

WYROK
z dnia 19 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 maja 2015 r.** przez wykonawcę **W. R.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **W. R. bringMore advertising z siedzibą w Chorzowie 41 - 506, ul. Armii Krajowej 9a**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej 00-513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5**

przy udziale konsorcjum firm: **Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą Marki 05 - 270, ul. Rynkowa 6a oraz Windmill M. P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum firm: **Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą Marki 05 - 270, ul. Rynkowa 6a oraz Windmill M. P.**,
2. nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty,
3. nakazuje odrzucenie oferty konsorcjum firm: **Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą Marki 05 - 270, ul. Rynkowa 6a oraz Windmill M. P.**,

2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego konsorcjum firm: **Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą Marki 05 - 270, ul. Rynkowa 6a oraz Windmill M. P.,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **W. R.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **W. R. bringMore advertising z siedzibą w Chorzowie 41 - 506, ul. Armii Krajowej 9a**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od przystępującego konsorcjum firm: **Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą Marki 05 - 270, ul. Rynkowa 6a oraz Windmill M. P.** na rzecz odwołującego: **W. R.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **W. R. bringMore advertising z siedzibą w Chorzowie 41 - 506, ul. Armii Krajowej 9a,** kwotę łączną **18 750,00** zł (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), w tym:

- a) kwotę 15 000,00 zł z tytułu zwrotu kosztów wpisu od odwołania
- b) kwotę 3 600,00 zł z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika
- c) kwotę 150,00 zł z tytułu zwrotu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 044-076480 z 04.03.2015) na „Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii promocyjno-informacyjnej projektu pn. System ulg i bonifikat skierowanych do rodzin wielodzietnych certyfikowany spersonalizowaną bezpieczną Kartą Dużej Rodziny”, w dniu 8 maja 2015 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. R. bringMore advertising z siedzibą w Chorzowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2015 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Markach oraz Windmill M. P. i sklasyfikowaniu oferty odwołującego na drugiej pozycji.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 maja 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, a kopii przesłane stronom w dniu 11 maja 2015 r. złożył wykonawca wybrany - konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider z siedzibą w Markach oraz Windmill M. P., który wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider z siedzibą w Markach oraz Windmill M. P., uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

W pisemnej odpowiedzi z dnia 14 maja 2015 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący - konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P., złożył oświadczenie do protokołu rozprawy w trybie art. 186 ust. 4 i 6 ustawy Pzp, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W powyższych okolicznościach odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu w oparciu o art. 186 ust 4 ustawy Pzp, gdyż w sytuacji wniesienia sprzeciwu przez uczestnika,

który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego przepis ten nakazuje rozpoznanie odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Ministerstwu Pracy i Polityki Społecznej naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej ustawy Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotowego postępowania,
2. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, przez uznanie, że treść oferty wybranej jako oferta najkorzystniejsza odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo że nie zawiera elementu wymaganego przez zamawiającego, a to informacji o tytule dziennika, w którym zamieszczony zostanie artykuł będący elementem przedmiotu zamówienia, w konsekwencji,
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ocenę ofert różnych pod względem merytorycznym.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- 2) powtórzenia czynności oceny złożonych ofert,
- 3) zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, co następuje.

I. W zakresie zarzutu 1, tj. naruszenia regulacji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez zaniechanie czynności odrzucenia tejże oferty - odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; wskazał, iż złożona przez wykonawcę oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wówczas gdy odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym jednoznaczny charakter przepisu pozwala wnioskować, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter nieusuwalny i winna odnosić się do

niezgodności pomiędzy przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji oraz przedmiotem zamówienia wskazanym w złożonej ofercie. Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co prawda *a contrario* przyjmuje się, że nie może zapis ten stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności jej formy z postanowieniami specyfikacji, i dodatkowo w wyroku z dnia 28 marca 2008 roku, sygnatura akt KIO/UZP 209/08, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „*Za nieistotne i nie skutkujące koniecznością odrzucenia oferty należy uznać uchybienia polegające na braku numeracji stron, braku pieczęci, braku sformułowania "za zgodność z oryginałem", czy braku stwierdzenia "potwierdzam" na dokumencie zawierającym tłumaczenie z języka obcego*". Tym samym odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 roku, sygnatura akt KIO/UZP 97/09).

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w załączniku numer 4 do SIWZ w punkcie 2.2.6 zadanie 5 pn. Przygotowanie materiałów i prowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych w punkcie 2 zamawiający ustalił, że: „Wykonawca zapewni opublikowanie artykułów w 4 tytułach prasowych wskazanych w ofercie, tj. w 2 tytułach dzienników ogólnopolskich o średnim kwartalnym nakładzie minimum 200 tys. egzemplarzy, 1 tytule ogólnopolskiego dziennika bezpłatnego o średnim kwartalnym nakładzie minimum 180 tys. egzemplarzy oraz 1 tytule dziennika (bez uwzględnienia wydania ogólnopolskiego danego tytułu) z minimum 6 wydaniem regionalnymi o średnim kwartalnym nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys. (dla każdego wydania regionalnego). Tytuły gazet nie mogą się powtarzać. W tytułach prasowych zostaną zamieszczone artykuły dotyczące realizacji Projektu i Karty Dużej Rodziny. W każdym tytule zostanie zamieszczony 1 artykuł prasowy.”

