Nr 2010/S 153-235684), 04.09.2010 (DzUUE Nr 2010/S 172-262536).

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, dotyczy ono czynności dokonanej przez Zamawiającego dotyczącej poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 60d ust. 1 - 3 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż Odwołujący otrzymał jedynie 3 punkty na skutek dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz w konsekwencji nie zaproszenie Odwołującego do dialogu konkurencyjnego;
- 2) art. 38 ust. 1-2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne zastosowanie;
- 3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do dialogu, powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu i w konsekwencji przyznanie Odwołującemu prawidłowej liczby punktów oraz zaproszenie go do dialogu.

Wykonawca wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykazał się odpowiednią liczbą wykonanych zamówień wystarczającą do zakwalifikowania go do dalszego udziału w postępowaniu, tj. dialogu. W przypadku uznania przez KIO zasadności niniejszego odwołania Odwołujący zostanie zaproszony do dialogu, a tym samym będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe uzasadnia, iż Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków Zamawiający przesłał faxem w dniu 2 listopada 2010 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że dniu 17.09.2010 roku Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. 2 listopada 2010 roku Zamawiający poinformował Odwołującego faxem o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach ich spełniania. Z załączonego druku - Streszczenie oceny i porównania złożonych wniosków wynika, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i otrzymał 3 punkty, co klasyfikuje go na 6 miejscu w rankingu Wykonawców, a tym samym dyskwalifikuje Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu (udziału w dialogu) z uwagi na ograniczoną w ogłoszeniu o zamówieniu liczbę wykonawców do pięciu.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (następnie zmienionym) w pkt III.2.1) wymagał od Wykonawców wykazania się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zrealizowanymi co najmniej trzema (3) ogólnopolskimi kampaniami informacyjno -promocyjnymi o wartości każdej 2.500.000,00 zł. brutto i realizowanymi nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy każda, w tym: jedną (1) kampanią społeczną i jedną (1) kampanią, której co najmniej 50 % jej wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisje spotów reklamowych w radio i telewizji. Jako dokument potwierdzający spełnianie powyższego warunku, Wykonawcy winni byli załączyć do wniosku o dopuszczenie do

udziału w dialogu wykaz wykonanych zamówień według udostępnionego wzoru wraz z dokumentami potwierdzającymi odpowiednio, że wskazane w niniejszym wykazie zamówienia zostały wykonane należycie. W pkt. IV.1.2) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby Wykonawców, maksymalnie pięciu (5) Wykonawców. I tak, „Wykonawca otrzyma za: 1) kryterium „*„dodatkowo wykonanych kampanii”*”: - jeden (1) punkt za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską kampanię informacyjno - promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto każda. Wykonawca może maksymalnie otrzymać pięć (5) punktów. - dwa (2) punkty za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską kampanię informacyjno - promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto każda, - trzy (3) punkty za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską kampanię informacyjno - promocyjną, której co najmniej 50 % wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisję spotów reklamowych w radio i telewizji o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł brutto każda. Każda kampania będzie rozpatrywana jako spełniająca jedno ze wskazanych podkryteriów. 2) kryterium „*„kwalifikacje i doświadczenie kierownika projektu”*”: - jeden (1) punkt jeżeli kierownik projektu kierował jedną (1) dodatkową kampanią informacyjno - promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto; - dwa (2) punkty jeżeli kierownik projektu kierował jedną (1) dodatkową społeczną kampanią informacyjno - promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto. Każda dodatkowa kampania będzie rozpatrywana jako spełniająca tylko jedno ze wskazanych podkryteriów. (...)”. Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy złożyli wykaz wykonanych zamówień, który jest niezbędny do oceny kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców (sporządzony według udostępnionego wzoru) wraz z dokumentami potwierdzającymi odpowiednio, że zamówienia wskazane w niniejszym wykazie zostały wykonane należycie. Dodatkowo Zamawiający określił, że z uwagi na fakt, iż wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w nim zamówień stanowią podstawę do oceny wniosku Wykonawcy, niniejszy wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu potwierdzają nie tylko spełnianie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, ale i postawionych przez niego wymagań w zakresie kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania. Złożony wniosek dowodzi również, że Odwołujący zdobył wystarczającą liczbę punktów na podstawie zamówień przedstawionych w wykazie dodatkowo wykonanych kampanii, aby otrzymać zaproszenie do dialogu. Przyznana przez Zamawiającego liczba punktów jest nieuzasadniona i nie znajduje poparcia w złożonym wniosku, ani ogłoszeniu o zamówieniu. Stosownie do treści pkt. IV.1.2)

