Sygn. akt: KIO 1845/19

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2019 r. przez

Odwołującego - Mastermind Media Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskie 97 (00-807 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Grójecka 186 (02-390 Warszawa)
przy udziale

Wykonawcy - Agencja Reklamowa DSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie przy ul. Bielawskiej 6/3, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Mastermind Media Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1845/19

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego -

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala na zaplanowanie realizacji kampanii internetowej o

charakterze społecznym na temat szkodliwości nadmiernego spożywania cukru dla zdrowia Polaków (nr postępowania: BAG.261.1.25.2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.08.2019 r., 2019/S 151-372912, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o.), Wykonawca Mastermind

Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 19 września 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1845/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1, art.

92 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, odrzucenie oferty Wykonawcy DSK Sp. z o.o., przekazanie uzasadnienia faktycznego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 9 września 2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie dowolnej oceny ofert, co miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. W informacji o wyborze Zamawiający podał jedynie punktację przyznaną wykonawcom w każdym kryterium oceny oraz łączną punktację. Nie podał jednak uzasadnienia faktycznego i prawnego dla obniżenia liczby punktów. Na kartach oceny Zamawiający dokonał własnej modyfikacji przez dodanie zapisu: „Uzasadnienie uzupełniane w momencie uzyskania w kryterium poniżej 50 maksymalnej liczby punktów do zdobycia". Zamawiający ma obowiązek podania całościowej oceny do wszystkich punktów, w których oferta uzyskała liczbę mniejszą od maksymalnej. Tylko wówczas wykonawcy mają możliwość zapoznania się z uzasadnieniem powodów obniżenia punktów.

Powyższe stanowi o naruszeniu art. 92 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Agencję Reklamową DSK Sp. z o.o., która podlega odrzuceniu. Przy opisie kryterium II (linie kreatywnego screeningu - s) Zamawiający wskazał na podstawy do odrzucenia oferty: wykonawca nie załączy którejkolwiek linii kreatywnej do oferty bądź załączy w innej formie niż w wersji elektronicznej w formatach plików wskazanych (a); którejkolwiek linia kreatywna nie będzie zgodna z tematyką screeningu przedstawioną w opisie kryterium (b). W opisie kryterium III

(atrakcyjność tweetu - L), Zamawiający wskazał na podstawy do odrzucenia oferty: wykonawca nie załączy którejkolwiek propozycji tweetu do oferty bądź załączy w innej formie niż w wersji elektronicznej w formatach plików wskazanych (a); którejkolwiek tweet nie będzie zgodny z tematyką tweetu przedstawioną w opisie kryterium (b). W kryterium IV (linie kreatywne hardera - P), Zamawiający wskazał na podstawy do odrzucenia oferty: wykonawca nie załączy którejkolwiek propozycji hardera do oferty bądź załączy w innej formie niż w wersji elektronicznej w formatach plików wskazanych (a); grafika którejkolwiek hardera nie będzie zgodna z tematyką hardera przedstawioną w opisie kryterium (b).

Oceniając ofertę Agencji Reklamowej DSK Sp. z o.o. Zamawiający nie wziął pod uwagę niezgodności, które miały skutkować odrzuceniem oferty:

- linia dotycząca konsekwencji nadmiernego spożywania cukru, która zgodnie z siwz powinna zachęcać do zapoznania się z raportem NFZ o szkodliwości nadmiernego spożywania cukru (dostępnego na stronie zdrowe dane.nfz.gov.pl w dziale „Raporty"), zachęca do zmiany stylu życia, a nie do zapoznania się z raportem. Kreacje nie zawierają żadnego odniesienia do raportu tylko do ogólnej strony zdrowedane.nfz.gov.pl. Wejście na stronę główną na, której jest bardzo dużo zakładek, nie jest jednoznaczne z zapoznaniem się z konkretnym raportem, natomiast kreacja nie mówi nic o raporcie. Wykonawca zaproponował: zmień swoje życie na zdrowsze, a celem linii nr 2 powinno być: zapoznaj się

z raportem.

- w przedstawionym tweecie nie ma ani słowa na temat raportu i znów odsyła do strony głównej zawierającej przeróżne dane i artykuły.

Wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, w których przedstawił szczegółowe wyliczenia kwoty przyjętej do oferty - 980.600,00 zł netto (1.206.138,00 zł brutto). W ocenie Odwołującego wyjaśnienia są zbyt ogólne, nie zawierają żadnych informacji, o które wnosił Zamawiający. Nie dają żadnych możliwości pozyskania informacji o kosztach i cenach jak również zysku Wykonawcy.

Ponadto, w ocenie Odwołującego zakres wskazany przez DSK Sp. z o.o. jako mediów na kwotę 650.000 zł., który byłby realizowany przez ClikAD, nie dotyczy samego zakupu mediów i wobec tego Wykonawca powinien wykazać firmę ClikAD, jako podwykonawcę.

Zamawiający w piśmie z dnia 27.09.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust.1 Ustawy w jego ocenie nie odnosi się do zasadności przyznanych punktów, gdyż Odwołujący nie kwestionuje oceny jego oferty. W całości zarzut sprowadza się do braku przekazania pełnego uzasadnienia dla tych pozycji w podkryteriach, w których Zamawiający obniżył ilość punktów.

Tym samym, odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Brak uzasadnienia obniżonej punktacji nie może mieć wpływu na dokonaną punktację (ocenę) oferty Odwołującego, ani żadnego innego Wykonawcy. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, iż ocena oferty w kryterium pozacenowym została sprowadzona do odpowiedzi

oceniających członków komisji na sprecyzowane pytania - znane wykonawcom na etapie przygotowania ofert. Członkowie komisji mogli udzielić odpowiedzi twierdzącej „TAK" lub przeczącej „NIE". Ilość przyznanych punktów (odpowiednio 1, 2 lub 3) pozwalała ustalić, czy wszyscy członkowie ocenili pozytywnie, czy też część z nich oceniła negatywnie ofertę. Odwołujący mógł zatem wnieść odwołanie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej Zamawiający odpierał odmienną oceną kreacji, w której znalazło się odesłanie do strony zdrowedane.nfz.gov.pl. Brak uwzględnienia elementu, który odsyłałby do raportu NFZ o szkodliwości spożywania cukru, w ocenie Zamawiającego nie oznaczał, iż kreacja (w zakresie heardera i tweeta) nie jest zgodna z tematyką wskazaną dla podkryterium. Zamawiający oczekiwał pożądanej reakcji odbiorcy po przeczytaniu tweetu lub obejrzeniu heardera, tj. zachęcenia do zapoznania się z raportem NFZ na temat szkodliwości nadmiernego spożywania cukru, dostępnego na stronie zdrowedane.nfz.gov.pl. Nie narzucał wykonawcom drogi do osiągnięcia tego celu. Brak konkretnej frazy „zapoznaj się z raportem" nie może być przesłanką do odrzucenia oferty. Wykonawca wskazał prawidłowo miejsce docelowe (stronę internetową), gdzie jest opublikowany raport na temat szkodliwości nadmiernego spożywania cukru.

Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 4 Ustawy i podtrzymał dwa zarzuty, które podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było przeprowadzenie czynności oceny ofert zakończonej wskazaniem oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę. Wniesienie odwołania na obecnym etapie postępowania może doprowadzić do uchylenia niekorzystnych skutków czynności podjętych przez Zamawiającego i doprowadzić

do wyboru oferty Odwołującego. W świetle powyższego odwołanie służy ochronie interesów Odwołującego w postępowaniu, a czynności wobec, których odwołanie zostało wniesione mogą prowadzić do szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty zamówienia pomimo złożenia ważnej i nie podlegającej odrzuceniu oferty. Powyższe prowadzi do stwierdzenia, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie zarzutów podtrzymanych przed otwarciem rozprawy, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Na wstępie konieczne jest poczynienie ogólnej uwagi co do zakresu zarzutów, w tym przede wszystkim zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy. Ponieważ Odwołujący, jak sam ujął to w ustnym stanowisku, w sposób ogólny odniósł się do braków uzasadnienia oceny oferty, zakres zarzutu ograniczony został faktycznie do uzasadnienia dotyczącego oceny oferty Odwołującego. Poza rozważaniami na temat znaczenia, jakie dla Wykonawcy ma możliwość zapoznania się z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego, Wykonawca nie odnosił się do konkretnych ocen i ich zasadności, w szczególności w zakresie elementów, przy których określone zostały konkretne przyczyny zmniejszenia ilości punktów. Nie była również przedmiotem zarzutu ocena oferty wybranej, która uzyskała w kryteriach pozacenowych łącznie większą ilość punktów, niż przyznane ofercie Odwołującego. Powyższe wyznaczało granice dla rozpoznania odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy Izba uznała, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów przez brak podania pełnego uzasadnienia punktacji, jaką otrzymała oferta Odwołującego w części elementów kreacji, w których przyznana została obniżona ilość punktów. Odwołujący brak ten odnosił do oceny oferty własnej w tych elementach, w których nie uzyskała ona maksymalnej ilości punktów (screening, harder, tweet). Na rozprawie ustalono, iż brak dotyczył czterech elementów z czterdziestu objętych oceną w kryteriach pozacenowych.

