

Sygn. akt: KIO 652/23

WYROK

z dnia 22 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2023 r. przez wykonawcę **E. S. prowadzącą działalność pod firmą BIA24 E. S. z siedzibą w Michałowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łomża**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miasto Łomża i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę E. S. prowadzącą działalność pod firmą BIA24 E. S. z siedzibą w Michałowie, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Łomża, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Promocja terenów inwestycyjnych w mieście Łomża*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00068599/01.

W dniu 7 marca 2023 r. wykonawca E. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BIA24 E. S. z siedzibą w Michałowie, dalej „Odwołujący”, wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty PREMIUM OUTDOOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 16 marca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 marca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa zaplanowania i przeprowadzenia kampanii promocyjnej terenów inwestycyjnych w mieście Łomża rozumianej jako zaprojektowanie, przygotowanie, wykonanie i zarządzanie przebiegiem kampanii w ścisłej współpracy z Zamawiającym. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”.

Stosownie do rozdziału XIX pkt 1 SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert i odpowiadającymi im znaczeniami (wagami punktowymi): cena – waga 60 pkt , doświadczenie Project Managera (D) – waga 24 pkt, dysponowanie przy realizacji zamówienia doświadczonymi specjalistami (S) – waga 16 pkt.

Do oceny kryterium nr 2 doświadczenia Project Managera Zamawiający będzie wymagał przedstawienia i załączenia do oferty portfolio (wykazu specjalistów) – sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 10 do SWZ, zawierającego dane dotyczące specjalistów (Project Managera, Copywritera i Grafika), w tym m.in. imię i nazwisko Project Managera, nazwy kampanii reklamowych/promocyjnych o tematyce gospodarczej i o zasięgu min. ogólnokrajowym, z wykorzystaniem elementów przekazu multimedialnego oraz reklamy/promocji w Internecie, zrealizowanych (zakończonych) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, których przygotowaniem i przeprowadzeniem zarządzał Project Manager, nazwy podmiotów na rzecz, których kampanie zostały zrealizowane, daty wykonania kampanii, opis każdej ze zrealizowanych kampanii, w szczególności jej zasięg (w tym wskaźnik dotarcia do liczby unikalnych użytkowników) oraz wartość usługi (tj. wynagrodzenie jakie Wykonawca otrzymał od podmiotu zlecającego kampanię reklamową).

Wskaźnik (podkryterium) nr 2 wartości jednej największej zrealizowanej usługi spełniającej wymagania określone w ust. 2 pkt 2 lit. a niniejszego rozdziału – 12 pkt. Zamawiający przyzna punkty na podstawie wartości zrealizowanej usługi zgodnie z poniższymi informacjami:

- *Wartość usługi poniżej 150.000,00 zł – Wykonawca otrzyma 0 pkt,*
- *Wartość usługi w przedziale od 150.000,00 zł do 170.000,00 zł – Wykonawca otrzyma 3 pkt,*
- *Wartość usługi w przedziale powyżej 170.000 zł do 190.000 zł – Wykonawca otrzyma 6 pkt,*
- *Wartość usługi w przedziale powyżej 190.000 zł do 210.000 zł – Wykonawca otrzyma 9 pkt,*
- *Wartość usługi w przedziale powyżej 210.000 zł – Wykonawca otrzyma 12 pkt.*

W treści załącznika nr 10 do SWZ Portfolio (Wykaz specjalistów) w nagłówku kolumny nr 8 Zamawiający wskazał *Wartość usługi (tj. wynagrodzenie jakie Wykonawca otrzymał od podmiotu zlecającego kampanię reklamową/promocyjną) (zł).*

Izba ustaliła, że Zamawiający otworzył oferty w dniu 8 lutego 2023 r.- złożono cztery oferty:

- 1) Althermedia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, gdzie podano wartość usługi dla Project Managera - 571 950.
- 2) Premium Outdoor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie podano wartość usługi dla Project Managera - 144.340,50, 73.959,90, 240.788,15, 45.457,11.
- 3) AGENCJA CITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie podano wartość usługi dla Project Managera - 90 000 zł, 260 000 zł, 300 000 zł, 86 000 zł.
- 4) Odwołujący, gdzie podano wartość usługi dla Project Managera - 170 000 zł netto, 100 000 zł netto, 126 000 zł netto, 215 150 zł brutto.

W dniu 2 marca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Premium Outdoor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszą.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W wyniku podniesienia przez Odwołującego zarzutu kierowania się przez Zamawiającego rozbieżnymi danymi w podkryterium Portfolio (Wykaz specjalistów), tj. wartością netto w ofercie Odwołującego oraz wartością brutto w ofercie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Izba obowiązana była poddać ocenie postanowienia SWZ, jakie legły u podstawy faktycznej podniesionego przez Odwołującego naruszenia prawa przez Zamawiającego. Zarzut odnosi się bowiem do działania Zamawiającego, które nie zapewniało równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie określił w podkryterium pozacenowym czy będzie oceniał oferty na podstawie wartości wynagrodzenia jakie wykonawca otrzymał od podmiotu zlecającego kampanię reklamową netto czy brutto. Izba nie może wydanym wyrokiem sanować błędnego postępowania Zamawiającego, a fakt jest taki, że Zamawiający w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców wprowadził do SWZ postanowienia, które skutkują nieporównywalnością ofert. Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Odwołujący i inni wykonawcy złożyli oferty nieporównywalne - Odwołujący jako wartość wynagrodzenia usługi podał w trzech pozycjach wartości netto, w czwartej - brutto, natomiast wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą podał wartość bez określenia, czy jest to netto czy brutto. Z instrukcji wypełniania formularza nr 10, a także z postanowień SWZ, w szczególności rozdziału XIX, w ocenie Izby nie wynikało, jaką wartość należało podać - czy ma to być wartość netto czy wartość brutto. W wyniku tego każdy z wykonawców mógł inaczej wypełnić tabelę - Odwołujący przykładowo raz podał wartość netto, a raz wartość brutto. Oba sposoby wypełnienia tabeli były uprawnione, ponieważ wskazówki wypełniania tabeli nie były jednoznaczne, choć dla każdego z wykonawców przyjęty przez niego sposób wypełniania tabeli mógł być subiektywnie oczywisty. Wobec

nieporównywalności ofert - wskazanie w jednej ofercie netto lub brutto, w drugiej – nie wiadomo w zasadzie która to wartość, powstaje pytanie, który sposób wypełnienia tabeli był właściwy, i czy można doprowadzić oferty do porównywalności.

W ocenie składu orzekającego oba sposoby wypełnienia tabeli były uprawnione; wskazówki wypełnienia tabeli, będącej załącznikiem nr 10 do SWZ, były bowiem niejednoznaczne, każdy z wykonawców mógł zrozumieć je inaczej. Izba rozważała, czy w takiej sytuacji można doprowadzić oferty do porównywalności - i ostatecznie stwierdziła, że jest to niemożliwe, ponieważ nie można ustalić, który sposób wypełniania tabeli - zastosowany przez Odwołującego czy innych wykonawców - jest właściwy. Żadnej wskazówki w tej mierze nie dają postanowienia SWZ. Oferty Odwołującego nie można wyjaśnić w zaproponowany przez niego sposób, ponieważ nie wiadomo, którą wartość należy przyjąć przy ocenie w ramach kryterium pozacenowego.

Reasumując, skład orzekający stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SWZ. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że wprowadzenie opisu kryterium pozacenowego dotyczącego wartości wynagrodzenia nie pozwala na weryfikację i porównanie ofert.

Wobec powyższych okoliczności Izba uznała, że zastosowanie znajdzie przesłanka, wynikająca z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazująca unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił kryterium pozacenowe dotyczące doświadczenia Project Managera, które nie pozwala na weryfikację i porównanie doświadczenia Project Managera na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, bowiem nie wskazuje czy wartość usługi (tj. wynagrodzenie jakie wykonawca otrzymał od podmiotu zlecającego kampanię reklamową) ma być podana jako wartość netto czy jako wartość brutto.

Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty i dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowane zostanie kryterium oceny ofert poprzez wskazanie, która wartość usługi (netto czy brutto) będzie oceniana. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania

skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 705 kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) *enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)* Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70⁵ kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70⁵ kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, uwzględnienie odwołania w zakresie ww. zarzutów i dokonanie otwarcia ofert przez Zamawiającego oraz wybór najkorzystniejszej oferty, powoduje, że niemożliwe jest zmodyfikowanie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie ww. kryterium pozacenowego, zatem zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

