

WYROK

z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Mastermind Media Sp. z o.o. w Warszawie i J.P. Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Województwo Kujawsko - Pomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum Mastermind Media Sp. z o.o. w Warszawie i J.P. Sp. z o.o. w Warszawie,
- 1.3. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Województwo

Kujawsko - Pomorskie i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum Mastermind Media Sp. z o.o. w Warszawie i J.P. Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz konsorcjum Mastermind Media Sp. z o.o. w Warszawie i J.P. Sp. z o.o. w Warszawie kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 28 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1057/19

Zamawiający Województwo Kujawsko - Pomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego z siedzibą przy Placu Teatralnym 2, 87-100 Toruń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii informacyjno - promocyjnej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko - Pomorskiego na lata 2014 - 2020", o numerze nadanym przez zamawiającego WZP.272.21.2019, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 28 marca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod numerem 530797-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa i J.P. Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Lenartowicza 34, 02-614 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący”), wnieśli środek zaskarżenia wobec czynności zamawiającego w postępowaniu.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., wobec czego wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości, poprzez nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje.

I. Uzasadnienie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Odwołujący przytoczył treść informacji o odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a następnie podniósł, iż odrzucenie to nie jest do końca zrozumiałe. Zamawiający w informacji odnosi się do kryterium nakładu, które ma zapewnić sprawiedliwą ocenę ofert wszystkich wykonawców, kiedy zamawiający odrzucił pozostałe oferty - na tej samej podstawie prawnej, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jednakże z innych powodów faktycznych.

Dalej odwołujący przytoczył treść wyjaśnień SIWZ z 3 i 5 kwietnia 2019 r. i wskazał, iż jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, każdorazowo szczegółowo analizuje zapisy SIWZ i w przypadku wątpliwości korzysta z art. 38 p.z.p. W niniejszym postępowaniu odwołujący również skorzystał z uprawnienia i skierował do zamawiającego

prośbę o wyjaśnienie. Odpowiedzi na zadane pytania były kluczowe dla stwierdzenia, czy odwołujący w sposób prawidłowy interpretował wymogi zamawiającego - że w ramach przedmiotu zamówienia ma opracować i opublikować 7 całostronicowych bloków w jednej, lub więcej gazetce regionalnej (wg szczegółowych wytycznych) oraz 3 półstronicowe ogłoszenia, przy czym ogłoszenia i bloki artykułów powinny ukazywać się w tych samych tytułach prasowych. Odwołujący dodał, że zaplanował emisję bloków i półstronicowych ogłoszeń w tych samych tytułach, a więc zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, ponadto w kryterium oceny ofert podano nakład również zgodnie z wymogami dokumentacji postępowania.

W ocenie odwołującego jego oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ, wobec czego zamawiający nie powinien oceniać oferty według treści, które nie wynikają z dokumentacji postępowania, a są dowolną, niedozwoloną interpretacją zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, iż działanie zamawiającego jest niezgodne z utrwaloną linią orzecznictwem, zgodnie z którą wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji, w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań w SIWZ. Powołano się również na wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.03.2015 r. sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15 oraz wyrok Izby z 11.08.2014 r. sygn. akt KIO 1557/14.

II. Uzasadnienie naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Zamawiający, poprzez odrzucenie wszystkich ofert, w tym również oferty odwołującego, w konsekwencji unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie należy wskazać, iż podstawą faktyczną odrzucenia pozostałych ofert jest brak dostosowania do zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, w stosunku do wcześniej prowadzonego postępowania.

Według odwołującego zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty, niezgodnie z przepisami, a także wbrew treści SIWZ, wobec czego oferta odwołującego jest ważna, zgodna z wymaganiami i nie podlega odrzuceniu, tym samym brak jest przesłanek do unieważnienia postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie ustnej do protokołu, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną przez zamawiającego - w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ i złożonymi ofertami - a także po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, zaś zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 4 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak wskazał odwołujący posiada on interes we wniesieniu odwołania, gdyż zamawiający odrzucił ofertę ważną, przygotowaną zgodnie z wymaganiami SIWZ, co prowadzi do możliwości poniesienia przez odwołującego szkody, polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Zgodnie z rozdziałem II SIWZ opis przedmiotu zamówienia: pkt 1 - przedmiotem zamówienia jest przygotowanie i realizacja koncepcji strategicznej i kreatywnej kampanii medialnej o szerokim zasięgu informującej o perspektywie finansowej na lata 2014-2020 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego (w skrócie RPO WK-P 2014-2020), w tym w szczególności o aktualnych i planowanych naborach i możliwościach skorzystania z dofinansowania w ramach RPO WK-P 2014-2020, pkt 3 - zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do SIWZ