Rozstrzygającą dla tej części zarzutów była bezsporna okoliczność dotycząca treści karty oceny, w której w części pozycji nie było wskazania przyczyn, które zdecydowały o negatywnej ocenie kreacji przez część członków komisji przetargowej. Zamawiający już po wniesieniu odwołania uzupełnił brak w uzasadnieniu istniejący w momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej, przekazując w dniu 24.09.2019 r. Odwołującemu zbiorczą kartę oceny jego oferty. Zamawiający przedstawił w tym dokumencie argumenty, jakimi kierowali się członkowie komisji oceniając negatywnie kreację w podkryterium: „Atrakcyjność linii kreatywnej screeningu" - tu kolorystyka screeningu jest zbyt jaskrawa i nachalna.

Zamiast zwracać uwagę, dekoncentruje odbiorcę - ocena negatywna dwóch członków KP. W podkryetrium „Atrakcyjność linii kreatywnej hardera", jeden członek komisji ocenił kreację negatywnie, co opisał Zamawiający w słowach: zbyt jaskrawa kolorystyka wpływa negatywnie na odbiór grafiki i skupienie na niej uwagi odbiorcy - ocena negatywna jednego członka KP (dot. dwóch elementów oceny). Również w zakresie podkryterium „Atrakcyjność tweetu na Twitterze" Zamawiający wskazał na negatywną ocenę jednego członka komisji, którą uzasadnił Grafika nie ma jasnego związku z treścią tweetu, obu elementom brakuje adekwatności.

W ocenie Izby nie można pominąć ważnego elementu uzasadnienia, jakim były konkretne odczucia członków komisji, które zdecydowały o negatywnej ocenie danego elementu kreacji. Sprowadzanie oceny wyłącznie do kwestii wskazania na ilość głosów negatywnych i pozytywnych, nie oddawało w pełni znaczenia kryterium oceny ofert. Dopiero argumenty merytorycznie odnoszące się do przedmiotu oceny, podane później przez Zamawiającego, pozwoliłyby Wykonawcy ewentualnie odnieść się do zasadności oceny i formułować w tym zakresie zarzuty. Nie można pozbawiać Wykonawcy prawa do poznania uzasadnienia wyłącznie tym, iż ocena w podkryterium opierała się na subiektywnym odbiorze przez poszczególnych członków komisji przetargowej przekazu, jakie niosła dana kreacja. Nawet wówczas powinny być podane argumenty, jakie przekonały o negatywnym, a nie pozytywnym wrażeniu członka komisji przetargowej. Postawienie Wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, prowadzi do naruszenia nie tylko obowiązku podania uzasadnienia faktycznego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ma ona szczególne znaczenie przy kryteriach, które odnoszą się do subiektywnych odczuć komisji przetargowej. Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty. Zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od Zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności, a temu sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty.

W niniejszej sprawie naruszenia Zamawiającego nie mogły jednak prowadzić do uwzględnienia zarzutu. W świetle art. 192 ust. 2 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Słusznie zauważył Zamawiający, iż zarzut nie odnosi się do oceny oferty Odwołującego w pozostałych elementach, w których podane zostało uzasadnienie dla obniżenia ilości punktów. Odwołujący nie kwestionował również oceny oferty wybranej, a zarzut sprowadzał wyłącznie do braku uzasadnienia dla obniżenia ilości punktów w czterech elementach ocenianych w podkryterium pozacenowym. Zgodnie z zestawieniem przedstawionym na rozprawie przez Zamawiającego, zmiana punktacji w czterech elementach nie zmieniałaby wyniku postępowania. Nadal najwyżej ocenioną byłaby oferta Agencji Reklamowej DSK Sp. z o.o. Powyższe prowadziło to zatem do wniosku, iż brak uzasadnienia nie wpływał na sytuację oferty Odwołującego, a ewentualne odwołane wniesione wobec oceny oferty w kryteriach przy, których Zamawiający wcześniej nie podał uzasadnienia, nie mogło zmienić wyniku postępowania.

