

Sygn. akt: KIO 1573/16

WYROK

z dnia 9 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez **Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. W. Bringmore Advertising, Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Profile Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania tej oferty;
2. Kosztami postępowania obciążyć Instytut Żywności i Żywienia i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Instytutu Żywności i Żywienia na rzecz Mastermind Media Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Opracowanie i realizacja ogólnopolskiej kampanii edukacyjno-promocyjnej „Czytajmy etykiety” w związku z realizacją Projektu (SPPW) KIK/34 „Zapobieganie nadwadze i otyłości oraz chorobom przewlekłym poprzez edukację społeczeństwa w zakresie żywienia i aktywności fizycznej” w ramach Szwajcarsko - Polskiego Programu Współpracy.*

W dniu 22 sierpnia 2016 r. wykonawca Mastermind Media Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 92 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany jest w prowadzonym postępowaniu do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania Wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zamawiający ma obowiązek dokonywania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem i zgodnie z dyspozycją zapisów ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający celowo odrzucił ofertę Odwołującego, żeby wybrać ofertę wykonawcy, z którym dobrze mu się współpracuje.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 wstawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, twierdząc, że oferta jest niezgodna z SIWZ, gdyż w złożonej „Propozycji działań mediowych” brakuje zdaniem Zamawiającego „podziału budżetu na poszczególne media”. Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego i podniósł, że zawarł w ofercie budżet kampanii, który obejmuje wszystkie media. Dodatkowo załączył do oferty formularz ofertowy, jak również Zał. nr 3 do OPZ obejmujący kosztorysy i parametry kampanii telewizyjnej, internetowej i outdoorowej zawiera podział budżetu na media. W każdym z ww. dokumentów stanowiących ofertę Zamawiający mógł zapoznać się z budżetem na poszczególne media, gdyż był on bardzo precyzyjnie i szczegółowo opisany. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości

dotyczące treści złożonej oferty mógł skorzystać z art. 87 i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w którym miejscu oferty Odwołujący zawarł podział budżetu na media.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. W. Bringmore Advertising, Media Group Sp. z o.o., Profile Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem X.19 SIWZ oferta powinna zawierać opis kampanii przygotowany w formie wydruku na papierze (prezentacja w formacie A4) oraz w wersji elektronicznej w formacie pdf zawierający m.in.: ppkt 1) propozycję działań mediowych (w tym kalendarz realizacji) dla kampanii społeczno-edukacyjnej „Czytajmy Etykiety” zawierającą co najmniej: lit. d) podział budżetu na poszczególne media, lit. e) w przypadku TV podział budżetu na stacje telewizyjne/pakiety wraz z udziałem GRP. Zamawiający w SIWZ nie określił wzoru, którego wykonawcy mieliby użyć do przedstawienia podziału budżetu na poszczególne media, nie zdefiniował tego pojęcia ani nie określił wymaganych elementów składowych tego budżetu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jako uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia, oprócz przywołania treści pkt X.19 SIWZ, podał: *Wykonawca złożył Propozycję działań mediowych, w którym brakuje podziału budżetu na poszczególne media.*

Po pierwsze podkreślić należy, że przedmiotem rozstrzygnięcia Izby nie mogła być okoliczność faktyczna, która zdaniem Zamawiającego uzasadniała odrzucenie oferty

Odwołującego, a która została przez Zamawiającego wskazana dopiero w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazał, że w ofercie brak również podziału budżetu na stacje telewizyjne/pakiety. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzutem odwołania może być natomiast objęte wyłącznie to, co stanowił podstawę czynności Zamawiającego, o której wykonawca został poinformowany. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku postępowania, podał jedynie jednozdaniowe uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego – brak podziału budżetu na poszczególne media. Odwołujący nie miał wiedzy, że Zamawiający upatruje podstaw do odrzucenia jego oferty również w braku podziału budżetu na stacje telewizyjne/pakiety. Wobec powyższego ocenie Izby mogły podlegać tylko te okoliczności, co do których wykonawca został poinformowany i mógł wnieść odwołanie. Mogła być to zatem wyłącznie kwestia, czy w ofercie przedstawiono podział budżetu na poszczególne media. Nie można zgodzić się z Przystępującym, że również okoliczność przedstawiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powinna być przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym, gdyż skoro w ofercie nie przedstawiono podziału budżetu na media, to oczywiste jest, że nie przedstawiono podziału budżetu dotyczącego kampanii telewizyjnej na stacje telewizyjne/pakiety. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego zauważyć należy, że kwestia braku podziału na media jest kwestią sporną. Odwołujący stał na stanowisku, że podział taki został w ofercie przedstawiony, nie mógł więc zakładać, że Zamawiający dopatrył się jeszcze dodatkowych niezgodności w ofercie. Ponadto nieprzedstawienie podziału budżetu na media nie jest tożsame z zaniechaniem zaprezentowania podziału budżetu kampanii telewizyjnej na stacje telewizyjne. Lakoniczne

uzasadnienie odrzucenia oferty (*Wykonawca złożył Propozycję działań mediowych, w którym brakuje podziału budżetu na poszczególne media*) nie oznacza, że z oferty nie można wyczytać kwoty przeznaczonej na kampanię telewizyjną, a w związku z tym – że wykonawca nie przedstawił podziału tej kwoty na poszczególne stacje telewizyjne. Podkreślić należy, że okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, któremu ustawa przyznaje prawo do uzyskania rzetelnej i wyczerpującej informacji o podstawach czynności zamawiającego.

Odnosząc się do przyczyny odrzucenia oferty wyartykułowanej przez Zamawiającego w informacji przekazanej wykonawcom Izba stwierdziła, że nie znajduje ona oparcia w treści oferty. Izba ustaliła, że Odwołujący załączył do oferty trzy kosztorysy:

- 1) Kosztorys i parametry kampanii telewizyjnej, gdzie wskazano, że budżet kampanii (w stacjach ogólnopolskich i tematycznych) wynosi 145 200 zł netto, 178 596 zł brutto,
- 2) Kosztorys i parametry kampanii na nośnikach reklamy zewnętrznej, gdzie wskazano, że budżet kampanii wynosi 28 800 zł netto, 35 424 zł brutto,
- 3) Kosztorys i parametry kampanii internetowej, gdzie wskazano, że budżet kampanii wnosi 17 500 zł netto, 21 525 brutto dla sieci GDM oraz 17 500 zł netto, 21 525 brutto dla kampanii SEN.

Ww. kwoty wynikają również z opisu kampanii zawartego w części niejawnej oferty (punkty 2.1, 2.3 i 2.4 i 2.6 tabeli).

Podkreślenia wymaga fakt, w jaki sposób Zamawiający – odnosząc się do wskazanych wyżej kwot prezentowanych w ofercie Odwołującego – zmieniał swoje stanowisko co do przyczyn wadliwości tej oferty. W stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego był brak zestawienia kwot przewidzianych na kampanię telewizyjną, internetową i outdoorową i ich zsumowania. Zamawiający na pytanie Izby odpowiedział, że gdyby Odwołujący przedstawił w ofercie odrębne zestawienie, zawierające kwoty wynikające ze wskazanych wyżej kosztorysów oraz ich sumę, oferta byłaby zgodna z SIWZ. Analogiczne stanowisko wynika ze złożonej odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający podniósł, że w wymaganym zestawieniu powinny *figurować cztery kwoty wyrażone w złotych polskich: a) kwota ogółu wydatków planowanych na media, b) kwota wydatków na TV, c) kwota wydatków na reklamę internetową, d) kwota wydatków na reklamę zewnętrzną (outdoor)*. Następnie, prezentując podczas rozprawy stanowisko końcowe, Zamawiający wycofał się ze wcześniejszych twierdzeń i podniósł, że przyczyną odrzucenia oferty nie był brak zestawienia zawierającego kwotę wydatków ogółem z podziałem na kampanię internetową, outdoorową i telewizyjną, ale fakt, że budżet zaprezentowany w kosztorysach dla poszczególnych kampanii oraz

w tabeli znajdującej się w części niejawnej oferty nie obejmuje wszystkich kosztów, które powinny być ujęte w ramach poszczególnych kampanii. Powyższe wskazuje, że Zamawiający miał problemy ze zidentyfikowaniem rzeczywistych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego i dopiero w toku postępowania odwoławczego próbował dobierać argumenty mające potwierdzać prawidłowość dokonanej czynności.