II. W załączniku nr 3 do SIWZ, rozdział VII wymagane media:

„B. Prasa

1. W ramach realizacji działania Wykonawca opracuje i opublikuje co najmniej 7 całostronicowych bloków informacji o naborach wniosków RPO WK-P według poniższych założeń: (...)

b) 1 emisja każdego z bloków, o których mowa powyżej w piątek na stronach redakcyjnych (3, 5 lub 7) w jednej lub więcej gazetach regionalnej, przy czym co najmniej jedna z zaproponowanych gazet musi ukazywać się na terenie całego województwa kujawsko-pomorskiego. Jako gazeta regionalna rozumiana będzie również gazeta ogólnopolska posiadająca dodatek regionalny (...).

2. Dodatkowo w trakcie trwania kampanii zamawiający ma prawo do zlecenia maksymalnie 3 półstronicowych ogłoszeń dotyczących szkoleń i spotkań dla potencjalnych beneficjentów dotyczących naborów w konkursach RPO WK-P wskazanych przez Zamawiającego według poniższych założeń: (...)

d) ogłoszenia powinny ukazywać się w tym samym tytule/tytułach prasy regionalnej, w których ukazywać się będą całostronicowe bloki informacji o konkursach RPO WK-P, o których mowa powyżej.

UWAGA! Wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny ukazywać się w tych samych tytułach prasowych. Zgodnie z kryteriami, oceniane będą nakłady tytułu/tytułów prasy regionalnej, w której ukazywać się będą bloki i ogłoszenia. Po ogłoszeniu wyników postępowania przetargowego potencjalny wykonawca przedstawi potwierdzenie rezerwacji zamówienia usługi reklamowej w prasie na wezwanie zamawiającego, w ciągu 3 dni roboczych od otrzymania wezwania.”

III. Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert: „4. Punkty za kryterium „Nakład w prasie” (NP) - maksymalna waga 20% (20 pkt), zostaną wyliczone w następujący sposób: Wyrażony w średnim miesięcznym rozpowszechnianiu płatnym razem na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w grudniu 2018 r. (za okres 1-31 grudnia 2018 r.)

$$NPb/NPn \times 100 \times 20\% \text{ (waga kryterium)} = NP \text{ (ilość punktów dla kryterium)}$$

NPb- rozpowszechnianie płatne razem podane w badanej ofercie w grudniu 2018 roku

na terenie województwa kujawsko-pomorskiego potwierdzone przez Związek Kontroli i Dystrybucji Prasy,

NPn - największe rozpowszechnienie płatne razem spośród podanych we wszystkich ofertach w grudniu 2018 roku na terenie województwa kujawsko-pomorskiego potwierdzone przez Związek Kontroli i Dystrybucji Prasy”.

IV. Wyjaśnienia treści SIWZ:

1. wyjaśnienia z 03.04.2019 r.:

„Pytanie 2: W jaki sposób należy podać nakład w prasie? Jeśli jest 7 emisji w formacie cała strona oraz 3 emisje w formacie ¹X strony czy należy podać łączny nakład dla tych 10 emisji?

Odpowiedź: Zgodnie z informacją podaną w dziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym opisu kryteriów, nakład w prasie powinien być „Wyrażony w średnim miesięcznym rozpowszechnianiu płatnym razem na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w grudniu 2018 r. (za okres 1-31 grudnia 2018 r.)”.

2. wyjaśnienia z 05.04.2019 r.:

„Odpowiedź Zamawiającego odnosząca się do SIWZ, działu XIV nie zawiera

odpowiedzi na pytanie Wykonawcy. Wobec powyższego, proszę albo o ponowne przeczytanie pytania albo wskazanie konkretnie, w którym miejscu w dziale XIV SIWZ zamieszczona jest informacja stanowiąca odpowiedź na pytanie Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o merytoryczną i jednoznaczną odpowiedź.

Odpowiedź: informacja o tym w jaki sposób należy podać nakład w prasie znajduje się we wskazanym w poprzedniej odpowiedzi zdaniu „Wyrażony w średnim miesięcznym rozpowszechnianiu płatnym razem na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w grudniu 2018r. (za okres 1-31 grudnia 2018 r.)”. Jest to zdanie z opisu kryteriów oceny ofert, które określa wartość liczbową, która będzie brana pod uwagę przy obliczaniu według wzoru (...). Odpowiadając na drugie pytanie: oznacza to, że należy podać jedynie grudniowy nakład dla zaproponowanego tytułu (lub tytułów). Nie należy dodatkowo w żaden sposób przemnażać grudniowego nakładu przez liczbę emisji, które będą miały miejsce w czasie kampanii”.

V. W dniu 05.06.2019 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W uzasadnieniu wskazano, iż wykonawca zaproponował harmonogram publikacji, według którego jedne z 7 wymaganych całostronicowych bloków informacji o naborach wniosków RPO WK-P miałyby ukazać się w Gazecie Pomorskiej, podczas gdy pozostałe 5 ukazałyby się w Gazecie Wyborczej. Analogicznie wygląda sytuacja z 3 wymaganiami % stronnicowymi ogłoszeniami. Wykonawca zaproponował jedną publikację w gazecie Pomorskiej i dwie publikacje w Gazecie Wyborczej.

Zgodnie z zapisem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia znajdującym się w dziale VII lit. B (w ramce) tj. Wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny

ukazywać się w tych samych tytułach prasowych. Ponadto wskazany zapis SOPZ ma zapewnić sprawiedliwe dla wszystkich Wykonawców naliczenie punktów za kryterium Nakład w prasie (...).

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena treści oferty odwołującego, dokonana przez zamawiającego przez przyznanie wyżej przytoczonych wymagań dokumentacji postępowania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

do oceny czy zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.),

do weryfikacji czy zamawiający miał podstawy do unieważnienia przetargu, w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który pozwala na unieważnienie postępowania, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający - uwzględniając materiał dowodowy, zgromadzony w sprawie, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mające odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, a tym samym nie mogące uchylić obiektywnej wadliwości zakwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, ponieważ zamawiający w sposób bezpodstawny odrzucił ofertę odwołującego, co w konsekwencji spowodowało wadliwe unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co powoduje, że potwierdziło się, iż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje omawianej normy należy przypomnieć, iż odrzucenie oferty wykonawcy nastąpi w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego jednostka zamawiająca oczekuje - zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie, zaferował wykonawca.

Jako reprezentatywne można przywołać stanowisko Sądu Okręgowego w Łodzi z wyroku z 22.05.2017 r., sygn. akt III Ca 452/17: „Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna”.

Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach z wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.”

W konsekwencji powyższego, skład orzekający wskazuje, iż zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga jednoznacznego wykazania na czym rzeczona niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z wyraźnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia. Zatem, punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji, sporządzonej w danym postępowaniu. SIWZ - od momentu jej udostępnienia - jest wiążąca dla zamawiającego (jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych). Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15). Skład rozpoznający spór wskazane poglądy sądów powszechnych podziela i przyjmuje za własne.

Izba wskazuje również, iż treść dokumentacji postępowania winna być interpretowane w sposób ścisły - stanowi o gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony - wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także - aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego (vide pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zamawiający wskazał, że odwołujący zaproponował harmonogram publikacji, według którego jedno z siedmiu wymaganych całostronicowych bloków informacji o naborach wniosków RPO WK-P miałyby ukazać się w Gazecie Pomorskiej, podczas gdy pozostałe pięć ukazałyby się w Gazecie Wyborczej. Analogicznie wygląda sytuacja z trzema wymaganiami półstronicowych ogłoszeń, odwołujący zaproponował jedną publikację w Gazecie Pomorskiej i dwie publikacje w Gazecie Wyborczej. Izba wskazuje przy tym, że ustaliła, w oparciu o ofertę odwołującego, iż nie pięć, a sześć ogłoszeń miało ukazać się w Gazecie Wyborczej - treść z informacji jest w tym zakresie wynikiem omyłki.

Zamawiający ocenił, że „Zgodnie z zapisem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia znajdującym się w dziale VII lit. B (w ramce) tj. Wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny ukazywać się w tych samych tytułach prasowych. Ponadto wskazany zapis SOPZ ma zapewnić sprawiedliwe dla wszystkich Wykonawców naliczenie punktów za kryterium Nakład w prasie (...)”.

Przechodząc zatem do oceny, czy ww. wywód prawidłowo kwalifikował zaistniały stan faktyczny do wymagań SIWZ stwierdzić należy, że wymaga to odtworzenia całościowych wymagań zamawiającego, zawartych w dokumentacji postępowania. Warto, tytułem wstępu, zaznaczyć, że wymagania te są mało precyzyjne i do ich sformułowania użyto języka potocznego, nie dokonując wyraźnego zaznaczenia poszczególnych elementów czy rozbudowania ich o przejrzyste kwalifikatory, bądź kwantyfikatory. Dodatkowo, poszczególne elementy tego, co było od wykonawców wymagane, zostały zawarte w różnych miejscach, bez ich funkcjonalnego powiązania ze sobą. Już sam ten fakt powoduje, że dostrzegalny jest błąd zamawiającego, który skonstruował SIWZ w sposób mało staranny, utrudniający jej interpretację.

Dokonując zatem rekonstrukcji wymagań dokumentacji postępowania w zakresie prasy, skład orzekający wskazuje, że w dziale VII lit. B ust. 1 lit. b szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (numeracja oryginalna), zawarto wymóg 1 emisji „każdego z bloków (...) w jednej lub więcej gazetach regionalnej”. Zupełnie odrębnie w ust. 2 zawarto wymóg umożliwienia zamawiającemu zlecenia maksymalnie trzech półstronicowych ogłoszeń, dodając w literze d tego ustępu informację, że „Ogłoszenia powinny ukazywać się w tym samym tytule/tytułach prasy regionalnej, w których ukazywać się będą całostronicowe bloki informacji (...)” - bez żadnego dodatkowego wymogu, co do proporcji, czy stosunku do siebie tych publikacji. Pod spodem tej regulacji zawarto tabelę, w której wskazano następującą treść: „UWAGA! Wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny ukazywać się w tych samych tytułach prasowych. (...)”.

Zamawiający, stwierdzając niezgodność oferty odwołującego z SIWZ, powyższe regulacje zinterpretował tak, że w istocie nie jest dopuszczalna sytuacja, w której ogłoszenia i bloki ukazują się w tych samych tytułach (liczba mnoga), nie wskazując jednocześnie jaka treść oferty byłaby w tym zdaniem prawidłowa. Na rozprawie zamawiający wskazał na literę B w załączniku nr 3 do SIWZ - na tabelę znajdującą się pod informacjami w zakresie prasy, gdzie widnieje treść, iż „wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny pojawiać się w tych samych tytułach prasowych”, z czego w jego ocenie wynika, że wykonawca powinien zaoferować cały komplet, tj. całość publikacji powinna być dokonywana w jednym lub w każdym z wybranych tytułów. Natomiast odwołujący zaoferował w ofercie publikację w tych samych tytułach, ale niejako komplet (rozumiane jako całość publikacji w jednej, lub w każdej z zaoferowanych gazet), a jedną publikację w jednej gazecie i sześć publikacji w drugiej, łącznie co do ogłoszeń.

Stwierdzić należy, że rozumienie przedstawione przez zamawiającego przywołanych wyżej treści SIWZ w powiązaniu ze sobą jest nieuprawnione - zamawiający w istocie dodał, na potrzeby odrzucenia oferty odwołującego, nową treść, której sporne regulacje nie zawierają - taką mianowicie, że „wymagana przez zamawiającego minimalna ilość ogłoszeń i bloków musi ukazać się w jednym tytule, a może dodatkowo ukazać się również w innych tytułach”. W ocenie zamawiającego zatem warunki określone powyżej - wbrew ich treści, spełni nie umieszczenie bloków i ogłoszeń „w tych samych tytułach”, a jedynie w „tym samym tytule”, z dodatkową możliwością „umieszczenia dodatkowych ogłoszeń lub bloków w innym tytule lub tytułach”.

Jest to sprzeczne z umożliwieniem wykonawcom, wynikającego z literalnej treści SIWZ, zaoferowania publikacji w różnych tytułach, tak długo, jak ogłoszenia i bloki będą ukazywać się w tych samych gazetach (tzn. nie dojdzie do sytuacji, gdzie ogłoszenie ukazuje się w gazecie, w której nie ukazał się blok, albo odwrotnie). Innymi słowy, warunek „wszystkie ogłoszenia i bloki artykułów powinny ukazywać się w tych samych tytułach prasowych” będzie spełniony tak długo, jak w tej samej gazecie lub w tych samych gazetach, ukazał się zarówno ogłoszenia, jak i bloki. A dopiero gdy w którejś z nich ukazałoby się odrębnie ogłoszenie, bądź odrębnie blok, warunek ten nie byłby spełniony.

Powyższe wprost wynika zarówno z regulacji działu VII lit. b ust. 1 lit. b, ust. 2 oraz ust. 2 lit. d oraz cytowanej uwagi z tabelki, umieszczonej pod działem VII lit. b - wszystkie bowiem z tych regulacji posługują się wyraźnie liczbą mnogą, nie wprowadzając kwalifikatorów, czy warunków co do proporcji w tym zakresie - dział VII lit. b ust. 1 lit. b wyraźnie mówi o „jednej lub więcej gazetach”, a ust. 2 lit. d o „tym samym tytule / tytułach prasy regionalnej” - w tabelce również zawarto ten sam warunek w liczbie mnogiej.

Nie sposób jest, kierując się dyrektywą logicznej wykładni treści, zrozumieć tych regulacji w sposób taki, w jaki zrozumiał je zamawiający. Nie jest to zatem, w powiązaniu całości omawianych regulacji, treść tyle wątpliwa, mogąca być interpretowana niejednoznacznie, ile treść sformułowana w sposób wyjątkowo mało precyzyjny, nie oddająca w żaden sposób tego, co chciałby z niej wyczytać zamawiający.

W istocie, mając na uwadze treść dokumentacji, publikacja w kilku tytułach tylko wówczas nie spełni warunków omawianych powyżej - zgodnie z ich gramatyczną treścią SIWZ, gdy wykonawca zaproponuje publikowanie ogłoszeń i bloków osobno, w różnych tytułach (np. ogłoszenia w jednej gazecie, a bloki w innej). Nie jest z nimi natomiast sprzeczne, a w zasadzie wprost jest z nimi zgodne, zaoferowanie publikowania blokowi ogłoszeń w części w jednej gazecie, a w części w innej - jest to wprost sytuacja, którą językowo należałoby określić jako „ukazanie się ogłoszeń i bloków w tych samych tytułach”.

Z perspektywy możliwości umieszczenia części ogłoszeń i bloków w kilku gazetach, tak długo kiedy, zarówno ogłoszenia, jak i bloki, ukazują się w każdej z nich, omawiana treść SIWZ zasadniczo nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Natomiast kiedy zachodzi sytuacja, taka jak w ofercie odwołującego, to jednak bez wyraźnego wskazania, że każde ogłoszenie i każdy blok ma być w jednym, tym samym tytule, czy bez wskazania wyraźnych proporcji - a pozostawienie wymogu jako „wszystkie ogłoszenia/bloki mają się ukazać w tych samych tytułach” (czyli całość ogłoszeń i całość bloków w tożsamych gazetach - co się zgadza, ponieważ komplet ogłoszeń i komplet bloków jest w tych samych dwóch gazetach) - może oznaczać dowolną konfigurację, co do której brak jest wyraźnie wskazanego wymogu, tak jak czyta spomną treść SIWZ zamawiający.

Upraszczając, żeby interpretować warunki SIWZ, tak jak chce tego zamawiający, musiałby one zawierać treść wskazująca na to, że wszystkie siedem ogłoszeń i trzy bloki muszą ukazać się w jednej gazecie, a ewentualnie dodatkowo w innej. Takiej treści SIWZ nie zawiera - w szczególności fragment na podstawie którego odrzucono ofertę odwołującego. W związku z powyższym działanie odwołującego polegające na zaoferowaniu kompletu publikacji w dwóch różnych gazetach nie jest niezgodne z SIWZ, a wprost wynika z literalnego odczytania postawianych przez zamawiającego warunków.

W ocenie składu orzekającego nie można w konsekwencji uznać, że oferta jest sprzeczna z dokumentacją postępowania, co jest niezbędne do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ.

Skład rozpoznający odwołanie podzielił w tym zakresie linię orzeczniczą, zgodnie z którą treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sąd Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r., sygn. akt I C 2/15). Nawet gdyby zatem dojść do wniosku, że omawiana treść SIWZ jest niejednoznaczna z perspektywy wykonawcy, który mógł ją interpretować w różny sposób, wówczas odwołującego chroniłaby zasada, zgodnie z którą nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy nieprecyzyjność, bądź niejednoznaczność treści SIWZ autorstwa zamawiającego (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo).

Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że żaden z wykonawców nie wykorzystał uprawienia określonego w art. 38 ust. 1 p.z.p. i nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie omawianej treści SIWZ. Iżba wskazuje, że uprawnienie to przeradza się w obowiązek wykonawcy, który może skutkować niedochowaniem należytej staranności, wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c., kiedy wykonawca nie zadba o własny interes w postępowaniu (yde wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13). Natomiast w gestii wykonawców nie ma obowiązku dbania o interes zamawiającego, od którego należałoby oczekiwać sumiennego i profesjonalnego przygotowania dokumentacji postępowania i precyzyjnego wyartykułowania swoich wymagań.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że wykonawca Polska Press Sp. z o.o. w Warszawie złożył ofertę zgodnie z niewyartykułowanymi w dokumentacji postępowania potrzebami zamawiającego, nie oznacza, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Odrzucenie oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. następuje wyłącznie na kanwie wymagań zamawiającego, ujętych w SIWZ i należy wskazać - za Sądem Okręgowym w Warszawie, iż - „sposób sformułowania treści tego przepisu nie pozostawia miejsca na żadną dowolność, ani też nie wzbudza żadnych wątpliwości. Nie można odrzucić oferty z przyczyn innych, niż wymienione w tym przepisie” (wyrok z 03.09.2004 r. sygn. akt V Ca 1738/04).

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę, że nie potwierdziło się wskazywane przez zamawiającego, w informacji o odrzuceniu, ryzyko wystąpienia nieporównywalnych ofert. Co prawda, dopiero na rozprawie odwołujący dowiedział się, co oznacza sformułowane w zawiadomieniu zdanie „Ponadto wskazany zapis SOPZ ma zapewnić sprawiedliwe dla wszystkich Wykonawców naliczenie punktów za kryterium Nakład w prasie”, bowiem, jak wyjaśnił zamawiający, problem tkwił w zsumowaniu nakładu obu zaoferowanych tytułów przez odwołującego, a także wiązało się to z rzekomo wadliwym sposobem zaoferowania publikacji.

Możliwość zaoferowania publikacji w dwóch tytułach, w oparciu o brzmienie SIWZ, została przez Izbę omówiona we wcześniejszej części uzasadnienia i w tym zakresie argumenty zamawiającego należy uznać za chybione i wprost sprzeczne z dokumentacją postępowania.

Natomiast w zakresie możliwości sumowania tytułów prasy, w kryterium nakład prasy, to okoliczność ta wynika z treści odpowiedzi na pytanie z 05.04.2019 r. (yde ppkt 2 pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), tj. „Odpowiadając na drugie pytanie: oznacza to, że należy podać jedynie grudniowy nakład dla zaproponowanego tytułu (lub tytułów)”, a także

wskazane zostało przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (vide pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), tj. „Zgodnie z kryteriami, oceniane będą nakłady tytułu/tytułów prasy regionalnej, w której ukazywać się będą bloki i ogłoszenia”.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w oparciu o dokumentację postępowania zamawiający nie wykazał jak nakład w prasie, podany przez odwołującego, miałby nie zapewnić „sprawiedliwego naliczenia punktów”, skoro nakład ten podano zgodnie z przywołanym brzmieniem dokumentacji postępowania, co jest również zgodne z ustanowionym przez zamawiającego kryterium - nakład w prasie (vide pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby oferta odwołującego nie spełniała wymagań dokumentacji postępowania, zatem zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy - zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i w sposób nieprawidłowy odrzucono ofertę odwołującego.

Stwierzone powyżej naruszenia prawa doprowadziły również do bezpodstawnego unieważnienia postępowania, w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który w ustalonym stanie faktycznym dotyczy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Oferta odwołującego jest ofertą ważną, w oparciu o treść dokumentacji postępowania, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej, dlatego też zamawiający wadliwie zastosował art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., kiedy nie zostały spełnione przesłanki tej normy, wymagane do unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesiony środek zaskarżenia w całości, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na unieważnienie postępowania, którego dokonano w sposób bezprawny.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego - w postaci wpisu od odwołania, uiszczzonego przez odwołującego.

Przewodniczący: