

**WYROK**

**z dnia 15 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez wykonawcę AMBASADA BC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ministerstwo Rozwoju, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – I.S., P.P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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**

Ministerstwo Rozwoju (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie koncepcji, produkcję, emisję oraz realizację kampanii promującej Szwajcarsko-Polski Program Współpracy” (znak sprawy BDGA/.2510.22.2016.MCH), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 074-129539.

W dniu 23 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – I.S., P.P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca FKS”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy AMBASADA BC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Ww. wykonawca (dalej „Odwołujący”), w dniu 2 września 2016 r., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty bez uprzedniego wezwania do jej uzupełnienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania bez wezwania go do jej uzupełnienia, podczas gdy brakująca adaptacja wystawy fotograficznej do przestrzeni lotniska Kraków-Balice stanowi jedynie dokument potwierdzający, że oferowana usługa kampanii reklamowej spełnia wymogi oznaczone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), a więc jest to dokument przedmiotowy, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, zatem Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien był go wezwać do jej uzupełnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia oceny ofert z dnia 23 sierpnia 2016 r.,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania,
3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp. Jego oferta została bezzasadnie odrzucona przez, co pozbawia go obecnie możliwości uzyskania zamówienia. Wniesienie niniejszego odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego i wyboru oferty Odwołującego.

Charakteryzując stan faktyczny Odwołujący podał, że Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na opracowanie kampanii promującej Szwajcarsko-Polski Program Współpracy. Zgodnie z § 2 wzoru umowy, kampania składać się ma z siedmiu elementów, w tym m.in. spotów telewizyjnych i radiowych, kampanii internetowej oraz wystawy fotograficznej (obejmującej jej kreację, produkcję i ekspozycję).

Zgodnie z SIWZ wstępna koncepcja kampanii reklamowej powinna zostać przedstawiona w „Opisie sposobu realizacji zamówienia” i zawierać wstępne projekty każdego z elementów kampanii. W zakresie wystawy fotograficznej, zgodnie z pkt 7.15 lit. d) ppkt 5) SIWZ, należało przedstawić dwa dokumenty, tj.:

1. wstępny projekt graficzny ekspozytorów,
2. adaptację wystawy do przestrzeni lotnisk i dworców kolejowych.

Lista lotnisk i dworców, w których miała być prezentowana wystawa fotograficzna, została wskazana w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia („SOPZ”). Zgodnie z pkt 5 SOPZ, wystawa miała odbyć się w 5 lotniskach oraz 5 dworcach kolejowych, w tym na lotnisku Kraków-Balice.

Odwołujący podkreślił, że wykonał szczegółowy wstępny projekt ekspozytorów wystawy fotograficznej (str. 90-112 oferty merytorycznej Odwołującego). Przystąpił następnie do sporządzenia dla wszystkich wymaganych lokalizacji adaptacji wystawy fotograficznej do przestrzeni lotnisk lub dworców kolejowych. Zgodnie z przyjętą metodologią, Odwołujący wystąpił do właściwych instytucji zarządzających z prośbą o wskazanie konkretnej przestrzeni wystawowej, w której będzie możliwe zorganizowanie wystawy. W związku z toczącym się remontem lotniska w Krakowie, władze lotniska odmówiły Odwołującemu wskazania konkretnej przestrzeni. Z tego powodu niemożliwe było przygotowanie adaptacji wystawy do konkretnego miejsca wskazanego przez zarządcę lotniska. Odwołujący mógł przygotować wizualizację komputerową stanowiącą projekt wstępny adaptacji miejsca wystawy do przestrzeni lotniska w Krakowie. Niestety, omyłkowo nie załączył jej do złożonej ofert.

Dnia 23 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania wskazując na ww. brak.

Uzasadniając merytorycznie zarzuty odwołania Odwołujący podkreślił, że należy odróżnić treść oferty wykonawcy (tj. zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia w sposób zgodny z SIWZ) od wymaganych dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane wykonanie zamówienia (świadczenie usług) spełnia wymogi zamawiającego.

Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wymaga, aby poszczególni wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego złożyli swoje oferty, tj. pisemne, wiążące zobowiązania do wykonania zamówienia (wykonania usług) zgodnie z warunkami przewidzianymi w SIWZ. Ponadto, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że sam wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1) Pzp) oraz, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp). Opisane powyżej oświadczenia i dokumenty, choć składane wraz z ofertą, nie stanowią *sensu stricto* jej treści, a jedynie są podstawą do weryfikacji przez zamawiającego, czy zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia (świadczenia usług) faktycznie spełnia stawiane warunki. W doktrynie owe dokumenty opisane w art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp. definiuje się jako tzw. „dokumenty przedmiotowe”, czyli dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań do wymagań merytorycznych oferty należałoby zaliczyć m.in. warunek złożenia wiążącego zobowiązania oferenta do wykonania elementu kampanii w postaci kreacji, produkcji oraz ekspozycji wystawy fotograficznej w przestrzeni publicznej, poświęconej efektom projektów Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy realizowanych w całej Polsce. Powyższe potwierdza § 2 wzoru umowy, zgodnie z którym przedmiotem umowy jest opracowanie kampanii promującej Szwajcarsko-Polski Program Współpracy, na który składa się m.in. wystawa fotograficzna (kreacja, produkcja i ekspozycja).