ppkt 1) ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący wykazał: 6 dodatkowych kampanii informacyjno - promocyjnych o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto każda, z co zgodnie z punktacją określoną przez Zamawiającego, Odwołujący winien otrzymać 5 pkt, 2 dodatkowe ogólnopolskie społeczne kampanie informacyjno - promocyjne o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł brutto każda - przewidywana ilość punktów - 4. W tym miejscu Odwołujący wyjaśniał, iż kampania wykonana na rzecz SOS Wioski Dziecięce (poz. 1 wykazu dodatkowych ogólnopolskich społecznych kampanii informacyjno -promocyjnych o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto], na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów otrzymanego 16.10.2010 r., została wykazana jako usługa potwierdzająca, że Odwołujący spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. przygotował i przeprowadził 1 ogólnopolską społeczną kampanię informacyjno - promocyjną o wartości 2.500.000,00 zł. brutto realizowana nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy.

Co więcej, Odwołujący za wykazanie trzech dodatkowych ogólnopolskich kampanii informacyjno - promocyjnych, których co najmniej 50 % wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisje spotów reklamowych w radio i telewizji o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. brutto każda, winien otrzymać dodatkowo 9 punktów. Również załączenie do wniosku wykazu 3 zamówień, w realizacji których uczestniczył kierownik projektu jako osoba zarządzająca, obliguje Zamawiającego do przyznania dodatkowych punktów zgodnie z kryterium kwalifikacji i doświadczenia określonym w pkt. IV. 1.2) ppkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący na podstawie otrzymanego w dniu 2.11.2010r. streszczenia oceny i porównania złożonych wniosków nie jest w stanie ocenić, na jakiej podstawie Zamawiający przyznał tylko 3 pkt., skoro biorąc pod uwagę treść ogłoszenia o zamówieniu i wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu, Odwołujący winien otrzymać co najmniej 18 punktów plus punkty za kryterium kwalifikacji i doświadczenia kierownika projektu.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego narusza nie tylko przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również jego działanie nie znajduje uzasadnienia w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu. Tylko prawidłowe stosowanie przez Zamawiającego przepisów cytowanej ustawy oraz dokonanie prawidłowej oceny złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu w oparciu o kryteria określone w ogłoszeniu pozwoli na utworzenie właściwego rankingu Wykonawców zaproszonych do udziału w dialogu.

Z powyższego wynika, iż Zamawiający oceniając wniosek Odwołującego nie wziął pod uwagę wszystkich wykazanych zamówień. Odwołujący pragnie z ostrożności zwrócić uwagę, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO niezwykle istotnym jest, aby Zamawiający dokładnie wyjaśnił w odniesieniu do każdej pozycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, ale i wymogów Zamawiającego, co do przyznawania punktacji za spełnienie warunków udziału, czy zamówienie wskazane w danej pozycji istotnie spełnia bądź nie postawiony warunek i wymóg, zwłaszcza, że od tego jest uzależnione dalsze uczestnictwo w postępowaniu wykonawcy (zaproszenie do dialogu). Zamawiający może tych wyjaśnień dokonywać na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp [wyjaśnienia dokumentów], jak i ust. 3 przywołanego artykułu ustawy [uzupełnienie dokumentów] w zależności od potrzeby w danym przypadku i stanie faktycznym (KIO/UZP 1503/08). W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Zamawiający, w przypadku gdy z jakichś przyczyn nie uznaje zamówień będących podstawą do kwalifikacji Odwołującego do dialogu, winien w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać Odwołującego do uzupełnienia np. referencji wymienionych w wykazie, który został załączony do wniosku. Dokumenty te należy bowiem potraktować jako dokumenty, o którym stanowi § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), czyli dokumenty, których Zamawiający może żądać od wykonawcy (KIO/UZP 904/10).

