

Sygn. akt: KIO 2244/20

WYROK

z dnia 15 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę **TARRAYA S.A., ul. Głogowska 108/6, 60-263 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie, al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **MDI Sp. z o.o., ul. Lwowska 26, 30-551 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TARRAYA S.A. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TARRAYA S.A. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

ZAMAWIAJĄCY: Województwo Podkarpackie, ul. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Opracowanie koncepcji oraz przeprowadzenie kampanii informacyjno-promocyjnej. Ogłoszenie w DUUE nr 2020/S 130-319423 z dnia 8.07.2020 r.

ODWOŁUJĄCY: TARRAYA Spółka Akcyjna ul. Głogowska 108/6, 60-263 Poznań, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2020 r., polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MDI Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (MDI) oraz zaniżeniu punktacji przyznanej ofercie Odwołującego, jak również od zaniechania udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę MDI.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 22 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP polegające na wyborze oferty MDI jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca MDI Sp. z o.o. winien być wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona;
- 2) względnie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polegające na wyborze oferty MDI, podczas gdy oferta nie odpowiada treści SIWZ i winna zostać odrzucona;
- 3) art. 8 ust. 1 i 3 PZP przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę MDI, objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów: koncepcja prowadzenia kampanii, wykaz osób, wykaz usług, mimo iż wykonawca MDI Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nadto przez utajnienie ocen ofert przez Zamawiającego;
- 4) art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniżenie - w ramach oceny ofert - punktacji przyznanej ofercie Odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktacji przyznanej ofercie MDI Sp. z o.o. i w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy to oferta Odwołującego winna zostać oceniona wyżej i zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 5) art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty MDI Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez MDI Sp. z o.o., a mianowicie objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów: koncepcja prowadzenia kampanii, wykaz osób i wykaz usług, a nadto udostępnienia ocen ofert przez Zamawiającego;

- 3) wykluczenia wykonawcy MDI Sp. z o.o.,
- 4) odrzucenia oferty MDI Sp. z o.o.
- 5) powtórzenia czynności oceny ofert celem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

Wraz z ofertą wykonawca MDI złożył zastrzeżenie nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł nieujawnianie informacji w 3 dokumentach, wskazując, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wg art. 11 ust. 2 UZNK.

Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu.

1 września 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o odtajnienie dokumentów stanowiących ofertę wykonawcy MDI. Zamawiający nie odpowiedział Odwołującemu.

Ad 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 22 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP podczas gdy wybrany MDI winien być wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

MDI w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1 SIWZ w zakresie jednej usługi powołał się na udostępnienie zasobów przez firmę MDI Sp. z o.o. sp. k. W oświadczeniu o udostępnieniu zasobów firma MDI Sp. z o.o. sp. k. wskazała, że będzie uczestniczyć w realizacji zadania na zasadzie podwykonawstwa. Jak wynika jednak z treści formularza ofertowego, wykonawca nie wskazał firmy MDI Sp. z o.o. sp. k. jako swojego podwykonawcy, a ograniczył się do wskazania dwóch innych podwykonawców.

Oznacza to, że MDI Sp. z o.o. sp. k. nie będzie - wbrew swojej deklaracji - uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem nie było możliwe powołanie się na jej zasoby. Zamawiający nie dokonując wykluczenia MDI Sp. z o.o., mimo iż ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, naruszył przepisy PZP.

Ad zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - zdaniem Odwołującego, oferta MDI nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi jednak na bezzasadne utajnienie oceny Zamawiającego, brak możliwości zgłoszenia szczegółowych uwag.

Ad 3 naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 PZP przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty złożonej przez wykonawcę MDI objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w/w dokumentów, a nadto poprzez utajnienie ocen ofert przez Zamawiającego;

Wykonawca MDI nie wykazał spełnienia warunków, o których jest mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Przedstawione dokumenty co do zasady zawierają informacje przeznaczone do ujawnienia po wdrożeniu kampanii w życie, a ponadto wynikają z SOPZ. Innymi słowy - wszystkie powstałe w ramach kampanii muszą stać się jawne, tak więc z natury są przeznaczone do odtajnienia.

Ad 4 - naruszenie art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniżenie - w ramach oceny ofert - punktacji przyznanej ofercie Odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktacji przyznanej ofercie wykonawcy MDI i w konsekwencji dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty MDI, podczas gdy oferta Odwołującego winna zostać oceniona wyżej jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał na kryteria oceny oferty w kontekście treści swojej oferty zauważając, że wszystkie elementy kampanii Odwołującego są spójne poprzez formę graficzną, która jest nieskomplikowana, jednorodna. Wszystkie kreacje mają powtarzalne elementy graficzne - zastosowane łuki w logo oraz layoucie, kolorystykę czy przede wszystkim postać ambasadora – M. Z. - który w połączeniu z hasłem pozwala jednoznacznie identyfikować wszystkie elementy kampanii. Również banery zawsze w ostatniej odsłonie mają ukazanego ambasadora oraz charakterystyczne logo kampanii. Wszystkie są więc spójne. Występuje też duży stopień zgodności z SOPZ ponieważ zgodnie z uszczegółowionymi celami kampanii opisanymi w SOPZ koncepcja Odwołującego buduje wizerunek regionu posiadającego walory turystyczne i gospodarcze (cel OPZ), w spocie tv ukazuje i walory turystyczne (wędrówka ambasadora na szlaku, piękne widoki) i gospodarcze, odwołujący pokazuje dobrze prosperujący biznes jako restaurację i podkreśla to w haśle końcowym w scenie 8. Reklamy internetowe podkreślają walory turystyczne - park gwiazdowego nieba, czy tradycje związane z lokalnymi potrawami. Hasło o założeniu biznesu jest też powtarzane w spocie radiowym. Pokazuje unikalną przyrodę i naturę regionu, jego kultury, które mogą stać się atutem do rozwoju przedsiębiorczości w regionie, (cel OPZ) - beauty shoty unikalnej przyrody i natury regionu pokazujemy zarówno w key visualu, spocie tv, reklamach internetowych czy artykule prasowym. Zwiększenie świadomości inwestorów oraz turystów na temat walorów województwa podkarpackiego jako atrakcyjnego miejsca do zamieszkania, inwestowania, kształcenia i odpoczynku (cel OPZ) - Komunikacja wypowiedziana przez aktora czy zawarta w grafikach oraz wariantach hasła Zwiększenie świadomości wśród grupy docelowej o atrakcyjności turystycznej regionu, (cel OPZ)- j.w.

Zwiększenie świadomości wśród grupy docelowej o produktach regionalnych i tradycyjnych, które wytwarzane są w województwie podkarpackim (cel OPZ) produkty regionalne przewijają się zarówno w proponowanym spocie TV jak i reklamach internetowych.

Ukazanie infrastruktury regionu, tj. sieci dróg, lotniska, bazy noclegowej i gastronomicznej, tradycji kulturowej, czystego i naturalnego środowiska, które sprawiają, że województwo podkarpackie jest dostępne dla każdego, kto chciałby rozpocząć działalność gospodarczą w województwie podkarpackim. - W koncepcjach Odwołujący pokazuje czyste naturalne środowisko, bazę gastronomiczną i noclegową, natomiast co do infrastruktury czy lotnisk nie da się tego wszystkiego zawrzeć w jednym spocie. Na etapie realizacji kampanii ma powstać więcej spotów i tam będzie położony nacisk na różne inteligentne specjalizacje, ale ważne,

aby wszystkie były spójne - konwencja spotu zawsze będzie taka sama - sposób montażu, hasła muzyka i przede wszystkim ambasador kampanii, który w jednoznaczny sposób uspójnia przekaz. Odwołujący powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów.

W kryterium: Działania PR - od 0 do 10 pkt., pod uwagę brano następujące elementy:

- zasady i częstotliwość komunikacji z mediami oraz różnorodność podejmowanych działań PR - wszystko zostało opisane w koncepcji strategicznej Odwołującego, zarówno zasady jak i częstotliwość. Odwołujący przewidział też codzienną częstotliwość z mediami. Ponadto działania są różnorodne: biuro prasowe, wysyłka informacji prasowych, study toury dla dziennikarzy, konferencja prasowa itp.

- spójność i konsekwencja podejmowanych działań PR - zaproponowane przez Odwołującego działania PR są działaniami fundamentalnymi. Biuro prasowe regularnie kontaktujące codziennie z dziennikarzami to „must-have” każdego działania PR. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że zaproszenie dziennikarzy na Study Tour w regionie i bezpośredni kontakt z nimi, a także bezpośrednie doznanie przez nich zalet regionu daje bardzo dobre efekty w postaci publikacji redakcyjnych (earned media);

- dostosowanie zaproponowanych działań PR do celów kampanii; zaproponowane działania PR - w szczególności study tours, gdzie zgodnie z celami kampanii Odwołujący przewiduje zorganizowanie dwóch wizyt studyjnych - jednej dla dziennikarzy biznesowych, drugiej dla dziennikarzy turystycznych, podróżniczych i lifestylowych, co zostało dokładnie opisane w Koncepcji Strategicznej. Odwołujący powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów.

W kryterium: Artykuł prasowy -od 0 do 10 pkt, oceniano następujące elementy:

dopasowanie artykułu do specyfiki medium i formy reklamy, artykuł jest w 100% dopasowany do medium jakim na prezentowanym przykładzie jest National Geographic, poprawność merytoryczna treści zawartych w artykule, czytelność i zrozumiałość artykułu dla potencjalnych odbiorców. Artykuł jest oparty na faktach i jest czytelny dla potencjalnych odbiorców tej gazety. Zdolność artykułu do przyciągnięcia uwagi i utrzymania zainteresowania potencjalnego odbiorcy komunikatu. Artykuł zawiera ciekawe fakty, zaskakujące i zachęcające do podróży w to miejsce. Z rozeznania Odwołującego wynika, że mało kto wie o istnieniu tego parku, który stanowi turystyczną perełkę na mapie kraju. Odwołujący powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów

W kryterium Scenariusz spotów telewizyjnych oraz na kanał You Toubé -od 0 do 10 pkt., w ocenie pod uwagę brano: zastosowane techniki reklamowe i ich wpływ na zauważalność i zapamiętywalność przekazu oraz wizerunek reklamowanej mark. Techniki reklamowe polegają tu na zaskoczeniu widza oraz użyte hasło „Podkarpacie zaskoczy”, które wpisuje się w aktualne trendy projektowania haseł reklamowych (np. hasło kampanii: „Chce się Ż”).

Czy spot wykorzystuje atrakcyjne i oryginalne rozwiązania, rozumiane jako zdolność do przyciągnięcia uwagi - Odwołujący szczegółowo opisał techniki filmowe na końcu scenariusza spotu mające na celu przyciągnięcie uwagi i utrzymania zainteresowania potencjalnego odbiorcy komunikatu. „W każdym ujęciu kamera zaczyna od obserwacji aktora. Aktorzy jej „nie widzą”, kamera tylko filmuje. Za każdym razem, kiedy M. Z. ma zacząć mówić do kamery, wyszukuje ją wzrokiem, lekko zwracając głowę. Zawsze wie, gdzie ona jest ale jako profesjonalny aktor traktuje ją jak powietrze”. Kiedy znajduje ją wzrokiem, momentalnie skraca dystans, kamera z obserwatora staje się uczestnikiem sceny. Widz klipu wchodzi w osobisty, prywatny świat aktora, który zwraca się bezpośrednio do niego. Chwył ten będzie zastosowany we wszystkich spotach. Taka technika filmowa jest użyta np, w „House of cards”;

Przekaz merytoryczny oraz jego kompletność, czytelność i przejrzystość zgodna z celami kampanii objętej niniejszym zamówieniem. Spot promuje zarówno atuty turystyczne, jak i zdrową regionalną żywność oraz przyrodnicze walory, które sprzyjają produkcji, co jest w 100-procentach zgodne z celami kampanii, dostosowanie spotów do grupy potencjalnych beneficjentów programu oraz celów kampanii.

Spot jest dostosowany do bardzo szerokiej grupy odbiorców. Ładne widoki, przyjemny nieskomplikowany przekaz serwowany przez znanego aktora zainteresują każdego.

Sposób, w jaki zostały ujęte sceny i czy są zgodne z tematyką wskazaną w SOPZ, Odwołujący promuje wszystkie cele z OPZ, stopień pobudzenia wyobraźni odbiorców poprzez przekaz zaproponowanego scenariusza spotu tj. stopień pobudzenia wyobraźni, tak że pozostaje on dłużej w ich pamięci i niesie pozytywny przekaz; - wyobraźnię pobudzamy poprzez chwytły dotyczące przywoływania skojarzeń ze smakami dzieciństwa czy szybką zamianę nieba nasłonecznionego w niespotykane nigdzie indziej gwiaździste. Również zastosowane chwytły przechodzące z pięknych widoków na sylwetkę znanego, lubianego aktora powodują pobudzenie wyobraźni. Pokaz jest bezdyskusyjnie pozytywny.

Wykonawca powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów

W kryterium: Layout reklamy internetowej -od 0 do 5 pkt., w ocenie brano pod uwagę następujące elementy: - zastosowane techniki reklamowe i ich wpływ na zauważalność i zapamiętywalność przekazu, przyciągnięcia uwagi oraz wizerunek reklamowanej marki, interesujemy głównie ciekawostką - np. dużą liczbą potraw regionalnych czy zagadką odnośnie tego gdzie znajduje się „Park Gwiezdnego Nieba”. Właśnie pytania o fakty, których ludzie nie znają, potrafią zainteresować.

- przekaz merytoryczny oraz jego kompletność, czytelność i przejrzystość zgodna z celami kampanii objętej niniejszym zamówieniem,

W przykładowych reklamach Odwołujący wskazał na ciekawostkę turystyczną oraz związaną z produkcją żywności regionalnej, co jest zgodne z celami kampanii.

- czy elementy na banerze (tj. tekst, logotypy, grafika itp.) są umieszczone estetycznie, czytelnie i przejrzysto;

Odwołujący przedstawił 2 różne banery, które są zaprezentowane w formie storyboardu, na którym widać poszczególne, przykładowe, kolejne odsłony baneru. Elementy każdego z tych slajdów są rozmieszczone estetycznie, czytelnie i przejrzysto.

Wykonawca powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów

W kryterium: Dodatkowe narzędzia kampanii - od 0 do 5 pkt, w ocenie pod uwagę brano:

- pomysł na wykorzystanie dodatkowych kanałów komunikacji oraz ich atrakcyjność, Odwołujący przedstawił pomysł na wykorzystanie 2 dodatkowych narzędzi kampanii - zgodnie z pkt. V OPZ miały to być 2 dodatkowe narzędzia. Zastosowane propozycje - Roadshow przy Złotych Tarasach w Warszawie, czyli w miejscu o ogromnym natężeniu ruchu ludzi z całej Polski, czy reklama w pociągach Pendolino, to bardzo silne działania wizerunkowe.

wskaźniki planowane do osiągnięcia przy użyciu dodatkowych narzędzi, Odwołujący podał wskaźniki przy każdym z dwóch dodatkowych działań.

- zastosowane narzędzia będą miały wpływ na zauważalność i zapamiętywalność przekazu oraz wizerunek kampanii jako całości,

Zastosowane narzędzia muszą mieć wpływ na zauważalność. Przede wszystkim Roadshow zawsze interesuje i angażuje, co przy przepływie 57 tys. osób dziennie (dzienne natężenie ruchu przy Złotych Tarasach) musi dać odpowiedni efekt - nie można było wybrać lepszego miejsca w Polsce na bycie zauważonym niż centralny punkt leżący przy Złotych Tarasach i obok dworca Warszawa Centralna. Kontakt z żywym człowiekiem jest zawsze lepiej zapamiętywany niż w przypadku reklamy w mediach. Zakładamy też zgodnie z ofertą inne miasto, według wyboru Zamawiającego, co jeszcze bardziej zwiększy zauważalność i zapamiętywalność przekazu. Podobnie jak 357 tys. wyświetleń plansz lub spotu w Pendolino buduje ogromny zasięg.

- spełniają funkcję informacyjno - promocyjną, są spójne z pozostałymi kanałami dystrybucji; Oba działania spełniają funkcję informacyjno-promocyjną - są do tego stworzone, zwłaszcza że przy Roadshow mamy kontakt z obsługą eventu, która udziela bezpośrednich informacji na temat oferty turystycznej i biznesowej regionu. Trudno też uznać te działania za niespójne z pozostałymi kanałami. Wykonawca zaproponował liczbę działań dodatkowych zgodną z OPZ oraz spełniającą wszystkie kryteria, powinien również w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów

Ad Oryginalność i kreatywność kreacji - od 0 do 10 pkt., w ocenie pod uwagę będą brane następujące elementy: - zastosowane rozwiązania charakteryzujące się nowatorstwem i niepowtarzalnością na tle innych kampanii informacyjnych i reklamowych, zastosowane rozwiązania będą łatwo rozpoznawalne, przykuwające uwagę, - kreacja jest unikalna,

oryginalny, wyjątkowy i wyróżnia się od innych realizowanych kampanii promocyjnych i zapada w pamięć odbiorcom;

Atrakcyjność kreacji budują przede wszystkim: -chwytlive hasło wpisujące się w trendy projektowania haseł reklamowych. Hasło ma zaciekawiać również odmianami dopasowanymi do celów kampanii, które można dowolnie rozwijać:

hasło główne: PodkarpaCIE zachwyci! hasła pomocnicze: PodkarpaCIE ugości PodkarpaCIE nakarmi PodkarpaCIE zaintryguje PodkarpaCIE zmotywuje PodkarpaCIE wspiera biznesowo - bardzo znany i lubiany aktor, estetyczne oparte o piękne widoki kreacje, techniki filmowe budujące efekt zaskoczenia.

Innowacja polega na zastosowanych chwytach filmowych, które wcześniej nie były stosowane w reklamie regionów - przykładowo. W reklamach do tej pory bazowano na pięknych widokach, a potem bezpośrednim przekazie treści, natomiast w koncepcji Odwołującego widzimy typowy widok, z pozoru zwyczajna reklama regionu, zaś potem jest przybliżany aż ku zaskoczeniu odbiorcy kamera wyłapuje z szerokiego kadru sylwetkę osoby, którą jest postać M. Z. na szlaku.

Połączenie wszystkich tych technik powoduje efekt świeżości i zaciekawienie odbiorcy.

Wykonawca powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów.

W kryterium: Uniwersalność i prostota przekazu -od 0 do 5 pkt., w ocenie pod uwagę brano elementy: zastosowane formy poszczególnych elementów realizacyjnych kampanii zapewniające możliwość odbioru komunikatu przez jak najszerszą grupę odbiorców, połączone z wysokim stopniem oddziaływania, oparcie przedstawionej koncepcji na pomysle nieskomplikowanym, jednoznacznym i łatwym do zrozumienia dla osoby dorosłej, przy niewielkim zaangażowaniu uwagi, oparcie koncepcji na przekazie perswazyjnym (tzn. wpływa, namawia, zachęca), posługuje się językiem atrakcyjnym i przekonującym.