O spełnieniu tego warunku merytorycznego Odwołujący zapewnił w treści swojej oferty. Wiążące w tym zakresie jest oświadczenie woli Odwołującego zawarte w formularzu oferty, zgodnie z którym zobowiązuje się wykonać całość zamówienia, w tym jego poszczególne części (również kreację, produkcję i ekspozycję wystawy fotograficznej) za określoną cenę. W przeciwieństwie do ww. warunku merytorycznego oferty, oświadczenia i dokumenty załączane do oferty Odwołującego, tj. wstępny projekt graficzny ekspozytorów oraz wstępny projekt adaptacji wystawy do przestrzeni konkretnych lokalizacji stanowią warunki formalne oferty. Dokumenty te są bowiem składane w celu potwierdzenia, że oferowana usługa w postaci przeprowadzenia wystawy fotograficznej spełnia wymogi SIWZ (tj. że przedmiot zamówienia w zakresie wykonania wystawy fotograficznej

w przestrzeni publicznej spełnia założenia w zakresie kreacji, produkcji i ekspozycji szczegółowo przewidziane m.in. w pkt 5 Załącznika nr 1 do SIWZ – SOPZ.

Zdaniem Odwołującego adaptacja wystawy fotograficznej nie może być uznana za element wiążącej treści jego oferty. Dokument ten zawiera bowiem jedynie dane o charakterze wstępnym, orientacyjnym i pogładowym. Uszczegółowienie tych danych będzie możliwe dopiero po udzieleniu zamówienia, na etapie realizacji. Adaptacja wystawy do konkretnego miejsca w przestrzeni danego lotniska lub dworca kolejowego będzie zatem podlegała doprecyzowaniu na późniejszym etapie postępowania. Powyższe potwierdza wprost Zamawiający w pkt 7.15 lit. d) SIWZ stwierdzając, że opis sposobu realizacji zamówienia ma zawierać wstępną opisową koncepcję kampanii. Następnie w pkt 7.15 lit d) pkt 5) SIWZ Zamawiający wskazuje, że wystawa fotograficzna powinna składać się ze wstępnego projektu graficznego ekspozytorów oraz adaptacji wystawy do konkretnych przestrzeni.

Zamawiający jednoznacznie rozstrzygnął tą kwestię w odpowiedzi na pytanie nr 51 do SIWZ („Zwracam się z prośbą dotyczącą projektu wystawy – port lotniczy w Krakowie nie jest w stanie określić dla nas konkretnej powierzchni.”), udzielone 18 maja 2016 r., odpowiadając że „Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z pkt 7.15 lit. d) pkt 5 SIWZ przedstawiony projekt adaptacji wystawy do przestrzeni lotnisk i dworców ma być projektem wstępnym”.

W powyższym kontekście wskazać należy, iż aktualnie, aż do IV kwartału 2016 r. (początek października 2016 r.), lotnisko w Krakowie jest w przebudowie. Z uwagi na prowadzoną modernizację władze lotniska odmawiają wykonawcom wskazania konkretnej przestrzeni wystawowej. W związku z tym na obecnym etapie Postępowania wykonawcy mogą jedynie przyjąć pewne wstępne założenia odnośnie umiejscowienia samej wystawy. Ostateczna i konkretna lokalizacja zostanie bowiem wskazana przez władze lotniska po zakończeniu trwającej modernizacji. Nie budzi zatem wątpliwości, że owe założenia nie mają charakteru konkretnego, a tym bardziej wiążącego. Doprecyzowanie lokalizacji wystawy dla lotniska w Krakowie nastąpi najprawdopodobniej na początku października 2016 r. Do tego czasu ani wykonawca, ani zamawiający nie są w stanie wskazać jej umiejscowienia.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że adaptacja wystawy fotograficznej do przestrzeni lotniska w Krakowie nie miała charakteru ani wiążącego, ani konkretnego, ani tym bardziej stałego, bowiem mogła podlegać zmianom. Nie można jej zatem uznać za element treści samej oferty. Dokument ten dotyczy bezsprzecznie samej formy oferty i stanowi tzw. dokument przedmiotowy.