Zamawiający - nie przyznając Odwołującemu odpowiedniej liczby punktów za dodatkowo wykonane kampanie - naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów PZP pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie

ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość dalszego ubiegania się o zamówienie gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może spowodować zmianę przyznanej mu pozycji w zakresie pozwalającym znaleźć się wśród pięciu wykonawców zaproszonych do dalszej części postępowania a w konsekwencji dalsze ubieganie się o zamówienie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zgłoszony na posiedzeniu przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu niezachowania terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Zamawiający podnosił, iż w rzeczywistości Odwołujący kwestionuje zapisy ogłoszenia o zamówieniu, gdzie upłynął już termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego odnoszą się do dokonanej przez Zamawiającego oceny wniosków złożonych w postępowaniu na podstawie zapisów znajdujących się w ogłoszeniu i różnej interpretacji powyższych zapisów przez strony postępowania odwoławczego. Nie uprawnia to jednakże do wysnucia wniosków przedstawionych przez Zamawiającego. Odmienna interpretacja zapisów ogłoszenia nie musi oznaczać kwestionowania zapisów ogłoszenia ale inne rozumienie ich brzmienia przez strony sporu, które doprowadziło do konkretnej oceny wniosków. Celem zaś toczącego się postępowania odwoławczego jest ustalenie, która ze stron sporu dokonała prawidłowej interpretacji brzmienia zapisów ogłoszenia.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego na przeprowadzenie kampanii informacyjnej dotyczącej energii jądrowej.

W ogłoszeniu o zamówieniu i ogłoszeniu dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowaniu zamieszczonych w toku prowadzenia postępowania ukształtowano ostateczne warunki udziału w postępowaniu w sposób następujący:

Pkt III.2.1). O udział w postępowaniu mogli ubiegać się wykonawcy, którzy:

1. nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 1 ustawy Pzp;
2. posiadają uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności objętych niniejszym zamówieniem, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania;
3. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali usługi obejmujące swym zakresem przygotowanie i przeprowadzenie co najmniej trzech ogólnopolskich kampanii informacyjno-promocyjnych o wartości każdej 2 500 000,00 zł brutto i realizowanych nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy każda, w tym:
  - jednej kampanii społecznej;
  - jednej kampanii, której co najmniej 50% jej wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisję spotów reklamowych w radio i telewizji.

Dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków miały być między innymi:

- 1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu ;
- 2) wykaz wykonanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia nabytej w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do wniosku z dokumentami potwierdzającymi odpowiednio, że zamówienia zostały wykonane należycie.

Pkt III.2.2) O udział w postępowaniu mogli ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadają środki finansowe w wysokości co najmniej 2 000 000,00 zł lub posiadają zdolność kredytową w wysokości co najmniej 2 000 000,00 zł .

Dokumentem potwierdzającym spełnianie powyższego warunku miała być informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzające wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków.

Pkt III.2.3) O udział w postępowaniu mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponują co najmniej siedmioma osobami o określonych w niniejszym punkcie ogłoszenia kwalifikacjach i uprawnieniach.

Dokumentem potwierdzającym spełnianie powyższego warunku miał być wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia.



Ponadto w ogłoszeniu w pkt IV.1.2. znajdowały się zapisy odnoszące się do obiektywnych kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców, określonej maksymalnie jako 5 wykonawców. Wykonawcom miano przyznać punkty za:

1) kryterium „dodatkowo wykonanych kampanii”:

- 1 punkt za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską kampanię informacyjno-promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto każda.

Wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 5 punktów.

