

Sygn. akt: KIO 718/14

**WYROK**  
**z dnia 23 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie, ul. Powsińska 61/63, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner of Promotion Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Belgradzka 8 lok. 01, 02-793 Warszawa (lider konsorcjum)** i **Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 6, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 718/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Instytut Żywienia i Żywności im. prof. dra Aleksandra Szczygła w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej o zasięgu ogólnopolskim w ramach kampanii społecznej „Zachowaj równowagę” w związku z realizacją Projektu (SPPW) KIK – 34 „Zapobieganie nadwadze i otyłości oraz chorobom przewlekłym poprzez edukację społeczeństwa w zakresie żywienia i aktywności fizycznej” w ramach Szwajcarsko – Polskiego Programu Współpracy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 stycznia 2014 r., nr 2014/S 010-013486.

W dniu 2 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę P..... P..... i I..... S..... pod nazwą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podnosząc m.in., iż „zaoferowane przez Wykonawcę świadczenie nie odpowiada merytorycznym wymaganiom Zamawiającego co do realizacji zamówienia. Z treści oferty Wykonawcy wynika, że oferuje on wykonanie świadczenia jedynie na terenie hipermarketów, nie zaś na terenie całej galerii handlowej. Oferta Wykonawcy nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego”.

Jednocześnie, pismem tym, zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Partner of Promotion Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) i Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Konsorcjum”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 11 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2014 r.) wobec czynności dokonanych przez zamawiającego, tj.: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, pomimo, iż treść tej oferty jest zgodna z treścią SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo jej zgodności z treścią SIWZ co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i w jej wyniku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż treść SIWZ ani też procedura wyjaśniająca jej treść nie wskazywały ani też nie identyfikowały na potrzeby tego postępowania w sposób szczególny określenia miejsca prowadzenia kampanii LCD w postaci galerii handlowych. Analogicznie w obowiązującym systemie prawa krajowego nie istnieją żadne inne legalne definicje tego pojęcia co potwierdza sam zamawiający.

Odwołujący w złożonej ofercie w koncepcji kampanii uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocje z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w hipermarketach. Hipermarkety które zostały uwzględnione w ofercie odwołującego są zlokalizowane na terenie galerii handlowych. Tym samym spełniają wymóg zawarty w SIWZ aby wykonać działania za pomocą nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych.

W żadnej części SIWZ zamawiający nie sformułował wymagań które aktualnie stanowią podstawę odrzucenia oferty odwołującego, a pośrednio i sam zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia potwierdził, iż świadczenie objęte umową wykonawca zamierza wykonać „jedynie” na terenie hipermarketów, te zaś (dobrane przez odwołującego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia) są usytuowane na terenie galerii handlowych stanowiąc ich integralny element składowy. Zatem w sytuacji gdy hipermarket jest zlokalizowany na terenie galerii handlowej (jak jest w przypadku lokalizacji wskazanych przez odwołującego w ofercie) spełnia on wymóg aby nośniki były zlokalizowane na terenie galerii, skoro pojęcie galeria w tym przypadku obejmuje ogół punktów handlowo usługowych (w tym sklep taki jak hipermarket) usytuowanych w galerii handlowej. Tym samym jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

W dniu 14 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo Konsorcjum otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 17 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

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

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

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

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, punkt 6.3. „Działania outdoor/indoor” podał, iż „wykonawca zapewni reklamę wyświetlaną na nośnikach LCD w pojazdach komunikacji miejskiej, placówkach medycznych oraz w galeriach handlowych.

1) Kampania wiosna 2014r. (1 miesiąc - kwiecień/maj) (...)

Poz. nr 9 w formularzu ofertowym

reklama wyświetlana na min. 600 nośnikach LCD w min. 30 galeriach handlowych; czas trwania spotu to minimum 15 sekund wyświetlane minimum 6x na godzinę,

2) Kampania jesień 2014r. (1 miesiąc - wrzesień/październik) (...)

Poz. nr 12 w formularzu ofertowym

reklama wyświetlana na min. 600 nośnikach LCD w min. 30 galeriach handlowych; czas trwania spotu to minimum 15 sekund wyświetlane minimum 6x na godzinę”.

