

Sygn. akt KIO/UZP 901/09

KIO/UZP 905/09

WYROK

z dnia 30 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Young & Rubicam Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa,

Wunderman Polska Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa,

MediaCom Warszawa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

CAM Media S.A. ul. Tamka 16 lok. U4, 00-349 Warszawa,

Starlink Sp. z o.o. ul. Filtrowa 28, 02-032 Warszawa

odwołań, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

protestów z dnia 15 czerwca 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECORYS Polska Sp. z o.o. ul. Raławicka 146, 02-117 Warszawa, Media On Sp. z o.o. Sp. k. ul. Karwińska 21, 02-639 Warszawa, Ecotec Research and Consulting Limited Vincent House, Quay Place, 92-93 Edward Street, Birmingham, B1 2RA, Wielka Brytania, Kolman Advertising Sp. z o.o. ul. Dominikańska 12, 02-738 Warszawa, Agencja Reklamowa VMG Sp. z o.o. ul. Unii Lubelskiej 1, 61-249 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO/UZP 901/09 i KIO/UZP 905/09** po stronie Zamawiającego

oraz przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Young & Rubicam Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, Wunderman Polska Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, MediaCom Warszawa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO/UZP 905/09** po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwoływających i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwoływających, w tym:

A. **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Young & Rubicam Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, Wunderman Polska Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, MediaCom Warszawa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa,**

- B. **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CAM Media S.A. ul. Tamka 16 lok. U4, 00-349 Warszawa, Starlink Sp. z o.o. ul. Filtrowa 28, 02-032 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwoływających w tym:
- A. **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Young & Rubicam Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, Wunderman Polska Sp. z o.o. ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, MediaCom Warszawa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa,**
- B. **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CAM Media S.A. ul. Tamka 16 lok. U4, 00-349 Warszawa, Starlink Sp. z o.o. ul. Filtrowa 28, 02-032 Warszawa.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie ogólnopolskiej kampanii informacyjno – promocyjnej na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lutego 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 25-036399. Wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 23.243.062 zł, tj. 5.994.960,67 euro.

5 czerwca 2009 r. wykonawcy otrzymali informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Young & Rubicam Sp. z o.o., Wunderman Polska Sp. z o.o., MediaCom Warszawa Sp. z o.o., zwanych dalej „konsorcjum Rubicam”.

odwołanie sygn. KIO/UZP 901/09

15 czerwca 2009 r. protest wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECORYS Polska Sp. z o.o., Media On Sp. z o.o. Sp. k., Ecotec Research and Consulting Limited, Kolman Advertising Sp. z o.o., Agencja Reklamowa VMG Sp. z o.o., zwani dalej „konsorcjum Ecorys” zarzucając Zamawiającemu m.in. zaniechanie wykluczenia konsorcjum Rubicam ze względu na to, iż informacja z KRK dotycząca pana Jakuba K. wystawiona 23 kwietnia 2009 r., czyli po terminie składania ofert, nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że przed upływem składania ofert konsorcjum Rubicam nie podlegało wykluczeniu z postępowania. (Pozostałe zarzuty zostały pominięte jako nie objęte odwołaniem).

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu 18 czerwca 2009 r. przystąpiło konsorcjum Rubicam, po stronie Zamawiającego.

24 czerwca 2009 r. Zamawiający uwzględnił protest w tym zakresie stwierdzając, iż, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tak więc dokumenty mogą być wystawione w różnym czasie, nawet po terminie otwarcia ofert, ale z ich treści jednoznacznie musi wynikać, że warunek, na potwierdzenie spełniania którego zostały złożone, był spełniany już w dniu wyznaczonym na składanie ofert lub wniosków. Z treści przedłożonego dokumentu nie wynika, iż pan Jakub K. nie został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dane oraz informacje podlegające gromadzeniu w Krajowym Rejestrze Karnym, zawarte w kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach, wprowadza się niezwłocznie do bazy

danych systemu informatycznego. Bieżąca aktualizacja Rejestru nie pozwala zatem jednoznacznie stwierdzić, czy na dzień składania ofert konsorcjum Rubicam spełniało warunki udziału w postępowaniu.

Od tego rozstrzygnięcia 3 lipca 2009 r. Odwołujący – konsorcjum Rubicam wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu, iż rozstrzygnięcie protestu w części dotyczącej: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Rubicam i odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu jest wadliwe z powodu popełnienia przez Zamawiającego przy tym rozstrzygnięciu następujących uchybień:

1. naruszenia art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292) wskutek dokonania jego błędnej wykładni, polegającej na przyjęciu, że zaświadczenie wydane przez KRK na podstawie powołanego przepisu nie może być dowodem dokumentującym istnienie stanu niekaralności osoby fizycznej w czasie poprzedzającym datę wydania tego zaświadczenia,

2. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione zastosowanie wykładni zawężającej, zgodnie z którą brak formalny w postaci niezłączenia do oferty informacji z KRK nie może zostać uzupełniony w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskutek błędnego zastosowania powyższego przepisu w stanie faktycznym, który nie stwarzał przesłanek do jego zastosowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności:

1. unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty,
 2. wykluczenia konsorcjum Rubicam z postępowania przetargowego,
 3. podjęcia decyzji o powtórzeniu czynności badania i wyboru ofert oraz o ponownym dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty
- oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według zasad prawem określonych.

Zdaniem Odwołującego – konsorcjum Rubicam rozstrzygnięcie protestu w części zaskarżonej jest następstwem przyjęcia przez Zamawiającego niewłaściwej wykładni art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym i w konsekwencji błędnego uznania, że konsorcjum Rubicam nie przedstawiło w postępowaniu przetargowym właściwego, spełniającego wymagania określone w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zaświadczenia z KRK o niekaralności pana Jakuba K. według stanu istniejącego najpóźniej w dniu upływu terminu do składania ofert, tj. 30 marca 2009 r.

Informacja wydawana na podstawie art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym i zawierająca stwierdzenie, że osoba ta nie figuruje w zapisach Krajowego Rejestru Karnego, ma charakter zaświadczenia urzędowo potwierdzającego, że w czasie poprzedzającym sporządzenie i wydanie omawianej informacji, dana osoba fizyczna nie została prawomocnie skazana za przestępstwa w rozumieniu prawa karnego lub przestępstwa skarbowe, zatem potwierdza urzędowo fakt niekaralności danej osoby na podstawie przepisów prawa karnego lub karno-skarbowego w okresie poprzedzającym jego wydanie. Cele i skutki dowodowe tego rodzaju zaświadczenia nie ograniczają się zatem do stwierdzenia, że w dniu jego wydania istniał stan niekaralności danej osoby, lecz rozciągają się na cały okres wcześniejszego uczestnictwa danej osoby w życiu społecznym przed datą wydania owego zaświadczenia, co w konsekwencji pozwala na traktowanie tegoż zaświadczenia jako dokumentu potwierdzającego urzędowo istnienie stanu niekaralności danej osoby także w każdym, dowolnie wybranym dniu ze wspomnianego powyżej okresu. Na tę wykładnię skutków dowodowych nie ma wpływu okoliczność, iż w niektórych wypadkach brak w KRK adnotacji świadczących o karalności danej osoby według stanu z dnia wydania zaświadczenia może być wyłącznie następstwem faktu zatarcia skazania tej osoby w czasie, jaki upływa pomiędzy wybraną datą z okresu poprzedzającego wydanie zaświadczenia a późniejszą datą jego faktycznego wydania. Odmówienie wiarygodności temu zaświadczeniu wymagałoby przyjęcia hipotetycznego założenia, iż po wybranej dacie z okresu poprzedzającego wydanie owego zaświadczenia doszło do zatarcia

istniejącego wcześniej skazania danej osoby, zaś tego rodzaju założenie musiałoby być w istocie rzeczy oparte tylko na sugestiach i przypuszczeniach, a nie na sprawdzalnych, udowodnionych należycie faktach i w związku z tym nie dawałoby się pogodzić z fundamentalną na gruncie prawa karnego zasadą domniemania niewinności osoby, której stawiany jest zarzut popełnienia przestępstwa (art. 5 kpk). Nie daje się to też pogodzić z naturą prawną i celami instytucji zatarcia skazania wynikającymi z art. 106 kk, jako że zatarcie skazania powoduje z mocy samego prawa uznanie skazania za niebyłe i w efekcie nie pozwala ani na badanie, ani nawet na podnoszenie w jakichkolwiek celach ewentualnego, wcześniejszego faktu skazania danej osoby po dniu, w którym zatarcie skazania nastąpiło, a zatem skazanie uważane jest za niebyłe i nie może rodzić żadnych konsekwencji prawnych, zaś osoba, której skazanie uległo zatarcu, jest w świetle prawa niekarana i może się na tę niekaralność skutecznie powoływać. Dlatego zaświadczenie z KRK zawierające informację o niekaralności pana Jakuba K., wydane 23 kwietnia 2009 r. i przedstawione Zamawiającemu z zachowaniem terminu wyznaczonego przezeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozostaje dokumentem właściwym dla urzędowego potwierdzenia niekaralności ww. osoby w całym okresie jej uczestnictwa w życiu społecznym przed wskazaną datą 23 kwietnia 2009 r., a więc i na dzień 30 marca 2009 r.

Stwierdzając w rozstrzygnięciu, że bieżąca aktualizacja danych w KRK nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy na dzień składania ofert wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający przesądził, iż w praktyce nie ma możliwości, aby brak w postaci niezałączenia informacji z KRK mógł zostać uzupełniony przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak zakładając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby jego intencją było zawężenie katalogu dokumentów, których dyspozycja powołanego przepisu dotyczy, uczyniłby to wprost poprzez wskazanie, iż te informacje podlegają wyłączeniu. Skoro ustawodawca takiego wyjątku nie wprowadził, należy uznać, że także informacje z KRK mogą być skutecznie dostarczone Zamawiającemu na jego

wezwanie w terminie dodatkowym, a tym samym Zamawiający jest zobligowany uznać za wystarczające takie informacje, jakie są możliwe do wydania przez Krajowy Rejestr Karny w oparciu o przepisy, na podstawie których Rejestr ten funkcjonuje.

Celem złożenia dokumentów jest uzyskanie przez Zamawiającego wiedzy o zdolności wykonawcy do realizacji zadania, w tym kontekście nie ma znaczenia, iż dokumenty, które fakt ten potwierdzają, wystawione są po dacie składania ofert. Również orzecznictwo europejskie nie sprzeciwia się takiemu pogładowi. Zdaniem ETS wyrażonym w sprawach C-226/04 i C-228/04, chwilą potwierdzenia spełnienia warunków może być to dowolny moment przed udzieleniem zamówienia określony przez przepisy krajowe lub zamawiającego, bez naruszenia zasady równości i przejrzystości

W związku z powyższym brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

odwołanie sygn. akt KIO/UZP 905/09

15 czerwca 2009 r. protest wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CAM Media S.A. i Starlink Sp. z o.o., zwani dalej „konsorcjum CAM Media”. 24 czerwca 2009 r. Zamawiający protest ten oddalił za wyjątkiem zarzutu dotyczącego pani Magdaleny W., co do którego zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie konsorcjum Ecorys w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku. Od takiego rozstrzygnięcia protestu 3 lipca 2009 r. Odwołujący – konsorcjum CAM Media wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał i ponowił zarzuty z protestu oprócz, zgodnie z oświadczeniem złożonym podczas rozprawy, punktu I 1.a) i IV protestu.

W odwołaniu Odwołujący – konsorcjum CAM Media podtrzymał i ponowił zarzuty dotyczące: wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Rubicam, zaniechania odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania konsorcjum Rubicam, zaniechania odrzucenia oferty i wykluczenia

z postępowania konsorcjum Ecorys, gdyż te czynności i zaniechania Zamawiającego, jego zdaniem, naruszają: art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z tym Odwołujący – konsorcjum CAM Media wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie z postępowania, względnie odrzucenie oferty konsorcjum Rubicam,
3. wykluczenie z postępowania konsorcjum Ecorys,
4. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Ponieważ Zamawiający oparł się w rozstrzygnięciu o inne niż podniesione w proteście okoliczności i tym samym rozstrzygnięcie jest niezgodne z żądaniami i zarzutami podniesionymi w proteście, zdaniem Odwołującego – konsorcjum CAM Media, brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający, choćby w części, protest uwzględnił. W zakresie zarzutu pozornie uwzględnionego żądanie protestu dotyczyło bowiem wykluczenia konsorcjum Ecorys, które w swojej ofercie podało nieprawdziwe informacje o doświadczeniu pani Magdaleny W. mające potwierdzić spełnianie warunku określonego w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Działanie to miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, co wypełnia przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i powinno stanowić podstawę do wykluczenia konsorcjum Ecorys z postępowania.

Zdaniem Odwołującego – konsorcjum CAM Media oferta konsorcjum Rubicam nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest sprzeczna z jej treścią, a wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie:

1. § 6 ust. 2 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – cv osób

wymienionych w wykazie, tj. pana Bartosza R. nie zostało podpisane zgodnie z zapisem na formularzu stanowiącym załącznik nr 6: „imię i nazwisko, stanowisko, pieczęta firmowa, podpis osoby (osób) uprawnionych do reprezentowania Wykonawcy”, a więc przez panią Beatę M.; podpisała je pani Elisabetta Caprino – Dyrektor Zarządzający. Podobnie w cv pana Pawła B., które także zostało potwierdzone niewłaściwie.

2. Załącznika nr 6 do SIWZ (CV) – zgodnie z przedstawionym CV stanowiącym załącznik nr 9 do pisma z 15 maja 2009 r. od pani Beaty M. pełnomocnika konsorcjum Rubicam pan Paweł B. 1 kwietnia 2000 r. do 31 września 2007 r. był zatrudniony w firmie Webtel Sp. z o.o., podczas gdy firma ta, zgodnie z danymi przedstawionymi w KRS, do rejestru przedsiębiorców została wpisana 11 lutego 2002 r.

3. Ocena oferty została dokonana w sposób nierzetelny, świadczący o nieznanym specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez osoby oceniające, w tym pytań i odpowiedzi. Dowodem na tę okoliczność jest uwzględnienie w toku oceny przynajmniej dwóch spotów TV i radiowych, chociaż odpowiedź na pytanie 21. stanowi wprost, iż Zamawiający dopuszcza tylko jedną propozycję spotów.

W związku z powyższym konsorcjum Rubicam należy wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego – konsorcjum CAM Media również oferta konsorcjum Ecorys nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca nie spełnia zaś warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co stanowi naruszenie:

1. § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia co najmniej 12 osób mających pełnić wymienione

w przedmiotowym paragrafie funkcje w toku realizacji zamówienia, w tym m.in.: Administrator Bazy – posiadający minimum 2 lata doświadczenia zawodowego w administrowaniu bazami danych. W celu potwierdzenia wymienionego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponować w toku wykonywania zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, sporządzonymi według wzoru, który stanowi załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – cv. Tymczasem z załączonych dokumentów nie wynika, że konsorcjum Ecorys dysponuje osobą pana Pawła I., ponieważ nie zostało dostarczone pisemne zobowiązanie firmy VMG Net Sp. z o.o. do udostępnienia jego osoby, w realizacji zamówienia mającego pełnić funkcję Administratora Bazy. Ponadto w rubryce „Zakres obowiązków” dotyczących pracy pana Iwanowa w VMG Net Sp. z o.o. referencje opisane są jako „Wybrane projekty które realizowałem w NEXUS”, co dodatkowo nie pozwala ustalić faktycznego doświadczenia tej osoby ze względu na różne nazwy firm, a więc nie są spełnione warunki zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia także w zakresie Producenta – posiadającego minimum 2 lata doświadczenia zawodowego w branży usług reklamowych na stanowisku związanym z zarządzaniem produkcją reklamową. Z załączonych dokumentów nie wynika, że konsorcjum Ecorys dysponuje taką osobą. Z cv pani Magdaleny W., mającej pełnić funkcję Producenta wynika, że w okresie od maja 2006 r. do chwili obecnej była zatrudniona w firmie Kolman Advertising sp. z o.o., podczas gdy firma ta, według KRS, do rejestru przedsiębiorców została wpisana 29 maja 2007 r. Zakładając omyłkę pisarską w dacie należy zauważyć, że nie zostały spełnione wymagania § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia o dwuletnim doświadczeniu w branży reklamowej na stanowisku związanym z zarządzaniem produkcją reklamową, ponieważ pozostałe zakresy obowiązków podane w cv nie spełniają warunku.

3. Kopia aktu notarialnego oświadczenia Malcolma H. z 26 marca 2009 r. (strona 293 oferty), została potwierdzona za zgodność z oryginałem

i opieczetowana datownikiem z datą 24 marca 2009 r. przez pana Wojciecha K., a więc przed datą faktycznego podpisania dokumentu przez Malcolma H.

4. Pismo dotyczące przedłużenia terminu uzupełniania dokumentacji złożone przez konsorcjum Ecorys 13 maja 2009 r., a potwierdzone przez Zamawiającego stemplem z datą, nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania konsorcjum, czyli pana Wojciecha K., lecz przez pana Mateusza H., który nie został umocowany do reprezentowania konsorcjum. Pismo podpisane przez osobę właściwie umocowaną o takiej samej treści i z tą samą datą, znajdujące się w dokumentacji Zamawiającego, podpisane przez pana K. nosi datę wpływu do Zamawiającego 21 maja 2009 r., a więc po terminie. W związku z tym pismo i załączniki składane przez konsorcjum w odpowiedzi na żądanie zamawiającego nie powinny być uznane w toku postępowania, co powoduje niezgodność oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

5. Pismo konsorcjum Ecorys wyrażające zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, datowane jest na 14 maja 2009 r., natomiast datownik Zamawiającego potwierdzający jego przyjęcie wskazuje datę 13 maja 2009 r.