- 2 punkty za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską społeczną kampanię informacyjno-promocyjną o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto każda;

- 3 punkty za każdą wykonaną dodatkowo ogólnopolską kampanię informacyjno-promocyjną, której co najmniej 50% wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisję spotów reklamowych w radio i telewizji o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto każda.

Każda dodatkowa kampania miała być rozpatrywana jako spełniająca jedno ze wskazanych podkryteriów.

Wymaganymi dokumentami był wykaz wykonanych zamówień niezbędny do oceny kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców sporządzony według wzoru nr 5 do wniosku o dopuszczenie wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazywanych zamówień.

Zamawiający wskazywał także, że ze względu na fakt, iż wykaz i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazywanych zamówień stanowią podstawę do oceny wniosku wykonawcy, niniejszy wykaz i dokumenty nie będą podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2010 roku Zamawiający na pytanie, iż w ogłoszeniu dodatkowych informacji w pkt VI.4 podając warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia napisał o wymogu realizacji kampanii, która trwała co najmniej 12 miesięcy. W treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt IV.1.2. Zamawiający podając kryteria wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu nie precyzuje jak długo mają trwać realizowane przez wykonawców kampanie. Czy kampanie przedstawione jako spełnianie warunku dopuszczenia do postępowania muszą trwać ponad 12 miesięcy, a kampanie służące wyłonieniu 5 wykonawców zaproszonych do dialogu nie muszą spełniać powyższego kryterium odpowiedział, iż każda kampania przedstawiona przez wykonawcę jako spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak też kampania służąca dopuszczeniu do udziału w dialogu musi trwać minimum 12 miesięcy. Zamawiający w pkt IV.1.2)1)a-c wyrażnie odnosił się do warunku określonego w pkt. IV.4 przez zwrot wykazanie 1 dodatkowej kampanii, czyli dodatkowej w odniesieniu do kampanii określonej w warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 4 września 2010 roku Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia, w której to również użył zwrotu „kryterium dodatkowo wykonanych kampanii”.

Wykonawca odwołujący się przedłożył wraz z wnioskiem dwa wykazy, zgodnie z wzorami stworzonymi przez Zamawiającego. W wykazie pierwszym, zmieszczonym na stronach 7-8 wniosku wskazał 3 przeprowadzone przez siebie kampanie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.1)3. ogłoszenia. Wykaz drugi, znajdujący się na kartach od 68 do 72 wniosku, zawierał wykaz kampanii, które potwierdzać miały spełnianie wymogu określonego w pkt IV.1.2)1) ogłoszenia. Zawierał on w przypadku pierwszego podkryterium 3 pozycje, w przypadku drugiego podkryterium 3 pozycje.

W wyniku wezwania z dnia 26 października 2010 roku wykonawca odwołujący się uzupełnił pierwszy z wykazów potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu zmieniając jedną z pozycji, która w pierwotnej wersji ujęta była w wykazie drugim, tj. dotyczącym dodatkowych kampanii.

Następnie Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wystąpił o wyjaśnienie treści złożonych referencji do wykazu drugiego do podmiotów, które je wystawiły, z prośbą o potwierdzenie zakresu i czasookresu wskazanych w wykazie usług, przekazując jednocześnie powyższą informację do wykonawcy odwołującego się.

Na podstawie uzyskanych informacji Zamawiający przystąpił do kwalifikacji wykonawców i w części zakresu drugiego nie przyznał Odwołującemu się punktów za kampanie wykazane jako dodatkowe.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**

Niewątpliwym jest, iż w prowadzonym postępowaniu Zamawiający dokonał rozróżnienia między warunkami udziału w postępowaniu a warunkami odnoszącymi się do obiektywnych kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców, określonej maksymalnie jako 5 wykonawców. Bez wątplenia także Zamawiający zawarł w ogłoszeniu zapis, iż w przypadku warunków dotyczących kwalifikacji wykonawców w rankingu nie będzie miał zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ jak podnosił w toku rozprawy Zamawiający, ten odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do sfery wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do uczestniczenia w dalszej części prowadzonego dialogu spośród wykonawców najlepiej spełniających warunki.