Równocześnie zgodnie z treścią punktu 2.4. SIWZ (strona 3) zamawiający wskazał, że: „oferta winna zostać sporządzona m.in. na druku lub według wzoru druku FO stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ - poprzez jego odpowiednie wypełnienie”. W związku z powyższym zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył ofertę m.in. na formularzu ofertowym i w zakresie zadania 5 dotyczącego publikacji artykułów prasowych podał oferowany tytuł tegoż dziennika. Dodatkowo na stronie 4 formularza ofertowego zamawiający doprecyzował, że nakład dzienników, które oferuje wykonawca będzie uwzględniany na podstawie danych Związku Kontroli Dystrybucji Prasy (ZKDP) średniego nakładu jednorazowego w III kwartale 2014 roku. W przypadku braku danych dotyczących nakładów uzyskanych za pośrednictwem ZKDP - na podstawie informacji przedstawionych

przez wydawców lub instytuty badawcze/ośrodki analityczne zajmujące się weryfikacją nakładów.

Zamawiający w następujący sposób uregulował kwestię treści oferty w odniesieniu do publikacji artykułów prasowych:

Oświadczamy, że oferujemy publikację artykułów prasowych w następujących dziennikach:

Lp. Rodzaj dziennika; Oferowany tytuł

1 Pierwszy dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys.*

2 Drugi dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys.*

3 Ogólnopolski dziennik bezpłatny o nakładzie minimum 180 tys.*

4 Dziennik z minimum 6 wydaniem regionalnymi o nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys.* (dla każdego wydania regionalnego)

*na podstawie danych Związku Kontroli Dystrybucji Prasy (ZKDP) średniego nakładu jednorazowego w III kwartale 2014 r. W przypadku braku danych dotyczących nakładów uzyskanych za pośrednictwem ZKDP - na podstawie informacji przedstawionych przez wydawców lub instytuty badawcze/ośrodki analityczne zajmujące się weryfikacją nakładów.

Odwołujący wyjaśniał, że oferta konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P., dalej konsorcjum Windmill uznana za ofertę najkorzystniejszą, w kolumnie trzeciej powyższej tabeli w wierszu 4 „Dziennik z minimum 6 wydaniem regionalnymi o nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys.* (dla każdego wydania regionalnego)” zawiera następujący zapis: Polska The Times.

Dowód: oferta wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą

Odnosząc się do podanych przez wybranego wykonawcę informacji odwołujący wskazywał, że w ogólnie dostępnym wykazie tytułów Związku Kontroli Dystrybucji Prasy (dalej: ZKDP) nie istnieje w ogóle tytuł podany przez konsorcjum Windmill, powoduje to dodatkowo brak możliwości uzyskania informacji o nakładzie tegoż dziennika. Co z kolei przywiodło odwołującego do twierdzenia, że trudno zamieścić artykuł prasowy w dzienniku, który w ogóle na dzień składnia ofert nie istnieje.

Odwołujący zaznaczał, iż zamawiający sam ustalił, że nakład będzie weryfikowany w oparciu o dane ZKDP, który to kontroluje obecnie 351 tytułów prasowych wydawanych przez członków tej organizacji. Każdy z nich co miesiąc deklaruje wysokość nakładu i rozpowszechniania tytułu prasowego zgłoszonego do kontroli. A dane na ten temat są ogólnodostępne na stronie www.zkdp.pl – i nie zawierają informacji w wykazie dzienników kontrolowanych - o dzienniku noszącym nazwę: Polska The Times - czyli tą, którą podał w ofercie wykonawca konsorcjum Windmill.

Dowód: wydruk niemodyfikowany z dnia 6 maja 2015 roku ze strony internetowej www.zkdp.pl w zakresie tytułów kontrolowanych dzienników

Wobec powyższego odwołujący uznał, że wybrany wykonawca w swojej ofercie zawarł dane niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Podał tytuł dziennika, który nie jest nie tylko dostępny na rynku, ale także nie można ustalić jego nakładu, bowiem nie jest ujęty w tytułach kontrolowanych przez ZKDP. Nie złożył także informacji przedstawionych przez wydawców lub instytutów badawczych lub ośrodków analitycznych zajmujących się weryfikacją nakładów.

Odnosząc przytoczone powyżej argumenty na grunt przepisów o zamówieniach publicznych wskazywał, że zamawiający powinien ofertę skarżonego wykonawcy odrzucić na podstawie treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając to faktem podania tytułu dziennika w formularzu ofertowym, który - jak wskazano powyżej - nie jest nie tylko dostępny na rynku, ale także nie można ustalić jego nakładu, bowiem nie jest ujęty w tytułach kontrolowanych przez ZKDP, czego zamawiający wprost wymagał w SIWZ.

Kontynuując, odwołujący podnosił, że przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie chociażby jednej z wymienionych w przepisie przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający nie może odstąpić od odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych w tym przepisie okoliczności. Nie może też odrzucić oferty z innych powodów niż podane w treści art. 89 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że oferta konsorcjum Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. nie odpowiada treści SIWZ, tym samym jest ofertą, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta przejawia się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy aspektów materialnych. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2011 roku, sygnatura akt KIO 997/11.

Zdaniem odwołującego - brak w ofercie konkurencyjnego wykonawcy dokumentów potwierdzających żądane właściwości przedmiotu zamówienia wyczerpuje dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Co więcej z innych, dołączonych do oferty dokumentów, nie wynika możliwość wykonania przez wykonawcę zamówienia w sposób wskazanych w treści SIWZ, w zakresie publikacji artykułu w dzienniku o podanym tytule. Użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ”

jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2013 roku, sygnatura akt KIO 841/13). Zamawiający jest gospodarzem postępowania i dlatego, sprecyzowane przez niego wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia powinny mieć dla niego znaczenie. Wobec tego zaproponowanie przez oferenta innych niż wymagane przez zamawiającego warunków dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia powoduje, iż taka oferta nie odpowiada treści SIWZ, potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2011 roku, sygnatura akt KIO 646/11.

Odwołujący doprecyzował, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego, a to natomiast wynika bezpośrednio z treści złożonej przez konsorcjum Windmill oferty. Oferta wykazuje brak w odniesieniu do zakresu realizacji zamówienia, skutkujący niemożliwością opublikowania artykułu, bowiem jak już wskazał powyżej, podany przez wykonawcę tytuł nie funkcjonuje na rynku wydawniczym. W przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności wskazanych w treści art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia danej oferty. W przeciwnym bowiem razie dopuści się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy stawiane zarzuty odwołujący poczytał za znajdujące podstawy do uwzględnienia.

II. W zakresie zarzutu 2, tj. naruszenia treści art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że treść oferty wybranej jako oferta najkorzystniejsza odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo że nie zawiera elementu wymaganego przez zamawiającego, a to informacji o tytule dziennika, w którym

zamieszczony zostanie artykuł będący elementem przedmiotu zamówienia, odwołujący podnosił, co następuje.

Treścią oferty jest jej zawartość merytoryczna, w praktyce sprowadzająca się między innymi do oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zawartość ta ujmowana jest na formularzu oferty oraz w dokumentach i materiałach dodatkowych, określających oferowany przedmiot zamówienia, np. foldery, opisy. Dokumenty te jeżeli żądane są przez zamawiającego mogą służyć doprecyzowaniu oferowanego przedmiotu zamówienia. O tym, czy wszystkie one stanowią o treści oferty, czy też służą jedynie jako materiał informacyjny, decyduje każdorazowo zawartość oferty i złożone dokumenty oraz wymagania zamawiającego (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2009 roku, sygnatura akt KIO 1041/09). Złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ, czyli dopuszczającej możliwość niewywiązania się przez wykonawcę z zaciągniętych zobowiązań w innych przypadkach niż przewidział to zamawiający, stoi w sprzeczności z treścią art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Wybór takiej oferty stanowiłby naruszenie nie tylko ww. przepisów, ale oznaczałoby również naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 roku, sygnatura akt KIO 22/13). Zamawiający dokonuje oceny ofert według wcześniej określonych zasad zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja wiąże zarówno wykonawców, jak również zamawiającego, który czynność oceny ofert powinien dokonać z zachowaniem zasady równości nakazującej mu na każdym etapie postępowania traktować wykonawców w sposób jednakowy, udostępniając wykonawcom wszystkie niezbędne informacje do przygotowania i złożenia oferty. Ocena złożonych ofert powinna odbywać się w oparciu o jasne, wcześniej podane przez zamawiającego kryteria i wymagane dokumenty sprecyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym stanie rzeczy, odwołujący uznał stawiany zarzut za znajdujący podstawy do uwzględnienia.

III. W zakresie zarzutu 3. tj. naruszenie regulacji przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ocenę ofert różnych pod względem merytoryczny, odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu także naruszenie określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. generalnych i fundamentalnych reguł udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ww. zasady są podstawowymi zasadami udzielania zamówień, obowiązującymi na każdym etapie

postępowania. A skutkiem ich przestrzegania ma stać się rzeczywisty rozwój konkurencji, w postaci sprzyjającej „tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty” (patrz: Aleksandra Soltysińska, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Zakamycze 2004, str. 20).

Odwołujący zauważył, iż wymienione zasady ustawodawca zawarł także w przepisach odnoszących się do poszczególnych rozwiązań ustawowych, do każdego trybu udzielenia zamówienia, a więc także a może przede wszystkim do udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Samo zastosowanie przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia w formie przetargu nieograniczonego nie wypełnia przesłanek zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te obowiązują w całym postępowaniu, od ogłoszenia postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców są to dwie fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, pozwalające na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami pieniężnymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania, co zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest realizowane. Odwołujący podkreślał, iż prowadzenie postępowania zgodnie z zapisami art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w całym postępowaniu aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał oceny dwóch ofert - różnych pod względem merytorycznym, i oferty zgodnej z SIWZ nie wybrał jako najkorzystniejszej, co świadczy, iż zamawiający naruszył normę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał równocześnie zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustalił regułę, zgodnie z którą zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Literalne brzmienie przepisu wskazuje przede wszystkim, iż udzielenie zamówień publicznych następuje po przeprowadzeniu stosownej procedury wyboru wykonawcy (patrz: Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, str. 107 i n.). Art. 7 ust. 3 Pzp nakazuje udzielać zamówień wyłącznie tym wykonawcom, którzy zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie, co wobec powyżej wskazanych argumentów nie nastąpiło. Podstawowym dokumentem na podstawie, którego wykonawcy sporządzają ofertę jest SIWZ. Wymagania zamawiającego, co do oferowanych

zamówień powinny być jasno określone w SIWZ, zamawiający nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ. Zamawiający nie może też oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

IV. Reasumując, odwołujący podtrzymał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2009 roku, w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 158/09 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2008 roku, w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 1104/08). Jednak dodatkowo, w celu ustalenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ani nie dokonał rzetelnej oceny merytorycznej oferty, która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, ani też nie wezwał do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Podkreślił, iż gdyby zamawiający takiej czynności dokonał, wówczas wybrałby ofertę zgodną z opublikowaną specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. ofertę odwołującego. A to ze względu na fakt, że gdyby konsorcjum firm: Windmili Sp. z o.o. oraz Windmill M. P. chciało w trybie wyjaśnień „doprowadzić” swoją ofertę do wymagań zamawiającego, wówczas doprowadziłoby to prawdopodobnie do zmiany treści oferty, co natomiast zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest po prostu niedopuszczalne. Podkreślał ponownie, że zgodnie z treścią artykułu 89 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma, nie uprawnienie, lecz obowiązek do odrzucenia oferty wykonawcy, w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych ww. przepisem (patrz: Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, str. 397 i n.). Jedną z przyczyn odrzucenia oferty, wymienioną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta, co do zasady, może dotyczyć kwestii wyłącznie merytorycznych. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ (patrz: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2008 roku, sygnatura akt

KIO/UZP 151/08). W świetle merytorycznych argumentów odwołującego, wykonawca - konsorcjum Windmill, zrealizuje przedmiot zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tym samym zamawiający winien odrzucić ofertę skarżonego wykonawcy – jak przekonywał odwołujący, gdyż w świetle przytoczonych powyżej argumentów, jest to oferta niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego stwierdził raz kolejny, iż oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, zatem zamawiający realizując obowiązek nałożony przez ustawodawcę, winien odrzucić ofertę wykonawcy konsorcjum Windmill. W związku z powyższym odwołujący uznał, że przytoczone zarzuty naruszenia normy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydają się być o tyle prawidłowe, iż wskazane przez odwołującego okoliczności na poparcie twierdzenia o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajdują potwierdzenie we wniesionym odwołaniu i na podstawie wskazanego przepisu oferta wybrana jako oferta najkorzystniejsza winna zostać odrzucona przez zamawiającego. Na okoliczności podnoszone powyżej odwołujący wnosił o przeprowadzenie na rozprawie dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania oraz dowodu z dokumentacji zamawiającego, tj. oferty uznanej za najkorzystniejszą - konsorcjum Windmill.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego.

Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanego przez odwołującego dowodu w formie „oględzin” strony internetowej Sądu Okręgowego w Warszawie z rejestru czasopism. Odwołujący miał możliwość przygotowania wydruku z tej strony i złożenia jako dowodów załączonych do odwołania, tj. wyciągu z rejestru dzienników i czasopism prowadzonego przez SO w Warszawie VII Wydział Cywilny Rejestrowy wraz z wydrukiem z wyszukiwarki czasopism SO w Warszawie, czego nie uczynił.

Przystępujący - konsorcjum Windmill wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. (dowód 1.) Wyciągu z rejestru dzienników i czasopism prowadzonego przez SO w Warszawie VII Wydział Cywilny Rejestrowy wraz z wydrukiem z wyszukiwarki czasopism SO w Warszawie - na okoliczność potwierdzenia zarejestrowania takiego dziennika „Polska The Times” oraz dzienników wychodzących pod nazwą Polska The

Times w innych miejscowościach w Polsce, z czego przystępujący wywodził, że są to wydania regionalne.

2. trzech dowodów (oznaczone numerem 2) - na okoliczność, że „Polska The Times” - strona internetowa oferuje reklamy po oznaczonych w cenniku cenach.
3. (dowód nr 3) - wydruk ze strony internetowej wydawcy Polska Press Grupa, z którego wynika, że wydawca jest obecny w 15 województwach, gdzie wydaje 18 dzienników regionalnych, w tym 8 połączonych wspólną marką „POLSKA” (Dziennik Bałtycki, Dziennik Łódzki Dziennik Zachodni, Gazeta Krakowska, Gazeta Wrocławska, Głos Wielkopolski, Kurier Lubelski i Polska Metropolia Warszawska, Ekspres Ilustrowany, Dziennik Polski, Gazeta Lubuska, Gazeta Pomorska itd.). W informacji pod tytułem „Internet” wydawca ten podaje, że aktywnie rozwija działalność internetową – w tym polskatimes.pl. Dowód jest zgłaszany na okoliczność potwierdzenia przez danego wydawcę - wydawania dzienników regionalnych o tytułach wyżej wskazanych.
4. (dowód 4) wydruki z różnych stron internetowych, gdzie w wypowiedziach, czy artykułach rozmówcy odwołują się do tytułu „Polska The Times” – na okoliczność, że z tego można wywodzić, iż taki tytuł realnie istnieje.
5. (dowód 5) oryginalne gazety (dzienniki) o tytułach wymienionych w punkcie 3, gdzie uczyniony jest dopisek pod nazwą dziennika z dodatkową adnotacją, że gazeta powstaje we współpracy z „The Times”, lub że naszą gazetę przygotowujemy we współpracy z „The Times” – na okoliczność, że istnieją wydania regionalne wydawane pod tytułem prasowym „Polska The Times”,
6. (dowód 6) wydruk z ZKDP na III kwartał 2014 r. średni nakład jednorazowy tytułów wymienionych z nazwy z dookreśleniem POLSKA, wśród których nie wymienia się tytułu „Polska The Times”.

Izba dopuściła jako dowód - wymieniony pod pozycją 1 jw. - na okoliczność, że zarejestrowane są tytuły prasowe pod oznaczonymi nazwami.

Izba dopuściła dowód nr 2 - na okoliczność, że istnieje wydanie internetowe aktualnych informacji pod nazwą „polskatimes.pl”.

Izba dopuściła dowód nr 3 - na okoliczność oświadczenia wydawcy Polska Press Grupa co do wydawanych dzienników w poszczególnych miejscowościach w Polsce i ich nazw połączonych wspólną marką „POLSKA” oraz prowadzenia przez wydawcę serwisu internetowego pod winietą „polskatimes.pl”.

Izba nie dopuściła dowodów z wnioskowanych wypowiedzi pod pozycją 4, gdyż przywoływane nie są ściśle oznaczenia tytułów gazet, a jedynie używane potocznie.

