

Sygn. akt: KIO 1711/15

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **SAN MARKOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Usypiskowa 12, 02-386 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 1/3, 00-583 Warszawa w imieniu i na rzecz której działa: Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Legend Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 99, 02-952 Warszawa** oraz **Media Concept Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Duchnicka 3, 01-796 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1711/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Legend Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Media Concept Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie

2.kosztami postępowania obciąża Kancelarię Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 1/3, 00-583 Warszawa w imieniu i na rzecz której działa: Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SAN MARKOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Usypiskowa 12, 02-386 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 1/3, 00-583 Warszawa** w imieniu i na rzecz której działa: **Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** na rzecz wykonawcy **SAN MARKOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Usypiskowa 12, 02-386 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz której działa Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przygotowanie i realizację kampanii radiowej i internetowej dotyczącej niedopuszczalności przemocy seksualnej wobec kobiet”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 maja 2015 r., nr 2015/S 095-172593.

W dniu 30 lipca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę SAN MARKOS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Legend Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Media Concept Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Legend Group”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 10 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2015 r.) wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum Legend Group jako oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na przyjęciu, że zwycięska oferta spełnia wymagania określone treścią SIWZ i dokonaniu jej wyboru w sytuacji, gdy oferta powinna podlegać odrzuceniu

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. odrzucenie oferty konsorcjum Legend Group
3. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako oferty zwycięskiej
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in. złożona przez konsorcjum Legend Group dokumentacja ofertowa w żadnym miejscu nie zawiera wszystkich wymaganych składników. Konsorcjum Legend Group nie określiło w treści oferty zarówno ciężaru zaproponowanego materiału promocyjnego (w akapicie zatytułowanym „Proponowana forma materiału promocyjnego” na stronie 46 oferty konsorcjum brak jest jakiegokolwiek wzmianki nt ciężaru zaproponowanego *doublebillboarda*), jak również brak jest wskazania wprost procentowej wartości wskaźnika CTR gdzie podano jedynie jego dane składowe. Tym samym złożona przez konsorcjum Legend Group oferta nie odpowiada treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, której to czynności zamawiający zaniechał.

Nadto dodał, iż niepotwierdzenie przyjęcia na siebie przez wykonawcę jednoznacznego a wyrażonego przez zamawiającego w treści SIWZ zobowiązania skutkuje uznaniem, że wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wystąpienie zaś przesłanki określonej treścią art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje obligatoryjną sankcją odrzucenia takiej wadliwie sporządzonej oferty. Wad oferty nie można zaliczyć do nieistotnych, gdyż w sposób znaczny utrudniają lub wręcz uniemożliwiają jednoznaczną ocenę efektywności podejmowanych czy też w tym przypadku także proponowanych działań oraz obiektywne porównanie złożonych ofert. W zaistniałej sytuacji faktycznej zamawiający naruszył bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty konsorcjum Legend Group jako niezgodnej z treścią SIWZ a zatem czynność ta powinna zostać unieważniona a w miejsce oferty konsorcjum powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

W dniu 11 sierpnia 2015 r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania, wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 14 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Legend Group zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut braku w treści oferty konsorcjum Legend Group informacji nt. ciężaru zaproponowanego materiału promocyjnego (w przypadku Internetu) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „ZASADY OCENY OFERT WEDŁUG USTALONYCH KRYTERIÓW”, pkt 2 „KRYTERIUM B (koncepcja) kampanii radiowo – internetowej – waga 30%” podał:

„W przypadku Internetu mediaplan musi zawierać:

