

**WYROK**

**z dnia 19 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawcę **W. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. Wf. Bringmore Advertising z Chorzowa (41-506)** w postępowaniu prowadzonym przez **Stowarzyszenie Wielkich Jezior Mazurskich 2020 z Mikołajek (11-730)**

przy udziale wykonawcy **Tarraya S.A. z Poznania (60-263)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem kryteriów oceny ofert przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; w pozostałym zakresie zarzuty się nie potwierdziły,
2. kosztami postępowania obciąża **Stowarzyszenie Wielkich Jezior Mazurskich 2020 z Mikołajek (11-730)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. W. Bringmore Advertising z Chorzowa (41-506)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Stowarzyszenia Wielkich Jezior Mazurskich 2020 z Mikołajek (11-730)** na rzecz wykonawcy **W. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. W. Bringmore Advertising z Chorzowa (41-506)** kwotę **18 900 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Wykonawca **W. R., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. W. Bringmore Advertising, ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów** (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Przygotowanie i przeprowadzenie działań informacyjno-promocyjnych (kampanii informacyjno-promocyjnej realizowanych w ramach projektu pn: 7 Cudów Mazur – promocja gospodarcza obszaru wielkich jezior mazurskich ” (nr sprawy: wjm.271.12.2018), prowadzonego przez Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020, ul. Kolejowa 6, 11-730 Mikołajki (dalej „zamawiający”).

Odwołanie zostało złożone wobec:

1. zaniechania wezwania wykonawcy **Tarraya S.A** do przedstawiania: aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, aktualnego zaświadczenia właściwej

terenowej jednostce organizacyjnej ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) [dalej: „ustawa Pzp”],

2. zaniechania wezwania wykonawcy Tarraya S.A. do przedstawienia dokumentów potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. realizacji usług wskazanych w eferencjach na rzecz spółki SG 24 sp. z o.o., mimo oczywistych wątpliwości co do prawdziwości podanych danych, a to ze względu na fakt, iż brak jakiegokolwiek wzmianki w ogólnodostępnych źródłach mimo ponadprzeciętnej wartości usługi – miałyby być realizowane na rzecz podmiotu powiązanego osobowo, o tożsamym zakresie działalności (również agencja reklamowa),
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy Tarraya S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp mimo, iż ww. wykonawca w sposób zamierzony wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (wykaz zrealizowanych usług),
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Tarraya S.A. z naruszeniem zasady równego traktowania stron i uczciwej konkurencji,
5. oceny oferty odwołującego niezgodnie z określonymi kryteriami oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Tarraya S.A. do przedstawienia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnienie przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie podmiotowym i przedmiotowym,
3. art. 24 ust. 1 ust. 17, poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania mimo spełniania wskazanych w tym przepisie przesłanek,
4. art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego z naruszeniem kryteriów oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów i warunków określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł, w przypadku uwzględnienia odwołania, o:

1. nakazanie z zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia wykonawcy Tarraya S.A. z postępowania, względnie dokonania ponownego badania i oceny ofert po uprzednim wezwaniu wykonawcy Tarraya S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie podmiotowym i przedmiotowy, a w szczególności w zakresie prawdziwości złożonych referencji (faktycznego rozmiaru i zakresu świadczonych usług),
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie oceny oferty odwołującego,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

Odwołujący podał, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał oceny ofert, w wyniku której oferta odwołującego uzyskała drugą pozycję z łącznym wynikiem 85,96 punktów, za najlepszą ofertę została uznana oferta wykonawcy Tarraya S.A., która łącznie uzyskała 86,26 punktów.

Oświadczył, że wykonawca Tarraya S.A., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 września 2018 roku, wraz z pismem z dnia 17 września 2018 roku przedstawi dokumenty wykazujące spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla spółki Tarraya S.A. oraz jej Prezesa Zarządu M. S. oraz wykaz usług świadczonych w okresie 3 lat poprzedzających termin złożenia oferty.

Podniósł, że złożone dokumenty podmiotowe winny być aktualne na dzień złożenia czyli na dzień

17 września 2018 roku. Podał, że na potwierdzenie zostały złożone: zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z dnia 14 czerwca 2018 roku, a więc starsze niż 3 miesiące na moment złożenia, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek również z dnia 14 czerwca 2018 roku, a więc starsze niż 3 miesiące na moment złożenia, zaświadczenie o niekaralności dla spółki Tarraya S.A. z dnia 14 lutego 2018 roku, a więc starsze niż 6 miesięcy na moment złożenia; zaświadczenie o niekaralności dla M. S. – Prezesa Zarządu spółki Tarraya S.A. starsze niż 6 miesięcy na moment złożenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – złożone przez wykonawcę dokumenty winny być aktualne na dzień złożenia tj. 17 września 2018 roku.

Zdaniem odwołującego dokumenty ww. wykonawcy nie posiadają waloru „aktualności” w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, wobec czego zamawiający zobowiązany był do wezwania ww. wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do stosownego uzupełnienia przedstawionych dokumentów, a w razie braku ich uzupełnienia do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którą: „*Za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy PZP oraz art. 26 ust. 3 ustawy PZP należy uznać taki dokument który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia, ale także że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*” oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 roku KIO 494/19: „*Złożone w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) dokumenty uznaje się za aktualne, jeśli zostały wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert o nie są nadal aktualne na dzień ich złożenia, tj. stan potwierdzony tymi dokumentami nie uległ zmianie. Dokumenty aktualne na dzień złożenia, to zatem takie, które mimo upływu czasu od ich wystawienia nadal odzwierciedlają aktualną sytuację wykonawcy*”.

Powołał się także na wyrok z dnia 23 stycznia 2013 roku KIO 65/18, zgodnie z którym: „*Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia mają być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego startu faktycznego. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać brak podstaw do wykluczenia który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert, ale przez cały czas od momentu złożeniu oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że dopuszczalne jest wykazywanie braku podstaw do wykluczenia za pomocą zaświadczeń opatrzonych późniejszą datą niż data składania ofert. W świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwskażeń, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) były wystawione po upływie terminu składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania*”.

Odwołujący stanął także na stanowisku, że wykonawca Tarraya S.A. prawdopodobnie w sposób zamierzony podał nieprawdziwe informacje co do posiadanego doświadczenia, powołując się na usługi świadczone na rzecz spółki SG 24 sp. z o.o., których wartość miała wynosić 6.642.000 zł brutto.

Oświadczył, powołując się na swoje doświadczenie i wiedzę, że kampanie promocyjne, których wartość przekracza kwotę 5.000.000 zł netto są rzadkością i realizowane są wyłącznie na rzecz podmiotów o znaczącej pozycji na rynku, a nadto usługi takie są wykonywane przez podmiot posiadający odpowiedni potencjał, tj. wykwalifikowany personel, zaplecze finansowe, doświadczenie na rynku.

Stwierdził, że zgodnie z przedstawionymi przez wykonawcę referencjami usługi były świadczone

na rzecz spółki SG 24 sp. z o.o., tj. spółki, której siedziba mieści się pod tym samym adresem co siedziba spółki Tarraya S.A., a nadto podmioty te są powiązane poprzez osobę Pana M. S. (akcjonariusza, współnika, członka zarządu). Podał, że spółka SG 24 posiada kapitał zakładowy w wysokości 5.000 zł oraz jej przeważającym przedmiotem działalności jest PKD 73.11.Z – działalność agencji reklamowych (jak w przypadku spółki Tarraya SA). Oceniał, że obydwa podmioty działają w tej samej branży, co już z definicji winno wzbudzać wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia o prowadzonej przez spółkę Tarraya S.A. całorocznej kampanii promocyjnej na rzecz spółki SG 24 sp. z o.o.  
Dowody: 1) odpis pełny spółki Tarraya S.A. oraz odpis pełny spółki SG 24 sp. z o.o.

Uznał za znamienne okoliczność, iż spółka Tarraya S.A. nie podaje żadnych informacji na temat kampanii na rzecz spółki SG 24 na swojej stronie internetowej w zakładce „Osiągnięcia”, mimo iż wartość i zakres wskazanej kampanii winien bezsprzecznie być powodem do dumy. Dowody: wydruk ze strony www. Tarraya S.A., wydruk z fanpaga Tarraya S.A., wydruk z konta Tarraya S.A. na Twitterze, wydruk rezultatów wyszukiwania w wyszukiwarce Google dla hasła: „Tarraya kampania dla S 24”;

Uzupełnił, że o kampanii brak również jakichkolwiek informacji na stronie SG 24 sp. z o.o.  
Dowody: wydruk ze strony SG 24 sp. z o.o. wydruk z fanpaga SG 24 sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że mimo, iż wyżej wskazane informacje są powszechnie dostępne, zamawiający, który powinien dochować należytej staranności w zakresie badania ofert, w tym złożonych oświadczeń oraz dokumentów, nie przedsięwziął żadnych czynności w celu zweryfikowania rzetelności i prawdziwości podanych informacji.

Odwołujący uznał, biorąc pod uwagę dane wynikające ze sprawozdań finansowych obydwu spółek za rok 2016, w którym to miała zostać zrealizowana przedmiotowa kampania, w tym przepływy finansowe, wysokość uzyskanego zysku, posiadanych aktywów, dane odnoszące się do średniej wielkości zatrudnienia (spółka Tarraya S.A. zatrudniała w 2016 roku 1 osobę, SG 24sp. z o.o. zatrudniała w 2016 roku 3 osoby, z czego jedna przebywała na urlopie wychowawczym), iż jego wątpliwości są w pełni uzasadnione – analiza danych finansowych z uwzględnieniem danych wynikających z referencji prowadzi do wniosku, iż podane informacje, czy operacje finansowe pomiędzy spółkami mogły mieć charakter pozorny, w celu uzyskania wymaganych referencji w postępowaniach przetargowych.

Podsumował, że zamawiający posiadający odpowiednie narzędzia prawne zobowiązany był do wezwania wykonawcy o złożenie wyjaśnień oraz dowodów realizacji powołanych usług, czy też do zwrócenia się do wskazanego beneficjanta usług – SG 24 sp. z o.o. o potwierdzenie realizacji usług w zakresie i wymiarze wymaganym przez SIWZ, a następnie do ewentualnego wykluczenia wykonawcy wobec niedozwolonego działania, tj. zamierzonego wprowadzenia w błąd.  
Dowody: sprawozdanie finansowe za rok 2016 Tarrya S.A., sprawozdanie finansowe za rok 2016 SG 24 sp. z o.o.

Wskazał, iż informacje nieprawdziwe to takie, które prowadzą do zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością; stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Uzupełnił, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy – zamawiający nie może zrezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty, z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmienią one jej treść.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty odwołującego podał, że punktacja przyznawana była w ramach trzech kryteriów: (1) Cena brutto, (2) Liczba Klików AdWords (3) Komunikacja projektu w TV (4) Nakład w prasie (5) Jakość. Wskazał, że zgodnie z pkt XIII ust. 9 zamawiający, dokonując oceny w ramach kryterium „Jakość” przyznawał punkty na podstawie załączonej do oferty Wstępnej koncepcji strategicznej (Ks) oraz Wstępnej koncepcji kreatywnej (Kk); maksymalna liczba punktów wynosiła 25 (pkt XIII ust. 9.4), przy czym maksymalnie 10 punktów zamawiający mógł przyznać za Wstępną koncepcję strategiczną (Ks) w tym 5 punktów mógł przyznać w podkryterium „jednolitość i spójność poszczególnych elementów kampanii”.

Zdaniem odwołującego wszystkie elementy kampanii przedstawione przez niego w ofercie

posiadają walor jednolitości przekazu i spójności, budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny i spełniają je w stopniu bardzo dobrym, co powoduje, że oferta powinna uzyskać 5 pkt.

Stwierdził, że proponowana koncepcja kampanii została przygotowana z najwyższą dbałością o spójność wszystkich jej elementów oraz logiczny i jednoznaczny przekaz – linia narracyjna kampanii oparta jest o trzy aspekty: historie bohaterów, którzy zdecydowali prowadzić swój biznes na Mazurach, prezentację naturalnego potencjału miejsca oraz rzeczowe fakty nt. możliwości inwestycyjnych obszaru. Motywem wspólnym wszystkich elementów kampanii jest połączenie natury, biznesu oraz bohatera, co ma swoje odzwierciedlenie w hasle kampanii: Mazury to biznes. Stwierdził także, że we wszystkich projektach graficznych jednolicie zastosowano ww. elementy oraz konsekwentnie użyto poszczególnych rozwiązań projektowych. W scenariuszach spotów (TV i video), oprócz spójnej z głównymi założeniami treści, bardzo wyraźnie zaznaczono nawiązanie do projektów graficznych (co można zauważyć na przykładzie poglądowych storyboardów). Oświadczył, że nie pominął bardzo ważnych plansz końcowych, które są jednoznacznym odwzorowaniem kreacji graficznych kampanii oraz, że w przypadku spotów radiowych scenariusze zakładają wyeksponowanie hasła kampanii oraz użycie jej motywu przewodniego: postaci bohaterów, nawiązanie do mazurskiej przyrody oraz możliwości biznesowych obszaru.

Podsumował, że dzięki tym rozwiązaniom nie można mieć żadnych wątpliwości, że jakiegokolwiek z prowadzonych działań nie będzie rozpoznane jako część jednej Kampanii – wszystkie jej elementy tworzą spójną i logiczną całość zarówno w warstwie słownej, jak i wizualnej.

Podkreślił, że zamawiający we wskazanym podkryterium przyznał odwołującemu 2 pkt, nie podając w ogóle uzasadnienia swojej oceny.

Dowód: Karta oceny oferty odwołującego oraz Tarraya S.A.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 19 października 2018 r., w tym dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odwołania z dnia 5 października 2018 r. wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 18 października 2018 r., złożonych przez przystępującego na rozprawie: Zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z US (Tarraya S.A.) z dnia 31 lipca 2018 r., Zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek z ZUS (Tarraya S.A.) z dnia 27 lipca 2018 r., Zapytania o udzielenie informacji o osobie (M. S.) z dnia 8 sierpnia 2018 r., Zapytania o udzielenie informacji o podmiocie (Tarraya S.A.) z dnia

8 sierpnia 2018 r., zdjęć z opisem „Akcja kolportażu gazetki drukowanej SG24 przez bohaterów marki, przykładowych reklam publikowanych w internecie, przykładowych mailingów, Referencji Wielkopolskiej Organizacji Turystycznej z Poznania z dnia 1 września 2016 r. (działania promocyjne prowadzone przez Agencję Tarraya S.A. od marca 2014 roku do sierpnia 2016 roku o wartości 3 048 478 zł brutto), Rachunku zysków i strat za okres 2015 Tarraya S.A. (str. 1-5), Polecenia księgowania operacji z dnia 3 grudnia 2016 r. (SG24 Sprzedaż usług reklamowych), Zapisu z kontrahentem SG24 w rejestrze sprzedaży za miesiąc grudzień 2016 (6 642 000 zł brutto), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty odwołującego i przystępującego – zaniechanie wykluczenia przystępującego lub zniżenie punktacji w jednym z podkryteriów oceny oferty odwołującego oznacza, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Tarraya S.A do przedstawiania: aktualnego

zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, aktualnego zaświadczenia właściwej terenowej jednostce organizacyjnej ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 13 września 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę Tarraya S.A. do złożenia „aktualnych na dzień złożenia” dokumentów, w tym zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, zaświadczenia ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykonawca, przy piśmie z dnia

17 września 2018 r., złożył wskazane przez zamawiającego zaświadczenia i informacje,

wystawione 14 czerwca 2018 r. – zaświadczenia US i ZUS oraz 14 lutego 2018 r. – informacje z KRK.

Termin składania ofert upłynął w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 3 lipca 2018 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Stanowisko odwołującego sprowadzało się w istocie do tego, że złożone przez wykonawcę Tarraya S.A., na wezwanie zamawiającego, dokumenty (na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy Tarraya S.A.) nie były aktualne, ponieważ zostały wystawione wcześniej niż odpowiednio 3 i 6 miesięcy od momentu ich złożenia. Innymi słowy, aktualność dokumentów odwołujący uzależnił od daty wystawienia tych dokumentów.

Stanowisko to jest nieprawidłowe.

Skład orzekający Izby podziela argumentację zamawiającego zaprezentowaną w Odpowiedzi na odwołanie (str. 2 i następane), opartą o Opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „*Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp*”, zgodnie z którą: „*Art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp stanowią, że oświadczenia lub dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. (...) Oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Uznać zatem należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania. Pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów (...) W odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że „aktualne” oświadczenia lub dokumenty potwierdzają okoliczność niepodlegania wykluczeniu na podstawie odpowiedniego przepisu z art. 24 ust. 1 lub 5 ustawy Pzp w dniu złożenia go przez wykonawcę. Oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać, że „teraz” (w czasie teraźniejszym) stan faktyczny jest taki, o jakim zaświadcza dokument. Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Drugorzędna jest przy tym data wystawienia oświadczenia lub*

dokumentu, która może wskazywać na dzień ich złożenia w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp lub inny dzień wcześniejszy. W tym

przypadku na uwadze mieć jednak należy terminy określone w rozporządzeniu o dokumentach, w szczególności ustalone na gruncie § 5 tego rozporządzenia, które to terminy samodzielnie określają wstecz maksymalną „ważność” oświadczenia lub dokumentu składanego na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania (np. na 6 miesięcy przed dniem składania i otwarcia ofert). Rozporządzenie zatem stwarza kolejne domniemanie aktualności oświadczeń lub dokumentów, wynikające wprost z terminów wskazanych w rozporządzeniu. Oznacza to zatem, że na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp (a także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) prawidłowe będzie złożenie oświadczeń lub dokumentów wystawionych zgodnie z terminami wynikającymi z rozporządzenia liczonymi wstecz od daty składania ofert (wniosków), o ile dokumenty te są nadal aktualne, tj. stan potwierdzony tymi oświadczeniami lub dokumentami nie uległ zmianie.

(...) Złożenie przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o jakich mowa w rozporządzeniu o dokumentach, jako środków dowodowych na dowolnym etapie postępowania ma na celu wykazanie, że wykonawca spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu (brak podstaw do wykluczenia, czy kryteria selekcji) przez cały czas trwania postępowania. Złożone na wcześniejszym etapie postępowania oświadczenie lub dokument (środek dowodowy) pozostają zatem aktualne do czasu ich ewentualnej weryfikacji i zmiany przez wykonawcę. Brak weryfikacji powyższego ze strony wykonawcy oznacza, że dana okoliczność potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia lub kryteria selekcji nie uległa zmianie.”

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, ponownie odwołując się do treści ww. opinii, że „Przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp umożliwia wezwanie wykonawcy do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. (...) Skorzystanie w tym celu z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp również możliwe jest tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, wyrażając zamiar skorzystania z przepisu, winien mieć uzasadnione wątpliwości co do aktualności przedłożonych wcześniej przez wykonawcę dokumentów. Uzasadnioną wątpliwość, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, może wywołać, np. informacja medialna, czy informacja pozyskana od innych wykonawców itp. Skutkiem powzięcia wiadomości o braku aktualności dokumentu jest konieczność dokonania oceny, czy wezwanie wykonawcy o dokument aktualny jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Taka niezbędność zaistnieje niewątpliwie wtedy, gdy pojawia się ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy, który w toku postępowania przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu lub zaszły wobec niego przesłanki wykluczenia. Z tego też tytułu zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawcę do przedłożenia oświadczenia lub dokumentu aktualnego.”

Reasumując powyższe, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożenie przez wykonawcę Tarraya S.A. na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – jako potwierdzenie wstępnego oświadczenia z JEDZ, dokumentów „nie starszych” niż odpowiednio 3 i 6 miesięcy przed upływem terminu wskazania ofert (jak określa rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów), przy braku twierdzenia odwołującego (tym bardziej wykazania), że dokumenty te nie odzwierciedlają zgodnego z prawdą stanu faktycznego uznać należało za prawidłowe, co jednocześnie przesądza o braku podstaw do wezwania wykonawcy Tarraya S.A. do ich uzupełnienia z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stwierdza, iż złożone przez przystępującego na rozprawie dokumenty: Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z US (Tarraya S.A.) z dnia 31 lipca 2018 r., Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek z ZUS (Tarraya S.A.) z dnia 27 lipca 2018 r., Zapytania o udzielenie informacji o osobie (M. S.) z dnia 8 sierpnia 2018 r., Zapytania o udzielenie informacji o podmiocie (Tarraya S.A.) z dnia 8 sierpnia 2018 r. stanowią dodatkowe potwierdzenie, że złożone przez przystępującego dokumenty przy piśmie z dnia 17 września 2018 r. stanowią odzwierciedlenie aktualnego stanu rzeczy.

Zarzuty: zaniechania wezwania wykonawcy Tarraya S.A. do przedstawienia dokumentów potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. realizacji usług wskazanych w

referencjach na rzecz spółki SG 24 sp. z o.o., mimo oczywistych wątpliwości co do prawdziwości podanych danych, a to ze względu na fakt, iż brak jakiegokolwiek wzmianki w ogólnodostępnych źródłach mimo ponadprzeciętnej wartości usługi – miałyby być realizowane na rzecz podmiotu powiązanego osobowo, o tożsamym zakresie działalności (również agencja reklamowa) oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Tarraya S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp mimo, iż ww. wykonawca w sposób zamierzony wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (wykaz zrealizowanych usług) nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem V. pkt 1.2.3.1. SIWZ zamawiający, w zakresie zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, postawił warunek: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy – w tym okresie wykonał, co najmniej 2 (dwie) usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia, tj. usługi z których każda polegała na kompleksowym przeprowadzeniu kampanii medialnych (kampania medialna rozumiana jako zespół zaplanowanych działań marketingowych, które odbywają się w masowych mediach i nastawione są na osiągnięcie celu), oraz z których każda: a) trwała co najmniej 6 miesięcy lub odpowiednio 180 dni lub 2 kwartały; b) polegała na planowaniu, zakupie i realizacji kampanii medialnych w mediach o zasięgu ogólnopolskim takich jak np.: TV, lub/i Internet, lub/i Radio, lub/i Prasa; c) była o wartości wynoszącej co najmniej 2.500.000,00 zł brutto.”

Zgodnie ze wzorem załącznika nr 6 do SIWZ „Wykaz usług” w zestawieniu tabelarycznym wykonawca miał podać: „Lp., Rodzaj usługi, w tym wskazanie zakresu i nazwy usługi, Nazwa i adres podmiotu, na rzecz którego wykonywano określoną usługę, Dokładna wartość usługi brutto w zł, Data wykonana (odbioru) (dzień-miesiąc-rok).”

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 6 lit. a „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia (...): a) wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty (...) – oświadczenie Wykonawcy potwierdzające spełnienie warunków określonych w rozdz. V.1.2.3.1. SIWZ – sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

Pismem z dnia 13 września 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę Tarraya S.A. do złożenia „aktualnych na dzień złożenia” dokumentów, w tym „wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty (...) – oświadczenie Wykonawcy potwierdzające spełnienie warunków określonych w rozdz. V.1.2.3.1. SIWZ – sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.”

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykonawca, przy piśmie z dnia 17 września 2018 r., złożył – według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ – Wykaz usług, w którym ujął dwie usługi, w tym (poz. 2) usługę opisaną w następujący sposób: „Realizacja ogólnopolskiej 12-miesięcznej kampanii medialnej uwzględniającej w szczególności na planowaniu i zakupie mediów jak internet i media drukowane” na rzecz SG24 Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o wartości 6 642 000 zł i dacie wykonania (odbioru) 20.12.2016 r.

W odniesieniu do tejże usługi wykonawca Tarraya S.A. załączył „Rekomendację” podmiotu SG24 Sp. z o.o. z Poznania o treści: „Firma Tarraya S.A. przeprowadziła w 2016r. całoroczną, ogólnopolską kampanię medialną dla naszej agencji o wartości zrealizowanych zadań w kwocie brutto 6642000 zł (5400000 zł netto). Ciekawe efekty przyczyniły się do popularyzacji naszych usług interaktywnych na

*naszych głównych rynkach, co pozwoliło uzyskać wysoki poziom dochodów. Dodatkowym celem kampanii był również Employer Branding. Rekomendujemy usługi firmy Tarraya S.A. jako solidną agencję public relations jako kreatywnego wykonawcę kampanii medialnych.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący zakwestionował zrealizowanie przez wykonawcę Tarraya S.A. usługi ujętej przez tego wykonawcę w pozycji 2 „Wykazu usług”, tj. na rzecz SG24 Sp. z o.o. z Poznania, twierdząc w odwołaniu i argumentując, że:

- 1.kampanie promocyjne, których wartość przekracza 5 mln zł są rzadkością i realizowane są wyłącznie na rzecz podmiotów o znaczącej pozycji na rynku,
- 2.kampanie promocyjne, których wartość przekracza 5 mln zł wykonywane są przez podmiot posiadający odpowiedni potencjał, tj. wykwalifikowany personel, zaplecze finansowe, doświadczenie na rynku,
- 3.obie spółki (Tarraya S.A. oraz SG24 Sp. z o.o.) mają siedzibę pod tym samym adresem, są powiązane poprzez osobę Pana M. S. – akcjonariusza, współnika, członka zarządu oraz działają w tej samej branży wg PKD (działalność agencji reklamowych),
- 4.w przypadku obu spółek brak jest w powszechnie dostępnych źródłach (strona www., fanpage, konto na Twitterze, wyszukiwarka Googla – hasło „Tarraya kampania dla SG24”) informacji na temat usługi – kampanii wskazanej w pozycji 2 „Wykazu usług”,
- 5.analiza danych ze sprawozdań finansowych obu spółek za rok 2016 prowadzi do wniosku, iż operacje finansowe pomiędzy spółkami mogły mieć charakter pozorny w celu uzyskania wymaganych referencji w postępowaniach przetargowych.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wykonawca Tarraya S.A. wywiązał się obowiązku wykazania swoich zdolności technicznych i zawodowych w sposób przewidziany przez zamawiającego, tj. wynikający z postanowień SIWZ, powielonych w treści wezwania z dnia

13 września 2018 r. Złożył bowiem oczekiwany przez zamawiającego „Wykaz usług” (według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, w którym wykonawca podał – co nie było kwestionowane –wymagane o usłudze informacje), w którym ujął m.in. usługę – co także nie było kwestionowane –o cechach opisanych w rozdziale V. pkt 1.2.3.1., potwierdzoną – w przypadku pozycji 2 – dokumentem referencyjnym (Rekomendacje).

Odwolujący utrzymywał, że wykonawca Tarraya S.A. nie zrealizował na rzecz SG24Sp. z o.o. wskazanej w pozycji 2 „Wykazu usług” kampanii.

Odnosząc się do twierdzeń i prezentowanej przez odwołującego argumentacji skład orzekający Izby wskazuje, jak niżej.

Twierdzenia, iż kampanie promocyjne, których wartość przekracza 5 mln zł są rzadkością i realizowane są wyłącznie na rzecz podmiotów o znaczącej pozycji na rynku, czego „automatyczną” konsekwencją – wedle odwołującego – było to, że realizacja takiej kampanii jako swego rodzaju „znaczące osiągnięcie” winna zostać wyeksponowana w powszechnie dostępnych źródłach na temat obu spółek – odwołujący, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, poprzestając jedynie na powołaniu się na własne doświadczenie i wiedzę i to w sytuacji, gdy twierdzenie to zostało zanegowane przez przystępującego.

W odniesieniu do twierdzenia, iż kampanie promocyjne, których wartość przekracza 5 mln zł wykonywane są przez podmiot posiadający odpowiedni potencjał, tj. wykwalifikowany personel, zaplecze finansowe, doświadczenie na rynku, które to – wobec zarzutu, iż wykonawca Tarraya S.A. nie wykonał usługi o wartości ponad 6 mln zł na rzecz SG24 Sp. z o.o. – należy odnieść do spółki Tarraya S.A., odwołujący, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, poprzestając jedynie na powołaniu się na własne doświadczenie i wiedzę oraz bardzo ogólnych odwołaniach się do danych ze sprawozdania finansowego spółki Tarraya (a także SG24) co do „wynagrodzeń czy ubezpieczeń” i to w sytuacji przeciwnych twierdzeń zamawiającego i przystępującego.

Odnosząc się do tego, iż obie spółki (Tarraya S.A. oraz SG24 Sp. z o.o.) mają siedzibę pod tym samym adresem, są powiązane poprzez osobę Pana M. S. – akcjonariusza, współnika, członka zarządu oraz działają w tej samej branży wg PKD (działalność agencji reklamowych), co czyni wątpliwym fakt

wykonania usługi przez wykonawcę Tarraya S.A. wątpliwym, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że okoliczności te w żadnej mierze nie świadczą o tym, że usługa taka nie została zlecona i wykonana. Odwołujący nie twierdził przy tym, że zlecenie takiej usługi (ze względu na wskazane powiązania) byłoby niezgodne z prawem.

Co do oświadczenia odwołującego, iż w przypadku obu spółek brak jest w powszechnie dostępnych źródłach (strona www., fanpage, konto na Twitterze, wyszukiwarka Googla – hasło „Tarraya kampania dla SG24”) informacji na temat usługi – kampanii wskazanej w pozycji 2 „Wykazu usług” skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że efekt poszukiwania informacji (brak informacji na temat kampanii) nie może stanowić wystarczającej podstawy do uznania, że kampania nie była w ogóle prowadzona. Fakt jej przeprowadzenia został potwierdzony zarówno przez Tarraya S.A. jako jej wykonawcę w „Wykazie usług”, jak i przez SG24 Sp. z o.o. w rekomendacjach jako odbiorcę usługi.

Odwołujący twierdził także, iż analiza danych ze sprawozdań finansowych obu spółek za rok 2016 prowadzi do wniosku, iż operacje finansowe pomiędzy spółkami mogły mieć charakter pozorny w celu uzyskania wymaganych referencji w postępowaniach przetargowych.

Po pierwsze, zwraca uwagę fakt, że sam odwołujący, na podstawie dokonanej przez siebie analizy, nie twierdzi stanowczo, operacje te miały charakter pozorny (sformułowanie: „mogły mieć”, a nie „miały”).

Po wtóre, odwołujący twierdzenie tego nie udowodnił, poprzestając na ogólnych wskazaniach, że wysnuty przez niego wniosek płynie z ujętych w sprawozdaniach obu spółek danych co do przepływów finansowych, wysokości zysku, posiadanych aktywów, średniej wielkości zatrudnienia w 2016 roku.

Podkreślenia wymagają poważne konsekwencje twierdzenia odwołującego, że wykonawca Tarraya S.A. nie wykonał ujętej w pozycji 2 „Wykazu usług” kampanii, czym wprowadził zamawiającego w błąd (czy to w wyniku lekkomyślności, czy to niedbalstwa), a co miałoby istotny wpływ na decyzje zamawiającego (ze względu na uznanie przez zamawiającego, że wykonawca Tarraya S.A. spełniania warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co warunkuje najwyższą ocenę oferty tego wykonawcy).

Konsekwencją tą byłaby eliminacja wykonawcy Tarraya S.A. z udziału w postępowaniu (wykluczenie), a tym samym brak możliwości uzyskania przez tego wykonawcę zamówienia, co stanowi cel udziału w postępowaniu każdego wykonawcy.

Ze względu na wskazane powyżej konsekwencje i (w dalszej kolejności) nałożony na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy (art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp) zamawiający, a wcześniej odwołujący, który domaga się tego wykluczenia musi dysponować jednoznacznymi i nie pozostawiającymi wątpliwościami argumentami / dowodami, że decyzja o wykluczeniu jest zasadna.

Odnosząc się stanowiska odwołującego co do narzędzi, którymi winien się posłużyć w celu weryfikacji „Wykazu usług” i rekomendacji, a które – co wskazał sam odwołujący – polegać by miały na wezwaniu wykonawcy Tarraya S.A. do wyjaśnień oraz SG24 Sp. z o.o. do potwierdzenia realizacji usługi z pozycji 2 „Wykazy usług”, stwierdzić należy, że wezwania takie, w świetle złożonych już przez te podmioty oświadczeń i braku wątpliwości co do ich treści, a także ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są zbędne.

Odnosząc się także do stanowiska odwołującego, że zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy Tarraya S.A. z żądaniem złożenia dowodów na potwierdzenie realizacji usługi z pozycji 2 „Wykazu usług”, stwierdzić należy, że żądanie takie nie znajduje podstaw prawnych

– w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający trafnie podniósł: *„(..) Rozporządzenie w sprawie dokumentów, określa rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z ww. Rozporządzeniem Zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem*

*terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane (...).*

Reasumując, stwierdzić należy, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu – twierdzenia odwołującego, których prawdziwości nie wykazał nie stanowią wystarczającej podstawy do podważenia prawdziwości oświadczeń wykonawcy Tarraya S.A. i SG24 Sp. z o.o. Tym samym uznać należało, że wykonawca Tarraya S.A. wykazał, że spełnia warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, wobec czego wezwanie tego wykonawcy, jak oczekiwał tego odwołujący, do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, tj. realizacji usługi na rzecz SG 24 sp. z o.o. jest bezpodstawne.

W konsekwencji za niezasadny uznać należało zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Tarraya

S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp skoro wykonawca ten podał informacje prawdziwe co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Złożone przez przystępującego na rozprawie: zdjęcia, przykładowe reklamy publikowane w internecie, przykłady mailingów skład orzekający Izby uznał za nieprzydatne, ponieważ brak było możliwości weryfikacji ich powiązania z kampanią na rzecz SG24 Sp. z o.o.

Na podstawie złożonych przez przystępującego referencji Wielkopolskiej Organizacji Turystycznej z Poznania (której zakresu i wartości dla wykazania spełniania warunku odwołujący nie kwestionował) skład orzekający Izby za wiarygodne uznał oświadczenie przystępującego, iż nie musiał uciekać się do wskazywania w „Wykazie usług” usługi, której nie wykonał (według stanowiska odwołującego). Gdyby bowiem usługi na rzecz SG24 Sp. z o.o. wykonawca Tarraya

S.A. nie wykonał, to mógłby wskazać usługę na rzecz Wielkopolskiej Organizacji Turystycznej z Poznania.

Zarzut oceny oferty odwołującego niezgodnie z określonymi kryteriami oceny ofert w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W ramach kryterium „Jakość” (waga 25%, 25 pkt.) w odniesieniu do opracowania „Wstępna koncepcja strategiczna”, którego złożenie było obowiązkiem każdego wykonawcy zamawiający przewidział przyznanie maksymalnie 10 punktów i ocenę w trzech podkryteriach, w tym w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” – maksymalna liczba punktów – 5.

Zamawiający ustalił następujący sposób przyznania punktów w tym podkryterium (Rozdział XIII pkt 9.3.1 SIWZ):

0 pkt – wykonawca zaproponował koncepcję, w której elementy spełniają warunek spójności w stopniu dostatecznym, tj. tylko niektóre elementy w koncepcji budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny,

2 pkt – wykonawca zaproponował koncepcję, w której elementy spełniają warunek spójności w stopniu dobrym, tj. większość elementów w koncepcji budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny, ale wymaga doprecyzowania pewnych elementów,

5 pkt – wykonawca zaproponował koncepcję, w której elementy spełniają warunek spójności w stopniu bardzo dobrym, tj. wszystkie elementy w koncepcji budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny.

Dodatkowo, w rozdziale XIII pkt 9 zamawiający podał: *„Ocena złożonych ofert w kryterium „Jakość” zostanie dokonana na podstawie poniższego opisu:*

*9.1 Na przedmiotowe kryterium składają się: Wstępna koncepcja strategiczna (Ks) oraz Wstępna koncepcja kreatywna (Kk).*

*9.2 Poprzez określenie powyższej koncepcji Wykonawca musi wykazać, że zrealizowana przez niego kampania będzie spójna, niestandardowa, innowacyjna, ciekawa, angażująca i efektywna.*

Zamawiający podda ocenie także takie elementy jak kreatywność, oryginalność pomysłu i stopień dopasowania do aktualnego wizerunku i marki Mazur, który to stanowi punkt wyjściowy w realizacji działań promocyjno-informacyjnych. Ponadto ocenie będzie podlegała również zgodność koncepcji z Opisem Przedmiotu Zamówienia, uwzględnienie niestandardowych form i kanałów promocji i komunikacji oraz wstępna, ogólna analiza efektów, które zostaną osiągnięte poprzez zrealizowane działania – m.in. czy planowane efekty są możliwe do osiągnięcia za pomocą przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, czy Zamawiający osiągnie planowane przez siebie cele realizacji kampanii i w jakim stopniu.”

Oferta odwołującego w pokryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” uzyskała 2 pkt (na 5 możliwych).

Zamawiający zbiorczo uzasadnił przyznanie ofercie odwołującego punktów w kryterium „Jakość”, tj. „Przekaz jasny i przejrzysty, zrozumiały dla wszystkich segmentów grupy docelowej.

*Wysoka estetyka graficzna. Duża możliwość rozszerzenia komunikatu. Połączenie biznesu pięknem przyrody dość oczywiste. Pomysł spokojny i stonowany, przedstawienie przykładów biznesu mało oryginalne, często występujące w podobnych kampaniach. Brak wyrazistych wyróżników i kotwic pamięciowych w przekazie.”*

Oferty dwóch wykonawców (Infinity Media oraz Polski Instytut Rozwoju) w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” oceniono na 5 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, wobec ustanowienia kryterium o nazwie „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” za zasadne uznał przywołanie znaczenia wyrazów: jednolity oraz spójny.

Jednolity to nie różniący się pod względem budowy, składu, kompozycji itp.; tworzący zwartą, zharmonizowaną całość, nie wykazujący zróżnicowania, jednakowy dla wszystkich.

Spójny to ściśle spojony, zwarty, spoisty.

Odnosząc ww. sposób rozumienia wyrazów „jednolity” oraz „spójny” w języku polskim do wskazanych w podkryterium „elementów kampanii” uznać należy, że zamawiający oczekiwał, aby elementy kampanii tworzyły zwartą, zharmonizowaną całość i przewidział przyznanie obniżonej punktacji (2 pkt) – co wynika z brzmienia pkt. 9.3.1 – w przypadku koncepcji strategicznej, w której nie wszystkie elementy koncepcji są wystarczająco precyzyjne (mniejszość elementów wymaga doprecyzowania).

Ze względu na zbiorcze uzasadnienie przez zamawiającego punktów w kryterium „jakość”, w celu poznania przyczyn obniżenia punktacji za koncepcję strategiczną odwołującego w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” w ramach uzasadnienia należało wyodrębnić te fragmenty, które odnoszą się do tegoż podkryterium.

Analiza brzmienia uzasadnienia pod kątem przyczyn przyznania koncepcji strategicznej odwołującego w ww. podkryterium 2 punktów prowadzi do wniosku, że bezsprzecznie do podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” odnosi się fragment początkowy, tj. sformułowanie „Przekaz jasny i przejrzysty” – sformułowanie o wyłącznie pozytywnej konotacji, co dodatkowo – wobec braku podania jakichkolwiek elementów w koncepcji strategicznej odwołującego wymagających doprecyzowania – uzasadniało przyznanie 5 pkt, zgodnie ze wskazanym przez zamawiającego w pkt. 9.3.1. lit. a) sposobem oceny: „wykonawca zaproponował koncepcję, w której elementy spełniają warunek spójności w stopniu bardzo dobrym, tj. wszystkie elementy w koncepcji budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny”.

Innymi słowy, w ocenie składu orzekającego Izby brak w uzasadnieniu wskazania, które elementy koncepcji strategicznej odwołującego wymagają doprecyzowania, przy wyłącznie pozytywnej ocenie przekazu (jasny i przejrzysty) przesądza o braku podstaw do obniżenia punktacji w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii”.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż opis oceny zawarty w pkt. 9.2 dotyczy także pkt. 9.3.1., tj. podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” podnieść należy, co następuje.

Po pierwsze, pkt. 9.2 nie precyzował, które wymogi – spośród wielu – należy odnieść do koncepcji strategicznej, a które do koncepcji kreatywnej (zamawiający posłużył się zresztą w pkt. 9.2 liczbą pojedynczą – „Poprzez określenie powyższej koncepcji”)

Po drugie, z wymogów ujętych w pkt. 9.2 jedynie wymóg, aby kampania była spójna i efektywna koreluje ze sposobem oceny przewidzianym w pkt. 9.3.1 (lit. a odnosi się do oceny spójności elementów kampanii, lit. b odnosi się do oceny dotarcia do grup docelowych co można powiązać z efektywnością kampanii). Wymogi, aby kampania była „niestandardowa, innowacyjna, ciekawa” koreluje ze sposobem oceny przewidzianym w pkt.9.3.2 (koncepcja kreatywna) (lit. a – „Szata graficzna w oryginalny sposób rozwija motywy promowania inwestycji na Mazurach”, „Elementy graficzne (...) prezentowane są w sposób oryginalny, a jednocześnie (...) nowoczesny”).

Po trzecie, przeniesienie (dodanie) wymogów z pkt. 9.2. na sposób oceny wskazany w pkt. 9.3.1 w istocie unicestwiłoby wskazany przez zamawiającego w tymże punkcie 9.3.1 sposób oceny ofert, dając zamawiającemu graniczącą z arbitralnością swobodę co do oceny w szczególności koncepcji strategicznej w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii”, co należy ocenić jako niedopuszczalne.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego z rozprawy, że uzasadnieniem dla maksymalnej oceny (5 pkt) oferty jednego z wykonawców w podkryterium „jednolitość przekazu i spójność poszczególnych elementów kampanii” była „Duża możliwość rozszerzenia komunikatu”, skład orzekający Izby zauważa, że tożsame sformułowanie znalazło się w uzasadnieniu oceny oferty odwołującego, co przemawiałoby za przyznaniem 5 pkt także ofercie odwołującego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut oceny oferty odwołującego niezgodnie z określonymi kryteriami oceny ofert w postępowaniu potwierdził się, w konsekwencji czego nakazał zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert.

Stanowisko zamawiającego (co do oferty odwołującego), iż *„przyznając jego ofercie w tym podkryterium 5 pkt, to również należałoby przyznać tyle samo (5 pkt) ofercie Wykonawcy Tarraya, gdyż obie wstępne koncepcje były ocenione w tym podkryterium na jednakowym poziomie, tj. otrzymały po 19 pkt.”* (str. 14 odpowiedzi na odwołanie pkt 21) skład orzekający Izby uznał

– w świetle uzasadnienia oceny ofert – za nieuprawnione. Ogólne stwierdzenie o jednakowym poziomie koncepcji, wobec ustanowionego sposobu oceny z pkt. 9.3.1, jest niewystarczające.

Niezbędnym jest dokonanie ocena ofert, odzwierciedlonej w uzasadnieniu, pod kątem tego, czy niektóre, większość, czy wszystkie elementy w koncepcji budują logiczny oraz jasny przekaz promocyjny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. A) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący: .....**