Powyższe zapisy ogłoszenia nie zostały przez żadnego z wykonawców zainteresowanych postępowaniem zakwestionowane w ramach przysługujących uprawnień dotyczących środków ochrony prawnej.

Należy mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem zmierzającym do osiągnięcia skutku rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego, to jest wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy. Ewentualne niedoskonałości tego postępowania uwzględniane są na zarzut zainteresowanego podniesiony w trybie środków ochrony prawnej w odpowiednim terminie. Kształt postępowania o zamówienie publiczne nadany przez ustawodawcę zakłada, że na czynności i zaniechania zamawiającego, a także na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przysługuje odwołanie, w rezultacie którego dopuszczalna jest korekta niezgodnych z przepisami prawa postanowień ogłoszenia.

Odwołujący jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia ogłoszenia, nie składali odwołań co do jego treści. Termin na wniesienie odwołań w tym zakresie (dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia ogłoszenia. Zasady i warunki postępowania uregulowane treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznym zostały zatem ostatecznie ukształtowane. Ostateczne ogłoszenie o zamówieniu zostało podane do wiadomości w dniu 7 września 2010 r. i nie podlegało w tym zakresie odwołaniu. Z tego też względu należy uznać, że ogłoszenie stało się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążące. Zatem wiążący jest również zapis o niestosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku drugiego z wykazów.

Co więcej, skład orzekający Izby wskazuje, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyjątki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał, a żąda wezwania go do uzupełnienia dokumentów po to, aby uzyskać korzystniejszą pozycję w rankingu. To zaś wskazuje, iż wykładnia zastosowana przez Zamawiającego jest prawidłowa. Zamawiający bowiem wzywał wykonawców, w tym również Odwołującego się, do uzupełnienia dokumentów, jeżeli uzupełnienie to dotyczyło oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawartych w wykazie pierwszym i uwzględnił podczas oceny spełniania warunków uzupełnione dokumenty i wykazy. W celu utworzenia rankingu wykonawców możliwe było jednokrotne/jednorazowe wykazanie kampanii dodatkowych spełniających warunki określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt IV. 1.2.

Dlatego też błędnym jest wniosek Odwołującego się, iż Zamawiający powinien w przypadku kampanii wskazanych w wykazie drugim zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i z powodów przedstawionych powyżej Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z ostatecznymi zapisami ogłoszenia.

Na marginesie Izba zauważa również, iż żaden z wykonawców w zakresie drugiego z wykazów nie był wzywany do uzupełnienia. Każdy z wykonawców, którzy złożyli wnioski miał więc takie same szanse na wykazanie spełniania warunków.

### **Zarzut naruszenia art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i w związku z tym zarzut naruszenia art. 60d ust. 1-3 ustawy Pzp.**

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Z zarzutem naruszenia art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wiąże się zarzut niewłaściwego zastosowania powyższego artykułu, co w ocenie Odwołującego doprowadziło do niewłaściwej oceny przedłożonego przez niego wniosku o dopuszczenie na podstawie art. 60 d ust. 1-3 ustawy Pzp.

Zamawiający odpowiadając na pytania kierowane przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, powoływał się w swoich odpowiedziach na art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i udzielał wyjaśnień, w tym również dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zaś podnosi, iż artykuł ten nie dotyczy ogłoszenia o zamówieniu, a odnosi się do wyjaśniania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ramach jego zastosowania nie można było doprecyzować czy też wyjaśnić rozumienie warunków udziału w postępowaniu znajdujących się w ogłoszeniu.

Skład orzekający wskazuje, iż jakkolwiek podstawa prawna udzielanych odpowiedzi rzeczywiście odnosi się do wyjaśniania postanowień SIWZ, jednakże nie można z powodu przywołania niewłaściwej podstawy prawnej czynić zarzutu, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w prowadzeniu postępowania albowiem to nie wskazanie odpowiednich przepisów udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie czyni postępowanie właściwie prowadzonym a dochowanie staranności w udzieleniu samej odpowiedzi i jej treść są najważniejsze.