Dokumenty przedmiotowe jakimi w tym przypadku są: wstępny projekt graficzny ekspozytorów oraz adaptacja wystawy fotograficznej do przestrzeni lotniska Kraków-Balice, nie tworzą ścisłej treści oferty, ale jedynie potwierdzają, że oferta spełnia wymagania przewidziane w SIWZ i jako takie wchodzi w skład dokumentacji oferty. W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania, czy zmiany treści oferty statutowanego w art. 87 ust. 1 Pzp, dokumenty przedmiotowe mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wskazać należy, że w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia było zobowiązanie wykonawcy do przeprowadzenia kampanii reklamowej składającej się z 7 elementów, w tym z wystawy fotograficznej. Oferta Odwołującego zawiera wiążące i bezwarunkowe zobowiązanie do wykonania ww. kampanii również w zakresie wykonania wystawy fotograficznej w przestrzeni publicznej w 10 wybranych przez Zamawiającego lokalizacjach. Wykonawca sporządził także projekt graficzny i techniczny całej wystawy i jest gotowy ją wyprodukować oraz zapewnić ekspozycję w wymaganych przez Zamawiającego lokalizacjach. Sama wystawa będzie zawierała 20 zdjęć projektowych oraz tekst/planszę tytułową itd., zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, uzupełnienie adaptacji wystawy fotograficznej do przestrzeni lotniska Kraków-Balice nie może w żadnym wypadku doprowadzić do zmiany oferty w zakresie opisanego powyżej zobowiązania. Przedmiot umowy (w pełnym zakresie obejmującym także wystawę fotograficzną), został w sposób wiążący objęty zobowiązaniem ofertowym Odwołującego ujętym w formularzu oferty. Jak wykazano – zobowiązanie ofertowe obejmuje bowiem kampanię reklamową wraz z jej 7 elementami, w tym wystawę fotograficzną. Wskazany przedmiot umowy nie podlega już zmianie i jest wiążący dla Odwołującego. Szczegółowy opis oferowanej przez Odwołującego wystawy fotograficznej, uwzględniający wszystkie wymogi Zamawiającego przedstawione w SIWZ, znajduje się na str. 90-112 oferty Odwołującego.

Zarzucana przez Zamawiającego niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c. Powinna odnosić się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, tj. materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ. W niniejszej sprawie opisana powyżej niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie zachodzi. Odwołujący zobowiązał się w ramach kampanii reklamowej do wykonania wystawy fotograficznej, również na terenie lotniska Kraków-Balice. Nie załączył jedynie adaptacji tej wystawy do przestrzeni lotniska, jednakże to uchybienie nie ma znaczenia dla merytorycznego zakresu oferowanej usługi, gdyż dotyczy jedynie warunków formalnych oferty.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), powinna dotyczyć istoty przedmiotu zamówienia wyrażonego w SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie a więc treści, a nie formy oferty. Odrzucenie oferty następuje zatem w sytuacji istotnej merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, po właściwym uprzednim przeprowadzeniu przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp. Wspomniane czynności to wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Charakteryzując dokumenty, do których uzupełnienia – zdaniem Odwołującego – powinien go wezwać Zamawiający Odwołujący podkreślił, że ich katalog nie jest zamknięty, o czym świadczy treść przepisu § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Odwołujący podał, że na gruncie ww. przepisu wizualizacja adaptacji wystawy do przestrzeni lotniska może być kwalifikowana jako próbka, bądź opis lub fotografia produktu.

Odwołujący przytoczył następnie treść przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i stwierdził, że zgodnie z ugruntowanym w doktrynie oraz orzecznictwie KIO poglądem, odrzucenie oferty nie może nastąpić bez zastosowania procedury w nim opisanej. Podał, że Pzp wprowadza jedynie dwa wyjątki od zastosowania obowiązkowej procedury wzywania wykonawców do uzupełnienia oferty – konieczność unieważnienia postępowania i stwierdzenie przez zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, jednak żaden z nich nie zaszedł w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Odwołującego art. 26 ust. 3 Pzp traktuje na równi sytuację, w której wykonawca w ogóle nie złożył oświadczeń i dokumentów z sytuacją, gdy w złożonych oświadczeniach i dokumentach są błędy lub są one niekompletne. W obydwu przypadkach zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów.

Zdaniem Odwołującego niekompletne dokumenty dotyczące wystawy fotograficznej podlegały uzupełnieniu o adaptację do przestrzeni lotniska w Krakowie, a wezwanie Odwołującego do jej uzupełnienia było obowiązkiem Zamawiającego. Forma adaptacji została pozostawiona wykonawcom do wyboru. Również postać komputerowej wizualizacji byłaby odpowiednia, co potwierdzają oferty złożone przez innych wykonawców w Postępowaniu.

Za koniecznością wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakującej adaptacji przemawia także niewielki zakres wymagający uzupełnienia. Brakująca adaptacja wystawy

fotograficznej do przestrzeni lotniska Kraków-Balice, była jedną z 10 opisanych w SOPZ. Odwołujący złożył 9 pozostałych adaptacji wymaganych przez Zamawiającego.

Zamawiający nie został zwolniony z obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu poprzez zawarcie wzmianki w pkt 7.15 SIWZ, stanowiącej że „złożenie opisu niezawierającego któregokolwiek z informacji wymaganych zgodnie z powyższym opisem będzie skutkować odrzuceniem oferty”. Zamawiający nie może bowiem w drodze jednostronnych czynności zmieniać lub uchylać obowiązków nakładanych na niego w drodze bezwzględnie wiążących przepisów prawa, m.in. obowiązku wezwania do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Niezgodne z prawem postanowienia znajdujące się w SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem uważa się je za bezskuteczne. W sytuacji wprowadzenia przez Zamawiającego do SIWZ postanowień sprzecznych z prawem, zastosowanie znajdzie art. 58 K.c. Stosownie zaś do treści § 3 tegoż artykułu, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważna czynność prawna (lub jej część) jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać. Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż sprzeczne z prawem postanowienia SIWZ nie wymagają osobnego ich zaskarżenia.

Nie jest dopuszczalne przenoszenie przez Zamawiającego skutków swoich nieprawidłowych i błędnych czynności na wykonawców. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa warunki na jakich ono przebiega, w granicach dopuszczonych jednakże przez Pzp. W przypadku zatem popełnienia przez Zamawiającego rażącego błędu, jakim było sformułowanie zapisów SIWZ dotyczących zasad odrzucania oferty bez uprzedniego wezwania do ich uzupełnienia, wykonawcy nie mogą ponosić ich negatywnych skutków.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący niewłaściwie zinterpretował charakter dokumentu pn. „Opis sposobu realizacji zamówienia”, co w konsekwencji prowadzi go do błędnej interpretacji art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie żądał złożenia wraz z ofertą dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykaz dokumentów i oświadczeń jakie mają dostarczyć wykonawcy, podlegających uzupełnieniu w trybie art 26 ust. 3 Pzp, określono w Rozdziale 5 SIWZ oraz



w sekcji III.2.1 i w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, wymieniając m.in. dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp – wykaz wykonanych głównych usług oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia

Natomiast w Rozdziale 7 SIWZ zawierającym opis sposobu przygotowania ofert, w pkt 7.15 lit d) SIWZ, Zamawiający żądał złożenia Opisu sposobu realizacji zamówienia, sporządzonego zgodnie z podanymi wymaganiami, w których wymieniono m.in. wstępny projekt graficzny ekspozytorów i adaptacji wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców kolejowych. Pod pkt 7.15 lit. d) zawarto informację, że niezłożenie opisu sposobu realizacji zamówienia lub złożenie opisu niezawierającego którejkolwiek z informacji wymaganych zgodnie z powyższym opisem będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Z ww. postanowień jednoznacznie wynika, że Zamawiający w wyraźny i jednoznaczny sposób oddzielił dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu od zawartości treści oferty.

Zamawiający podkreślił, że wszystkie wymagane w pkt 7.15 lit d) SIWZ informacje były potrzebne do dokonania oceny ofert w ramach jakościowych kryteriów oceny. Wstępny projekt graficzny ekspozytorów i adaptacja wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców kolejowych podlegał ocenie w ramach kryterium „Koncepcja kreatywna” (łącznie do 45 pkt), zgodnie z postanowieniami Rozdziału 12 pkt 12.4 SIWZ.

Z uwagi na to, że wystawa stanowi ważny i integralny element całej strategii komunikacji w ramach kampanii będącej przedmiotem zamówienia, Zamawiający wymagał złożenia projektów graficznych dla wszystkich lokalizacji, chcąc ją zwizualizować i ocenić w naturalnych przestrzeniach późniejszej ekspozycji.

Zamawiający przytoczył fragmenty oceny oferty Wykonawcy FKS w kryterium jakościowym i stwierdził, że wynika z tego wyraźnie, że odnosił się w ocenie ofert do składanych wraz z ofertą wstępnych projektów graficznych ekspozytorów i adaptacji wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców kolejowych. Ponadto zauważył, że wykonawca mógł zaproponować np. różne aranżacje wystawy (pod względem rozwiązań techniczno-plastycznych) dla różnych lokalizacji. Intencją Zamawiającego było również zwrócenie uwagi wykonawców na konieczność takiego przygotowania wystawy, która byłaby możliwa do ekspozycji w różnych przestrzeniach dworców i lotnisk z zachowaniem odpowiedniej ekspozycji dla publiczności, w związku z czym także przewidzenie konieczności elastyczności i zróżnicowania układów aranżacyjnych, a także uniknięcie sytuacji, w której zaproponowana wystawa byłaby

przeskalowana w stosunku do dostępnej powierzchni ekspozycyjnej, W przypadku niezłożenia projektu adaptacji wystawy dla jednej z lokalizacji, tak jak miało to miejsce w ofercie Odwołującego, Zamawiający nie wiedział jak będzie wyglądała wystawa w tejże lokalizacji i co za tym idzie nie mógł dokonać oceny oferty z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Umożliwienie jednemu z wykonawców uzupełnienia jednej z wizualizacji po terminie składania i otwarcia ofert, w sytuacji, w której mógł on zapoznać się już z ofertami innych wykonawców mogłoby prowadzić do przedstawienia adaptacji wystawy o innym charakterze niż złożone wraz z ofertą dla innych lokalizacji, która potencjalnie mogłaby wpłynąć na odmienną (potencjalnie wyższą) ocenę oferty wykonawcy,

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że jeśli próbka oraz procedura jej badania została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia parametrów jakościowych, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty i nie może podlegać uzupełnieniu. Analogiczna sytuacja powstała w przedmiotowej sprawie w przypadku brakującej adaptacji wystawy fotograficznej do przestrzeni lotniska Kraków-Balice. Dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełniania dokumentów podlegających ocenie punktowej w ramach kryterium jakościowego prowadziłoby do zmiany treści oferty, a co za tym idzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 Pzp. Nie można również zgodzić się z tezą Odwołującego, że „za koniecznością wezwania do uzupełnienia brakującej adaptacji przemawia także niewielki zakres wymagający uzupełnienia”. Nawet dołączenie wyłącznie jednej brakującej adaptacji prowadziłoby do zmiany treści oferty.

Błędne jest zatem stanowisko wynikające z odwołania jakoby żądane przez Zamawiającego wstępne projekty graficzne ekspozytorów i adaptacji wystawy nie stanowiły treści oferty ale były dokumentami przedmiotowymi, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Instytucja uzupełniania dokumentów nie znajduje zastosowania w stosunku do treści oferty, gdyż ta może być korygowana jedynie przez poprawienie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp), a w przypadku rozbieżności z treścią SIWZ, poprawiana w granicach dopuszczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niektórych dokumentów z oferty nie można już uzupełnić ani zmienić.

Zamawiający podał również, że postanowienia pkt 7.15 lit d) SIWZ nie były w żaden sposób kwestionowane przez wykonawców. W toku Postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na dwa pytania dotyczące obowiązku złożenia wstępnego projektu graficznego ekspozytorów i adaptacji wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców kolejowych, w których potwierdził wymóg złożenia adaptacji wystawy

fotograficznej do przestrzeni wszystkich lokalizacji wymaganych zgodnie z SOPZ, w tym dla lotniska Kraków-Balice. Pierwsze z nich, dotyczyło Rozdziału 12 SIWZ, w którym opisano kryteria oceny ofert, natomiast drugie dotyczyło pkt. 7.15 lit. d) SIWZ:

Stosownie do art. 182 ust. 2 Pzp wykonawcom przysługuje odwołanie wobec treści ogłoszenia i wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem w toku Postępowania żaden z wykonawców nie kwestionował opisu sposobu przygotowania ofert zawartego w Rozdziale 7 SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca FKS wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 15 września 2016 r. Wykonawca FKS przedstawił następującą argumentację na poparcie powyższego wniosku.

Zamawiający w pkt 7.15 lit. d) ppkt 5 SIWZ wskazał, że „Oferto musi zawierać: (...) Opis sposobu realizacji zamówienia, sporządzony zgodnie z podanymi poniżej wymaganiami, zawierający wstępną opisową koncepcję kampanii, wykorzystującą wskazania dla kreacji zawarte w SOPZ wraz z uzasadnieniem w kontekście celu kampanii, grupy docelowej, marki, przekazu, pozycjonowania, zakresu tematycznego. Wszystkie wskaźniki media planu, o których mowa poniżej należy podać w tabeli sporządzonej i wypełnionej zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6a do SIWZ (Arkusze: MediaPlan\_01 oraz MediaPlan\_02) (...) Wystawa fotograficzna – wstępny projekt graficzny ekspozytorów i adaptacji wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców kolejowych (w wersji wydrukowanej)”. W dalszej części omawianego pkt 7.15 SIWZ Zamawiający wprost zastrzegł, iż niezłożenie opisu sposobu realizacji zamówienia lub złożenie opisu niezawierającego którejkolwiek z informacji wymaganych zgodnie z powyższym opisem będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Wykonawca FKS stwierdził, że nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż dokument adaptacji miejsca wystawy do przestrzeni lotniska Kraków-Balice stanowi dokument przedmiotowy określony w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a więc uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Adaptacja ta stanowi dokument, który przedstawia w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować przedmiot zamówienia. Innymi słowy, przedmiotowy dokument przedstawia to co wykonawca oferuje Zamawiającemu (oczywiście wstępnie) w podanej w formularzu cenie oferty.

Projekt adaptacji pomieszczeń jest dokumentem zawierającym wizję rozwiązania zaoferowanego przez Odwołującego w zakresie przedmiotu zamówienia. Wobec tego nie jest ani dokumentem, ani też oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25

ust. 1 pkt. 2 Pzp. Fakt, iż adaptacja jest projektem wstępnym nie powoduje, iż automatycznie traci ona status treści oferty.

Należy stwierdzić, że skutki niezłożenia wraz z ofertą wymaganego dokumentu zależą od roli, jaką mu przypisano w świetle postanowień SIWZ. Nie bez znaczenia jest zatem fakt, iż zgodnie z przytoczonym powyżej pkt 7.15 SIWZ Zamawiający już w momencie publikacji dokumentacji przetargowej zakwalifikował adaptację jako treść oferty i poinformował, że brak któregokolwiek z elementów opisu realizacji będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Treść SIWZ jest w przedmiotowym zakresie jasna i nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych. Po upływie terminu składania ofert postanowienia SIWZ stają się wiążące nie tylko dla Zamawiającego, ale także dla wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie może podnosić argumentacji dotyczącej wadliwej kwalifikacji (zawartej w SIWZ) braku danego dokumentu jako wady skutkującej odrzuceniem oferty. Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, mógł skorzystać z przysługujących mu na gruncie Pzp uprawnień lub środków ochrony prawnej i zadać pytanie Zamawiającemu o zasadność dokonanej kwalifikacji adaptacji jako stanowiącej treść oferty lub też wnieść odwołanie wobec treści SIWZ – takich czynności zaniechał.

W ocenie Wykonawcy FKS Odwołujący dąży do zmiany niekorzystnego dla siebie postanowienia SIWZ na etapie oceny ofert. Działanie takie nie zasługuje na akceptację. Postanowienie pkt 7.15 SIWZ nie zostało zakwestionowane w żaden sposób na etapie jego publikacji, a zatem jest jednakowo wiążące dla wszystkich uczestników niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle przepisów Pzp bez znaczenia pozostaje argument, że „za koniecznością wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakującej adaptacji przemawia także niewielki zakres wymagający uzupełnienia”. Przepisy Pzp nie umożliwiają sanowania błędu (uzupełnienia oferty) ze względu na niewielki zakres przedmiotowy brakujących informacji. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie może budzić wątpliwości fakt, że oferta Odwołującego została sporządzona odmiennie niż żądał tego Zamawiający (w aspekcie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w zakresie adaptacji), w związku z czym zasadne było jej odrzucenie jako niezgodnej z treścią wymagań SIWZ.

Wykonawca FKS podkreślił, że bezzasadność zarzutu podniesionego przez Odwołującego uzasadnia jeszcze jeden istotny aspekt, który został pominięty w treści złożonego odwołania. Adaptacja, której Odwołujący nie przedstawił wraz z ofertą, podlegała ocenie punktowej w ramach kryterium „Koncepcji kreatywnej” o wadze 45%. Wstępny projekt

graficzny adaptacji wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk i dworców stanowił zatem element oceny ofert (a nie dokument przedmiotowy), za który można było uzyskać określoną liczbę punktów. Dopuszczenie do uzupełnienia przez Odwołującego adaptacji wystawy do przestrzeni lotniska Kraków-Balice stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 Pzp), ponieważ Odwołujący mógłby uzupełnić ww. dokument po zapoznaniu się z projektami złożonymi wraz z ofertami jej konkurentów, co dawałoby mu przewagę w stosunku do wykonawców, którzy stosując się do postanowień SIWZ przedłożyli wymaganą adaptację już w dniu składania ofert.

Wykonawca FKS stwierdził, że przyjmując argumentację Odwołującego o możliwości uzupełnienia adaptacji jako dokumentu przedmiotowego należałoby również dopuścić zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do dokumentu już złożonego w sytuacji, gdy wykonawca nie otrzymałby maksymalnej ilości punktów. Brak bowiem maksymalnej ilości punktów w danym kryterium oznacza, iż złożony dokument (zakładając, iż jest to dokument przedmiotowy) w jakimś stopniu nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, natomiast stosownie o treści art. 26 ust. 3 Pzp w takim przypadku należałoby wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, iż dopóki wykonawca nie uzyska maksymalnej liczby punktów w ramach kryteriów pozacenowych określonych w SIWZ, Zamawiający powinien stosować art. 26 ust. 3 Pzp (względnie art. 26 ust. 4 Pzp), co z kolei byłoby sprzeczne z celem wprowadzenia do SIWZ kryteriów oceny ofert.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy FKS zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę FKS (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ wraz z załącznikami (SOPZ i istotnych postanowień umowy), wniosków o wyjaśnienie postanowień SIWZ wraz z odpowiedziami Zamawiającego (pismo z dnia 18 maja 2016 r.), oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokumentów załączonych do odwołania (niewymienionych powyżej), tj. wstępnej koncepcji graficznej z adaptacjami (załącznik nr 7),

korespondencji Odwołującego z pracownikiem zarządcy portu lotniczego Kraków-Balice (załącznik nr 8), informacji ze strony internetowej ww. portu lotniczego o prowadzonej przebudowie (załącznik nr 10), zdjęć przykładowych adaptacji zawartych w ofertach innych uczestników Postępowania (załączniki nr 12-15).

Na ich podstawie ustalono, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Rozstrzygnięcia wymagał natomiast charakter dokumentu pod postacią adaptacji.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Odwołujący nietrafnie przypisywał spornemu dokumentowi charakter przedmiotowy, wywodząc z tego możliwość jego uzupełnienia.

Przed wszystkim należało zwrócić uwagę na pominiętą w treści odwołania i bagatelizowaną przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, że brakująca adaptacja wystawy do przestrzeni lotniska Kraków-Balice była dokumentem podlegającym ocenie w kryterium jakościowym („Koncepcja kreatywna”), zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale 12 pkt 12.4 SIWZ. Wspomniane postanowienie *notabene* odsyła do Rozdziału 7 pkt 7.15 d) SIWZ (opis składowych wstępnej opisowej koncepcji kampanii będącej opisem sposobu realizacji zamówienia), w którym, w ppkt 5, wymieniono wstępny projekt graficzny i adaptację wystawy do przestrzeni wszystkich wymaganych w SOPZ lotnisk. Powyższe, zdaniem składu orzekającego, potwierdza, że wspomniana adaptacja nie służyła prostemu potwierdzeniu, że oferowana usługa spełnia wymogi postawione w SIWZ, ale stanowiła podstawę merytorycznej oceny oferty w przewidzianym przez Zamawiającego kryterium jakościowym. Z uwagi na powyższe należało przyjąć, że stanowi ona niepodlegający uzupełnieniu fragment oświadczenia woli wykonawcy, nie zaś – jak chciał tego Odwołujący – dokument przedmiotowy, którego brak może być sanowany w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Przyjęcie odmiennego zapatrywania stawałoby w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który nie załączyłby do oferty takiego dokumentu, ponieważ – będąc wezwany do jego uzupełnienia – mógłby zapoznać się z ofertami konkurentów i przyznać im punktację, uzyskując tym samym nieuzasadnioną przewagę. Nawiasem mówiąc sytuacja ta potwierdziła się w postępowaniu odwoławczym, ponieważ Odwołujący – wbrew swoim twierdzeniom – dysponował fragmentami adaptacji znajdującymi się w ofertach innych uczestników Postępowania (*vide* załącznik nr 12-15 do odwołania i fotografia okazana na rozprawie).

Ponadto, przyjęcie poglądu o przedmiotowym charakterze dokumentu adaptacji nakazywałoby dopuścić możliwość jego uzupełnienia także w sytuacji, gdyby obarczony był

on błędem (tj. przykładowo w przypadku nieotrzymania w toku jego oceny maksymalnej liczby punktów). To z kolei stawiałoby pod znakiem zapytania sens dokonywania oceny punktowej adaptacji, skoro każdy z wykonawców miałby szansę na jej poprawienie w następstwie zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp. Co więcej, można byłoby wyobrazić sobie sytuację, w której uzupełniony dokument ponownie nie otrzymał maksymalnej liczby punktów, co powodowałoby konieczność odrzucenia oferty, co także podważałoby celowość dokonywania ocen punktowych.

Przedstawionego zapatrywania nie zmienia twierdzenie Odwołującego o wstępnym, niewiążącym charakterze adaptacji. Przedmiotem oceny w przewidzianym przez Zamawiającego kryterium jakościowym był nie tyle ostateczny kształt kampanii, który – jak na to wskazywał sam Zamawiający – niewykluczone, że będzie podlegał modyfikacjom w stosunku do założeń przedstawionych w ofercie, ale kreatywność (poczucie estetyki, wyobraźni przestrzennej) samego wykonawcy. Wniosek taki należało wyprowadzić na podstawie analizy dowolnego wstępnego projektu graficznego, w którym ujęto i opisano (a także przedstawiono w formie schematów graficznych) elementy poszczególnych wystaw, które miały zostać następnie zaaranżowane w przestrzeni określonej w SOPZ lokalizacji (dworców/lotnisk). Dopiero taka wizualizacja daje Zamawiającemu podstawę pełnej oceny wspomnianych kompetencji wykonawcy, ponieważ mogłoby przykładowo zdarzyć się tak, że wykonawca stworzyłby pomysłowe projekty plakatów (za które otrzymałby od Zamawiającego wysokie oceny), ale nie potrafiłby ich atrakcyjnie zaaranżować w przestrzeni. Z tej przyczyny podawanie w wątpliwość na rozprawie zasadności wymagania złożenia adaptacji nie mogło się ostać, a nadto było spóźnione, bowiem stanowić powinno argument dla ewentualnego kwestionowania postanowień SIWZ. Z kolei twierdzenie, że adaptacja niejako powieliła informacje zawarte we wstępnym projekcie graficznym, co miało dowodzić jej zbędności, było nietrafne z tego względu, że informacje z projektu miały zostać niejako w sposób twórczy wykorzystane przy ich wizualizacji.

Skład orzekający uznał również, że zaprezentowana przez Odwołującego na rozprawie argumentacja dotycząca sposobu sformułowania podkryteriów oceny ofert odnoszących się do wystaw fotograficznych była pozbawiona logiki. Skoro bowiem Zamawiający, w każdym ze wspomnianych podkryteriów, odnosił się łącznie (w koniunkcji) do wstępnego projektu graficznego i adaptacji wystawy do przestrzeni lotniska, to nie sposób twierdzić o różnym charakterze tych dokumentów i wywodzić na tej podstawie, że pierwszy z nich nie podlega uzupełnieniu, a drugi – tak, mimo że obydwa są przez Zamawiającego merytorycznie oceniane i służą temu samemu celowi, na który wskazano powyżej.

Nie przemawiał również za stanowiskiem Odwołującego argument, że nie załączył do oferty wyłącznie jednego dokumentu, a zatem zakres oczekiwanego przezeń wezwania do

uzupełnienia dokumentów byłby niewielki. Okoliczność ta jest całkowicie pozbawiona znaczenia, ponieważ istotny w tym zakresie jest ustalony w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publiczny charakter dokumentu. Dopuszczalne i spotykane w praktyce są sytuacje, w których zamawiający wzywa do uzupełnienia szeregu dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, nie robiąc tego w przypadku, gdy ma do czynienia z merytoryczną treścią oferty, niezależnie od tego czy jest ona wyrażona w kilku, czy tylko w jednym dokumencie.

W konsekwencji Izba uznała, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie Rozdziału 7 pkt 7.15 *in fine* SIWZ nie stanowiło – jak chciał tego Odwołujący – sprzecznej z prawem klauzuli, a jedynie potwierdzenie merytorycznego charakteru adaptacji.

Nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania okazały się dowody z uzupełnionej wstępnej koncepcji graficznej z adaptacjami, korespondencji Odwołującego z pracownikiem zarządcy portu lotniczego Kraków-Balice i informacji ze strony internetowej ww. portu lotniczego o prowadzonej przebudowie (załączniki nr 7, 8 i 10 do odwołania). Dla przesądzenia kwestii możliwości uzupełnienia brakującej adaptacji nie miało bowiem znaczenia, czy Odwołujący generalnie jest zdolny do stworzenia adaptacji spełniającej wymogi SIWZ oraz przyczyn występowania trudności w uzyskaniu niezbędnych do tego informacji.

Mając powyższe na względzie Zamawiający, wobec braku dokumentu adaptacji wystawy do przestrzeni lotniska Kraków-Balice, nie był w stanie poddać jakościowej ocenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niekompletność (przykładowo można tu wskazać na podkryteria odnoszące się zarówno wprost do oceny koncepcji wystawy fotograficznej – patrz ppkt 12.4.1.5, 12.4.2.6, 12.4.3.a).5 SIWZ, jak i do oceny koncepcji całej kampanii – ppkt 12.4.2.1, czy 12.4.3.b) SIWZ), co uzasadniało jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w zw. Z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na brak możliwości jego zastosowania do tego elementu oferty Odwołującego, jako że nie stanowił on dokumentu przedmiotowego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....