Powyższe uchybienia wskazane w punktach 3 – 5 pozwalają domniemywać, że przedmiotowe pisma nie zostały złożone w terminach wyznaczonych przez Zamawiającego.

Z powyższych przyczyn konsorcjum Ecorys należy wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego – konsorcjum CAM Media Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców z uszczerbkiem dla interesów Odwołującego:

1. dokonana przez komisję przetargową ocena przynajmniej dwóch spotów TV i dwóch spotów radiowych, choć dopuszczalnym był jeden spot, świadczy o nieznajomości przez członków komisji kryteriów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc o braku kompetencji członków komisji i stawia pod znakiem zapytania całość dokonywanej oceny,

2. w dokonanych ocenach zwraca uwagę fakt wielokrotnego przytaczania takich samych zdań i sformułowań przez różnych, niezależnych członków komisji, w szczególności przez pana Rafała K. i panią Bognę C. – D.,
3. brak jest spójności oraz występują sprzeczności w uzasadnieniach ocen oferty konsorcjum CAM Media w części dotyczącej strategii oraz kreacji opartej na tej strategii, wobec wysoko ocenionej bazy analitycznej zawartej w ofercie, w tym wyników badań PARP, oraz Ministerstwa Gospodarki. Zatem uzasadnienie niskiej oceny kreacji konsorcjum CAM Media jest niezgodne z załączonymi do oferty wynikami niezależnych badań i wskazuje na konieczność powtórzenia oceny ofert,
4. podmioty biorące udział w przetargu nie były traktowane w taki sam sposób, gdyż konsorcjum CAM Media S.A. został narzucony minimalny termin do dokonania uzupełnień na wezwanie Zamawiającego – 3 dni, zaś konsorcjum Rubicam i konsorcjum Ecorys otrzymały co najmniej 7 dni.

Stanowisko Zamawiającego dotyczące oddalenia zarzutów przedstawione w rozstrzygnięciu protestu.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący – konsorcjum CAM Media nie przedstawił zarzutów na potwierdzenie wniosków stawianych w proteście, a także nie wskazał naruszeń prawa materialnego.

Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego – konsorcjum CAM Media w zakresie braku przedstawienia poprawnie sporządzonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia zostały podpisane przez pełnomocnika konsorcjum Rubicam panią Beatę M., a cv panów Bartosza R. i Pawła B. stanowią załącznik do wyjaśnień, co oznacza, że pochodzą od osoby uprawnionej do reprezentowania konsorcjum. Co więcej dokumenty te są dodatkowo opatrzone podpisem pani Beaty M., co potwierdza, że zostały złożone w sposób prawidłowy.

Nie znajduje uzasadnienia również zarzut w zakresie braku spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b tiret 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunkiem było przedstawienie

osoby mającej pełnić funkcję Testera Aplikacji, która posiada minimum 2 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku związanym między innymi z testowaniem nowych aplikacji internetowych (np.: Testera Aplikacji). Konsorcjum Rubicam przedstawiło pana Pawła B., który spełnia wymóg co najmniej 2-letniego doświadczenia w zakresie wymaganym w ww. warunku. Bez znaczenia jest fakt podania informacji w zakresie zatrudnienia w firmie Webtel w okresie od 1 kwietnia 2000 r. do 31 września 2007 r., chociaż firma Webtel została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców dopiero 11 lutego 2002 r. Omyłka w tym zakresie nie ma znaczenia dla spełnienia warunku.

Zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej w sobie uchybienie formalne, w opinii Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania. Zamawiający w punkcie 3.3. „Zakresu zadań wykonawcy” (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dopuścił możliwość składania ofert tylko z jedną linią kreatywną. Powszechnie obowiązująca definicja linii kreatywnej mówi, że jest to wynikający z badań i analiz rynku koncept na jednolity i spójny sposób komunikowania zaplanowanych treści za pomocą reklam. W ramach linii kreatywnej może być zaproponowanych wiele propozycji reklam radiowych, wiele propozycji reklam TV, prasowych i innych. O tym, że wszystkie propozycje reklam należą do jednej linii kreatywnej (konceptu kreatywnego) decyduje fakt spójności merytorycznej i formalnej (np. to samo lub bardzo podobne hasło reklamowe, ten sam typ grafiki, wspólne elementy, jak ilustracje, zdjęcia, bohaterowie reklamy, ta sama technika reklamowa itp.). Większość dużych kampanii zawiera w ramach jednego konceptu kreatywnego wiele spotów reklamowych, a także wiele różnych layoutów reklam prasowych, outdoorowych itp. Wersje te są emitowane naprzemiennie lub etapami. Rozwiązanie z wieloma spotami jest wybierane powszechnie zwłaszcza w przypadkach dłuższych kampanii, kiedy istnieje duże ryzyko zmęczenia się reklamą szkodliwego dla efektywności kampanii zjawiska. Rozwiązanie takie wybierane jest najczęściej również w przypadku, gdy reklamodawca ma do zakomunikowania wiele treści i w pojedynczym spocie nie jest w stanie pomieścić tak wielu informacji. Dotyczy to zwłaszcza reklamy w radiu i TV, z uwagi na ich małą pojemność informacyjną.

W przedmiotowej kampanii informacyjno – promocyjnej wszystkie te okoliczności mają miejsce: kampania trwa długi okres (2,5 roku), a treści, jakie winny być przekazane, są liczne. W związku z tym oczywiste jest, że zaproponowanie tylko jednego typu spotu w radiu i telewizji byłoby ryzykownym posunięciem. Również Odwołujący – konsorcjum CAM Media w swojej ofercie podał, że lepszym rozwiązaniem byłaby emisja kilku wersji spotów.

Zamawiający stwierdził, że pytanie 21. dotyczyło tego, czy wykonawca ma zaproponować jedną propozycję kreacji, czyli jedną linię kreacyjną. I tu odpowiedź jest jasna: tak, ma być jedna linia kreacyjna. W tym samym zdaniu wykonawca doprecyzował, czy może przedstawić dwa pomysły na spot, a Zamawiający odpowiedział, że ma być jedna propozycja spotów (czyli jedna linia kreacyjna), nie dopuszcza się dwóch różnych, wariantowych pomysłów na spoty, czyli różnych koncepcji kreacji. Tak z wyjątkiem Odwołującego – konsorcjum CAM Media zrozumieli to wszyscy wykonawcy, których oferty były oceniane, przedstawiając jedną linię kreacyjną, zawierającą wiele komplementarnych i spójnych wzajemnie spotów. Nigdzie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w odpowiedziach na pytania Wykonawców nie pojawiła się informacja na temat dopuszczalnej liczby spotów 30- i 15-sekundowych w ramach linii kreacyjnej. Poza tym sam Odwołujący – konsorcjum CAM Media w kreacji prasowej zaproponował dwa layouty reklamy.

Zamawiający stwierdził też, że wymóg przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia istnieje tylko wówczas, gdy wykonawca korzysta z osób udostępnionych mu przez inny podmiot. Informacja odnośnie korzystania przez wykonawcę z osób udostępnionych przez inny podmiot znajduje odzwierciedlenie w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, którego wzór załączony został do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wzór oświadczenia mógł mieć postać jednostronicową albo dwustronicową, w przypadku korzystania przez wykonawcę z osób udostępnionych przez inny podmiot. W ofercie konsorcjum Ecorys w oświadczeniach o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu brak jest drugich stron tych oświadczeń, co oznacza, że konsorcjum to nie korzysta z osób udostępnionych przez inne podmioty, a tym samym nie było zobowiązane do przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób.

Zdaniem Zamawiającego data poświadczenia dokumentu przez pełnomocnika konsorcjum Ecorys nie ma znaczenia dla ważności złożonej oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W dacie składania oferty pan K. był uprawniony do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum Ecorys, a poświadczenie oświadczenia złożonego przez pana Malcolma H. należy uznać za uchybienie, omyłkę wynikającą np. z wadliwego ustawienia datownika, zwłaszcza w zestawieniu z tłumaczeniem tego dokumentu opatrzonym datą 30 marca 2009 r.

Twierdzenia Odwołującego – konsorcjum CAM Media jakoby Zamawiający fałszował ewidencję dokumentów otrzymywanych od konsorcjum Ecorys nie zostały poparte żadnymi dowodami. Fakt opatrzenia pisma konsorcjum Ecorys datą późniejszą niż jego faktyczne złożenie nie oznacza, że Zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów.

Co do możliwości przedłużenia terminu złożenia uzupełnień, to – to Zamawiający prowadzi postępowanie i, o ile nie narusza swym działaniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, inni wykonawcy nie mają interesu prawnego w kwestionowaniu jego działań. Zamawiający nie widzi niezgodności w czynności wydłużenia terminu na złożenie dokumentów z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Każdy z wykonawców mógł się zwrócić o wydłużenie terminu na dostarczenie dokumentów. Prośbę o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów złożył pan Mateusz H., osoba wskazana w ofercie konsorcjum Ecorys do kontaktów z Zamawiającym. W ocenie Zamawiającego to właśnie reakcja na wniosek złożony przez osobę wskazaną do kontaktów przez konsorcjum Ecorys służyła realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu. Konsorcjum Ecorys, jak tylko powzięło informację, że wniosek został złożony przez pana Mateusza H., przesłało nowe pismo z podpisem pana K..

Poza tym w proteście nie wskazano, w jaki sposób oceny dokonane przez komisję przetargową naruszają interes prawny Odwołującego – konsorcjum CAM Media. Zamawiający nie naruszył zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wyznaczenie innego terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla Odwołującego – konsorcjum CAM Media oraz dla konsorcjum Ecorys i konsorcjum Rubicam wynikało z charakteru dokumentów, których uzupełnienia Zamawiający żądał – Odwołujący – konsorcjum CAM Media został wezwany do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, a więc dokumentu, za którego treść odpowiada sam wykonawca, natomiast pozostali wykonawcy zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów tzw. urzędowych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

odwołanie sygn. akt KIO/UZP 901/09

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący – konsorcjum Rubicam posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zapowiedział wykluczenie Odwołującego – konsorcjum Rubicam, którego oferta została wcześniej uznana za ofertę najkorzystniejszą, a zatem zostanie on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W stosunku do zarzutu Zamawiającego, iż odwołanie zostało wniesione przedwcześnie ze względu na to, iż wykluczenie jeszcze nie nastąpiło, Izba nie podzieliła tego poglądu – ze względu na konsekwencje wynikające z art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca

wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zatem gdyby Odwołujący – konsorcjum Rubicam, nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia Zamawiającego w tym zakresie z 24 czerwca 2009 r., nie przysługiwałoby mu skutecznie prawo do wniesienia protestu i odwołania po jego wykluczeniu z przyczyny wskazanej w rozstrzygnięciu.

Natomiast co do samej przyczyny wykluczenia Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego – konsorcjum Rubicam. Należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 – tj. nie złożyli poprawnych dokumentów pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu na ich uzupełnienie. Jest to odrębna, bardziej formalistyczna, przyczyna wykluczenia od wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w niniejszym przypadku – w punkcie 8., odnoszącym się do obowiązku wykluczenia wykonawcy będącego osobą prawną, której urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za jedno z przestępstw wymienionych w tym przepisie.