Odwołujący w treści złożonej oferty „Indoor w hipermarketach” podał „kampania na ekranach LCD, dwa miesięczne wejścia reklamowe kampanii w sieciach hipermarketach Tesco, Piotr i Paweł, Intermarche, Kaufland, Carrefour, w sumie 600 prestiżowych lokalizacji w całej Polsce, która umożliwi dotarcie do ponad 30 000 000 dorosłych Polaków (dane szacunkowe)”. (str. 115 oferty).

Zamawiający wezwał odwołującego, pismem z dnia 27 marca 2014 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień wskazując, iż w załączonej do oferty koncepcji kampanii Wykonawca nie uwzględnił działań outdoor/indoor obejmujących promocje z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych. Wykonawca uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocje z wykorzystaniem nośników LCD

zlokalizowanych w hipermarketach, czego Zamawiający nie przewiduje w SIWZ. Z treści oferty wynika, że Wykonawca przeprowadzi kampanię informacyjno-promocyjną z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w hipermarketach nie zaś w galeriach handlowych, jak przewiduje to Zamawiający w SIWZ. Świadczy o tym treść oferty Wykonawcy: „dwa miesięczne wejścia reklamowe kampanii w sieciach hipermarketach Tesco, Piotr i Paweł, Intermarche, Kaufland, Carrefour”.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe podał, iż „uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocję z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych, ponieważ wymienione w ofercie hipermarkety znajdują się na terenie galerii handlowych, co na etapie przedstawienia harmonogramu do umowy będziemy mogli udowodnić, przedstawiając listę galerii handlowych (nazwa i adres)”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wskazał w treści SIWZ, że wymaga przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych. Niewątpliwym jest także, iż odwołujący w treści swojej oferty podał, iż taką reklamę przeprowadzi w sieci hipermarketów, które – jak wyjaśnił w złożonych na żądanie zamawiającego wyjaśnieniach – „znajdują się na terenie galerii handlowych”.

W tej sytuacji nie można odnieść się do definicji pojęć „galeria handlowa” i „hipermarket”. Istotnie nie ma definicji legalnej tych terminów. Niemniej jednak według wikipedii „Galeria handlowa, pasaż to wielko - lub średniopowierzchniowy obiekt handlowy z przeznaczeniem na sklepy detaliczne, zazwyczaj nie przekraczające 2 tys. m<sup>2</sup>, z przewagą lokali o powierzchni handlowej od 40 do 80 m<sup>2</sup>”. Natomiast „Hipermarket to duży sklep wielkopowierzchniowy, często też ze względu na swoje rozmiary znajdujący się na obrzeżach miasta. Hipermarket w ścisłym tego znaczeniu to sklep (*market*) o bardzo dużej powierzchni, sprzedający szeroki asortyment towarów codziennego użytku. Przyjmuje się, że hipermarket ma powierzchnię przekraczającą 2,5 tys. m<sup>2</sup>”. Pojęć tych nie można więc utożsamiać. Pojęcie galeria handlowa obejmuje bowiem ogół punktów handlowo-usługowych o określonej powierzchni usytuowanych w galerii handlowej, nie obejmując przy tym hipermarketów, które wchodzą w skład centrum handlowego. Galeria handlowa, podobnie jak hipermarket i centrum rozrywki, to bowiem części centrum handlowego. Hipermarket nie znajduje się więc na terenie galerii handlowej, ale na terenie centrum handlowego. Również w powszechnym rozumieniu galeria handlowa utożsamiana jest z pasażem, po obu stronach którego zlokalizowane są mniejsze sklepy. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wymagał aby nośniki znajdowały się na terenie galerii handlowej, a nie hipermarketu. Skoro więc odwołujący zaproponował aby nośniki znajdowały się na terenie hipermarketów a nie galerii handlowych to oznacza to, iż jego oferta jest niezgodna z

treścią SIWZ. Tym samym zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie dodać należy, iż odwołujący, mając wątpliwości co do rozumienia pojęcia „galeria handlowa”, mógł zwrócić się do zamawiającego ze stosownym zapytaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....