

WYROK

z dnia 17 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 października 2018 r. przez **wykonawcę CLICKAD INTERACTIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego:**

Polską Agencję Inwestycji i Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newco**

– **Partners Sp. z o.o. oraz ABI Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawcy INFINITY MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** głaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy CLICKAD INTERACTIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów pkt III. 2, 3, 4, 6 odwołania;

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Polską Agencję Inwestycji i

Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę**

CLICKAD INTERACTIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od **Zamawiającego: Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy**

CLICKAD INTERACTIVE

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisów oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Agencja Inwestycji i Handlu S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Zaplanowanie i wykup czasu antenowego w stacjach telewizyjnych i w stacjach radiowych*

kampanii promującej działania

Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S. A. w kontekście rozwoju Zagranicznych Biur Handlowych".

Wykonawca CLICKAD INTERACTIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej „Odwołującym”) w dniu 1 października 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newco – Partners Sp. z o.o. oraz ABI Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newco – Partners Sp. z o.o. oraz ABI Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie, wyboru oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy CLICKAD INTERACTIVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newco – Partners Sp. z o.o. oraz ABI Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym Konsorcjum Newco”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy INFINITY MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym Infinity”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W ocenie Zamawiającego treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada wymaganiam SIWZ. Zamawiający powołał się na wymagania opisane w rozdziale III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia – „*proporcje podziału stacji radiowych: stacje ogólnopolskie: 50% I RMF FM, Radio Zet oraz pakiet Trójka Premium (Trójka oraz Czwórka), stacje regionalne 50%*”. W uzasadnieniu decyzji

Zamawiający odwołał się do treści wyjaśnień i załącznika nr 1 złożonych przez Odwołującego w dniu 20 września 2018r. (odpowieź na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 września 2018r.). Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że programy TOK FM, VOX FM, RMF CLASSIC, PLUS, Eska, WAWA, Rock Radio (sieć), Złote Przeboje (sieć), Ra Pogoda, RMF MAXXX nie znajdują się, według Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, w wykazie stacji regionalnych, jak również, że Odwołujący nie zachował proporcjonalnego podziału ilości spotów w Zadaniu II pkt 2 lit. b).

Zgodzić należało się z Odwołującym, że w związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający doprecyzował sformułowane wymagania, iż wskazane proporcje powinny dotyczyć rozplanowania budżetu kampanii.

Oferta Odwołującego odpowiadała wymaganiam SIWZ co do zachowania proporcjonalnego podziału kampanii w stacjach regionalnych.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający nie wymagał podziału identycznego/ równego spotów, a podziału proporcjonalnego i taki podział został zachowany w ofercie Odwołującego, jest zachowany w ofercie Odwołującego. Każdy z zaproponowanych przez CLICKAD pakietów/sieci miało liczbę spotów podaną łącznie, których suma dawała 160 spotów. Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, że Zamawiający nie wymagał przedstawienia w

ofercie szczegółowego podziału spotów pomiędzy stacje radiowe regionalne – gdyż takie żądanie nastąpiło wezwaniem do

„uzupełnienia informacji” w dniu 17 września 2018r.

Niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmując decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Zatem niedopuszczalnym jest w opinii Izby interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Zatem zgodzić należało się z Odwołującym, że stanowisko Zamawiającego, iż wskazane w odpowiedzi na wezwanie z 17 września 2018r. stacje radiowe nie stanowią stacji regionalnych na podstawie danych KRRiT zauważyć należy, że w treści SIWZ nie zostało w żaden sposób określone, co należy rozumieć pod pojęciem stacji regionalnych, Zamawiający nie powołał się na dane KRRiT. Zgodzić należało się z odwołującym, że jeśli Zamawiający, wskazując w SIWZ na stacje regionalne miał na myśli dane KRRiT, to powinien powyższe wskazać wprost w SIWZ. Istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy były działania Zamawiającego, który przed otwarciem rozprawy oświadczył, że dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił postępowanie w dniu 12 października 2018 r. Jednocześnie Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a na moment rozstrzygnięcia niniejszego sporu decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie była decyzją prawomocną - termin na jej zaskarżenie upływał w dniu 22 października 2018 r. Jednocześnie Zamawiający twierdził, że unieważnienie postępowania niweczy wszystkie czynności, w tym także czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a orzekanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie będzie miało wpływu na wynik tego postępowania, gdyż Zamawiający unieważnił całe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba co do prezentowanego stanowiska w tej sprawie również nie mogła się zgodzić. Przede wszystkim w pierwszej kolejności należy przywołać treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego - może mieć wpływ na wynik tego postępowania, z uwagi na fakt, że decyzja o unieważnieniu postępowania, nie jest na moment orzekania decyzją prawomocną, a Zamawiający - co jest istotne w tej sprawie - nie unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego - pozostawiając tę czynność w postępowaniu - w przeciwieństwie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem Zamawiający w swej argumentacji jest niekonsekwentny, gdyż jednej strony twierdzi, że unieważnienie postępowania niweczy wszystkie dokonane dotychczas czynności w tym postępowaniu, z drugiej strony – unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie unieważniając czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba wobec brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązana była do rozpatrzenia merytorycznie zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została unieważniona przez Zamawiającego, zatem w tym zakresie dalej istniał substrat zaskarżenia, a Izba nie badając zarzutów merytorycznie mogłaby - w przypadku ewentualnego zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania ze skutkiem pozytywnym dla Odwołującego – doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca po wzruszeniu czynności unieważnienia postępowania pozbawiony byłby możliwości skarżenia czynności odrzucenia swojej oferty na późniejszym etapie. Zatem Izba uznając, że naruszenie przepisów nie ma wpływu na wynik tego postępowania pozbawiłaby Odwołującego możliwości zaskarżenia czynności odrzucenia jego oferty, gdyż Izba uznając na tym etapie postępowania, że naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, doprowadziłaby do sytuacji w której w przypadku wzruszenia decyzji odnoszącej się do unieważnienia postępowania wykonawca nie mógłby już skarżyć czynności odrzucenia swojej oferty, gdyż odwołanie w tej sprawie byłoby odwołaniem spóźnionym, podlegającym odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Odwołującego i uwzględniając odwołanie w tej części zobowiązała Zamawiającego do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie rozpoznawała zarzutów odnoszących się do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Newco – Partners Sp. z o.o. oraz ABI Media Holdings Sp. z o.o., gdyż zarzuty te zostały przez Odwołującego wycofane. Wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - na moment orzekania nie istniał substrat zaskarżenia, t.j. nie było już w postępowaniu czynności wyboru oferty Przystępującego Konsorcjum Newco.

W zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 187

ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem

odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Skoro wykonawca może cofnąć wniesione odwołanie, to tym bardziej uprawniony jest do wycofania części zarzutów.

Zatem Ustawodawca zobowiązuje Izbę, w przypadku wycofania zarzutów – zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie – do umorzenia postępowania odwoławczego. Logicznym jest, że zobowiązuje Izbę również do umorzenia postępowania odwoławczego, w przypadku wycofania części zarzutów wniesionego odwołania. Izba podzieliła pogląd wyrażony w orzeczeniu z dnia 24 września 2018 r., sygn. akt KIO 1817/18 zobowiązujący Izbę do umorzenia postępowania w części w przypadku wycofania części zarzutów wniesionego odwołania. Izba w całej rozciągłości przychyliła się do stanowiska wyrażonego w tym orzeczeniu, uzasadniającego częściowe umorzenie postępowania w sentencji wydanego wyroku.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wobec wycofania części zarzutów odwołania. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....

.....