Tak więc wykonawca, który nie złożył wymaganych dokumentów, podlega wykluczeniu niezależnie od tego, czy zachodzą w stosunku do niego przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których te dokumenty miały się odnosić. Zatem argumentacja Odwołującego – konsorcjum Rubicam dotycząca wagi informacji jako zaświadczenia urzędowego oraz ewentualnego przedawnienia skazania, nie ma w niniejszej sprawie zastosowania.

Przy tym złożenie dokumentów niezgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów*

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych traktuje się tak, jak ich niezłożenie.

Zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przenoszącym przepis § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...* wykonawcy mieli złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który został wyznaczony na 30 marca 2009 r.

Odwołujący nie złożył takiego dokumentu dla pana Jakuba K., a wezwany do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył dokument datowany na 23 kwietnia 2009 r., a więc w dniu wykraczającym poza termin wyznaczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów...* oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – dzień składania ofert.

Ustalone w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów...* terminy ważności dokumentów mają funkcję porządkującą i wskazują zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom, zakres ich żądań i obowiązków. Istotne jest to zwłaszcza dla wykonawców, dla których przedstawianie tych dokumentów przy składaniu ofert stanowi uciążliwość, a ich niezłożenie lub wadliwe złożenie wywołuje negatywne skutki. Dlatego w tym wypadku istotna jest przejrzystość, do której odnosi się Europejski Trybunał Sprawiedliwości, czy też, jak to nazwano w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zachowanie równego traktowania wykonawców. Uznanie przez Zamawiającego przedstawionej informacji z 23 kwietnia 2009 r., wbrew wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkom składania tego dokumentu, stanowiłoby naruszenie obu tych zasad.

Sama możliwość uzupełnienia dokumentów, którą daje art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, iż zamawiający musi

zaakceptować jakikolwiek przedłożony dokument, lecz wciąż obowiązują zasady ustalone specyfikacją istotnych warunków zamówienia i rozporządzeniem *w sprawie rodzajów dokumentów...*

Nieprawdą jest także, iż określenie terminu ważności dokumentów odnoszące się do dnia składania ofert w przypadku informacji z KRK w ogóle wyklucza możliwość uzupełnienia tego dokumentu, gdyż uzupełnić można co najmniej dokumenty wystawione przed dniem lub w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz z jakichś powodów do oferty lub wniosku nie dołączone.

odwołanie sygn. akt KIO/UZP 905/09

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący – konsorcjum CAM Media posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca wnoszący protest musi więc mieć interes prawny, natomiast z treści przepisu art. 180 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych ustalającego wymaganą treść protestu wynika, iż nie ma formalnego wymogu jego wskazywania. Przy tym interes prawny Odwołującego – konsorcjum CAM Media we wniesieniu protestu jest widoczny – dąży on do wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu niewłaściwego potwierdzenia cv panów Bartosza R. i Pawła B. Izba stwierdziła, iż konsorcjum Rubicam złożyło powyższe dokumenty zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz w miejscu przewidzianym przez Zamawiającego na „imię, nazwisko, stanowisko, pieczęć firmowa, podpis osoby (osób) uprawnionych do reprezentacji Wykonawcy” zamiast pełnomocnika konsorcjum Rubicam

podpisała się pani Elisabetta C. – dyrektor zarządzający Interactive Marketing Partner Polska Sp. z o.o., a pani M. jedynie parafowała te dokumenty. Oprócz niej dokumenty te zostały podpisane przez osoby, których cv dotyczą, a więc panów R. i B. Konsorcjum Rubicam złożyło te dokumenty w postaci oryginałów, a więc zgodnie z formą wskazaną w § 4 ust. 1 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...* Załącznik nr 12 do pisma uzupełniającego dokumenty z 15 maja 2009 r. potwierdza, iż pani Elisabetta C. – dyrektor zarządzający Interactive Marketing Partner Polska Sp. z o.o. zgadza się na dysponowanie osobami pana R. i B. przez konsorcjum Rubicam.

Wymóg złożenia podpisu (wraz z dodatkowymi informacjami) przez wykonawcę składającego ofertę wynikał wyłącznie w wzorze formularza załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak cechą wzorów formularzy jest to, iż obejmują one co do zasady sytuacje typowe, natomiast w niniejszym przypadku panowie R. i B. są osobami „użyczonymi” przez podmiot inny niż któryś z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum Rubicam, a sam dokument nie pochodzi od wykonawcy. Zatem w takim przypadku zrozumiałe i dopuszczalne jest, aby wykonawca – konsorcjum Rubicam złożyło taki dokument, jaki oryginalnie został sporządzony. Przy tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że do jego ważności jest wymagany podpis wykonawcy składającego ofertę. Sytuacja taka jest podobna do sytuacji, w której, wykonawca złożyłby w formie oryginału referencje, które również są podpisywane przez inny podmiot i nie wymaga się na nich podpisu wykonawcy, pomimo iż to on te dokumenty zamawiającemu przedstawia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego daty w cv pana Pawła B. Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu na to, że w związku z nieprawidłową datą pan B. nie posiada wymaganego 2-letniego doświadczenia. Tak więc, jeśli uznać wyjaśnienie konsorcjum Rubicam co do omyłki pisarskiej w dacie (wpisano rok 2000 zamiast 2002) i oświadczenie pana B. załączone do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia protestu dotyczące okresu zatrudnienia w Webtel Sp. z o.o. (od 1 kwietnia 2002 r.), to nawet licząc od roku 2002 do 2007, okres ten przekracza wymagane 2 lata, a więc warunek postawiony przez Zamawiającego został w tym zakresie spełniony.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby spotów Izba stwierdziła, iż zarzut nie potwierdził się.