Izba dopuściła dowód nr 5 - na okoliczność, że faktycznie istnieją dzienniki na rynku wydawniczym wyspecyfikowane przez wydawcę Polska Press Grupa, połączone wspólną marką „POLSKA” spójne z informacjami o wydawcy (dowód nr 3). Izba dopuściła dowód nr 5 dotyczący nazw samodzielnych dzienników wydawanych regionalnie, (który to dowód pozostaje spójny z informacją wydawcy zamieszczoną w dowodzie nr 3), gdzie jedynie zamieszczona jest informacja, „że dany tytuł powstaje we współpracy z „The Times” z logo tego wydawcy.” Bez załączenia przez przystępującego egzemplarza dziennika „Polska The Times” - jako potwierdzający faktyczny brak tego tytułu na rynku.

Izba dopuściła (dowód 6) wydruk z informacji ZKDP na III kwartał 2014 r. średni nakład jednorazowy tytułów wymienionych dzienników połączonych wspólną marką „POLSKA”, wśród których nie wymienia się tytułu „Polska The Times” - jako potwierdzający faktyczny brak tego tytułu na rynku.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii promocyjno-informacyjnej projektu pn. „System ulg i bonifikat skierowanych do rodzin wielodzietnych certyfikowany spersonalizowaną bezpieczną Kartą Dużej Rodziny”

1. SIWZ. Postanowienia ogólne.

1.1. Ilekroć w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - zwanej dalej SIWZ i innych dokumentach dotyczących niniejszego postępowania mowa jest o:

2) ofercie, należy przez to rozumieć złożony u Zamawiającego formularz ofertowy zwany dalej FO wraz z wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami i oświadczeniami określonymi w SIWZ; oferta musi być złożona w formie pisemnej oraz podpisana przez osobę uprawnioną;

2. Opis sposobu przygotowania oferty.

2.1. Oferta powinna być sporządzona i złożona zgodnie z wymogami określonymi w niniejszej SIWZ.

2.2. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

2.4. Ofertę wraz ze złożonymi dokumentami i oświadczeniami należy sporządzić:

2.4.2 na druku lub według wzoru druku FO stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ – poprzez jego odpowiednie wypełnienie;

3. Opis przedmiotu zamówienia.

3.1. Przedmiot zamówienia obejmuje następujące zadania:

- 1) zaprojektowanie i wykonanie elementów informacyjnych;
- 2) organizacja i obsługa 16 konferencji regionalnych i ogólnopolskiego Kongresu;
- 3) opracowanie, wykonanie i dostawa materiałów informacyjno-promocyjnych;
- 4) przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych Projektu w Internecie;
- 5) przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych.

3.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji określa załącznik nr 4 do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia” oraz załącznik nr 5 do SIWZ pn. „Wzór umowy”.

6. Termin wykonania zamówienia. Wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia: do dnia 12.11.2015 r.

11.2. Termin składania ofert upływa w dniu 9 kwietnia 2015r.

12. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert.

Cena oferty do 80 punktów

Dodatkowa publikacja pakietu 4 artykułów prasowych do 20 punktów

12.6. Zamawiający wybierze jako najkorzystniejszą tę ofertę, która otrzyma największą liczbę punktów, obliczoną jako suma punktów przyznanych za każde z kryteriów nr 1 i 2.

Integralne części SIWZ: Załączniki:

Załącznik nr 1 – Formularz Ofertowy – złożyć jako ofertę u Zamawiającego

Załącznik nr 4 – Opis przedmiotu zamówienia

W załączniku numer 4 do SIWZ w treści punktu 2.2.6 zadanie 5 pn. Przygotowanie materiałów i prowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych w punkcie 2 zamawiający ustalił, że: „Wykonawca zapewni opublikowanie artykułów w 4 tytułach prasowych wskazanych w ofercie, tj. w 2 tytułach dzienników ogólnopolskich o średnim kwartalnym nakładzie minimum 200 tys. egzemplarzy, 1 tytule ogólnopolskiego dziennika bezpłatnego o średnim kwartalnym nakładzie minimum 180 tys. egzemplarzy oraz 1 tytule dziennika (bez uwzględnienia wydania ogólnopolskiego danego tytułu) z minimum 6 wydaniem regionalnymi o średnim kwartalnym nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys. (dla każdego wydania regionalnego). Tytuły gazet nie mogą się powtarzać. W tytułach prasowych zostaną zamieszczone artykuły dotyczące realizacji Projektu i Karty Dużej Rodziny. W każdym tytule zostanie zamieszczony 1 artykuł prasowy.”

Załącznik nr 5 – Wzór umowy § 1. Przedmiot umowy

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługi polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu kampanii promocyjno-informacyjnej projektu pn. „System ulg i bonifikat skierowanych do rodzin wielodzietnych certyfikowany spersonalizowaną bezpieczną Kartą Dużej Rodziny”, zwane dalej przedmiotem umowy.

2. Przedmiot umowy obejmuje następujące zadania:

- 1) zaprojektowanie i wykonanie elementów informacyjnych;
- 2) organizacja i obsługa 16 konferencji regionalnych i ogólnopolskiego Kongresu;
- 3) opracowanie, wykonanie i dostawa materiałów informacyjno-promocyjnych;
- 4) przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych Projektu w Internecie;
- 5) przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych.

3. Szczegółowy opis, zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy określa załącznik nr 1 do umowy (zostanie sporządzony na podstawie załącznika nr 4 do SIWZ i oferty Wykonawcy).

4. Wynagrodzenie za realizację poszczególnych zadań, w tym ceny jednostkowe, określa załącznik nr 2 do umowy (zostanie sporządzony na podstawie oferty Wykonawcy).

§ 2. Termin realizacji 1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy do dnia 12 listopada 2015 roku.

§ 3. Zasady współpracy 1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy z zachowaniem terminów oraz z najwyższą starannością, efektywnością oraz zgodnie z najlepszą praktyką i wiedzą zawodową, a także zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa polskiego i wspólnotowego.

§ 5. Wynagrodzenie

5) za wykonanie zadania, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 5, ryczałtem w kwocie z VAT zł (słownie: ...).

3. W kwotach, o których mowa w ust. 1 i 2, zawarte są wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.

Załącznik nr 1 – Szczegółowy opis, zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy

Oferta 1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rzeczowym i na warunkach określonych w SIWZ za cenę: Cena ogółem (z VAT):.....złoty (słownie:.....) w tym: (...)

Zadanie 5: Przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych

1. Przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych – publikacja artykułów prasowych (4 tytuły) 1 pakiet.

Suma za zadanie 5:

Oświadczamy, że oferujemy publikację artykułów prasowych w następujących dziennikach:

Lp. Rodzaj dziennika, Oferowany tytuł 1,2,3

1 Pierwszy dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys.*

2 Drugi dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys.*

3 Ogólnopolski dziennik bezpłatny o nakładzie minimum 180 tys.*

4 Dziennik z minimum 6 wydaniem regionalnymi o nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys.* (dla każdego wydania regionalnego)

4. Oświadczamy, że oferujemy, w cenie za realizację zadania 5, następującą liczbę dodatkowych publikacji pakietu 4 artykułów prasowych **(należy wpisać tylko jedną cyfrę: 0, 1 lub 2):

*/na podstawie danych Związku Kontroli Dystrybucji Prasy (ZKDP) średniego nakładu jednorazowego w III kwartale 2014 r. W przypadku braku danych dotyczących nakładów uzyskanych za pośrednictwem ZKDP – na podstawie informacji przedstawionych przez wydawców lub instytuty badawcze/ośrodki analityczne zajmujące się weryfikacją nakładów.

* */ dodatkowa publikacja pakietu 4 artykułów prasowych w tych samych tytułach dzienników, co wskazane przez Wykonawcę w kol. nr 3

W formularzu oferty konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. w zakresie zadania 5 – przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych – w odniesieniu do pozycji 4 – dziennik z minimum 6 wydaniem regionalnymi o nakładzie w zakresie od 7 do 70 tys. dla każdego wydania regionalnego – jako oferowany tytuł wskazało „Polska The Times”.

Oferta odwołującego W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. R. bringMore advertising z siedzibą w Chorzowie otrzymała 99,47 punktów w ocenie ofert.

Zamawiający wybrał ofertę konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. z siedzibą w Markach, którą ocenił najwyżej - na 100 punktów

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu złożona przez niego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności złożonego oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Przystępujący złożył oświadczenie, które statuuje ofertę, że zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z wszystkimi warunkami SIWZ. Z oświadczeniem tym koliduje zobowiązanie w formularzu oferty, w którym wykonawca - konsorcjum: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. w zakresie zadania 5 obejmującego przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych - zapewnił opublikowanie artykułów w 4 tytułach prasowych wskazanych w ofercie, tj. w 2 tytułach dzienników ogólnopolskich o średnim kwartalnym nakładzie minimum 200 tys. egzemplarzy, 1 tytule ogólnopolskiego dziennika bezpłatnego o średnim kwartalnym nakładzie minimum 180 tys. egzemplarzy oraz w odniesieniu do pozycji 4 w jednym tytule dziennika (bez uwzględnienia wydania ogólnopolskiego danego tytułu) z minimum 6 wydaniami regionalnymi o średnim kwartalnym nakładzie w zakresie od 7 tys. do 70 tys. (dla każdego wydania regionalnego). W podanych tytułach prasowych miały zostać zamieszczone artykuły dotyczące realizacji Projektu i Karty Dużej Rodziny. W każdym tytule 1 artykuł prasowy. Bez wątpliwości - w poz. 4 dla zadania 5 przystępujący jako oferowany tytuł dziennika publikacji - wskazał „Polska The Times”, który - jak wykazało postępowanie dowodowe - nie funkcjonuje na rynku wydawniczym.

Przystępujący konsorcjum: Windmill przekonywał, że istnieje dziennik o nazwie „Polska The Times”, za którego regionalne wydania uznał, między innymi: (POLSKA Dziennik Bałtycki, POLSKA Dziennik Łódzki, POLSKA Dziennik Zachodni, POLSKA Gazeta Krakowska, POLSKA Gazeta Wrocławska, POLSKA Głos Wielkopolski, POLSKA Kurier Lubelski i POLSKA Metropolia Warszawska, POLSKA Gazeta Lubuska, POLSKA Gazeta Pomorska itd.

Jakkolwiek wyciąg z rejestru dzienników i czasopism prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdza rejestrację tytułów prasowych, w tym: „Polska The Times”, „Polska The Times” Dziennik Bałtycki, „Polska The Times” Dziennik Łódzki, „Polska The Times” Dziennik Zachodni, „Polska The Times” Gazeta Krakowska, itd., to dane te pozostają rozbieżne ze stanem rzeczywistym.

W tym względzie Izba oparła się o dowody złożone przez samego przystępującego, zwłaszcza (dowód nr 3) - wydruk ze strony internetowej wydawcy Polska Press Grupa, z którego wynika, że wydawca jest obecny w 15 województwach, gdzie wydaje 18 dzienników regionalnych, w tym 8 połączonych wspólną marką „POLSKA” (Dziennik Bałtycki, Dziennik Łódzki Dziennik Zachodni, Gazeta Krakowska, Gazeta Wrocławska, Głos Wielkopolski, Kurier Lubelski i Polska Metropolia Warszawska, Ekspres Ilustrowany, Dziennik Polski, Gazeta Lubuska, Gazeta Pomorska itd.), które to dowody potwierdzają, że na rynku istnieją odrębne dzienniki regionalne w tym 8 połączone wspólną marką „POLSKA” (Dziennik Bałtycki, Dziennik Łódzki, Dziennik Zachodni, Gazeta Krakowska, Gazeta Wrocławska, Głos Wielkopolski, Kurier Lubelski i Polska Metropolia Warszawska, Gazeta Lubuska, Gazeta Pomorska, itd.

Istotne było, że Polska Press Grupa potwierdza wydawanie ich pod oznaczoną nazwą, tzn. wspólną marką „POLSKA”. Uczynione pod tytułami dopiski, że gazeta powstaje we współpracy z „The Times”, lub że naszą gazetę przygotowujemy we współpracy z „The Times” potwierdzają wprost, że nie są to dzienniki „The Times”, gdyż wówczas dopisek o współpracy z tym dziennikiem nie miałby żadnych logicznych racji.

Przystępujący składając jako dowody wydania dzienne, między innymi tytułów: POLSKA - Dziennik Bałtycki, POLSKA – Dziennik Łódzki, POLSKA - Dziennik Zachodni, POLSKA -Gazeta Krakowska, POLSKA -Gazeta Wrocławska, POLSKA Głos Wielkopolski, POLSKA -Kurier Lubelski, POLSKA Metropolia Warszawska, POLSKA - Gazeta Pomorska potwierdził, że właśnie te regionalne dzienniki miał na względzie składając ofertę zamawiającemu i poprzez dowód nr 6 - informację ZKDP powołał się na wysokość ich nakładów, potwierdzających dany element warunku. Należało jednak zważyć, iż są to odrębne tytuły dzienników wychodzące regionalnie, których nazwa wiąże się z wyróżnikiem - wspólną marką „POLSKA”, a nie z marką „The Times”.

Sam fakt współpracy redakcyjnej ze znanym dziennikiem brytyjskim „The Times”, co jest istotnie zaznaczane w nagłówkach omawianych wyżej gazet, może co najwyżej podnosić prestiż danego dziennika - nie stanowi, i nie kreuje natomiast jego tytułu.

Na rynku wydawniczym zachodzą częste zmiany, a sam przystępujący przyznał, że tytuł, który nie funkcjonuje dłużej niż rok podlega wykreśleniu z rejestru sądowego. Stąd można wywodzić, iż stan rzeczywisty dotyczący omawianych tytułów dzienników - różni się od stanu rejestrowego i nie zostały przeprowadzone stosowne aktualizacje danych w tym rejestrze.

Przystępujący jednak zaoferował wykonanie usługi, tj. opublikowania artykułów prasowych w realnie istniejących dziennikach, a nie w dziennikach jedynie zarejestrowanych w odnośnym rejestrze SO w Warszawie, które faktycznie pod daną nazwą nie są wydawane. Spełnienie usługi, w taki sposób jak oznaczył przystępujący w swojej ofercie nie będzie zatem możliwe z przyczyn obiektywnych.

Na podstawie informacji wydawcy można przyjąć, iż istnieje internetowe wydanie wiadomości pod winietą „Polska The Times”, ale promocja Karty dużej rodziny ma być przeprowadzona w mediach drukowanych, zgodnie z opisem zadania 5 punkt 4 załącznika 4 do SIWZ.

Odwołujący na podstawie wskazywanych i dostępnych informacji o rynku wydawniczym prasy stwierdził, iż podany przez przystępującego tytuł dziennika „Polska The Times” nie istnieje na polskim rynku wydawniczym, zatem nie był zobowiązany wykazywać dowodowo okoliczności negatywnych. Ciężar dowodu, że zachodzi odmienna sytuacja obciążał przystępującego. Przystępujący nie przedstawił jako koronnego dowodu w tej sprawie - dowolnego wydania dziennika o wymienionym tytule „Polska the Times”, przy tym mającego 6 wydań regionalnych o oznaczonych w SIWZ wysokościach nakładu.

Z tych względów oferta przystępującego wykazuje braki w odniesieniu do zakresu i wyznaczonego sposobu realizacji zamówienia, związane z niemożliwością opublikowania artykułów we wskazanym w ofercie dzienniku, bowiem podany przez wykonawcę tytuł nie funkcjonuje na rynku wydawniczym i nie można w nim zamieścić artykułów będących elementem przedmiotu zamówienia. Nawet, gdy dany dziennik zawiera w nagłówku dopisek, że wymieniona gazeta powstaje we współpracy z „The Times” - to jednak zdaniem Izby nie uprawniało przystępującego aby posługiwać się nazwą „POLSKA THE TIMES” i sugerować tym samym, że chodzi o polską edycję znanego zagranicznego wysokonakładowego dziennika.

Nie można było pominąć, iż przedmiotem zamówienia jest objęte przygotowanie materiałów i przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych, a więc nie są istotne internetowe „wydania” mediów prasowych. Usługi polegające na przygotowaniu i

przeprowadzeniu kampanii promocyjno-informacyjnej projektu pn. „System ulg i bonifikat skierowanych do rodzin wielodzietnych certyfikowany spersonalizowaną bezpieczną Kartą Dużej Rodziny”, która jest produktem lokalnym, mają mieć zasięg krajowy. Akcja promocyjna adresowana jest do innych samorządów lokalnych w Polsce, aby za przykładem Warszawy wprowadziły kartę dla dużych rodzin - uprawniającą do oznaczonych zwolnień od opłat w dostępie np. do dóbr kultury, obiektów sportowych, czy ulg w przejazdach komunikacją miejską - celem wspierania deklarowanej polityki prorodzinnej państwa. Dlatego też zamawiający wymagał opublikowania artykułów prasowych na ten temat w prasie drukowanej w dziennikach o wydaniach regionalnych z ugruntowaną pozycją rynkową, potwierdzoną dużą poczytnością - weryfikowaną wielkością nakładu.

Przyjmując nawet, że przystępujący miał w zamiarze wykonanie usługi przez publikację artykułów promocyjnych właśnie w tych dziennikach, których dzienne wydania przedłożył jako dowody w sprawie - tylko nie oznaczył dokładnie nazwy, nie można było przejść do porządku nad innymi okolicznościami potwierdzającymi, iż łącznie wyznaczone warunki nie zostały spełnione. Skoro brak na rynku samego - wskazanego w ofercie dziennika, jako posiadającego wydania regionalne, to tym samym nie zachodzi możliwość wykazania minimum 6 jego wydań regionalnych oraz nie możliwe było zweryfikowanie wysokości jego nakładu w żaden sposób podany przez zamawiającego, tj.: na podstawie danych Związku Kontroli Dystrybucji Prasy (ZKDP) średniego nakładu jednorazowego w III kwartale 2014 r. W przypadku braku danych dotyczących nakładów uzyskanych za pośrednictwem ZKDP - na podstawie informacji przedstawionych przez wydawców lub instytuty badawcze/ośrodki analityczne zajmujące się weryfikacją nakładów. Wskazywane dzienniki, nie stanowią nawet wydań regionalnych oznaczonej (jednej) gazety, gdyż są odrębnymi tytułami prasowymi tego samego wydawcy.

Zamawiający uwzględnił odwołanie, ponieważ przekonały go argumenty odwołującego w zakresie zadania nr 5 (*Przeprowadzenie działań promocyjnych w mediach drukowanych*), gdzie przystępujący złożył oświadczenie, iż ofertuje publikacje artykułów prasowych w następujących dziennikach:

1. dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys. – „Super Express”,
2. dziennik ogólnopolski o nakładzie minimum 200 tys. – „Gazeta Wyborcza”,
3. ogólnopolski dziennik bezpłatnym o nakładzie minimum 180 tys. – „Metro”,
4. dziennik z minimum 6 wydaniem regionalnymi o nakładzie w zakresie o 7-70 tys. dla każdego wydania regionalnego, gdzie przystępujący wskazał oferowany tytuł „Polska The Times”.

W szczególności, w odniesieniu do pozycji 4 zamawiający zweryfikował zarzuty wniesionego odwołania i w oparciu o swoje własne ustalenia stwierdził, że istotnie nie istnieje

dziennik o nazwie „Polska The Times” - tzn. dziennik w znaczeniu medium drukowanego. Zamawiający potwierdził powyższe ustalenia w przebiegu rozmowy telefonicznej z wydawcą Polska The Press, którą przeprowadziły z ramienia zamawiającego koordynator wsparcia projektu Pani M. S. i Pani A. G. - pełnomocnik zamawiającego. O uwzględnieniu odwołania podjęła decyzję komisja przetargowa, której członkowie zostali zapoznani z tymi ustaleniami, a decyzję tę zatwierdził Dyrektor Generalny.

Biorąc pod uwagę zarzuty odwołania oraz żądania sprowadzające się do unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum Windmill oraz nakazanie przez Izbę wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Windmill, powtórzenia czynności oceny złożonych ofert - pełnomocnicy zamawiającego stwierdzili, że uwzględnienie odwołania wiąże się z wykonaniem żądań odwołującego zawartych w odwołaniu, tj. unieważnienia wyniku przetargu, powtórzenia czynności oceny i wyboru oraz odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na zaoferowanie opublikowania artykułów w nieistniejącym medium, co zamawiający uznał za wadę nieusuwalną.

W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i odwołującego, że oferta przystępującego konsorcjum Windmill podlegała odrzuceniu. Stwierdzona niezgodność treści oferty przystępującego ma charakter zasadniczy i nieusuwany w żadnym z dopuszczalnych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów, gdyż próba doprowadzenia jej do zgodności z wymaganiami SIWZ - ingerowałaby w istotną treść oferty, czego nie dozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ani art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Zamawiający jest związany warunkami przetargu, które ustanowił i podał do wiadomości wykonawców w SIWZ, nie może zatem czynić żadnych odstępstw na etapie oceny ofert. Skoro treść oferty przystępującego konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. jest niezgodna z treścią SIWZ, obowiązkiem zamawiającego było zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jej odrzucenie.

Zamawiający wybierając ofertę konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. naruszył również wskazywany przez odwołującego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie na podstawie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest upoważniony do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wybór oferty konsorcjum firm: Windmill Sp. z o.o. (lider) oraz Windmill M. P. jako oferty najkorzystniejszej, nie był zgodny z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta ta winna być odrzucona, jako że jej istotna treść wbrew postanowieniom art. 83 ust. 3 ustawy Pzp nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp zawsze przekładają się na naruszenie fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustanowionych w art. 7 ust. 1 tej ustawy, to jest uchybiają regułom równego traktowania wykonawców i uczciwej między nimi konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż dokonano wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....