

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2022 r. przez wykonawcę Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup kompleksowej usługi polegającej na zaplanowaniu, przygotowaniu i przeprowadzeniu ogólnopolskiej kampanii nt. świadomego inwestowania” (Nr sprawy: DZA-DZAZP.2610.18.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.07.2022 r. pod numerem 2022/ S 127 - 361839.

W dniu 15 lipca 2022 r. wykonawca Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- 1) Ustanowieniu niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu;
- 2) Ustanowieniu nieprawidłowych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego:

1. Przepisu art. 112 ust. 1, ust. 2 pkt 4; art. 116 poprzez:

a) Ustanowienie w rozdziale 9. Warunki udziału w postępowaniu SWZ - warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu realizacji co najmniej dwóch usług polegających na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- Przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- Promowanie kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie;
- Przygotowanie i wykonanie strony internetowej dla kampanii

b) Ustanowienie w rozdziale 9. Warunku udziału w postępowaniu SWZ - warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia tj. co najmniej jednym kierownikiem/koordynatorem kampanii, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i który odpowiadał za realizację co najmniej dwóch kompleksowych kampanii o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu spotu radiowego i filmowego, promowaniu kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie, przez okres minimum 30 dni kalendarzowych oraz przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii)

2. Przepisów art. 240 , art. 241 ust. 1, art. 242 ust. 1 pkt 5 poprzez określenie kryterium „liczba kampanii zrealizowanych przez kierownika/koordynatora wyznaczonego do jej realizacji” - 40%

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Uwzględnienie odwołania w całości
2. Dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu rozdziałając: usługę kampanii oraz stworzenia strony internetowej
3. Zmianę kryterium oceny ofert, na takie, które jest powiązane z przedmiotem zamówienia, ewentualnie na zmianę opisu kryterium

Ewentualnie:

4. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 137 ust 7 w związku z art. 256

Odwołujący wskazywał na poniższe:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup kompleksowej usługi polegającej na zaplanowaniu, przygotowaniu i przeprowadzeniu ogólnopolskiej kampanii nt. świadomego inwestowania”

Zamawiający w SWZ w pkt. 3 Przedmiot zamówienia, tak opisał przedmiot zamówienia:

„3.1.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowej usługi polegającej na zaplanowaniu, przygotowaniu i przeprowadzeniu ogólnopolskiej kampanii edukacyjno - informacyjnej mającej na celu zwrócenie uwagi na konieczność świadomego inwestowania („Kampania”)

3.2 Kody i nazwy opisujące przedmiot zamówienia (CPV):

79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych

79342200-0 usługi w zakresie promocji”.

Również we wzorze Umowy jak i OPZ (Załącznik Nr 1 do Umowy) Zamawiający w taki sam sposób ją/w wskazuje na opis przedmiotu zamówienia.

Taki opis przedmiotu zamówienia (jw. Pkt 1-8 OPZ) jednoznacznie wskazywał, iż Odwołujący jako podmiot specjalizujący się w planowaniu, przygotowaniu i przeprowadzaniu kampanii ogólnopolskich, jak również regionalnych i międzynarodowych, z kilkunastoletnim doświadczeniem, wiedzą, niezbędnymi zasobami może wziąć udział w niniejszym postępowaniu w sposób należyty zrealizować zamówienie.

Po zapoznaniu się z Załącznikiem Nr 1 do Umowy OPZ - jednym z elementów (pkt. 9 i 10) jest opracowanie i przygotowanie strony www. Wg słownika CPV kod 72413000-8. A więc w żaden sposób ten zakres nie jest powiązany z kampanią.

Należy wskazać, iż planowanie, realizacja kampanii nie jest ściśle powiązane z tym, iż każdorazowo jest wykonanie strony www. Nie jest to przedmiot zamówienia w tej samej kategorii usług.