Kampania oparta jest o proste, chwytliwe hasła opierające się o grę słów, proste komunikaty, osobę znanego i powszechnie lubianego aktora, stąd grupa zapewnia szerokie dotarcie do szerokiej grupy odbiorców. Wypowiadane przez aktora hasła bezpośrednio namawiają do podjęcia przez odbiorcę działania. Wszystkie aspekty zgodności z celami SOPZ, charakteryzacja założeń kampanii i dopasowania do grup docelowych została szeroko omówiona w Koncepcji Strategicznej Kampanii dołączonej do OPZ.

Wykonawca powinien więc w tym subkryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów

Członkowie komisji oceniali ofertę Odwołującego w oderwaniu od kryteriów oceny ofert i treści SIWZ. Odwołujący wskazał na wyniki ocen indywidualnych poszczególnych członków komisji negując przyznaną punktację jako z reguły zaniżoną i nie uwzględniającą wszystkich wymaganych i przedstawionych w ofercie elementów koncepcji.

W podsumowaniu stwierdził, że wskazane powyżej argumenty potwierdzają zasadność zarzutów i żądań Odwołującego.

Zamawiający w pisemnym stanowisku zanegował twierdzenie o zaniżeniu odwołującemu ocen za przedstawioną w postępowaniu koncepcję. Oświadczył, że podtrzymuje oceny złożone przez członków komisji przetargowej. Członkowie komisji oceniając oferty na podstawie obiektywnego kryterium „Koncepcja kampanii” (waga kryterium: 70%) oraz wskazanym w nich podkryteriów, nie zaniżyli oceny. Stwierdził, że oceny nie były zbiorczo konsultowane przez wskazanych członków komisji, a każdy z członków komisji indywidualnie i obiektywnie oceniał przedstawione w postępowaniu koncepcje. Nie znalazł podstaw do uznania, iż oferta odwołującego winna zostać oceniona wyżej i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w prowadzonym postępowaniu oraz zarzut, jakoby „Dokonane przez zamawiającego oceny ofert odwołującego i wybranego wykonawcy świadczą o nieznajomości technik reklamy i stoją w sprzeczności z wymaganiami siwz.”

Zamawiający stwierdził, że członkowie komisji analizując przedstawioną koncepcję firmy Tarraya odnosili się do całości oferty analizując poszczególne jej elementy.

Poddając ponowne analizie przedstawioną ofertę zamawiający wskazał na uchybienia, które w jego ocenie znalazły się w przedstawionej ofercie i na co zwracali uwagę członkowie komisji przetargowej, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przyznanych ocenach.

Przedstawił uszczegółowioną analizę poszczególnych elementów koncepcji w kolejnych kryteriach i podkryteriach.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca MDI sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania wskazał, co następuje

Co do zarzutu niewykluczenia Przystępującego z postępowania, w sytuacji gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności wskazał na kwestię formalną, dotyczącą treści zarzutu podniesionego w kontekście poprzedniej treści warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1 siwz. W ocenie Przystępującego brak jest możliwości wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w oparciu o zarzut niespełniania nieaktualnego warunku.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu wskazał, że zdaniem Odwołującego, MDI spółka z o.o. sp.k. wbrew swojej deklaracji nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia, bowiem Przystępujący nie wskazał tego podmiotu w pkt 4 formularza ofertowego jako swojego podwykonawcy, a zatem — wg Odwołującego — nie jest możliwe powołanie się na jej zasoby. W tym zakresie przystępujący wskazuje, że art. 26 ust. 2b PZP został uchylony, co czyni zarzut w tym zakresie pozbawionym oparcia prawnego.

Wymagany pkt 4 formularza ofertowego obowiązek podania podwykonawców stanowi realizację art. 36b ust. 1 PZP, gdzie Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części

zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm tych podwykonawców (o ile są one mu znane). Powyższe informacje o zamiarze zlecenia części zamówienia podwykonawcy nie są tożsame z koniecznością posiadania takiej wiedzy przez wykonawcę na etapie ubiegania się o zamówienie.

Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a wobec możliwości dokonania zmiany firmy podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania, zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji np. na etapie wykonawstwa.

Zarzut w tym zakresie jest chybiony. Nie może przecież dochodzić do takich sytuacji, że na zadane w ten sam sposób pytanie w dwóch różnych dokumentach, ustawodawca wymaga, aby wykonawca w jednym z nich podawał inną odpowiedź niż w drugim tzn. w pkt 4 formularza ofertowego podawał nazwy podwykonawców wraz z nazwami podmiotów, które udostępniają zasoby, zaś w JEDZ podawał jedynie nazwy podwykonawców. Taka interpretacja prowadziłaby bowiem do rozumienia przepisów w sposób nieracjonalny.

Przystępujący zwraca uwagę, że ustawa zawiera odrębny przepis nakazujący wskazanie zasobu podmiotu trzeciego, który w rozumieniu „ustawy” staje się podwykonawcą. Zgodnie z art. 22a PZP wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia. Na tej podstawie Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w danym postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Zgodnie z pkt VII.2.2. SIWZ Przystępujący w sposób prawidłowy wskazał podwykonawców, którzy udostępniają mu zdolności, przedstawił bowiem wszystkie oświadczenia i dokumenty, w tym zakresie, których żądał Zamawiający w SIWZ.

Przystępujący wskazuje, że oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp — tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez wybranie oferty Przystępującego, pomimo, że nie odpowiada ona treści SIWZ i winna być odrzucona.

Przez „treść oferty” należy rozumieć oświadczenie woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego (oznaczonego świadczenia) na

rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza i z wykonawcą tym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty odpowiada treści siwz, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w siwz (wskazano orzecznictwo KIO).

Zamawiający w sposób prawidłowy prowadził przedmiotowe postępowanie, działał zgodnie z treścią SIWZ oraz ustawą; prawidłowo uznał, że oferta Przystępującego odpowiada treści SIWZ, jest najkorzystniejsza i nie podlega odrzuceniu w tym postępowaniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 PZP przez zaniechanie udostępnienia części oferty Przystępującego tj. koncepcji prowadzonej kampanii, wykazu osób, wykazu usług, pomimo tego, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym utajnienie ocen ofert przez Zamawiającego, przystępujący podtrzymał w całości swoje stanowisko przedstawione w piśmie pn. „Zastrzeżenie nieudostępniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa” i dalszych przedłożonych w tym zakresie, w których to dokumentach wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący w sposób analogiczny wykazał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jego własnych informacji. Przystępujący wskazuje, że na jego stronie internetowej i profilu Facebook są informacje ogólne, dotyczące faktu współpracy, bez podawania szczegółów, w tym w szczególności kwot, personaliów kluczowych osób po stronie kontrahentów itp. Dlatego twierdzenia, że „bez trudu można znaleźć informacje o obsługiwanych klientach, strategiach zastosowanych w kampaniach czy osiągniętych wynikach”, nie znajdują podstaw. Strategia zaproponowana w ofercie jest inną strategią, niż zastosowane w zrealizowanych kampaniach, które wraz z realizacją stają się w pewnym zakresie jawne. Przedmiotem tajemnicy w niniejszej sprawie jest nowa strategia zaproponowana Zamawiającemu. Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 PZP przez zaniżenie punktacji przyznanej ofercie Odwołującego; Przystępujący zatem zdaje się na stanowisko i argumenty Zamawiającego. Ad zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 wskazuje, że wybrana została oferta wykonawcy, która jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przyjętych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący zauważył, że wskazana zmiana punktu V.1 specyfikacji nie ma znaczenia dla oceny zarzutu, podobnie jak fakt uchylecia art. 26 ust. 2b i zastąpienie go przez art. 22a ustawy pzp. Podkreślił znaczenie przedstawienia okoliczności faktycznych na poparcie podnoszonego zarzutu. Zauważył, iż nie twierdzi, że konieczne jest podwykonawstwo podmiotu trzeciego, lecz potrzeba realnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Przypomniał, że podmiot 3. potwierdził zamiar pełnienia funkcji podwykonawcy, a w ofercie brak takiej informacji. Stwierdził, że przystępujący utajnił przeważającą część

treści oferty, praktycznie całą, poza ceną. W toku postępowania odtajniono tylko 1 pozycję wykazu usług. Przypomniał też brak uzasadnienia zastrzeżenia informacji i zauważył bezzasadność zastrzegania tajemnicy, jako że koncepcja będzie jawna na etapie realizacji umowy. Zauważył też, że referencje, co do zasady, są jawne. Stwierdził, że sam zastrzegł inny zakres informacji i uzasadnił ten fakt w terminie wynikającym z art. 8 pzp.

