

Sygn. akt: KIO 3229/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:

Krzysztof Sroczyński

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę OGGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Uniwersytet Szczeciński z siedzibą w Szczecinie przy udziale wykonawcy ANCOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – OGGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 240 zł (dwieście czterdzieści złotych) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie tytułem oraz 17 zł (siedemnaście złotych) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego tytułem uiszczenia opłaty skarbowej, a także kwotę 863 zł 20 gr (osiemset sześćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego OGGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na rzecz Zamawiającego kwotę w 863 zł 20 gr (osiemset sześćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych. 1

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3229/24

U z a s a d n i e

Zamawiający – Uniwersytet Szczeciński z siedzibą w Szczecinie, prowadzi w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. Zaprojektowanie, wykonanie, instalacja, wdrożenie oraz utrzymanie Systemu będącego platformą treningową z filmami instruktażowymi w postaci strony internetowej, służącej do wspierania w podejmowaniu aktywności fizycznej oraz zbieranie od użytkowników danych do badań, ich archiwizowanie i udostępnianie Zamawiającemu, w ramach projektu „Nowy Rok – Zdrowy Rok” o numerze

referencyjnym: A-ZP.381.35.2024.AS (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00408237/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 4 września 2024 r. OGGO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego w ramach rozstrzygnięcia ww. postępowania tj. dokonaną przez Zamawiającego ocenę ofert w ramach kryterium „JAKOŚĆ DOSTARCZONEJ PRÓBK (60%)” (w tym zniżenie punktacji przyznanej Odwołującemu i zawyżenie punktacji przyznanej drugiej ofercie) oraz dokonany przez Zamawiającego wybór oferty ANCOM Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie (dalej „ANCOM”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP przez:

- dokonanie oceny ofert niezgodnie z opisem kryteriów oraz sposobu oceny ofert zawartych w dziale XV SWZ w zakresie kryterium: JAKOŚĆ DOSTARCZONEJ PRÓBK (60%) (gdyż w szczególności z uzasadnienia oceny ww. kryterium wynika, że komisja, w ramach poszczególnych podkryteriów, oceniała inne aspekty przedstawionych próbek/filmów, niż te które powinny być przedmiotem oceny), - dokonanie oceny ofert w sposób subiektywny, dowolny i arbitralny,
- brak równego traktowania wykonawców polegający w m.in. na tym, że w odniesieniu do obu Wykonawców, w ramach danego podkryterium oceniane były różne (odmienne) aspekty materiałów filmowych, a w przypadku, gdy dany aspekt powodował obniżenie oceny filmu ANCOM, brak oceny danego aspektu w filmie Odwołującego nie skutkowało podwyższeniem jego oceny, co skutkowało zniżeniem oceny przyznanej Odwołującemu i zawyżeniem oceny przyznanej drugiej ofercie,

2) naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przez ocenę ofert w kryterium JAKOŚĆ DOSTARCZONEJ PRÓBK (60%), w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców, zachowania zasady przejrzystości oraz nieproporcjonalny, skutkujący zniżeniem oceny przyznanej Odwołującemu i zawyżeniem oceny

przyznanej drugiej ofercie, w szczególności przez:

- dokonanie oceny ofert w sposób dowolny, arbitralny, wybiórczy i niezgodny z SWZ,
- brak równego i proporcjonalnego traktowania wykonawców polegający w szczególności na tym, że w odniesieniu do obu Wykonawców, w ramach danego podkryterium oceniane były różne (odmienne) aspekty materiałów filmowych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności przywołał zapisy SWZ, że zgodnie z którym (pkt. 1 w dziale IV na str. 3-4):

W celu potwierdzenia zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

a. próbki zrealizowanego filmu instruktażowego z uwzględnieniem poniższych wymagań:

- długość: 300 sekund, w przypadku dłuższego filmu szkoleniowego ocenie poddane zostanie pierwsze 300 sekund przedstawionego materiału;
- tematyka z zakresu aktywności fizycznej i zdrowia prezentująca i zachęcająca do wykonywania konkretnych ćwiczeń dostępnych dla oglądających;
- instruktarze dotyczące sposobu wykonania ćwiczeń przez osoby prezentujące ćwiczenia;
- zastosowanie tła muzycznego adekwatnego do rodzaju prezentowanych ćwiczeń;
- uwzględnienie czołówki i tyłówki.

b. Próbka filmu musi być dostarczona w wersji elektronicznej w formacie pliku wideo (.avi, .mpeg, .mpg, lub .mp4).

c. Maksymalny rozmiar jednego pliku przesyłanego za pośrednictwem dedykowanych formularzy do złożenia, zmiany, wycofania oferty wynosi 150 MB. Przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu. W przypadku

jego niezłożenia w wymaganym terminie Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP.

d. Próbkę należy dostarczyć wraz z ofertą za pośrednictwem

Z kolei zgodnie z Działem XV SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał się kierować następującymi kryteriami i ich wagami oraz w następujący sposób miał oceniać spełnianie kryteriów:

^ cena brutto - 40%

^ jakość dostarczonej próbki - 60%

W odniesieniu do kryterium 2 (kryterium jakościowego) dotyczącego dostarczonej próbki materiału (waga 60%), Zamawiający przedstawił następujące warunki oceny:

Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia: próbki zrealizowanego filmu instruktażowego z uwzględnieniem poniższych wymagań:

a) długość: 300 sekund, w przypadku dłuższego filmu szkoleniowego ocenie poddane

zostanie pierwsze 300 sekund przedstawionego materiału;

b) tematyka z zakresu aktywności fizycznej i zdrowia prezentująca i zachęcająca do wykonywania konkretnych ćwiczeń dostępnych dla oglądających;

c) instruktarze dotyczące sposobu wykonania ćwiczeń przez osoby prezentujące ćwiczenia;

d) zastosowanie tła muzycznego adekwatnego do rodzaju prezentowanych ćwiczeń;

e) uwzględnienie czołówki i tyłówki.

Każda próbka zostanie poddana ocenie w oparciu o następujące kryteria:

1. Nowatorskość koncepcji – przez nowatorskość koncepcji Zamawiający rozumie nietradycyjny, innowacyjny sposób realizacji ocenianej produkcji. Nowatorskość koncepcji zostanie oceniona w skali od 0 do 12 pkt. Im większa nowatorskość koncepcji, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta.
2. Atrakcyjność przekazu – przez atrakcyjność przekazu Zamawiający rozumie wzbudzające zainteresowanie oraz estetyczne rozwiązania wizualne zastosowane w ocenianej produkcji. Atrakcyjność przekazu zostanie oceniona w skali od 0 do 12 pkt. Im większa atrakcyjność przekazu, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta.
3. Czytelność obrazu – przez czytelność obrazu Zamawiający rozumie wyraźny obraz o wysokiej jakości. Czytelność obrazu zostanie oceniona w skali od 0 do 12 pkt. Im większa czytelność obrazu, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta.
4. Spójność koncepcji z tematem – przez spójność Zamawiający rozumie harmonijne i adekwatne połączenie koncepcji realizowanej produkcji z jej tematem przewodnim. Spójność koncepcji z tematem zostanie określona w skali od 0 do 12 pkt. Im większa spójność koncepcji z tematem, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta.
5. Dynamika prezentacji – przez dynamikę Zamawiający rozumie dostosowanie tempa prezentacji do potrzeb docelowej grupy odbiorców. Dynamika prezentacji zostanie oceniona w skali od 0 do 12 pkt.

Maksymalna liczba punktów, którą Oferent może otrzymać za kryterium 2 wynosi 60 pkt.

Oferty złożyło 2 wykonawców: Odwołujący oraz ANCOM Sp. z o.o. Sp.k. w Krakowie (dalej: ANCOM).

W dniu 29 lipca 2024 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wybrał ofertę ANCOM., która otrzymała 40 punktów w kryterium „cena brutto PLN” oraz 43 punkty w kryterium „jakość próbek”. Oferta Odwołującego otrzymała 37,48 punkty w kryterium „cena brutto PLN” oraz 40 punktów w kryterium „jakość próbek”.

Do informacji o wyborze najkorzystniejszej tabeli została załączona tabela z informacją, ile punktów Wykonawcy uzyskali w poszczególnych podkryteriach w ramach kryterium „jakość próbek”. Pod tabelą podpisy złożyło 6 członków komisji. Informacja nie zawierała żadnego wyjaśnienia, dlaczego w poszczególnych podkryteriach wykonawcy uzyskali taką a nie inną liczbę punktów. Brak też było jakiegokolwiek porównania dwóch ocenianych ofert. W związku z powyższym dniu 5 sierpnia 2024 r. Odwołujący wniósł od tej decyzji odwołanie, które zostało uwzględnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 sierpnia 2024 r. W konsekwencji powyższego postanowieniem z dnia 20 sierpnia 2024 r. sygn. KIO 2802/24 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyło postępowanie odwoławcze.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej ponowną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wybrał ofertę ANCOM, która otrzymała 40 punktów 5

w kryterium „cena brutto PLN” oraz 43 punkty w kryterium „jakość próbek”. Oferta Odwołującego otrzymała 37,48 punkty

w kryterium „cena brutto PLN” oraz 40 punktów w kryterium „jakość próbek”. Oznacza to, że Zamawiający ocenił oferty identycznie, jak poprzednio.

Do informacji o wyborze najkorzystniejszej tabeli został załączony dokument z tabelą z informacjami, ile punktów Wykonawcy uzyskali w poszczególnych podkryteriach w ramach kryterium „jakość próbki”. Pod tabelą podpisy złożyło 5 członków komisji (czyli – bez uzasadnienia – mniej niż poprzednio). Tabela zawiera także uzasadnienie oceny.

W piśmie z dnia 13 lipca 2024 r. Zamawiający stwierdził, że ocena była dokonywana w ramach konsensusu członków komisji.

W takim stanie rzeczy Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, co do zasady, może ustalić takie kryteria oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Z art. 242 ustawy Pzp wynika, że katalog kryteriów oceny ofert nie jest zamknięty pod warunkiem, że dotyczy przedmiotu zamówienia i nie dotyczy właściwości podmiotowych wykonawcy.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, a zgodnie z pkt. 3 ww. przepisu – także w sposób proporcjonalny. Dokonując oceny ofert, Zamawiający jest związany obowiązkiem jednakowego traktowania wszystkich wykonawców, tj. oceny ich ofert według tych samych zasad oraz do prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym prawidłowości oceny ofert (zob. wyrok KIO z 8 sierpnia 2022 r. sygn. KIO 1877/22). Oceny muszą być dokonywane w sposób proporcjonalny w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zgodnie z motywem 92 Dyrektywy 2014/24/UE ustalone kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Ponadto, zgodnie z motywem 99 Dyrektywy 2014/24/UE Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania. Powyższe zasady zostały przeniesione m.in. do art. 240 PZP, zgodnie z którym 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.

Zamawiający określił w SWZ sposób oceny ofert w kryterium jakościowym określając 5 podkryteriów, ogólne wyjaśnienie znaczenia poszczególnych podkryteriów oraz liczbę punktów, które – w ramach każdego podkryterium można zdobyć. Te warunki są bezwzględnie wiążące, gdyż SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jeżeli w SWZ określony jest sposób oceny kryterium 6

jakościowego, to Zamawiający może dokonać oceny tylko tych aspektów, które zostały opisane w ramach tego kryterium. Ocena materiałów filmowych w ramach kryterium jakościowego nie polega zdaniem Odwołującego na wszechstronnej, nieograniczonej ocenie przedstawionych materiałów – czyli np. na wyborze filmu, który się bardziej podoba członkom Komisji, ale na ocenie tylko tych aspektów, które zostały określone w ramach danego podkryterium.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30 sierpnia 2024 r. Zamawiający podał ile punktów każda oferta zdobyła w ramach poszczególnych podkryteriów oraz przedstawił krótkie uzasadnienie dokonanej oceny. Mimo że punktacja podkryteriów powinna nastąpić z uwzględnieniem obowiązków określonych w SWZ i zgodnie z zasadami równego traktowania wykonawców, z przedstawionego uzasadnienia oceny wynika, że Zamawiający w ramach poszczególnych podkryteriów ocenił inne aspekty, niż te – które zgodnie z SWZ – miał oceniać. Zamawiający ocenił oferty tak, jakby miał nieograniczoną swobodę ich oceny, a takiej oceny nie miał.

Odwołujący kwestionuje punktację przyznaną próbce Odwołującego oraz próbce wykonawcy, którego oferta została wybrana. Ocena próbki Odwołującego w porównaniu z oceną próbki załączonej do oferty drugiego wykonawcy (ANCOM) została istotnie i obiektywnie zaniżona.

Przyznane próbkom punkty świadczą o tym, że przy ocenie ofert została naruszona także zasada równego traktowania oferentów oraz zasada proporcjonalności. W dalszej kolejności Odwołujący przedstawił szczegółową analizę przedstawionych próbek, w kontekście poszczególnych podkryteriów.

Podkryterium Nowatorskość koncepcji

Zgodnie z SWZ przez nowatorskość koncepcji Zamawiający rozumie nietradycyjny, innowacyjny sposób realizacji ocenianej produkcji.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego nowatorskość to „cecha czegoś, co nie mieści się w przyjętym dotąd zakresie doświadczeń, osiągnięć i wiedzy ludzi w danej dziedzinie” ().

W uzasadnieniu oceny wskazano, że „Oceniając kryterium skupiono się na wykonywanych ćwiczeniach, gdyż stanowią one najważniejszy aspekt całej produkcji oraz innowacyjnych elementach technicznych widocznych dla potencjalnych użytkowników”.

W odniesieniu do filmu ANCOM, któremu przyznano 7 pkt., Komisja wskazała, że: „zaproponowane ćwiczenia wykonywane są w pozycjach odmiennych od pozycji siedzącej, w jakiej spędza się najczęściej wiele godzin. Ćwiczenia powinny zachęcać do zmiany pozycji z siedzącej na inne, oraz aktywować inne grupy mięśniowe po to, aby odciążyć układ mięśniowo-szkieletowy od niekorzystnych obciążeń. Zaprezentowane ćwiczenia aktywują także mięśnie głębokie. Zaprezentowano szczegółowy instruktaż wykonywanych ćwiczeń. Elementem dodatkowym innowacyjnym może być zastosowana mata o niestandardowej szerokości wygodniejsza do wykonywania większości ćwiczeń, pod warunkiem, że użytkownik będzie miał do niej dostęp. Oceniana próbka filmu nie zawierała rozgrzewki”.

W odniesieniu do filmu Odwołującego, któremu Komisja przyznała 6 pkt., wskazano „Zaproponowano ćwiczenia na krześle, które mogą być wykonywane w dowolnym miejscu np. podczas pracy biurowej lub w przerwie, ponieważ ich wykonanie nie wymaga użycia dodatkowego sprzętu. Ponadto przedstawiono ćwiczenia rozciągające co jest bardzo ważnym elementem aktywności fizycznej. Jednakże 7

w ocenie Zamawiającego, wszelka dłuższa aktywność powinna zachęcać do zmiany pozycji z siedzącej na inną, tak aby aktywować inne grupy mięśniowe. Za element innowacyjny mógłby zostać uznany licznik czasu i ćwiczeń przedstawiony w nieco odmiernej formie niż w typowych produkcjach dostępnych na rynku pod warunkiem że użytkownicy zaakceptują stale obecny przerywany sygnał dźwiękowy

Takie uzasadnienie wskazuje zdaniem Odwołującego na to, że:

- Komisja oceniała rodzaj/charakter ćwiczeń i ich adekwatność dla osób wykonujących pracę siedzącą, a nie nowatorskość koncepcji. Tymczasem te aspekty nie mogły być przedmiotem oceny zgodnie z SWZ. Przedmiotem oceny miała być tylko i wyłącznie nowatorskość koncepcji, a nie zachęta do zmiany pozycji z siedzącej na inne.
- Nie jest jasne, co należy rozumieć, przez „innowacyjne elementy techniczne” wskazane przez Komisję w uzasadnieniu jako element podlegający ocenie. Przedmiotem oceny miała być nowatorskość koncepcji a nie elementów technicznych. Jeżeli za innowacyjny element techniczny uznano matę z filmu ANCOM, to samo wykorzystanie w filmie maty, która jest szersza niż inne maty, w żadnym stopniu nie wpływa na nowatorskość koncepcji, gdyż przedmiotowa mata nie pełni w prezentowanym filmie żadnej funkcji (poza reklamową) – nie gra żadnej roli, jej niestandardowa szerokość nie jest w żaden sposób wykorzystywana przez trenerkę. Przedstawiane ćwiczenia mogą być wykonywane na każdej macie. Przeciętny widz nawet nie wie, że jest to mata o innych parametrach niż tradycyjne. Trenerka w żaden sposób nie tłumaczy funkcji lub właściwości maty, nie zwraca uwagi na jej szerokość (nie komentuje jej) i nie poleca jej do wykonywania prezentowanych ćwiczeń. Na marginesie należy też zaznaczyć, że prezentowana w filmie mata (która stanowi ewidentny przykład lokowania produktu/reklamy) nie jest obecnie dostępna w sprzedaży (

aximate---mata-treningowa,p2050197025). Tym samym wykorzystanie przedmiotowej maty nie może być ocenione na korzyść oferty, gdyż nie wpływa ono na nowatorskość koncepcji.