Odwołujący ma bardzo duże doświadczenie w realizacji kampanii zarówno na rynku publicznym jak i komercyjnym jednak połączenie przez Zamawiającego warunku dot. kampanii i wykonania strony www przedkłada się bezpośrednio na fakt iż mimo posiadania niezbędnej wiedzy i zasobów nie może złożyć oferty, ponieważ nie ma możliwości wykazania w ramach jednego zamówienia zrealizowanej kampanii i zrobienia strony www. Są to zupełnie inne kompetencje i zakresy. Nawet gdyby chciał złożyć ofertę w konsorcjum nie jest to możliwe, gdyż żaden z potencjalnych partnerów - jeśli posiada doświadczenie w opracowaniu strony www, to nie ma doświadczenia w realizacji kampanii.

Dodatkowo należy wskazać, iż Zamawiający określił warunek niezgody z zakresem przedmiotu zamówienia. Zamawiający w pkt 9 SWZ wskazał:

(...)realizacji co najmniej dwóch usług polegających na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł

brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- Przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- Promowanie kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie;
- Przygotowanie i wykonanie strony internetowej dla kampanii

Natomiast zgodnie z udzielonymi odpowiedziami z dnia 13.07. wskazał, iż:

Ad pkt 1 ppkt 2: Wyjaśnia, że emisja spotów w telewizji nie wchodzi w zakres zadań

Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o rozdzielenie w/w warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy na poniższe:

1) realizacji co najmniej dwóch usług polegających na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- Przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- Promowanie kampanii w radiu, oraz Internecie;

2) realizacji co najmniej dwóch usług polegających na przygotowaniu i wykonaniu strony internetowej (...).

Oraz konsekwentnie w zakresie warunku dot. Kierownika/koordynatora:

1) co najmniej jednym kierownikiem/koordynatorem kampanii, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i który odpowiadał za realizację co najmniej dwóch kompleksowych kampanii o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu spotu radiowego i filmowego, promowaniu kampanii w radiu, oraz Internecie, przez okres minimum 30 dni kalendarzowych (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii)

2. Uzasadnienie do zarzutu z Przepisów art. 241 ust. 1, art. 242 ust. 1 pkt 5

Zgodnie z art. 241 ust. 1 kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podkreśla, iż przedmiotem zamówienia jest: „wykonanie kompleksowej usługi polegającej na zaplanowaniu, przygotowaniu i przeprowadzeniu ogólnopolskiej kampanii edukacyjno - informacyjnej mającej na celu zwrócenie uwagi na konieczność świadomego inwestowania” nie zaś na koordynowanie, kierowanie działaniami promocyjnymi, czy kierowanie zespołem. Dodatkowo w art. 242 ust. 1 pkt 5 ustawodawca wskazał jednoznacznie, iż: „organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”. Zamawiający powiązał warunek udziału w zakresie doświadczenia kierownika/koordynatora z kryterium oceny ofert. Tylko jaki znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia może mieć osoba pełniąca funkcję kierownika/koordynatora? I czym

Zamawiający kierował się przy zastosowaniu takiego kryterium? Konkretnym Wykonawcą?

Odwolujący patrząc na zakres przedmiotu zamówienia, przypisaniu dużej wagi punktowej dla koordynatora, zwraca uwagę na zapisy Umowy (Paragraf 16)

10. W zakresie bieżącej współpracy, dokonywania uzgodnień, koordynacji i kontroli przebiegu prac związanych z realizacją Umowy, jak również akceptacji poszczególnych etapów realizacji Umowy, określonych w harmonogramie, stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy lub wyrażania zgód na wprowadzanie zmian do harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 2 do Umowy, zostały wyznaczone następujące osoby:

1) ze strony Zamawiającego - ....., e mail ....., tel.

2) ze strony Wykonawcy - ..... e-mail ..... tel.

11. Osobą wyznaczoną do podpisania Protokołu Odbioru ze strony Zamawiającego jest ..... lub inna wyznaczona osoba zastępująca.

12. Osobą wyznaczoną do podpisania Protokołu Odbioru ze strony Wykonawcy jest

13. Zmiana osób oraz danych wskazanych w ust. 10-12 nie stanowi zmiany Umowy. Wymaga jednak powiadomienia drugiej Strony, w formie pisemnej lub za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres wskazany w Umowie.

Z jednej strony bardzo dużo punktów w kryterium doświadczenia Kierownika/Koordynatora, którego rolą jest bieżąca współpraca, (...) niekoniecznie musi być to ta sama osoba, która podpisuje protokół odbioru, dodatkowo zmiana tej osoby nie stanowi zmiany Umowy lecz poinformowania drugiej strony. Odwołujący w całej dokumentacji nie znalazł zapisów świadczących o tym, iż Kierownik/Koordynator pełni znaczącą funkcję na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Tak więc zdaniem odwołującego, kryterium jest sztuczne, nieadekwatne do zakresu merytorycznego przedmiotu zamówienia, bez znaczącego wpływu na jakość realizacji zamówienia. Kryterium oceny ofert powinno przełożyć na wybór oferty najkorzystniejszej dla Zamawiającego. W tym przypadku np. korzystnym kryterium mogłoby być zwiększenie efektywności działań promocyjnych poprzez np. oferowane wyższe wskaźniki. Jednakże rolą Odwołującego nie jest tworzenie SWZ za Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż zakres tego kryterium jest tożsamy z warunkiem udziału w postępowaniu, wobec czego z ostrożności, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała kryterium za powiązane z przedmiotem zamówienia i mające znaczący wpływ to Odwołujący wnosi o modyfikację kryterium na następujące:

|                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Liczba kampanii zrealizowanych przez Kierownika/ koordynatora 40% wyznaczonego do jej realizacji</p> | <p>Oferta, w której Wykonawca wskaże do realizacji zamówienia kierownika/koordynatora kampanii, który w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert brał udział w realizacji kampanii i wykaże się doświadczenie w największej liczbie kompleksowych kampanii informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolski, polegających przynajmniej na przygotowaniu i produkcji spotu radiowego i filmowego, promowaniu kampanii w radiu i Internecie (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w kampanii) nie wliczając w to 2 kampanii wykazanych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.</p> <p>Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach tego kryterium wynosi 40 punktów.</p> <p>Sposób oceny jak w SWZ</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i uzasadnienie, należy wskazać, iż naruszenia dokonane przez Zamawiającego mają bezpośredni wpływ na cały proces postępowaniu, w tym ograniczenie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, mniejszą ilość ofert.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Mastermind Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 116 ustawy PZP:

1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz

systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 240 ustawy PZP:

1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy PZP, Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP, Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Stanowisko Izby:

I.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 112 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 116 ustawy PZP poprzez:

a) Ustanowienie w rozdziale 9. Warunki udziału w postępowaniu SWZ - warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu realizacji co najmniej dwóch usług polegających na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- Przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- Promowanie kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie;
- Przygotowanie i wykonanie strony internetowej dla kampanii

b) Ustanowienie w rozdziale 9. Warunku udziału w postępowaniu SWZ - warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia tj. co najmniej jednym kierownikiem/koordynatorem kampanii, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i który odpowiadał za realizację co najmniej dwóch kompleksowych kampanii o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu spotu radiowego i filmowego, promowaniu kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie, przez okres minimum 30 dni kalendarzowych oraz przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii),

są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że Zamawiający określił w SWZ w pkt 9.1.4. w ramach zdolności technicznej lub zawodowej następujące wymagania:

- 9.1.4.1. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonuje lub wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000, 00 zł brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- a) przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- b) promowanie kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie;
- c) przygotowanie i wykonanie strony internetowej dla kampanii.

Jeżeli wskazane usługi były częścią większej usługi lub dostawy, wartość tej części usług nie może być nie mniejsza niż 1 000 000, 00 zł brutto.