Odnosnie stanowiska Zamawiającego złożonego w formie pisemnej na posiedzeniu, stwierdził, że jest to nowa ocena, dokonana w oderwaniu od obowiązujących kryteriów oceny ofert. Niezależnie od argumentów z odwołania, wskazał na zaletę wskazania konkretnej osoby, jako ambasadora Podkarpacia. W zakresie proponowanego hasła wskazał na odmienną obecnie ocenę użytej nazwy, różną od zawartej w piśmie Zamawiającego (dopuszczalność zmiany nazwy zgodnie z podanymi przykładami). Przywołując treść wyjaśnień z 23.07.2020r., wskazał na wymóg podania jednego hasła i zauważył, że w samej koncepcji przedstawił wiele haseł. Zauważył, iż także Zamawiający dokonał nowej oceny w zakresie key visual. Stwierdził, że przedstawiony artykuł prasowy jest w koncepcji propozycją do doprecyzowania w toku realizacji. Spot radiowy przedstawiono jako zaproszenie call to action, wymogi co do spotu tv opisano w wyjaśnieniach z 23.07.2020r. Odnosnie banerów internetowych zauważył, że Zamawiający sformułował oczekiwania właściwe na etapie realizacji umowy. Przypomina walor zaproponowanego hasła, który jest sloganem i nie uchybia nazwie regionu. Podkreślił poprawność opisanych działań. Przypomniał, że koncepcja w postępowaniu musi być jawna i jako indywidualna nie będzie mogła być użyta w innych postępowaniach. Wskazał na zastrzeżenie wykazów osób, a jednocześnie przedstawianie w Internecie przez Przystępującego informacji o swojej kadrze. Tym samym zastrzeżenia ocenia jako niezasadne. Wskazał na treść SOPZ oraz treść przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od treści wymaganych do przedstawienia w ofercie (np. str. 3 i 4 oraz wyjaśnienia z 23.07.2020r.). Ponownie podkreśla, że nowa ocena Zamawiającego jest znacząco odmienna od uprzedniej dokonywanej przy ocenie ofert. Stwierdził, że ma pozytywny kontakt z osobą proponowaną na ambasadora kampanii.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż niesporne jest, że wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu 3. do udostępnienia zasobów na cele realizacji zamówienia. Podmiot ten złożył dokument JEDZ, jedynie w formularzu ofertowym wykonawcy w rubryce 4, gdzie wskazano dwóch podwykonawców, nie wymieniono (nie wskazano) podmiotu trzeciego, którego dotyczy spór. Stwierdził, że brak tego elementu nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Przypomniał fakt zastrzeżenia informacji przez Przystępującego oraz prowadzoną procedurę wyjaśniającą, w wyniku której odtajniono jeden dokument dotyczący umowy z woj. lubelskim. Wskazał na treść SOPZ, gdzie w części wstępnej na str. 2 wskazano obowiązki wykonawcy co do zakresu danych wymaganych do przedstawiania w ofercie (także str. 5, 6 i 7.

Stwierdził, że złożone pismo nie zawiera nowej oceny oferty, lecz jest uszczegółowieniem oceny dokonanej uprzednio przed ustaleniem wyniku przetargu. Przypomniał inne wymogi z SOPZ z terminami ich realizacji (str. 7 i następne), których nie przedstawiono w ofercie. Tym samym podtrzymał ocenę przedstawioną w złożonym piśmie, jako spójną z wcześniejszą oceną oferty.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w złożonym piśmie. Wskazał na podniesiony zarzut naruszenia uchylonego przepisu ustawy. Podkreślił poprawność udostępnienia mu zasobów przez podmiot 3 i w konsekwencji spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że zasadnie zastrzegł jako zawierające tajemnicę Przedsiębiorstwa treść koncepcji oraz wykazy osób i usług zauważając, że koncepcje były zastrzegane przez wszystkich wykonawców. Złożył kopię umowy o usługi marketingowe z klauzulą poufności. Przypomniał zakres wymogów co do zawartości koncepcji opisane w specyfikacji, wymaganych do złożenia z ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującą w szczególności treść dwóch ofert z załącznikami, objętych zarzutami i udokumentowane kolejne zdarzenia w toku postępowania do momentu ogłoszenia przez zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również stanowiska stron i na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Oczywiście jest, że w następstwie uwzględnienia odwołania, w wyniku przewidywalnej sekwencji zdarzeń, realna byłaby możliwość ubiegania się przez odwołującego o udzielenie mu zamówienia.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Skład orzekający uznaje okoliczności faktyczne sprawy za wyjaśnione.

W ocenie Izby zastrzeżenie wykonawcy - przystępującego dotyczące treści podstawowych dokumentów ofertowych, którymi są koncepcja prowadzenia kampanii, wykaz osób, wykaz usług, jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z ustawą, do której ten przepis odsyła, nie jest zasadne, mimo iż drugi wykonawca uczestniczący w sporze dokonał niemal analogicznego zastrzeżenia. W konsekwencji bezkrytyczne uznanie przez zamawiającego poprawności zastrzeżenia i odmowa udostępnienia informacji, jak również utajnienie ocen ofert wobec pomieszczenia w nich treści uznanych za zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa uchybia zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdza, że wykonawca

nie wykazał, po myśli art. 8 ustawy pzp i art. 11 znku wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji o personaliach osób przewidzianych do udziału w realizacji usługi. W szczególności skład orzekający nie uznaje za udowodnionego twierdzenia, że określony zestaw osobowy tj. jego konfiguracja nosi w sobie wartość gospodarczą, a ujawnienie informacji w tym zakresie nosi ryzyko utraty tego zespołu np. w wyniku tzw. podkupienia pracownika. W ocenie Izby instrument zastrzegania informacji nie powinien dotyczyć takiego motywu zastrzeżenia, jakim miałyby być w istocie pozaprawne wzmocnienie więzi wykonawcy jako podmiotu gospodarczego z bezpośrednimi realizatorami prac. Dla tak specyficznych usług, jak przedmiot zamówienia wartością gospodarczą jest raczej jawne prezentowanie dokonań i szczególnych osiągnięć oraz fakt współpracy z cenionymi twórcami, a nie takich okoliczności ukrywanie.

Ocena w powyższym zakresie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania wskazany w sentencji orzeczenia i w zgodzie z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp, jako że Izba uznała za niezasadne zarzuty pozostałe.

Zarzut, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podlega rozpatrzeniu mimo faktu, iż odwołujący wskazał jako element uzasadnienia prawnego zarzutu uchylony przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Przedstawione na poparcie zarzutu okoliczności faktyczne nie budzą wątpliwości dając tym samym możliwość jego oceny w myśl zasady *da mihi facta dabo tibi ius*.

Izba uznaje, że złożenie z ofertą jednoznacznego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia przezeń niezbędnych zasobów stosownie do art. 22a ustawy pzp z deklaracją wykonywania zadań w charakterze podwykonawcy stanowi potwierdzenie spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, a fakt niewymienienia tego podmiotu w samej treści formularza ofertowego pozostaje bez wpływu na niniejszą ocenę. W konsekwencji nie zachodzi też przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, czy raczej uznania jej za odrzuconą.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy pzp polegającego na zaniżeniu - w ramach oceny ofert - punktacji przyznanej ofercie Odwołującego, przy jednoczesnym zawyżeniu punktacji przyznanej ofercie MDI Sp. z o.o. i w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty, podczas gdy to oferta Odwołującego winna zostać oceniona wyżej i zostać wybrana jako najkorzystniejsza, skład orzekający po zapoznaniu się z czynnościami oceny ofert, a także następczymi ocenami przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego uznaje, że zarzut nie został potwierdzony.

Przedmiotem sporu jest wynik oceny oferty odwołującego w kryterium pozacenowym oznaczonym jako kryterium II. Stosownie do Rozdziału XI pkt.1.1.2. siwz (opis sposobu przygotowania oferty) koncepcja prowadzenia kampanii stanowi podstawę oceny w przedmiotowym kryterium, a jej minimalną treść wyznacza załącznik 4 – Szczegółowy opis

przedmiotu zamówienia. Można w tym miejscu zauważyć, że koncepcja prowadzenia kampanii jako wymagany składnik oferty stanowi jednocześnie część przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta jakkolwiek nie będąca przedmiotem sporu wskazuje na dodatkowe utrudnienia w dokonywaniu ocen zakresu wymaganego opracowania. Przedmiot i specyfika bowiem ocenianego opracowania nie pozwala na jednoznaczną arytmetyczną weryfikację przyznanej ofercie punktacji przez poszczególnych członków komisji, następnie skumulowanej jako wynik końcowy. Wprawdzie poszczególne elementy, w liczbie 10, podlegające ocenie zostały wymienione ze wskazaniem możliwych do uzyskania punktów (od-do), to uznanie, czy oceniana część zasługuje na maksymalną punktację, obniżoną, czy zerową, stanowi w istocie rzeczy rezultat zasadniczo subiektywnej oceny każdego członka komisji. Dlatego zapewne nieprzypadkowo w wersji pisma złożonego do akt sprawy przez zamawiającego kilkakrotnie użyto stwierdzenia o subiektywizmie, jakkolwiek poprawionego na określenie „obiektywny”. Niezależnie od wielu stosowanych metodologii ocen prac o charakterze koncepcyjnym, w szczególności prac twórczych, element nieoczywisty, a także subiektywny jest nie do uniknięcia, a prawdopodobieństwo względności dokonywanej oceny, znaczące.

Rozległość możliwości w przedmiotowym sporze nie pozwala w konsekwencji na jednoznaczne wykluczenie jako hipotetycznie poprawnej żadnej z tez podniesionych w toku postępowania, w tym o niespełnieniu wymogów przedmiotowych koncepcji odwołującego (sugestia zamawiającego sygnalizowana na rozprawie), zaniżeniu punktacji przyznanej odwołującemu, czy poprawności dokonanej czynności zamawiającego.

Jako że zadaniem składu orzekającego jest ocena czynności zamawiającego, a pomimo podniesionego zarzutu, nie została ona skutecznie zanegowana w treści odwołania i nie została potwierdzona analizą dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że zamawiający dokonując oceny spornego elementu oferty w przyjętym kryterium pozacenowym, nie naruszył postanowień ustalonej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszając art. 91 ust. 1 z zachowaniem zasady z art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....