Odnosząc się do pierwszego z prezentowanych przez Zamawiającego stanowisk należy uznać je za całkowicie nieuprawnione. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyczyną odrzucenia oferty na podstawie powyższego przepisu może być wyłącznie merytoryczna niezgodność oferty z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego. Odrzucenia oferty nie uzasadnia natomiast niewypełnienie wymagań co do formy prezentacji informacji w ofercie. Tym samym nie ma znaczenia, w którym z załączników do oferty podany został podział budżetu na poszczególne media, czy dane te zostały zaprezentowane zbiorczo w jednym zestawieniu, czy też w odrębnych załącznikach. Wystarczająca jest możliwość wyczytania z oferty, jaki budżet wykonawca przewidział na kampanię telewizyjną, internetową oraz outdoorową. Wskazanie tych kwot dla poszczególnych mediów jest też wystarczającą informacją dotyczącą budżetu kampanii ogółem. Skoro wykonawca podał kwoty przeznaczone na poszczególne rodzaje kampanii, to Zamawiający ma wiedzę, jaki budżet wykonawca zakłada dla całej kampanii. Tym samym pierwotne stanowisko Zamawiającego w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie.

Z kolei okoliczności zaprezentowane przez Przystępującego, a następnie przez Zamawiającego w ramach stanowiska końcowego, nie mogą być podstawą rozstrzygnięcia Izby, nie były one bowiem zakomunikowane Odwołującemu jako uzasadnienie odrzucenia jego oferty. Stanowisko Przystępującego i Zamawiającego zmierzało do zanegowania merytorycznej poprawności opracowanego budżetu, Zamawiający (powielając stanowisko Przystępującego) podnosił bowiem nieuwzględnienie wszystkich elementów, które powinny być ujęte w budżecie poszczególnych kampanii. Należy jednak zauważyć, że całkowicie czym innym jest nieprzedstawienie podziału budżetu na poszczególne media (okoliczność podana jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego), a czym innym przedstawienie podziału budżetu merytorycznie nieprawidłowego (okoliczność podniesiona na rozprawie przez Przystępującego, a za nim – przez Zamawiającego). Jeśli Zamawiający twierdzi, że budżet dla poszczególnych mediów powinien zawierać więcej danych lub obejmować wycenę dodatkowych elementów (choć zauważyć należy, że SIWZ nie zawiera żadnych wytycznych w tym zakresie, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, jakie elementy powinny zostać wycenione), to ma obowiązek to jasno zakomunikować w uzasadnieniu odrzucenia oferty, tak aby wykonawca miał możliwość poznać stanowisko Zamawiającego

i ewentualnie podjąć z nim polemikę w ramach przysługujących ze środków ochrony prawnej. Zachowanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu spowodowało, że wykonawca nie mógł tej polemiki podjąć. Trudno zresztą ocenić, czy rzeczywiście te okoliczności były przyczyną odrzucenia oferty, biorąc pod uwagę, że pogląd ten Zamawiający sformułował dopiero na rozprawie w stanowisku końcowym, jak należy wnioskować z przebiegu rozprawy – pod wpływem stanowiska Przystępującego.

Podsumowując, lakonicznie przedstawiona w informacji przekazanej wykonawcom przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego nie znalazła potwierdzenia w treści tej oferty. Oferta Odwołującego zawiera informacje o podziale budżetu kampanii na media, a Zamawiający odrzucając ofertę nie podał, że podział ten był merytorycznie błędny. Zamawiający próbował formułować podstawy faktyczne odrzucenia oferty już po dokonaniu tej czynności i przekazaniu wykonawcom informacji w tym zakresie, co należy uznać za niedopuszczalne. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, że powyższe naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania tej oferty. Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie sformułowany w odwołaniu wniosek dotyczący nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, możliwość wyboru tej oferty zależy bowiem tak od wyników jej powtórnego badania, ewentualnego wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, którego Zamawiający wcześniej zaniechał z uwagi na odrzucenie oferty, jak również ewentualnej oceny tej oferty z zastosowaniem kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: