

Sygn. akt: KIO 907/10

**WYROK**  
**z dnia 7 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Katarzyna Brzeska**

**Protokolant:               Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Testardo Gram Sp. z o.o., 00-003 Warszawa, ul. Jasna 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Organizację Turystyczną, 00-613 Warszawa, ul. Tytusa Chałubińskiego 8**

przy udziale **Konsorcjum firm: Pan Media Western Sp. z o. o., oraz Bimers Sp. z o. o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Testardo Gram Sp. z o.o., 00-003 Warszawa, ul. Jasna 15**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Testardo Gram Sp. z o.o., 00-003 Warszawa, ul. Jasna 15**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Testardo Gram Sp. z o.o., 00-003 Warszawa, ul. Jasna 15** na rzecz **Polskiej Organizacji Turystycznej, 00-613 Warszawa, ul. Tytusa Chałubińskiego 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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

Zamawiający – Polska Organizacja Turystyczna, ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) przeprowadził postępowanie o udzielenie w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia publicznego na „*Opracowanie koncepcji kreatywnej i podstawowych elementów kreacji kampanii multimedialnej promującej atrakcyjność turystyczną wschodnich województw Polski, t.j. województwa warmińsko-mazurskiego, podlaskiego, lubelskiego, podkarpackiego i świętokrzyskiego wraz z wdrożeniem niniejszej kampanii (w tym zakupieniem majątkowych praw autorskich)*”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 22.02.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”).

Odwołujący – Testardo Gram Sp. z o.o., ul. Jasna 15, 00-003 Warszawa (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6.05.2010 r. otrzymał informację o wynikach postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm: Pan Media Western Sp. z o.o. oraz Binars Sp. z o.o. Niezgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 14.05.2010 r. wniósł odwołanie bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając w nim naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum firm: Pan Media Western Sp. z o.o. oraz Binars Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów, t.j. dokumentów potwierdzających spełnienie warunku przeprowadzenia w okresie ostatnich 3 lat co najmniej jednej imprezy masowej lub co najmniej jednego wydarzenia (eventu),
- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że konsorcjum wykazało spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania pomimo, że ww. wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe informacje,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, oraz w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, t.j. oferty konsorcjum firm: Pan Media Western Sp. z o.o. oraz Binars Sp. z o.o.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość proponowanych

przez konsorcjum ceny całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia i ceny realizacji zadań pozamedialowych,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie że konsorcjum nie złożyło oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji gdy jako całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia podało cenę 19.418.248,00 zł brutto jako cenę realizacji zadań pozamedialowych zaproponowało cenę 2.133.479,00 zł,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez złożenie przez konsorcjum oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, w tym także w celu wyeliminowania szansy wygrania ofert konkurencyjnych w niniejszym postępowaniu,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w. wykonawcy i wybraniu jej jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wybrania jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta konsorcjum powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą ewentualnie odrzucenia jego oferty, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący dodatkowo wniósł o: zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia Izbie dowodów oznaczonych w uzasadnieniu jako znajdujących się u Zamawiającego, przeprowadzenia dowodów podanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika wg. norm przypisanych. Pismem z dnia 17.05.2010 r. Odwołujący uzupełnił niniejsze odwołanie rozszerzając argumentację zawartą w odwołaniu.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy konsorcjum firm: Pan Media Western Sp. z o.o. oraz Binars Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego (dalej: „Przystępujący”). Izba ustaliła, iż powyższe przystąpienie było skuteczne.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty złożonej przez Przystępującego, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 22.02.2010 r. to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego ma szansę, zostać wybraną jako najkorzystniejsza.

W okolicznościach faktycznych sprawy skład orzekający Izby ustalił, iż w pkt V. 1. SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu”) zamawiający zawarł zapis, iż o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy:

- 1) spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące:
  - a) posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
  - b) posiadania wiedzy i doświadczenia,
  - c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
  - d) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z pkt 2.3 SIWZ Zamawiający mógł stwierdzić, iż wykonawcy spełnili warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy, jeśli wykażą, m. in. iż:

- przeprowadzili w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykazaniem się przeprowadzeniem co najmniej jednej imprezy masowej w rozumieniu przepisów o bezpieczeństwie imprez masowych lub co najmniej jedno ogólnodostępne, nieodpłatne zorganizowane na terenie otwartym wydarzenie promocyjne (event) dla co najmniej 10.000 osób.

Stosownie do pkt 2.4 SIWZ wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wymienionego w pkt 2.3 SIWZ, obowiązani byli przedłożyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku usług okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, i odbiorców, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Ponadto wykonawca zobowiązany był do załączenia dokumentów potwierdzających, że kampania, impreza masowa lub wydarzenie (event) zostały wykonane należycie, np. referencje, protokoły odbioru, itp.

Przystępujący w swojej ofercie na str. 60 zawarł wykaz usług ( w tym powołał się na usługę zrealizowaną na rzecz Red Bull) wraz z sporną referencją. Sporna referencja wskazywał, iż Przystępujący w okresie 36 miesięcy przeprowadził 7 ogólnokrajowych kampanii promocyjnych zamówionych przez Red Bull Sp. z o.o. a dotyczących kreacji, produkcji o łącznej wartości 15.000 zł.

Ponadto w pkt XII SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający wskazał 3 kryteria:

- 1) Cena realizacji zadań pozamedialnych (maksymalnie liczba punktów: 30),
- 2) efektywność mediowa (maksymalnie 30 punktów),
- 3) ceny zakupu mediów (maksymalnie 20 punktów).

Zamawiający miał dokonać oceny ofert na podstawie wypełnionych przez Zamawiającego załącznika nr 8 do SIWZ, t.j. wyników osiągniętej liczby punktów, w oparciu o powyższe kryteria i ustaloną punktację do 80 pkt. Liczba punktów za poszczególne kryteria miała zostać zsumowana i miała stanowić końcową ocenę oferty.

Przystępujący w swojej ofercie wskazał następujące ceny:

- 1) łączne koszty pozamedialne, w tym opracowanie koncepcji kreatywnej, produkcja, obsługa, przekazanie majątkowych praw autorskich z ceną netto: 1.748.753,28 zł, brutto: 2.133.479,00 zł;
- 2) łączne koszty Medowie, w tym koszty zakupu mediów wraz z prowizją mediową za cenę netto: 14.167.843,44 zł, brutto: 17.284.769,00 zł;

- 3) łączną cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia netto 15.916.596,72 zł,  
brutto: 19.418.248,00 zł.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba badając poszczególne zarzuty stwierdziła:**

**I. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w związku z niespełnieniem warunku udziału polegającym na wykazaniu się przeprowadzeniem co najmniej jednej imprezy masowej lub co najmniej jednego ogólnodostępnego, nieodpłatnego zorganizowanego na terenie otwartym wydarzenia promocyjnego (event-u) dla co najmniej 10.000 osób oraz w konsekwencji nieodrzućenie Oferty Przystępującego.**

Izba ustaliła co następuje: powyższy zarzut zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą oceny wykazywanego w ofercie Przystępującego doświadczenia w kontekście zapisów SIWZ w zakresie warunku udziału dotyczącego wykazaniem się przeprowadzeniem co najmniej jednej imprezy masowej lub co najmniej jednego ogólnodostępnego, nieodpłatnego zorganizowanego na terenie otwartym wydarzenia promocyjnego (event-u) dla co najmniej 10.000 osób. Z jednej strony Odwołujący, z drugiej zaś Zamawiający i Przystępujący prezentują odmienne interpretacje tych zapisów SIWZ. Skład orzekający Izby, rozstrzygając przedmiotowy spór w zakresie spełnienia przez Przystępującego postawionego warunku zobowiązany był dokonać rozstrzygnięcia również w tym zakresie. Dla wypełnienia tego celu koniecznym jest ustalenie brzmienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 2.3 SIWZ Zamawiający mógł stwierdzić, iż wykonawcy spełnili warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy, jeśli wykażą, m. in. iż: przeprowadzili w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie przeprowadzeniem co najmniej jednej imprezy masowej w rozumieniu przepisów o bezpieczeństwie imprez masowych lub co najmniej jedno ogólnodostępne, nieodpłatne zorganizowane na terenie otwartym wydarzenie promocyjne (event) dla co najmniej 10.000 osób.

Zdaniem Izby w świetle tak postawionego warunku wykonawcy mieli wykazać się alternatywnie przeprowadzeniem jednej imprezy masowej bądź wydarzenia promocyjnego. Zdaniem Izby biorąc pod uwagę dalszą treść postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz biorąc również pod uwagę opis przedmiotu zamówienia do którego należy

„Opracowanie koncepcji kreatywnej i podstawowych elementów kreacji kampanii multimedialnej promującej atrakcyjność turystyczną wschodnich województw Polski, t.j. województwa warmińsko-mazurskiego, podlaskiego, lubelskiego, podkarpackiego i świętokrzyskiego wraz z wdrożeniem niniejszej kampanii (w tym zakupieniem majątkowych praw autorskich)” powyższy warunek należało interpretować jako wykazanie się zrealizowaniem imprezy masowej w zakresie promocji bądź wydarzenia (eventu), co ściśle związane jest z zakresem przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika, iż opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być dokonywany przez pryzmat przedmiotu zamówienia, powinien on być proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, którego dotyczy. Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż niesłuszny jest argument Odwołującego, że wymagania dotyczące imprezy masowej czy też eventu (wydarzenia promocyjnego) należało w świetle zapisów SIWZ rozumieć jako jego całkowitą i kompletną organizację takiego przedsięwzięcia, a jedynie w świetle całokształtu zapisów SIWZ wykazanie się zrealizowaniem przeprowadzenia imprezy masowej bądź eventu w zakresie kampanii promocyjnej co niezbędne było Zamawiającemu przy ocenie wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższą interpretację podtrzymuje również zapis § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane ( Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z wskazanym powyżej rozporządzeniem Zamawiający miał prawo żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Również ustawodawca wskazuje, podkreślając powyższą okoliczność iż żądanie przedłożenia takiego wykazu może nastąpić tylko w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału, tak aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w sposób należyty. Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza uznała, za słuszne twierdzenie Zamawiającego, iż oceny spełnienia tak postawionego warunku dokonywał on (kierując się równocześnie zasadą równości) przez pryzmat przedmiotu zamówienia jakim było ogólnie przeprowadzenie kampanii promocyjnej.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał ile osób brało udział w imprezach masowych, imprezach promocyjnych oraz nie wykazał jakie dokładnie czynności realizowała spółka Bimers Sp. z o.o. w ramach poszczególnych imprez. Należy stwierdzić, iż Zamawiający w wykazie zrealizowanych usług (załącznik nr 5



do SIWZ) nie wskazał pozycji w której wykonawcy mogliby zamieścić informację dotyczącą ilości osób biorących udział w wskazanych imprezach bądź eventach, dlatego też zarzut Odwołującego w powyższej materii wydaje się być zbyt daleko idący i bezzasadny. Odwołujący nie może wymagać, aby Zamawiający wyciągał konsekwencje w postaci wykluczania wykonawców z postępowania skoro sam Zamawiający nie zamieścił miejsca, gdzie powyższa informacja ma się znaleźć w formularzu załączonym wraz z ofertą.

Ponadto należy także zwrócić uwagę, iż w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania się, m. in. przeprowadzeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jednej imprezy masowej w rozumieniu przepisów o bezpieczeństwie imprez masowych lub co najmniej jednym ogólnodostępnym, nieodpłatnym zorganizowanym na terenie otwartym wydarzeniu promocyjnym (event-cie) dla co najmniej 10.000 osób wykazanie się wydarzeniem z udziałem min. 10.000 osób dotyczyło tylko i wyłącznie wydarzeń promocyjnych bądź eventów (na co wskazuje konstrukcja postawionego warunku, iż część dotycząca osób zawarta została w drugiej części członka tegoż warunku).

W zakresie przedłożenia referencji wystawionej przez spółkę Red Bull Sp. z o.o., z której zdaniem Odwołującego nie wynika w sposób dostateczny, iż jakie czynności dokładnie realizował Przystępujący na rzecz firmy Red Bull Sp. z o.o. należy stwierdzić, iż Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Fakt ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji szczegółowych informacji dotyczących chociażby wartości zrealizowanej usługi, czy terminu jej realizacji. Powyższe informacje znajdują swoje miejsce w wykazie zrealizowanych usług, zaś referencje potwierdzają należyte ich wykonanie. (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. Akt KIO/UZP 1352/08). Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Przystępujący w zakresie postawionego warunku wykazał się przeprowadzeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jednej imprezy masowej w rozumieniu przepisów o bezpieczeństwie imprez masowych lub co najmniej jednym ogólnodostępnym, nieodpłatnym zorganizowanym na terenie otwartym wydarzeniu promocyjnym (event-cie) dla co najmniej 10.000 osób.

Reasumując, zdaniem Izby biorąc pod uwagę treść załączonych referencji korelujących z wykazem usług należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał, aby wykonawca

Przystępujący nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się przeprowadzeniem co najmniej jednej imprezy masowej lub co najmniej jednego ogólnodostępnego, nieodpłatnego zorganizowanego na terenie otwartym wydarzenia promocyjnego (event-u) dla co najmniej 10.000 osób zarówno w zakresie pierwszego członu, jak i drugiego członu tak postawionego warunku.

Na tej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też w zaistniałym stanie faktycznym brak jest również podstaw do uznania, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała, iż zarzut powyższy nie jest zasadny w świetle ustalonych okoliczności sprawy. W konsekwencji braku potwierdzenia się naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia w postępowaniu przepisów, a wykonawca w zakresie postawionego warunku udziału został przez Zamawiającego prawidłowo oceniony.

## **II. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w związku z zarzutem złożenia w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.**

Izba ustaliła co następuje: powyższy zarzut zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające mieć wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Rozpatrując zarzut złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji na podstawie przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, z powodu złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, skład orzekający Izby uznał, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest pojęcia „nieprawdziwych informacji”. W wyroku SN z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99), Sąd Najwyższy stwierdził, iż pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Skład orzekający Izby

jednocześnie zauważa, że zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych nie jest uzależniona od umyślności, czy nieumyślności działania wykonawcy. Jednakże – w ocenie składu orzekającego Izby dokonując wykładni art.24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy mieć na względzie - łącznie, konkretne okoliczności faktyczne oraz uwzględniać przepisy Prawa zamówień publicznych, w tym art.87 ust.1 ustawy Pzp i art. 26 ust.3 ustawy Pzp, a także odpowiednio uwzględniać teorię kompleksową winy, powszechnie przyjmowaną przez aktualną doktrynę prawa karnego, która to teoria bierze pod uwagę stosunek psychiczny jak i element zarzucanego naruszenia przepisów karnych (w tym przypadku przepisów prawa zamówień publicznych). Należy jednocześnie zauważyć, że działanie zawinione (umyślne lub nieumyślne) w istocie wiąże się z wadliwością procesu decyzyjnego, która polega na wolnym wyborze z katalogu możliwych zachowań, zachowania sprzecznego z daną normą postępowania (przepisem prawa). Zdaniem składu orzekającego Izby, wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć.

Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, powinien, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności zbadać, czy przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są wynikiem błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawcę, tylko takie ustalenia poczynione przez zamawiającego, w ocenie składu orzekającego Izby, uprawniają do postawienia tezy, że przedłożone przez wykonawcę informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało lub mogło w konsekwencji mieć na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (podobnie wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. Akt KIO/UZP 766/09).

Jednakże Zamawiający dokonując ustaleń, co do zastosowania art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia z postępowania, powinien również mieć na względzie zasadę prawną *in dubio pro reo*, wywodzącą się z prawa rzymskiego. Zgodnie z tą zasadą, wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść (wg paremii - oskarżonego), w przypadku postępowania o zamówienie publiczne – będzie to odpowiednio

dotyczyć wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - w przypadku wątpliwości, co do spełniania warunków przez wykonawcę, należy uznać, co do zasady, że wykonawca spełnił warunki. Przede wszystkim trzeba mieć na względzie podstawową zasadę obowiązującą na gruncie Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą (art. 7 ust.3 ustawy Pzp) zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy, a zatem tylko temu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne i złożył nie podlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę w rozumieniu tej ustawy.

Dlatego też, Prawo zamówień publicznych przewiduje instytucję wyjaśniania treści oferty (art. 87 ust.1 ustawy Pzp), czy chociażby wprowadzenie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, przewidującego procedurę uzupełniania dokumentów, a w przypadku – m.in. wykluczenia z postępowania na podstawie ustawy – środki ochrony prawnej. Powyższe rozważania, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący w tym postępowaniu o zamówienie publiczne nie wykazał, w toku rozprawy, że Przystępujący wykonawca – Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje.

Należy jeszcze raz przypomnieć co zaznaczono wcześniej, Zamawiający wykluczając na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, powinien, dokonując oceny dokumentów i oświadczeń w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności wykluczyć, czy przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem, w szczególności błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawców i dopiero takie ustalenie pozwoliłoby postawić zarzut, że posłużenie się nieprawdziwymi informacjami, mającymi lub mogącymi mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia miało na celu ,niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę.

Przystępujący na rozprawie wskazał, iż w ramach organizacji powyższej imprezy wykonywał on czynności promocyjne, nie wykonywał czynności czysto technicznych, wykonywał czynności dotyczące wyboru lokalizacji, materiały promocyjne, scenografię, materiały służące do pozyskania sponsorów, czy reklamę, odpowiadał za materiały promocyjne, co jego zdaniem odpowiadało zakresowi przedmiotu zamówienia oraz potwierdzało spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Z argumentacji przedstawionej przez Przystępującego wynika, iż jego zdaniem (w jego przekonaniu, jak i zarówno w przekonaniu Zamawiającego) spełnił on postawiony warunek udziału w postępowaniu co zostało również potwierdzone przez Zamawiającego. Tym samym w opisanym stanie faktycznym nie możemy mówić, iż mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami złożonymi przez wykonawcę Przystępującego oraz jakiegokolwiek woli złożenia w przedmiotowym postępowaniu takich informacji, ponieważ załączenie referencji o określonej treści było wynikiem zinterpretowania warunku udziału w określony sposób (t.j. w sposób tożsamy z interpretacją Zamawiającego). Dlatego też skoro

Zamawiający nie miał wątpliwości co treści postawionego warunku udziału w postępowaniu i nie wzywał wykonawcę Przystępującego o wyjaśnienie powyższej okoliczności należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zostały wykazane okoliczności wypełniające dyspozycję przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym samym należy stwierdzić, iż zdaniem Izby powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

### **III. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w związku z zarzutem wskazania w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.**

Izba ustaliła co następuje: powyższy zarzut zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na 17.622.950,82 zł, zaś kwota jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia to kwota 21.500,00 zł. Cena podana w ofercie złożonej przez Przystępującego wynosiła 19.418.248,00 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż pozostali wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu złożyli oferty z następującymi cenami:

- 1) Star Media – 21.483.000 zł brutto,
- 2) Scholz – 21.198.000,00 zł brutto,
- 3) Cam Media/Starlink – 21.335.000,00 zł brutto,
- 4) Partner of Promotion – 21.480.000,00 zł brutto,
- 5) Testardo Gram Sp. Z o.o. – 20.592.000,00 zł brutto,
- 6) Mindshare – 21.499.000,00 zł brutto,
- 7) BBDO – 21.363.000 zł brutto.

Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, a ustawa Pzp nie ma ustawowo określonego procentowego poziomu na podstawie którego można uznać automatycznie kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie Postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. Akt II Ca 2194/05). Nie można także, co zdaniem Izby przeczy zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmowanie automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (orzeczenie ETS z dnia 22.06.1989 r., w sprawie C-103/88). Tym samym Zamawiający nie jest w świetle ustawy Pzp zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w

ofertach wykonawców występuje tylko w stosunku do ofert do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty. Powyższy obowiązek nie dotyczy każdej oferty, a jedynie w przypadku gdy pojawią się uzasadnione wątpliwości co do okoliczności, iż wykonawca zaproponował cenę, którą zakwalifikować można jako rażąco niską. W toku postępowania odwoławczego to na odwołującym spoczywa obowiązek wykazania naruszenia dyspozycji tego przepisu, skoro wywodzi z niego określone skutki prawne.

Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny czy zaproponowana przez Przystępującego cena oferty rzeczywiście jest rażąco niska. Nie można zgodzić się z twierdzeniem i przyjęciem Odwołującego, iż skoro wynagrodzenie dla Odwołującego za wykonanie zadań mediowych wynosi 17.284.769,00 zł to Odwołujący nie jest w stanie wykonać całości zamówienia za cenę 19.418.248,00 zł brutto czyli zdaniem Odwołującego cena podana w ofercie jest rażąco niska. Takie rozumowanie jest zbyt daleko idące, dlatego też należy pamiętać, iż kwota 17.284.769,00 zł jest kwotą netto, czyli bez podatku Vat, a Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 21.500,00 zł. Nie bez znaczenia pozostają również ceny innych wykonawców za zaoferowany przedmiot zamówienia. Należy także zwrócić uwagę, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa polegająca na przeprowadzeniu kampanii promocyjnej co oznacza, że przedmiot zamówienia jest na tyle specyficzny, iż nie można automatycznie przyjąć, iż wykonawca ofertując niniejsze zamówienie wskazał w swojej ofercie rażąco niską cenę.

Zarzut naruszenia wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp aby znalazł swoje potwierdzenie w świetle przepisów ustawy oraz w zaistniałym stanie faktycznym powinien być obiektywny, uwzględniający wszystkie zaistniałe w sprawie okoliczności, nie może odnosić się wyłącznie do ceny oferty wykonawcy Odwołującego, którego celem z natury jest podważanie cen ofert wykonawców konkurencyjnych. Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego w zakresie niniejszego zarzutu nie zostały w sposób dostateczny udowodnione przez Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował zrealizowanie przedmiotowej usługi po cenach poniżej kosztów, co stwierdzono na podstawie wartości szacunkowej zamówienia, cenach ofert innych wykonawców. Z faktu, iż zaoferowana cena jest niższa od cen ofert innych wykonawców nie można wywodzić, że cena jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu ww. zarzut nie został poparty konkretnymi dowodami (nie zostały wykazane okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny) należy stwierdzić, iż powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała również za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W danym stanie faktycznym brak jest

podstaw do uznania, że złożenie oferty przez konsorcjum firm: stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz.1503 ze zmianami). Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zarzut powyższy został zatem podniesiony przez odwołującego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny.

Twierdzenia w zakresie tego zarzutu nie zostały jednak poparte przez Odwołującego dowodami potwierdzającymi wskazywane okoliczności. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował zrealizowanie usług po cenach poniżej kosztów. Okoliczność, iż zaoferowane ceny są niższe od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska, a tym bardziej nie dowodzi, że została ona skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, zamiaru wykonawcy Przystępującego w zakresie wyeliminowania z rynku odwołującego lub innych wykonawców, co jest koniecznym elementem dla uznania działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....