- (...)
- proponowana forma materiału promocyjnego, w tym, rodzaj, format, ciężar i rozmiar (minimalny rozmiar 400/50, minimalny ciężar 40 kB) wraz z uzasadnieniem wskazującym w jaki sposób oferowana forma materiału odpowiada profilowi grupy docelowej i celom zamówienia z zastrzeżeniem, że zamawiający nie dopuszcza form inwazyjnych np. pop-up (wyskakujące okno)”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wskazał w SIWZ jakie informacje Koncepcja kampanii radiowo – telewizyjnej powinna zawierać, a więc jakie elementy musi zawierać mediaplan w przypadku radia a jakie w przypadku Internetu. I tak, w przypadku Internetu, mediaplan musiał zawierać m.in. proponowaną formę materiału promocyjnego, w tym określać jego ciężar. Dla podkreślenia znaczenia postawionych wymogów, co jest – w ocenie Izby – niewątpliwe, zamawiający wprost wskazał, wpisując poniżej ich wyliczenia, że „odrzuci ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”. Wymogi czy też elementy tak postawionych wymogów nie były więc, wbrew obecnym twierdzeniom zamawiającego, nieistotne. Przeciwnie to one decydowały o losach oferty. To im zamawiający nadał szczególne znaczenie, wpisując pod ich wyliczeniem rygor ich niespełnienia. Dlatego też w treści oferty wykonawcy powinna znaleźć się informacja o formie materiału promocyjnego, w tym jego elementach wskazanych jednoznacznie w SIWZ. Wykonawca powinien więc podać także ciężar materiału promocyjnego. Tymczasem tej informacji w treści oferty konsorcjum Legend Group jest brak. Koncepcja kampanii radiowej i internetowej dotycząca niedopuszczalności przemocy seksualnej wobec kobiet jej nie zawiera. Nie da się jej także wywieść z treści pozostałych informacji, a na pewno nie da się jej wywieść z ceny oferty.

Nie można się zgodzić z zamawiającym, iż zmiana dokonana w dniu 29 maja 2015 r., a dotycząca ciężaru materiału promocyjnego, który miał się mieścić w granicach od min. 10 kB do max. 20 kB dotyczyła także punktu 2 w rozdziale III, gdyż z treści modyfikacji wprost wynika, że dotyczyła ona wyłącznie punktu 1, rozdziału III. Zamawiający nie był bowiem konsekwentny i nie dokonał zmiany rozdziału III, punkt 2, mimo, iż dokonywał zmian w załącznikach do SIWZ. Tym samym w ramach rozdziału III, punkt 2 „Kryterium B (koncepcja) kampanii radiowo – internetowej – waga 30%” nadal pozostał i obowiązywał wykonawców

wymóg dotyczący ciężaru proponowanego materiału promocyjnego („minimalny ciężar 40 kB”) na poziomie innym niż wskazany w modyfikacji w odniesieniu do punktu 1, rozdziału III, tj. „od min. 10 kB do max. 20 kB”. Wymóg ten się także nie zdezaktualizował, gdyż zamawiający określił ciężar materiału promocyjnego jedynie dla punktu 1, rozdział III, dokonując tylko w tym zakresie stosownej modyfikacji. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zarzut braku w treści oferty konsorcjum Legend Group podania wskaźnika CTR nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „ZASADY OCENY OFERT WEDŁUG USTALONYCH KRYTERIÓW”, pkt 2 „KRYTERIUM B (konceptcja) kampanii radiowo – internetowej – waga 30%” podał:

„W przypadku Internetu mediaplan musi zawierać:

- (...)
- harmonogram, liczba i czas emisji, tj. wskaźnik CTR = liczba kliknięć w materiał promocyjny / liczba wyświetleń x 100 % (stosunek wyświetlonych materiałów promocyjnych Zamawiającego do wszystkich reklam wyświetlonych w serwisie w okresie 3 miesięcy) przy założeniu wskaźnika SOV na poziomie 20 % (materiał promocyjny musi wyświetlić się średnio co 5 odsłon)”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający żądał m.in., co jest niewątpliwe, podania wskaźnika CTR. W treści SIWZ podał przy tym, w jaki sposób wskaźnik ten powinien być wyliczony, a więc z jakich elementów on się składa. Konsorcjum Legend Group nie podało w treści oferty wartości tego wskaźnika. Niemniej jednak podało, co jest bezsporne, wszystkie jego elementy składowe, pozwalające na jego wyliczenie. Dla jego wyliczenia wystarczającym jest bowiem zastosowanie prostego wzoru matematycznego, wskazanego w treści SIWZ – „wskaźnik CTR = liczba kliknięć w materiał promocyjny / liczba wyświetleń x 100 %”. Skoro więc są wszystkie elementy pozwalające na wyliczenie wskaźnika (wynikają one bowiem wprost z oferty konsorcjum Legend Group), tym samym znana jest wartość wskaźnika CTR. Brak jest więc podstaw do uznania, że oferta konsorcjum Legend Group jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: