Sygn. akt KIO 1588/19

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Agencja Reklamowa DSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie,

przy udziale wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz w zakresie dokonania wyboru oferty wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi.

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie

3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencja Reklamowa DSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2) zasądza od zamawiającego Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych w Warszawie na rzecz wykonawcy Agencja Reklamowa DSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1588/19

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych, ul. Jagiellońska 74, 01-301 Warszawa wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotycząca Regionalnego Programu operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1.07.2019 r. pod nrem 567470-N-2019.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

9.08.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi [dalej wykonawca AM],

14.08.2019 r. wykonawca AGENCJA REKALMOWA DSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy AM;

2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AM;

3) dokonanie wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę AM, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a oferta wykonawcy AM powinna być odrzucona

ewentualnie

4) przyznanie wykonawcy AM punktów w kryterium Nakład insertu, podczas gdy wykonawca AM powinien uzyskać w tym kryterium 0 pkt, a w konsekwencji dokonaniu wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę AM, mimo że wykonawca AM nie uzyskał największej liczby punktów i jego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AM z Postępowania w związku z tym, że wykonawca AM przedstawił (w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego bowiem odnoszące się do parametru podlegającego ocenie w ramach kryteriów oceny ofert i zaniechania uznania oferty wykonawcy AM za odrzuconą

ewentualnie

2) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AM, mimo że oferta wykonawcy AM podlega odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AM, mimo że oferta wykonawcy AM podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;

4) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy AM podlegającego wykluczeniu, która powinna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców w Postępowaniu

ewentualnie

5) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny oferty wykonawcy AM w kryterium Nakład insertu w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, tj. z pominięciem przyjętej przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ reguły, zgodnie z którą w przypadku braku wskazania informacji niezbędnej do oceny oferty w ww. kryterium lub wskazania uniemożliwiającego jednoznaczne określenie oferowanej okoliczności, zamawiający nie przyznał odwołującemu punktów w danym kryterium, co skutkowało błędnym uznaniem, że wykonawca AM złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu, a w szczególności unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert i

uznania, że wykonawca AM podlega wykluczeniu a jego oferta - odrzuceniu
ewentualnie

2) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert i uznania, że wykonawca

AM uzyskał 0 pkt w kryterium Nakład insertu, a w konsekwencji nie złożył oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wnosi o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Uzasadnienie zachowania terminu

Stan faktyczny Postępowania

Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020. Zamówienie obejmuje m.in. opracowanie i wdrożenie strategii mediowej, media planu oraz kreacji kampanii, a także realizację kampanii, w tym produkcję i dystrybucję materiałów informacyjno-promocyjnych, m.in. 1 insertu wydanego w ogólnopolskim tygodniku posiadającym wydanie regionalne (pkt 5.2 SIWZ).

Szczegółowy opis czynności i wykaz prac, jakie wykonawca ma zrealizować w ramach Kampanii, a także sposób i terminy ich wykonania określały w Postępowaniu Umowa i Szczegółowy Opis Przedmioty Zamówienia [SOPZ lub OPZ] (pkt 5.4 SIWZ).

Zgodnie z SOPZ insert miał być dodany do dodatku regionalnego do tygodnika - województwo mazowieckie:

„V. SZCZEGÓŁOWY WYKAZ PRAC WYKONAWCY

4 PRASA

2. Kolorowy insert w drukowanej wersji tygodnika

1. Zadaniem Wykonawcy będzie:

1) Wybór 1 tygodnika opinii posiadającego zarówno wydanie papierowe,

jak i internetowe, przy czym:

- dopuszczalne są tylko tytuły o miesięcznych (za marzec 2019 r.) wynikach sprzedaży ogółem tygodnika w całej Polsce (bez podziału na wydania regionalne) nie niższych niż 50 tys. egz.,

- informacje dotyczące wyników sprzedaży każdego z tytułów muszą być

udokumentowane wydrukiem ze stronylub mailem od wydawcy

danego tytułu, w którym wymagane dane zostaną przedstawione w sposób

niebudzący wątpliwości,

- możliwa jest publikacja insertu w jednym z tytułów, na stronie których będą ukazywać się artykuły sponsorowane w Internecie, o ile tytuł ten posiada

drukowane wydanie lub dodatek regionalny mazowiecki),

- nakład insertu nie może być niższy, niż nakład wydania regionalnego tygodnika, do którego będzie dodawany,

- insert może mieć formę zarówno wklejki/wszywki, jak również wrzutki do

gazety.

2) Opracowanie merytoryczne tekstów oraz opracowanie graficzne

projektu do 1 insertu - minimum 4-stronicowy, w formacie tygodnika.

3) Dobór i wykupienie zdjęć/grafik do projektu (minimum 2 na stronie), zaprojektowanie tabel/infografik - zgodnie z wytycznymi zamawiającego.

4) Druk i publikacja opracowanego materiału, jako dodatku regionalnego do tygodnika - województwo mazowieckie, przy czym wysokość nakładu insertu musi pokrywać się z wysokością nakładu tygodnika w wydaniu regionalnym - mazowieckim.

5) Planowany termin publikacji - w ramach drugiej fali kampanii - ostateczny termin do decyzji zamawiającego na etapie realizacji umowy".

Powyższe nie tylko wynika z brzmienia SIWZ, ale także jest oczywiste wobec faktu, że kampania dotyczy RPO Województwa Mazowieckiego, a nie programu o zasięgu ogólnopolskim.

Jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu, o wadze 35% jest kryterium o nazwie: Efekty zaproponowanych działań (ED).

W ramach tego kryterium ustanowiono 5 podkryteriów (kategorii). Piąta oceniana kategoria to: „Nakład insertu - maksymalnie 5 pkt

Wykonawca, który złoży niepodlegającą odrzuceniu ofertę z najwyższym deklarowanym nakładem insertu, otrzyma 5 punktów, natomiast pozostali Wykonawcy odpowiednio mniej punktów według wzoru:

Nakład insertu w ofercie badanej Liczba punktów oferty ocenianej

_____= x 5 pkt".

Nakład insertu w ofercie z najwyższym deklarowanym nakładem insertu

Powyższy parametr, podlegający ocenie w ww. kryterium, wykonawcy podawali w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, który zawierał fragment o treści:

,,d) w przypadku publikacji insertu:

- zobowiązujemy się do publikacji insertu w tygodniku o wynikach sprzedaży na poziomie ** (dane za marzec 2019 r. - bez podziału na wydania regionalne);

- zobowiązujemy się do publikacji i dystrybucji insertu w nakładzie**.

UWAGA 1: (**) Liczba deklarowanych jednostek musi być zgodna z minimalną liczbą zaoferowanych jednostek wskazaną w dokumencie „Efekty i koncepcja zaproponowanych działań", wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ

UWAGA 2: W poz. a-d Wykonawca zobowiązany jest wskazać tylko takie parametry przedmiotu zamówienia, które faktycznie oferuje. W przypadku braku wskazania którejkolwiek informacji lub wskazania uniemożliwiającego jednoznaczne określenie oferowanej okoliczności, Zamawiający nie przyzna Wykonawcy punktów w danym kryterium. Szczegółowe wymagania w powyższym zakresie zostały wskazane w pkt 26.2.2 SIWZ".

Wykonawca AM w swej ofercie oświadczył, że insert opublikuje w mutacji regionalnej tygodnika Newsweek dla województwa mazowieckiego (vide str. 2 oferty wykonawcy AM, wiersz 10 tabeli), a także, że:

„zobowiązujemy się do publikacji insertu w tygodniku o wynikach sprzedaży na poziomie 68 424 ** (dane za marzec 2019 r. - bez podziału na wydania regionalne); zobowiązujemy się do publikacji i dystrybucji insertu w nakładzie 68 424 **" (vide oświadczenie w pkt 4 lit. d na str. 3 oferty wykonawcy AM).

Tym samym wykonawca AM oświadczył, że stanowiący element przedmiotu zamówienia insert zostanie opublikowany w regionalnym (mazowieckim) nakładzie oferowanego tygodnika Newsweek w nakładzie 68 424.

Dodatkowo DSK wskazuje, że zgodnie z OPZ:

„IV. ZASIĘG TERYTORIALNY

Zasięg kampanii musi być budowany z wykorzystaniem narzędzi pozwalających na geotargetowanie na województwo mazowieckie oraz w oparciu o media regionalne lub lokalne, lub ogólnopolskie, posiadające wydania lub mutacje regionalne".

Wykonawca AM, w swej ofercie proponuje publikację artykułów na stronie internetowej tygodnika Newsweek (vide str. 2 oferty wykonawcy AM, wiersz 8 tabeli).

Ad 1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp:

Wykonawca AM oświadczył, że dokona publikacji insertu w regionalnym (mazowieckim) nakładzie tygodnika Newsweek w nakładzie 68 424.

Tymczasem, nie jest to wartość nakładu dodatku regionalnego do tygodnika Newsweek na województwo mazowieckie, wartość ogólnopolskiego nakładu Newsweeka wynosi około 120 000 egz., a nakład wydania regionalnego wynosi nie więcej niż 30 000 egz. Powyższe wynika z danych tegorocznych wydań oraz oświadczenie wydawcy.

Nie budzi to wątpliwości, gdyż sam wykonawca AM podaje wartość 68 424 jako wyniki sprzedaży ofertowanego tygodnika w ogóle (vide oświadczenie w pkt 4 lit. d na str. 3 oferty wykonawcy AM - zdanie pierwsze). Nie jest możliwe, aby nakład dodatku regionalnego do tygodnika na województwo mazowieckiego był tak wysoki i stanowił prawie 60% całego nakładu w wymiarze ogólnopolskim. Odwołujący stwierdza jednocześnie, że nakład dodatku mazowieckiego do ww. tygodnika nie jest ujęty w ofercie wykonawcy AM ani nie podlega publikacji w ogólnodostępnych źródłach.

Tym samym zobowiązując się do publikacji i dystrybucji insertu w nakładzie 68 424 wykonawca AM podał zamawiającemu informację nieprawdziwą, skutecznie wprowadzając zamawiającego w błąd, bowiem zamawiający przyjął wartość 68 424 do obliczenia punktów przysługujących wykonawcy AM w kryterium Nakład insertu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd;

2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały przez ich wyraźne podanie w sporządzanym przez wykonawcę AM formularzu. Wykonawca AM, znając rynek mediów z pewnością odróżnia nakłady czasopism w skali ogólnopolskiej i regionalnej, bez powyższej wiedzy nie miałby możliwości dokonania wyceny świadczonych usług. Tym samym, nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały ujęte w złożonym przez wykonawcę AM oświadczeniu w wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u zamawiającego błędnego przekonania, co do wysokości nakładu insertu a w konsekwencji zawyżenia punktacji oferty i zwiększenia szansy na uzyskanie zamówienia. Zatem wykonawca AM, jako profesjonalista w sposób zamierzony, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa podał w swoim oświadczeniu informację, która miały wprowadzić zamawiającego w błąd (i wprowadziły, o czym świadczy przyznana punktacja).

Mając na uwadze powyższe, łączne wystąpienie w okolicznościach sprawy trzech ww. przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest ewidentne.

Tym samym wykonawca AM, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu oświadczenie własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą parametru oferty podlejącego ocenie, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Ad 2. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp:

Wykonawca AM oświadczył, że dokona publikacji insertu w nakładzie 68 424. Odwołujący podnosi, że nakład dodatku regionalnego (mazowieckiego) Newsweeka nie osiąga połowy takiej wartości.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca AM, przez zaoferowanie publikacji insertu we wskazanym w ofercie czasopiśmie i nakładzie, zaproponował świadczenie niemożliwe do spełnienia. W związku z tym oferta wykonawcy AM winna podlegać odrzuceniu ze względu na jej nieważność na podstawie przepisu art. 387 § 1 Kc, stanowiącego, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna ex lege i ex tunc.

Odwołujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych oferta ta jest nieważna. Ustawa Pzp nie wskazuje w porównaniu z jakimi przepisami oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia.

Wobec obowiązku stosowania przepisów ustawy - Kodeks cywilny, na podstawie art. 14 Pzp, zamawiający powinien stwierdzić nieważność oferty wykonawcy AM na podstawie art. 387 § 1 Kc, który stanowi o nieważności umowy z tego powodu, że świadczenie nie jest możliwe do spełnienia. Niemożność ta jest obiektywna (zaoferowanego przez wykonawcę AM świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko wykonawca AM, ale również nikt inny, bowiem nakład dodatku regionalnego tygodnika Newsweek na województwo mazowieckie jest istotnie niższy niż 68 424). Nie sposób racjonalnie zakładać, że wydawca zwiększy nakład swego wydania dedykowanego dla jednego województwa, do prawie 60% całego nakładu, jaki sprzedaje w skali całego kraju. Zasadny jest zatem postulat odwołującego o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy AM w oparciu o ww. przepisy.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy AM i odrzucenia oferty wykonawcy AM oznacza także, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad 3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

Zgodnie z ujętym w pkt IV OPZ wymaganiem, ma być ona prowadzona z wykorzystaniem narzędzi pozwalających na geotargetowanie na województwo mazowieckie oraz a oparciu o media regionalne lub lokalne albo ogólnopolskie posiadające wydania lub mutacje regionalne. Powyższy wymóg wiąże się z przedmiotem zamówienia i charakterem

działalności zamawiającego, ograniczonym do województwa mazowieckiego.

Wykonawca AM w swej ofercie proponuje publikację artykułów na stronie internetowej tygodnika Newsweek (vide str. 2 oferty wykonawcy AM, wiersz 8 tabeli).

Odwołujący wskazuje, że Newsweek (inaczej niż np. Polityka) na swych stronach www nie targetuje materiałów na woj. Mazowieckie. Każdy artykuł publikowany na stronie www Newsweeka jest „widoczny" w całej Polsce.

Oznacza to, że treść oferty wykonawcy AM w zakresie zaoferowanego tygodnika Nr 1, na stronie którego będą publikowane artykuły, jest niezgodna z treścią SIWZ (punktu IV

OPZ). Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powoduje to, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy AM.

Ad 4. W zakresie zarzutu ewentualnego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp:

Nawet ewentualne uznanie, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy AM na podstawie opisanej w pkt 2 uzasadnienia odwołania oraz podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy AM na podstawie opisanej w pkt 3 i 4 uzasadnienia odwołania nie mogłoby - przy założeniu postępowania w zgodzie z ustawą Pzp - doprowadzić do uznania, że oferta wykonawcy AM jest najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Jak wynika z ujętego wyżej (w pkt 1 uzasadnienia odwołania) stanu faktycznego, zamawiający w SIWZ (w Uwadze 2, ujętej w Załączniku nr 1 do SIWZ) określił regułę postępowania, w przypadku, gdy wykonawca nie poda informacji potrzebnej do oceny oferty m.in. w kryterium Nakład insertu. Zamawiający wskazał tam, że:

„UWAGA 2: W poz. a-d wykonawca zobowiązany jest wskazać tylko takie parametry przedmiotu zamówienia, które faktycznie oferuje. W przypadku braku wskazania którejkolwiek informacji lub wskazania uniemożliwiającego jednoznaczne określenie oferowanej okoliczności, zamawiający nie przyzna wykonawcy punktów w danym kryterium".

Sytuację, w której podana wartość odbiega od rzeczywiście oferowanej (a więc, w przypadku wykonawcy AM, od rzeczywistego nakładu wydania mazowieckiego oferowanego tygodnika) należałoby zdaniem odwołującego potraktować jako „wskazanie uniemożliwiające jednoznaczne określenie oferowanej okoliczności", bowiem zamawiający nie może na podstawie treści oferty tej wartości ustalić. Oznacza to, że skutkiem powyższego powinno być nie przyznanie wykonawcy AM punktów w kryterium Nakład Insertu.

Brak przyznania wykonawcy AM punktów w kryterium Nakład Insertu powoduje, że dotychczasowa (wynikająca z zakończonej oceny ofert) punktacja:

Odwołujący 87,93 pkt, w tym z insert 2,26 pkt,

Wykonawca AM 93,00 pkt w tym za insert 5 pkt zmienia się w sposób następujący:

Odwołujący 90,66 pkt, w tym 5 za insert, wykonawca AM 88 pkt, w tym 0 pkt za insert.

W tych okolicznościach odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji w toku rozprawy.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 14.08.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.08.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

17.08.2019 r. wykonawca AM złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

1) dowód nr 01 - oświadczenie wydawcy tygodnika Newsweek Polska [dalej NP] z 13.08.2019 r. w sprawie nakładu tygodniowego w woj. mazowieckim i ogólnopolskiego w liczbie 30 000 i 120 000 egz.;

2) dowód nr 02 - oświadczenie wydawcy NP z 20.08.2019 r. w sprawie średniego nakładu tego tygodnika w liczbie 35 000 egz. na wrzesień i październik 2019 r. i że nakład nie może być większy niż te 35 000 egz. oraz braku możliwości geotargetowania artykułów;

3) dowód nr 03 - wypis ze słownika internetowego odnośnie znaczenia wyrazu „geotargetowanie”;

4) dowód nr 04 - oświadczenie wydawcy NP z 21.08.2019 r. wskazujące na brak możliwości targetowania artykułów publikowanych w serwisie NP na woj. mazowieckie;

5) dowód nr 05 - korespondencja między Zamawiającym a Przystępującym (wgląd do której uzyskał dopiero po złożeniu swojego odwołania), gdzie Przystępujący przyznał, wyjaśniając, dlaczego w swojej ofercie podał dwie różne wartości co do wyników sprzedaży tygodnika NP i jego nakładu, że podtrzymuje wartości podane w formularzu, a nie w dalszej części oferty i te wartości były różne;

B) zamawiającego:

6) dowód nr Z1 - informacja z Internetu o nakładzie tygodników, gdzie jest wykazana z roku na rok tendencja spadkowa jednorazowego nakładu i sprzedaży tygodników;

C) przystępującego:

7) dowód nr P1 (dołączony do pisma Przystępującego) - oświadczenie kierownika makroregionu Łódź-Warszawa, wydawcy NP, która to osoba bardziej precyzyjnie może wykazać liczbę insertów, jakie można zamieścić w dwóch wydaniach tygodnika w ciągu 14 dni, gdyż w tym czasie muszą być dwa wydania tygodnika.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AM - mimo, że oferta wykonawcy AM podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ - zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z rozdz. I ust. 1 pkt 3 lit. a SOPZ zamawiający wymagał wykorzystania kanałów i narzędzi dystrybucji promocji cyt. »prasa: publikacje w prasie internetowej i prasie drukowanej«. Dlatego odnoszenie się w ofercie przez wykonawcę AM do bannerów i targetów, które - szczególnie ze względu na znaczenie dowodu nr 04 (także 01-03, 05, Z1 i P1) - nie mogą zaistnieć powinny powodować u zamawiającego konieczność szczególnego wyjaśnienia i - jak wynika z dowodu - odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie wziął pod uwagę treści postanowienia rozdz. I ust. 1 pkt 3 lit. a SOPZ i nie odrzucił oferty wykonawcy AM.

W związku z tym Izba musi przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy AM podlegającego wykluczeniu, która powinna zostać odrzucona, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców w Postępowaniu zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu, o czym wyżej. Doprowadziło to do uwzględnienia tej oferty podczas oceny ofert i przyznaniu tej ofercie, zgodnie z kryteriami najwyższej liczby punktów. Dlatego Izba musi stwierdzić wadliwość takiego postępowania i nakazać zamawiającemu dokonanie ponownej czynności oceny ofert bez brania pod uwagę oferty wykonawcy AM, która to oferta powinna zostać odrzucona podczas wcześniejszej czynności zamawiającego - badania ofert.

W związku z tym Izba przychyla się do zarzutu czwartego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp naruszenia zasady równego traktowania wykonawców zgodnego z przepisami.

Zarzuty pierwszy, drugi i piaty dotyczyły braku możliwości jednorazowego zamieszczenia insertów w liczbie około 70 000 egzemplarzy ze względu na tygodniowy nakład tygodnika NP (około 35 000 egz. - szczególnie dowód nr O2), do którego mają być dołączone inserty. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający wymagał aby ta liczba insertów została dołączona do wydawnictwa w ciągu 14 dni, a więc w możliwe jest dołączenie insertów do dwóch wydań tygodniowych.

Dlatego zarzuty pierwszy, drugi i piaty nie mogą zostać uwzględnione przez Izbę.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....