- 9.1.4.2 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, posiadającymi wiedzę i doświadczenie z zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia, tj.:

a) co najmniej jednym kierownikiem/koordynatorem kampanii, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i który odpowiadał za realizację co najmniej dwóch kompleksowych kampanii o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu i produkcji spotu radiowego i filmowego, promowaniu kalendarzowych oraz przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii);

b) zespołem co najmniej trzech osób, które w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, brały udział w realizacji kampanii i których łączne doświadczenie obejmowało co najmniej usługi polegające na:

- przygotowaniu i produkcji spotów radiowych i filmowych,
- promowaniu kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie

oraz

- przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii.

Izba podkreśla, że spór między Stronami postępowania odwoławczego w zakresie powyższych zarzutów dotyczył posiadania przez Wykonawcę łącznego doświadczenia w ramach warunków udziału w postępowaniu w zakresie kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim oraz przygotowania i wykonania strony internetowej dla kampanii.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że „ma bardzo duże doświadczenie w realizacji kampanii zarówno na rynku publicznym jak i komercyjnym jednak połączenie przez Zamawiającego warunku dot. kampanii i wykonania strony www przedkłada się bezpośrednio na fakt, iż mimo posiadania niezbędnej wiedzy i zasobów nie może złożyć oferty, ponieważ nie ma możliwości wykazania w ramach jednego zamówienia zrealizowanej kampanii i zrobienia strony www. Są to zupełnie inne kompetencje i zakresy. Nawet gdyby chciał złożyć ofertę w konsorcjum nie jest to możliwe, gdyż żaden z potencjalnych partnerów - jeśli posiada doświadczenie w opracowaniu strony www, to nie ma doświadczenia w realizacji kampanii”. Powyższe, zdaniem Izby, nie oznacza, że Zamawiający błędnie sformułował wymagania zawarte w SWZ, ponieważ jako gospodarz postępowania mógł określić warunki udziału w przedmiotowym



postępowaniu według swoich uzasadnionych potrzeb.

Nadto Izba wskazuje, że powyższe stwierdzenia Odwołującego nie oznaczają wcale, że nie ma na rynku wykonawców, którzy takie doświadczenie posiadają, a jedynie świadczy o tym, że Odwołujący nie posiada takich partnerów, którzy posiadaliby wymagane doświadczenie.

Odwołujący na rozprawie sam przyznaje, że „ma wszelkie kompetencje w zakresie prowadzenia kampanii, zakupu mediów we wszystkich mediach.(..) Odwołujący nie robi strony internetowej. (...) Dom mediowy nie ma doświadczenia w tworzeniu strony internetowej (...) żadna firma informatyczna nie ma doświadczenia w tworzeniu strony internetowej”.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający również na rozprawie wskazywał, że w „OPZ Zamawiający nie referuje do żadnych aspektów technicznych, nie stawia żadnych wymagań informatycznych”. Tym samym, zdaniem Izby, powyższe stwierdzenia Odwołującego co do tego, że „żadna firma informatyczna nie ma doświadczenia w tworzeniu strony internetowej” są gołosłowne, nie mające żadnego poparcia w materiale dowodowym.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 listopada 2017 r. (sygn. akt. KIO 2279/2017). Izba jednoznacznie stwierdziła, że „ W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. (.) Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego istotne funkcje publiczne”. Izba w pełni podziela pogląd tamtejszego składu orzekającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia w sposób proporcjonalny, jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem Izby na poprawność sformułowania opisu przedmiotu zamówienia nie ma również wpływu fakt, że przedmiot zamówienia ma charakter mieszany, tj. obejmuje różne usługi z różnych kategorii, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. W przedmiotowym postępowaniu jest to usługa prowadzenia kampanii i usługa prowadzenia strony internetowej.

Izba wskazuje, że na potwierdzenie powyższej tezy Zamawiający przedstawił na rozprawie dowody potwierdzające łączenie tych dwóch usług w postaci przykładowych kampanii informacyjno-edukacyjnych uwzględniające analogiczny zakres przedmiotowy, tj.

- Małopolska - cel podróży (załącznik - link nr 1),
- Realizacja kampanii promocyjnej dotyczącej Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój dla młodych osób w Małopolsce z udziałem ambasadora kampanii (załącznik - link nr 2),
- Przygotowanie i przeprowadzenie ogólnopolskiej kampanii społecznej dotyczącej testowania w kierunku HIV (załącznik - link nr 3),
- Opracowanie koncepcji graficznej materiałów informacyjno-promocyjnych ( w tym grafiki na stronę internetową), przeprowadzenie kampanii reklamowej wydarzenia oraz dostawę materiałów na potrzeby projektu „Małopolska Noc Naukowców 2012”, współfinansowanego z 7. Programu Ramowego Unii Europejskiej (załącznik - link nr 4),
- Przeprowadzenie kampanii wizerunkowej na wybranych rynkach pod roboczym hasłem „Wyjątkowy citybreak” (załącznik - link nr 5),

- Przygotowanie i przeprowadzenie trzech kampanii zasięgowo-wizerunkowych Warmii i Mazur w obszarze turystyki, kultury i dziedzictwa kulinarnego w Niemczech, Danii, Francji i na Litwie (załącznik - link nr 6).

Ponadto Odwołujący na rozprawie wskazywał na dowód wniesiony przez Zamawiającego (załącznik nr 5) na rozdzielanie w pkt 5.1.4. doświadczenia w postaci kampanii reklamowej w Internecie oraz kampanii reklamowej związanej z promocją turystyczną w ramach zdolności technicznej lub zawodowej. Izba zważyła jednak, że rozdział tych usług w tamtejszym postępowaniu, nie oznacza wcale, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jako gospodarz postępowania nie może połączyć tych usług w ramach wymaganego doświadczenia. Tak więc, zdaniem Izby, uwagi Odwołującego w tym zakresie nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że to sam Odwołujący na swojej stronie internetowej w ramach referencji wykazuje się m.in. „kreacją i produkcją strony internetowej pt. „Edukacja w zasięgu ręki” wykonanej wśród innych czynności składających się na kampanię przeprowadzoną w 2021 r. na rzecz Ministerstwa Edukacji i Nauki, czy przygotowaniem i prowadzeniem „kampanii w portalach internetowych” na rzecz UKSW.

W związku z powyższym, Izba zważyła, że Odwołujący twierdząc w odwołaniu, jak i na rozprawie, że nie ma doświadczenia w tworzeniu i prowadzeniu strony internetowej staje w sprzeczności z listem referencyjnym Ministerstwa Edukacji i Nauki wskazanym przez Zamawiającego. Co istotne, sam Odwołujący stwierdził na rozprawie, że „kiedyś w ramach konsorcjum robił kampanię i stronę internetową, przy czym Odwołujący nie ma referencji, w której spełnia wymagania łącznie”.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Zamawiający na rozprawie stwierdził, że „prowadzenie strony internetowej ma charakter specyficzny. To wszystko musi być spójne i skoordynowane”, na co Odwołujący nie odniósł się w ogóle na rozprawie.

Odwołujący podnosił także w odwołaniu, że Zamawiający „określił warunek niezgodny z zakresem przedmiotu zamówienia”, ponieważ „zgodnie z udzielonymi odpowiedziami z dnia 13.07. wskazał, iż : Ad pkt 1 ppkt 2: Wyjaśnia, że emisja spotów w telewizji nie wchodzi w zakres zadań Wykonawcy.”

Izba podkreśla, że zgodnie z § 1 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 2 do SWZ) Zamawiający określił, że w ramach realizacji Kampanii Wykonawca zobowiązuje się wykonać w szczególności poniższe zadania:

- 1) opracowanie harmonogramu działań i planu wdrożenia Kampanii;
- 2) opracowanie strategii kreatywnej, medialnej i komunikacyjnej Kampanii;
- 3) opracowanie media planu wraz z rekomendacjami (w oparciu o aktualne badania marketingowe) oraz nazwami i liczbą stron internetowych oraz profili mediów społecznościowych;
- 4) przygotowanie i wyprodukowanie materiałów audiowizualnych wykorzystywanych w ramach Kampanii, w tym:
  - a) spotu radiowego (czas trwania spotu: 30 sekund),
  - b) spotu telewizyjnego przeznaczonego do emisji w telewizji, Internecie i środkach komunikacji miejskiej (czas trwania spotu: 30 sekund, w wersji z tłumaczeniem na język migowy oraz napisami),
  - c) storyboardów,
  - d) banerów,

e) rysunków, zdjęć, grafik, materiałów wideo, treści reklamowych i informacyjnych, filmów i innych elementów niezbędnych do przeprowadzenia Kampanii;

5) zaplanowanie i zakup miejsca i czasu emisji spotu radiowego na antenach co najmniej dwóch komercyjnych stacji radiowych, w tym RMF FM oraz Radio Zet;

6) zaplanowanie i zakup miejsca i czasu emisji spotu telewizyjnego w serwisach internetowych

i w mediach społecznościowych, co najmniej w następujących: Twitter, Facebook, YouTube, Instagram wraz z prowadzeniem promocji Kampanii w tych serwisach;

7) zaplanowanie i zakup miejsca i czasu emisji spotu telewizyjnego w środkach komunikacji miejskiej na terenie kraju, w co najmniej ośmiu miastach wojewódzkich (tramwaje, autobusy), przez co najmniej 14 dni, zapewniając co najmniej 1000 wyświetleń spotu dziennie w każdym mieście, w każdym dniu wykonywania usługi;

8) przeprowadzenie kampanii banerowej w co najmniej w następujących serwisach internetowych: Bankier.pl, Money.pl, Businessinsider.com.pl, z liczbą odsłon co najmniej 1 mln w każdym z serwisów;

9) zakup domeny internetowej Kampanii na rok, liczony od momentu jej zakupu;

10) przygotowanie i uruchomienie strony internetowej Kampanii zawierającej m.in. materiały przekazane przez Zamawiającego oraz spoty wytworzone przez Wykonawcę;

11) opracowanie hasła Kampanii;

12) emisja jednego artykułu dotyczącego Kampanii w co najmniej jednym papierowym wydaniu

prasy ogólnopolskiej oraz dwóch artykułów w co najmniej 10 papierowych wydaniach dzienników regionalnych (przy czym, dzienniki regionalne swoim zasięgiem/nakładem muszą obejmować co najmniej 10 województw w Polsce);

13) publikacja artykułów wskazanych w pkt 12 w serwisie ogólnopolskim oraz w serwisach regionalnych online będących odpowiednikami wydań papierowych;

14) zamieszczenie informacji o każdym z artykułów wskazanych w pkt 12 na stronach głównych serwisu ogólnopolskiego i serwisów regionalnych;

15) opracowanie kreacji Kampanii, w tym: rysunków, zdjęć, grafik, materiałów wideo, treści reklamowych i informacyjnych, filmów i innych elementów niezbędnych do przeprowadzenia Kampanii w ilości i formatach pozwalających na skuteczne przeprowadzenie Kampanii, dostosowanych do wybranych środków przekazu;

16) monitorowanie przebiegu Kampanii i jego optymalizacja;

17) przedstawienie sposobu ewaluacji Kampanii z podziałem na kryteria ilościowe i jakościowe oraz opracowanie raportu końcowego, przygotowanego w terminie określonym w § 2 ust. 3 Umowy, zawierającego podsumowanie dotyczące efektywności Kampanii wraz z rekomendacjami na kolejną Kampanię.

Tym samym, zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego w dniu 13 lipca 2022 r., tylko sama emisja w telewizji nie należała do zadań Wykonawcy, natomiast przygotowanie spotu telewizyjnego, jego zaplanowanie, zakup miejsca i czasu jego emisji w innych kanałach niż telewizja należała do zadań Wykonawcy, na co również wskazywał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, a Odwołujący na rozprawie temu nie zaprzeczył.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie są wygórowane i stanowią pewny standard na rynku, na co wskazywał także na rozprawie Zamawiający, popierając swoje stanowisko

stosownymi dowodami.

II.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 240, art. 241 ust. 1, art. 242 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez określenie kryterium „liczba kampanii zrealizowanych

przez kierownika/koordynatora wyznaczonego do jej realizacji" - 40%, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy PZP, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Stosownie do art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Natomiast zgodnie 9.1.4.2 SWZ, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, posiadającymi wiedzę i doświadczenie z zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia, tj.:

a) co najmniej jednym kierownikiem/koordynatorem kampanii, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia i który odpowiadał za realizację co najmniej dwóch kompleksowych kampanii o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu i produkcji spotu radiowego i filmowego, promowaniu kalendarzowych oraz przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii);

b) zespołem co najmniej trzech osób, które w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, brały udział w realizacji kampanii i których łączne doświadczenie obejmowało co najmniej usługi polegające na:

- przygotowaniu i produkcji spotów radiowych i filmowych,
- promowaniu kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie

oraz

- przygotowaniu oraz wykonaniu strony internetowej dla kampanii.

Ponadto Izba wskazuje, że Zamawiający w pkt 14 SWZ określił, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował poniższymi kryteriami oceny:

| Nazwa kryterium | Waga<br>(%) | kryterium | Opis sposobu oceny                                                                        |
|-----------------|-------------|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| Cena            | 60 %        |           | Liczba pkt = $CN/CW \times 60$ pkt                                                        |
|                 |             |           | CN - najniższa oferowana cena brutto spośród ofert<br>CW - cena brutto badanej oferty     |
|                 |             |           | Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach tego kryterium wynosi 60 punktów. |

|                                                                                                     |             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Liczba kampanii zrealizowanych przez kierownika/koordynatora wyznaczonego do jej realizacji*</p> | <p>40 %</p> | <p>Oferta, w której Wykonawca wskaże do realizacji zamówienia kierownika/koordynatora kampanii, który w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert brał udział w realizacji kampanii i wykaże się doświadczeniem w największej liczbie kompleksowych kampanii informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, polegających przynajmniej na przygotowaniu i produkcji spotu radiowego i filmowego, promowaniu kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie, przygotowaniu i wykonaniu strony internetowej dla kampanii (wymienione działania powinny wystąpić łącznie w każdej kampanii), (nie wliczając w to 2 (dwóch) kampanii wykazanych na</p> <p>spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>9.1.4.2 a) SWZ). Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach tego kryterium wynosi 40 punktów.</p> <p>Pozostałe oferty będą punktowane według wzoru: <math>Z_n = (K_n / K_{max}) * 40</math></p> <p><math>K_n</math> - liczba kampanii oferty badanej    <math>K_{max}</math> - największa liczba kampanii</p> <p><math>Z_n</math> - liczba punktów przyznana ofercie</p> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Tym samym Zamawiający powiązał warunek udziału w zakresie doświadczenia kierownika/koordynatora z kryterium oceny ofert, na co zwrócił uwagę Odwołujący w odwołaniu.

Izba zważa jednak, że wszystkie elementy jakie składają się na premiowane w kryterium doświadczenie kierownika/koordynatora stanowią elementy składające się na przedmiot zamówienia.

Izba podkreśla, że wszystkie elementy składowe usług stanowiących przedmiot zamówienia będą realizowane zarówno przez zespół danego Wykonawcy, zgodnie z pkt 9.1.4.2 (b) SWZ, jak i przez kierownika/koordynatora wskazanego przez Wykonawcę posiadającego odpowiednie doświadczenie, zgodnie z pkt 9.1.4.2 (a) SWZ. Zamawiający na rozprawie jednoznacznie wskazywał, że: „koordynator powinien mieć kompetencje pozwalające na nadzór nad osobami i wiedzę w przygotowaniu kampanii i treści stron internetowych”.

Izba zważa, że to właśnie od potencjału kierownika/koordynatora kampanii zależy m.in. właściwe opracowanie media planu, opracowanie harmonogramu działań i planu wdrożenia kampanii, odpowiednie opracowanie strategii medialnej i komunikacyjnej kampanii.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Odwołujący kwestionując wpływ doświadczenia na jakość wykonywanej usługi powołuje się na § 16 projektu umowy (załącznik nr 2 do SWZ) stwierdzając w odwołaniu: „Z jednej strony bardzo dużo punktów w kryterium doświadczenia Kierownika/Koordynatora, którego rolą jest bieżąca współpraca, (.) niekoniecznie musi być to ta sama osoba, która podpisuje protokół odbioru, dodatkowo zmiana tej osoby nie stanowi zmiany Umowy lecz poinformowania drugiej strony”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Wykonawca, z którym ostatecznie zostanie zawarta umowa może zdecydować, że będzie to ta sama osoba, która podpisze protokół odbioru, co jednak nie oznacza, że jest to jedyna rola koordynatora jako osoby merytorycznej, na co wcześniej zwróciła uwagę Izba.

Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący w ogóle nie wziął pod rozwagę treści zapisu § 3 ust. 8 projektu umowy, zgodnie z którym: „Zmiana osób wskazanych do realizacji Przedmiotu Umowy, wymienionych w Ofercie, wymaga pisemnego powiadomienia Zamawiającego wraz z uzasadnieniem, pod rygorem nieważności. Wykonawca zapewni, że nowa osoba będzie

spełniać wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zmiana tych osób nastąpi na zasadach określonych w § 12 ust. 5 Umowy”.

Natomiast zgodnie z § 12 ust. 5 projektu umowy: „Zmiana osób, o których mowa § 3 ust. 8 Umowy może nastąpić z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (np. choroba), których nie był on w stanie przewidzieć i wymaga uprzedniej pisemnej akceptacji Zamawiającego z zastrzeżeniem, że nowa osoba będzie spełniać wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). O każdej zmianie kierownika/koordynatora Kampanii lub zespołu Wykonawcy, Zamawiający zostanie pisemnie poinformowany na 5 dni roboczych przed planowaną zmianą wraz z informacją o doświadczeniu nowej osoby, w sposób określony w § 3 ust. 8 Umowy”.

W związku z powyższym, personel, jak i kierownik/koordynator kampanii, którymi ma legitymować się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonymi w SWZ, zdaniem Izby, pełnią istotną rolę w celu należytego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że osoba będąca kierownikiem/koordynatorem kampanii ma znaczący wpływ na jakość wykonania przedmiotu zamówienia. Podkreślił to również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „To bowiem często właśnie doświadczenie tej osoby przekłada się bezpośrednio na jakość całej kampanii informacyjnej i w tym kontekście decyduje wręcz o osiągnięciu wyznaczonego takiej kampanii celu”.

Biorąc powyższe na uwadze, Izba nie zgadza się z poglądem Odwołującego, że: „kryterium jest sztuczne, nieadekwatne do zakresu merytorycznego przedmiotu zamówienia, bez znaczącego wpływu na jakość realizacji zamówienia”.

Izba odniesie się jeszcze do żądania ewentualnego wniesionego przez Odwołującego w postaci unieważnienia postępowania na podstawie art. 137 ust. 7 w zw. z art. 256 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 137 ust. 7 ustawy PZP, w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256.

Izba wskazuje, że zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych, Prawo zamówień publicznych, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, str. 492, w art. 137 ust. 7 Pzp wprowadzona została regulacja wskazująca na ograniczenia co do zakresu zmiany treści

SWZ, zgodnie z którą w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 Pzp. (...)Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia. W ślad za uzasadnieniem do projektu Pzp należy stwierdzić, że przykładem niedopuszczalnej zmiany jest w szczególności zwiększenie zakresu zamówienia, np. dodanie części zamówienia (tzw. pakietu), zmiana rodzaju zamówienia (np. z dostawy na usługi), zmiana charakteru zamówienia (np. z leasingu na sprzedaż).

W świetle powyższego, zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie dokonał żadnej zmiany treści SWZ, która prowadziłaby do istotnej zmiany charakteru lub znacznej zmiany zakresu zamówienia.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że Odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swojej tezy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....