Oddalając odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej, jako niezgodnej z siwz, tj. naruszenia art. 89 ust.1 pjt 2 Ustawy, Izba miała na uwadze cel i zakres tematyczny kreacji poświęconej negatywnym skutkom nadmiernego spożywania cukru przez Polaków. Nie budziło wątpliwości, iż cała kreacja poświęcona była tematowi kampanii społecznej, ukierunkowanej na wywołanie oczekiwanej reakcji odbiorcy, który powinien być zachęcony do zapoznania się z danymi prezentowanymi w raporcie publikowanym na stronie zdrowedane.nfz.gov.pl. Spornym w sprawie pozostawało ustalenie, czy elementem koniecznym do osiągnięcia celu było użycie wprost zwrotu, odsyłającego do raportu i konieczności jego przeczytania, czy też możliwe było użycie innego przekazu, którego efekt również skłaniałby do przeczytania raportu. W ocenie Izby, w siwz nie było konkretnych, narzuconych przez Zamawiającego zwrotów i to inwencji twórczej wykonawców pozostawiono dobór właściwych mechanizmów przekazu i oddziaływania na odbiorcę, tak aby można było oczekiwać wywołania potrzeby zapoznania się ze szczegółowymi danymi na temat szkodliwości nadmiernego spożywania cukru. Zarówno header jak i twitter przygotowany przez Agencję Reklamową DSK Sp. z o.o. zawiera zachętę zapoznania się z informacjami dostępnymi na stronie zdrowedane.nfz.gov.pl, co należy odnosić do pełnej informacji dostępnej na tej stronie, w tym również prezentowanej w raporcie. Po wejściu na stronę pojawia się czytelny podział na zakładki, z których jedna opisana jest jako „Raporty". Można rozważać, czy odesłanie wprost do linku z raportem odpowiadającym tematyce kampanii, byłoby ułatwieniem dla odbiorcy. Nie oznacza to jednak, iż temat kampanii nie został wyczerpany, lub nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę, iż podstawą do uznania oferty za niezgodną z siwz miały być zapisy dotyczące kryteriów oceny ofert nr III - Atrakcyjność tweetu (L) oraz nr IV - Linie kreatywne hardera (P), w których Zamawiający wskazał, iż oferta zostanie uznana za niezgodną z siwz, jeżeli którykolwiek tweet/grafika hardera nie będzie zgodna z tematyką tweedów/hardera. Tematyka ta została opisana przez Zamawiającego w przypadku tweeta, jako: zdrowa dieta pozbawiona cukru - tweet ma zachęcać do odwiedzenia portalu z dietami NFZ (diety.nfz.gov.pl) oraz konsekwencje nadmiernego spożywania cukru - tweet ma zachęcać do zapoznania się z raportem NFZ o szkodliwości nadmiernego spożywania cukru (dostępnego na stronie zdrowedane.nfz.gov.pl w dziale „Raporty"). Analogicznie

Zamawiający zakreślił tematykę hardera. Literalnie ocena zgodności kreacji z tematyką wiązała się ze zdrowymi dietami oraz konsekwencjami nadmiernego spożywania cukru. Nie było spornym, iż przedstawiony do oceny przedmiot oferty dotyczył właśnie tych tematów. Brak zwrotu, który wprost wskazywałby na istniejący raport jeszcze nie oznacza, iż tweet, czy też header są niezgodne z tematyką kampanii. W ocenie Izby, wnioski Odwołującego były zbyt daleko idące i prowadziłyby do zrównania tematu tweetu, czy też headera z treścią Raportu. W ocenie Izby, wypaczałoby to cel, dla którego zamawiana ma być kampania, a którym jest zwrócenie uwagi odbiorców na ważny społecznie problem zdrowotny i wywołanie refleksji nad konsekwencjami nadmiernego spożywania cukru. Przedstawiona kreacja miała wywołać efekt w postaci zainteresowania tematem i zachęcić do pogłębienia wiedzy w tym temacie. Samo odesłanie do materiałów publikowanych na stronie zdrowedane.nfz.gov.pl. nie modyfikuje tematyki kreacji. Tym samym brak wskazania wprost na istniejący raport i zastąpienie tego przekazu równoważnym odesłaniem do strony internetowej, w ocenie Izby nie czyniło oferty niezgodnej z treścią siwz.

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1

. Izba zaliczyła do kosztów
postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, przyjmując jako podstawę przedłożony przed zamknięciem rozprawy rachunek i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:.....