Wykonawca zadał pytanie (nr 21) o treści: „Czy musimy złożyć tylko jedną propozycję kreacji, czy możemy przedstawić dwa pomysły na spot?”, na które Zamawiający odpowiedział następująco: „Zamawiający w postępowaniu na (...) nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. W związku z powyższym Wykonawca może przedstawić w ofercie tylko jedną propozycję spotów.” Pytanie to, jak stwierdził Odwołujący – konsorcjum CAM Media, dotyczy punktu 3.3. „Koncepcja kreacji” załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zakres zadań wykonawcy”, w którym Zamawiający stwierdza m.in., iż „w kampanii obowiązywać będzie jedna linia kreacyjna”.

Po analizie punktu 3.3. załącznika nr 1, wzoru umowy oraz § 10 „Opis sposobu przygotowania ofert”, § 12 „Opis sposobu obliczenia ceny” i § 13 „Opis kryteriów...” specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które miały wpływ na treść ofert oraz pytania i odpowiedzi nr 21 Izba stwierdziła, iż samo pytanie, jak i odpowiedź na nie są na tyle niejednoznaczne, iż można je interpretować zarówno w sposób, który przedstawił Odwołujący – konsorcjum CAM Media, jak i w sposób wskazany przez Zamawiającego. Zamawiający wymóg „jednej propozycji spotów” przedstawia jako konsekwencję niedopuszczalności oferty wariantowej, która, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest ofertą przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, a odniesienie się do instytucji tej (oferty wariantowej) jest w ogóle nieadekwatne do pytania, w którym wykonawca pytał się właśnie o wymagania Zamawiającego.

W konsekwencji nie wiadomo, czy „jedna propozycja spotów” miała oznaczać tylko jedną propozycję spotów: 30-sekundowego i 15-sekundowego, czy też jedną propozycję kilku spotów w ramach linii kreatywnej. Tak samo liczbą mnogą, co do której można odnieść oba znaczenia, Zamawiający posługuje się w innych częściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przesłanką odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ w tym przypadku trudno jednoznacznie przesądzić, jaka jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jaki był wymóg w odniesieniu do oferty), nie można też zarzucać wykonawcom niezgodności treści ofert z tą specyfikacją, niezależnie od tego, czy przedstawili spoty zgodnie z interpretacją pierwszą, czy drugą.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku pisemnego zobowiązania VMG Net Sp. z o.o. do udostępnienia konsorcjum Ecorys pana Pawła I. Izba oddaliła powyższy zarzut, stwierdzając, że dla osób, co do których wykonawca składający ofertę zawarł lub zamierza zawrzeć umowę bezpośrednio z nimi, nie musi on przedstawiać „zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia”, bowiem osoby te samodzielnie sobą dysponują, zatem trudno oczekiwać, że dana osoba złoży pisemne zobowiązanie do udostępnienia samej siebie, a nie jest konieczne „udostępnienie” jej przez ich dotychczasowych pracodawców. Osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy nie pozostają w absolutnej dyspozycji pracodawcy, ale równolegle mogą świadczyć pracę lub usługi dla innych podmiotów. Dotychczasowi pracodawcy mogliby złożyć „zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia” w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tylko wówczas, gdyby zamierzali udostępnić swoich pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy (lub innej umowy). Wówczas takie osoby byłyby skierowane przez dotychczasowego pracodawcę do świadczenia pracy lub usług u innego podmiotu. Jednak taka sytuacja nie jest regułą – przeciwnie, częściej występują osoby świadczące równolegle, obok „pierwszego” stosunku pracy, również inne czynności, czy

to w ramach drugiego stosunku pracy, czy też na podstawie umów prawa cywilnego. Zatem zobowiązanie innego podmiotu należało złożyć Zamawiającemu wyłącznie, kiedy podmiot trzeci zamierza udostępnić swój potencjał kadrowy (na kształt „porozumienia zakładów pracy”), a nie w wypadku, kiedy ów „potencjał kadrowy” sam sobą dysponuje.

Natomiast w odniesieniu do „projektów realizowanych w Nexus” Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że pan I. nie posiada wymaganego doświadczenia. Poza tym znaczenie tego zapisu jest kwestią, którą Zamawiający może wyjaśnić korzystając z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pani Magdaleny W. Izba stwierdziła, iż w stosunku do pani W. w proteście został podniesiony jedynie zarzut braku doświadczenia, a nie złożenia nieprawdziwych informacji, który to zarzut został wyartykułowany dopiero w odwołaniu jako argument na to, że Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Natomiast co do treści cv pani W. konsorcjum Ecorys podczas rozprawy przyznało, iż wskazana data rozpoczęcia pracy w Kolman Advertising Sp. z o.o. jest błędna, gdyż połączono czas pracy pani W. w tej firmie z czasem pracy w Ad Ants Karolina Łappo Patrycja Kuhn Sp. j., a pani W. zmieniła pracodawcę, gdy pani Ł. – współniczka spółki Ad Ants została współniczką Kolman Advertising Sp. z o.o. Również ta niezgodność jest kwestią, którą Zamawiający mógł wyjaśnić korzystając z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W cv pani W. brak wskazania stanowiska, jednak przedstawiony przez konsorcjum Ecorys podczas rozprawy wykaz umów i treść umów wymienionych w punktach 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11 tego wykazu wskazują na to, iż pani W. zajmowała się działalnością, którą można uznać za „związaną z zarządzaniem produkcją reklamową”. Zatem wskazana niezgodność daty i miejsca pracy nie ma wpływu na wynik postępowania. Tym samym, zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie uwzględniła tego zarzutu.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego – konsorcjum CAM Media w poniższym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rozbieżności daty złożenia oświadczenia przed notariuszem przez pana Malcolma H. (26 marca 2009 r.) i daty poświadczenia tego dokumentu za zgodność z oryginałem przez pana Wojciecha K. (24 marca 2009 r.) Izba stwierdziła, że rzeczywiście taka rozbieżność istnieje, co zresztą nie było sporne. Jednak nie ma żadnych dowodów na to, iż nie jest to wyłącznie omyłka w dacie potwierdzenia i w związku z tym trudno z tej okoliczności wywodzić negatywne skutki dla ważności i prawdziwości złożonych dokumentów. Przy tym nie było sporne, iż samo złożenie oświadczenia, jak i jego potwierdzenie nastąpiło przed upływem terminu składania ofert, tj. 30 marca 2009 r.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego podpisu na wniosku konsorcjum Ecorys o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów, zdaniem Izby, niezależnie od tego, kto taki wniosek zgłosił, zasadnicze znaczenie ma fakt, że Zamawiający taką zgodę w odpowiednim terminie wyraził, bowiem, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to decyzja Zamawiającego dotycząca określenia terminu uzupełnienia dokumentów ma znaczenie w postępowaniu, a została ona podjęta i zakomunikowana konsorcjum Ecorys przed upływem pierwotnego terminu. Nie było też sporne, iż konsorcjum Ecorys nowo wyznaczonego terminu dotrzymało. Podczas rozprawy konsorcjum Ecorys przedstawiło dokumenty z podpisem pana Wojciecha K., a więc osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum Ecorys, z datą przekazania Zamawiającemu faksem 14 maja 2009 r. Jednak na potwierdzeniach nadania – raporcie faksu nie było ani numeru odbiorcy, ani skanu treści pisma – zatem nie mają one wartości dowodowej potwierdzającej nadanie. Niemniej złożenie takiego dokumentu potwierdza dokumentacja postępowania przedstawiona przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodości daty i datownika na piśmie konsorcjum Ecorys wyrażającym zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą – niezależnie od rozbieżności w wyjaśnieniach tej sytuacji pomiędzy Zamawiającym i konsorcjum Ecorys, Izba stwierdziła, iż bezsporne jest, iż zgoda taka została wyrażona terminowo, tj. przed upływem terminu związania ofertą, zatem okoliczność ta nie ma wpływu na postępowanie.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących błędów w ocenie ofert Izba stwierdziła przede wszystkim, iż zarzut taki został podniesiony w proteście, zatem może być przez Izbę rozpoznany. Pkt III ppkt 1 protestu dotyczy ogólnie oceny ofert, w których zaproponowano dwa spoty radiowe i telewizyjne, a więc także konsorcjum Ecorys. Podczas rozprawy Odwołujący – konsorcjum CAM Media oświadczyło, iż ze względu na jego interes prawny zarzut ten dotyczy tylko ofert konsorcjum Rubicam i konsorcjum Ecorys. Uzasadnienie dotyczące możliwości przedstawienia dwóch spotów zawarto już powyżej.

W odniesieniu do zarzutów podważających dokonaną ocenę ofert (pkt III ppkt 2 i 3 protestu i odwołania) – w stosunku do przytaczania takich samych zdań i sformułowań w ocenach pani Bogny C. – D. i pana Rafała K. ani Odwołujący nie wskazał, ani Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż, niezależnie od powtarzających się określeń, oceny te nie były dokonywane zgodnie z wolą i wiedzą tych osób. Odwołujący nie udowodnił również niezgodności oceny ofert z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz braku kompetencji członków komisji. Zatem Izba nie znalazła powodu do nakazywania powtórzenia oceny ofert.

Izba nie znalazła również podstaw do podważenia oceny komisji ze względu na liczbę przyznanych punktów w poszczególnych kryteriach. Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, iż to, że Odwołujący w jednym kryterium uzyskał dużą liczbę punktów nie oznacza automatycznie, że musi taką liczbę uzyskać w następnym kryterium. Komisja dobrze oceniła źródło pochodzenia informacji, ale dobra baza analityczna nie musi się równać dobremu pomysłowi, gdyż czym innym jest zebranie danych, a czym innym faza

wykonawcza (kreacja). Zaplanowanie mediów u Odwołującego – CAM Media było dobrze zrobione, więc uzyskał on 75% pkt, ale ocena strategii kampanii została oceniona nisko ze względu na przekazywany przez nią negatywny obraz. W ocenie tej komisja uwzględniła dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego w prowadzeniu kampanii i wiedzę na temat rynku (odbioru kampanii).

Izba zgadza się z Zamawiającym, iż kryteria oceny ofert zostały sformułowane tak, iż odnoszą się do różnych elementów kampanii i nie przekładają na siebie nawzajem automatycznie i bezpośrednio – stanowiłoby to zresztą zaprzeczenie sensu ustanawiania wielu kryteriów. Poza tym, zdaniem Izby, kwestia oceny „wyglądu” kampanii jest w pewnej mierze sprawą indywidualnego gustu i przekonań członków komisji. Członkowie komisji w ocenie wskazują wady i zalety zaproponowanej kampanii, jednak obawiają się, iż przekaz, który oni uznali za negatywny, może wpłynąć zniechęcająco na grupę docelową. Izba nie znalazła podstaw, by ocenę komisji uznać za nieuzasadnioną.

Natomiast co do argumentu dotyczącego możliwości uzyskania większej liczby punktów przy zaoferowaniu większej liczby spotów, zdaniem Izby nie jest to takie oczywiste, ze względu na powyższą ocenę przez komisję samego pomysłu na spoty.

W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców ze względu na różny termin uzupełniania dokumentów Izba stwierdziła, iż, jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jasne jest, iż, aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należyta staranność. W uzasadnionych przypadkach może to być podstawą do wyznaczenia niektórym wykonawcom innego terminu niż pozostałym, a równość traktowania wykonawców może wyrażać się również w daniu im realnej możliwości dokonania uzupełnienia, a nie tylko w wyznaczeniu takiej samej liczby dni. Niezależnie od powyższego Odwołujący – konsorcjum CAM Media nie wskazał, iż z powodu wyznaczenia terminu krótszego niż

pozostałym wykonawcom, został pozbawiony szansy uzupełnienia dokumentów, zatem okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania, a Izba, zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, musi taki zarzut oddalić.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....