Ponadto Izba wskazuje, iż za faktem udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego zaistniał fakt w postaci zmiany ogłoszenia o zamówieniu i to zmiany dokonanej kilkakrotnie, właśnie w związku z zadawanymi pytaniami i interpretacją poszczególnych zapisów ogłoszenia. W ocenie składu orzekającego, jeżeli z udzielanych odpowiedzi wynikała konieczność modyfikacji pierwotnego ogłoszenia o zamówieniu, to Zamawiający dokonywał w odpowiednim trybie takowej zmiany. Izba nie widzi przeciwwskazań aby w toku udzielanych odpowiedzi dokonywać interpretacji zapisów odnoszących się do warunków udziału zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu, nawet jeżeli powoduje to konieczność

modyfikacji ogłoszenia, pod warunkiem, że taka zmiana zostanie w odpowiednim trybie dokonana. Jest to bowiem jedynie doprecyzowanie zapisów tam się znajdujących, nie zaś jak podnosił Odwołujący, ich zmiana. W związku z powyższym, Izba stanęła na stanowisku, iż w wyniku odpowiedzi z dnia 24 sierpnia 2010 roku wyjaśnione zostało jedynie rozumienie zwrotu „dodatkowa kampania” nie zaś zmiana warunku w tym zakresie, który od momentu ogłoszenia postępowania rozumiany był przez Zamawiającego w sposób, jaki wynika z udzielonej odpowiedzi. W ocenie składu zwrot „dodatkowa kampania” oznaczał w toku prowadzonego postępowania, iż wykazywane usługi, w tym także usługi z wykazu drugiego, branego pod uwagę w celu stworzenia rankingu wykonawców charakteryzować się miały tymi samymi cechami. Pierwsze miały udowodniać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, drugie zaś oceniane miały być w celu uzyskania dodatkowych punktów.

W związku z powyższym Zamawiający prawidłowo dokonał oceny pozycji 1, 2, 3, 4, 5, 6 dodatkowych ogólnopolskich kampanii informacyjno-promocyjnych o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,000 zł brutto ponieważ żadna z tych kampanii nie trwała dłużej niż 12 miesięcy.

W przypadku dodatkowych ogólnopolskich społecznych kampanii informacyjno-promocyjnych o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto każda odnośnie pozycji 2 (ECCO Walkathon 2008) nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, a w związku z zapisami ogłoszenia, brak ten nie podlegał uzupełnieniu, a sama pozycja bez dokumentów nie podlegała punktacji. Co do pozycji 3 (Zarażam pasją...), referencje wystawione przez Polskie Towarzystwo na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym nie zawierały potwierdzenia należytego wykonania zamówienia i zgodnie z zapisami ogłoszenia, brak ten nie podlegał uzupełnieniu.

Dodatkowe ogólnopolskie kampanie informacyjno-promocyjne, których co najmniej 50% wartości stanowiły działania inne niż zakup czasu antenowego na emisję spotów reklamowych w radio i telewizji o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto każda - w przypadku kampanii zamieszczonej w pozycji trzeciej (LUKS Bank S.A.) trwała ona krócej niż 12 miesięcy, nie można było zatem przyznać za nią dodatkowych punktów.

W przypadku kampanii wskazanej w punkcie 2 wykonanej na rzecz Laboratorium Kosmetyczne Dr Irena Eris, wystawca referencji nie zareagował na prośbę Zamawiającego o potwierdzenie informacji zawartych w przedłożonych referencjach, dlatego też pozycja ta nie mogła uzyskać punktacji.

Co do pozycji 1 wykazu dodatkowego („Stawiam na mleko”) wystawionej przez Krajowy Związek Spółdzielni Mleczarskich, to w ocenie składu orzekającego złożone przez wystawcę referencji wyjaśnienia potwierdzają spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego do uzyskania dodatkowej punktacji bowiem wyraźnie wskazują, iż kampania

trwała w okresie od października 2007 roku do października 2010 roku a łączny budżet kampanii wyniósł 9 525 303 euro netto. Spełniony zatem został warunek 12 miesięcy i wartości umowy. Dlatego też za powyższą pozycję Wykonawca odwołujący się powinien uzyskać dodatkowo 3 punkty.

Tym niemniej dodatkowe 3 punkty nie spowodowałyby możliwości uzyskania zaproszenia do dialogu ponieważ wykonawca łącznie otrzymałby 6 punktów a jest to liczba punktów zbyt mała by móc zakwalifikować się do dalszej części postępowania. W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wykazu dodatkowego przyznając punkty za wskazane tam kampanie, za wyjątkiem wskazanej kampanii nr 1 wykazu dodatkowego. Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 60d ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymania nieprawidłowej ilości punktów. Innemu celowi służy regulacja zawarta w art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie jest inny cel tego przepisu aniżeli sfera spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepis ten pozwala bowiem dokonać oceny – w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu. Takiej też oceny dokonał Zamawiający kwalifikując wykonawców do dalszej części postępowania.

Na marginesie Izbie trudno zrozumieć postawę Odwołującego, który na rozprawie wskazywał, iż nie ma obowiązku śledzenia zmian (w tym zamieszczanych odpowiedzi na pytania) dokonywanych przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej. Oczywiście Odwołujący nie ma takiego obowiązku wynikającego z przepisów prawa. Trudno jednakże wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu nie śledzi zmian, które mogą bezpośrednio wpłynąć na jego sytuację i choćby spełnianie przez niego warunków udziału i możliwości uzyskania zamówienia i nie reaguje jeżeli zmiany te prowadzą w jego ocenie do nieprzestrzegania przepisów Pzp. Zwłaszcza w postępowaniach dwustopniowych, do momentu złożenia wniosku i pod warunkiem nieujawnienia wykonawcy zainteresowania postępowaniem choćby przez skierowanie do Zamawiającego pytania, to właśnie strona internetowa jest głównym źródłem informacji o tym, co dzieje się w postępowaniu, czy nie nastąpiły w jakiejś zmiany dotyczące na przykład pierwotnego ogłoszenia. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości odnośnie czynności lub zaniechań Zamawiającego, to miał instrumenty prawne, aby te wątpliwości wyeliminować.

Na marginesie także, Izba wskazuje, iż Zamawiający w informacji o zaproszeniu bądź nie zaproszeniu do dialogu powinien szczegółowo uzasadnić dokonaną ocenę wniosków zarówno w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak też warunków dodatkowej kwalifikacji wykonawców. Przekazanie informacji w takim kształcie mogło

doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca rzeczywiście nie wiedział na jakiej podstawie zostały uznane i ocenione bądź nie poszczególne pozycje z zamieszczonych we wniosku wykazów. W przypadku konieczności dochowania zadość zasadom wynikającym z zawarcia we wnioskach tajemnicy przedsiębiorstwa, informacja taka mogła zostać przygotowana osobno dla każdego z wykonawców i odnosić się tylko do jego wniosku.

#### **Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.**

Skład orzekający Izby przyznaje rację Odwołującemu, iż w związku z brzmieniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający, prowadząc postępowanie wyjaśniające odnośnie przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie dokumentów i oświadczeń, winien w pierwszej kolejności zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy, który je przedłożył. Jednakże Izba nie znajduje uzasadnienia dla czego Zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające nie może zwrócić się do innych podmiotów niż wykonawca, zwłaszcza jeżeli podmiotami tymi są podmioty, które referencje wystawiły. Nie zmienia to jednak faktu, iż Odwołujący o wątpliwościach Zamawiającego był poinformowany i miał możliwości złożenia wyjaśnień niezależnie od wystawców referencji, czego w wyznaczonym czasie nie uczynił. Skoro zatem Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, o tym postępowaniu poinformowany został Odwołujący, który mógł zająć stanowisko w sprawie, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia wskazywanych w uzasadnieniu odwołania przepisów ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co prowadzi do wniosku, że nie można zarzucić Zamawiającemu, że prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Z powyższych względów, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....