- Porównując sposób wykonywania ćwiczeń (na macie i na krześle), oczywistym jest zdaniem Odwołującego, że w świetle ww. definicji, przymiot nowatorskości mają ćwiczenia na krześle, które są mniej rozpowszechnione niż ćwiczenia na macie.
- Sposób realizacji produkcji filmu OGGO opiera się o nowatorską koncepcję ćwiczeń, które może wykonać każdy w każdym miejscu, nie odrywając się od swoich zajęć w domu, w pracy lub w innym miejscu. Ćwiczenia prezentowane przez OGGO nie wymagają dodatkowego sprzętu sportowego (np. maty) i nie wymagają potrzeby organizowania specjalnej przestrzeni do ćwiczeń. Film ANCOM opiera się o tradycyjną koncepcję ćwiczeń – ćwiczenia na macie. Film zakłada, że każdy musi sobie zorganizować matę (lub kawałek czystej podłogi). Filmiki z takimi samymi lub podobnymi ćwiczeniami na ból pleców na macie są powszechnie dostępne, prezentowane ćwiczenia nie są nowatorskie. Prezentowane ćwiczenia są powszechnie wykonywane na zajęciach w-f w szkołach lub w czasie innych zajęć sportowych. Film ANCOM nie przedstawia żadnych innowacyjnych, twórczych rozwiązań. Komisja ten aspekt całkowicie pominęła. Wręcz przeciwnie, w sposób nieuzasadniony uznała, że ten aspekt działa na niekorzyść oferty.
- Licznik czasu i ćwiczeń zawarty w ofercie Odwołującego powinien być bezwarunkowo oceniony jako element nowatorski (przerywany sygnał dźwiękowy jest uzasadniony, subtelny i pomocny - przydatny dla 8

osób, które akurat nie patrzą w ekran). Komisja wskazała, że jest to „stale obecny” przerywany sygnał dźwiękowy, co jest nieprawdą. Sygnał dźwiękowy nie jest stale obecny. Pojawia się pod koniec każdego ćwiczenia i ogranicza się do kilku powtórzeń (trwa 3 sekundy). Sygnał jest subtelny i nie przeszkadza w odbiorze.

- W odniesieniu do oferty ANCOM Zamawiający wskazał, że „oceniana próbka filmu nie zawierała rozgrzewki”. Nie jest jasne, czy Zamawiający ocenił ten aspekt pozytywnie (czy w związku z tym, że oceniana próbka nie zawierała rozgrzewki ANCOM otrzymał dodatkowe punkty, czy negatywnie). Ćwiczenia prezentowane przez Odwołującego zawierały rozgrzewkę, a Komisja ten aspekt całkowicie pominęła. Tymczasem przedstawienie w filmie OGGO pełnego zakresu ćwiczeń (od rozgrzewki do rozciągania) w tak krótkim czasie (5 min.), także należy ocenić jako nowatorskie.
- Komisja negatywnie oceniła przydatność ćwiczeń prezentowanych przez Odwołującego dla osób wykonujących pracę w pozycji siedzącej, tymczasem każda zmiana pozycji ze „stałej pozycji” nawet delikatna jest dobra i potrzebna. Prezentowane ćwiczenia są korzystne i dobre także dla osób wykonujących pracę w pozycji siedzącej.

W takich okolicznościach przyznanie ofercie ANCOM, która nie zawiera żadnych elementów nowatorskości, większej liczby punktów świadczy o nieobiektywnej i arbitralnej ocenie Komisji. Zgodnie z SWZ punkty miały być przyznawane na zasadzie „Im większa nowatorskość koncepcji, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta”. Ta zasada została bezspornie naruszona.

Podkryterium Atrakcyjność przekazu

Zgodnie z SWZ przez atrakcyjność przekazu Zamawiający rozumie wzbudzające zainteresowanie oraz estetyczne rozwiązania wizualne zastosowane w ocenianej produkcji.

Z przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia oceny wynika zdaniem Odwołującego, że Zamawiający oceniał inne aspekty, niż te które miał oceniać. Dokonana przez Zamawiającego ocena jest obiektywnie nieprawidłowa.

W tym podkryterium film ANCOM otrzymał 8 pkt, a film OGGO 6 pkt. W odniesieniu do filmu ANCOM Komisja stwierdziła: „Scenerię filmu stanowi jasne, jednolite, nierozpraszcane tło, co pozwala skoncentrować się na prezentowanych ćwiczeniach. Bardzo dobrze wyeksponowana jest prowadząca. Sylwetka prowadzącej jest dobrze widoczna. Dobra jakość oraz instruktaż wykonywanych ćwiczeń. Na planie znajduje się nadmierna liczba akcesoriów do ćwiczeń: hantle, wałki, worki, które powodują rozproszenie uwagi odbiorcy. Oceniana próbka filmu nie zawierała rozgrzewki w zaprezentowanych ćwiczeniach. Tło muzyczne adekwatne do zastosowanych ćwiczeń. Uwzględniono czołówkę i tyłówkę”.

Tymczasem przedmiotem oceny nie miał być stopień koncentracji na ćwiczeniach, jakość nagrania, czy instruktaż, itp. a „wzbudzające zainteresowanie rozwiązania wizualne i estetyczne”. W tym zakresie mieści się jedynie zarzut o nadmiernej liczbie akcesoriów do ćwiczeń.

W odniesieniu do filmu Odwołującego Komisja stwierdziła: „Nagranie wykonano w pomieszczeniu o betonowej szarej ścianie z widocznymi różnorodnymi elementami instalacyjnymi; listwami, gniazdami, wieszakiem. Kamera przesuwając się uwidacznia także drzwi pomieszczenia i wycieraczkę, co nie jest korzystne wizualnie. Pomieszczenie wydaje się nie przystosowane do tego typu produkcji. Prowadząca byłaby bardzo dobrze wyeksponowana, gdy nie tło oraz ujęcia z kamer, które powodowały, 9

że prowadząca nie zwraca się do odbiorców wideo lecz w innym kierunku, jakby innych niewidocznych osób w pomieszczeniu. Nie robi to dobrego wrażenia wizualnego. Słaba jakość nagrania dźwięku ze znacznym pogłosem, co może być pochodną wybranego do nagrania. Osoba prezentująca ćwiczenia w jasny, prosty i klarowny sposób tłumaczy metodykę wykonywania prezentowanych ćwiczeń, rozpoczynając je rozgrzewką. Tło muzyczne adekwatne do zastosowanych ćwiczeń.

Tymczasem w ocenie Odwołującego:

- przedmiotem oceny w ramach tego podkryterium nie mogła być jakość dźwięku, gdyż nie jest to „efekt wizualny”.
- W zakresie instruktażu prowadzącej ocenie w tym kryterium powinny podlegać wyłącznie elementy wizualne – w tym wypadku obok samego sposobu wykonywania ćwiczeń dodatkowo także adekwatna gestykulacja prowadzącej, która skupia zainteresowanie, koncentruje uwagę i – dodatkowo – wizualizuje prezentowane ćwiczenia.
- Komisja stwierdziła, że nie jest korzystne wizualnie to, że kamera, przesuwając się, pokazuje także drzwi pomieszczenia i „wycieraczkę”. Tymczasem kamera pokazuje jedynie przez sekundę fragment drzwi i fragment wycieraczki, które – po pierwsze – stanowią jedynie element tła, który w żaden sposób nie odwraca uwagi od ćwiczeń i trenerki, po drugie łamią monotonię obrazu i budują dynamikę obrazu, po trzecie są spójne z ogólną koncepcją filmu, w której głównym bohaterem ćwiczeń, obok trenerki, jest krzesło, które także stanowi element wyposażenia pomieszczenia. Po czwarte – w przeciwieństwie do filmu ANCOM – pojawiające się w filmie Odwołującego elementy tła są stałym elementem pomieszczeń – kontakty są kontaktami i widz nie zastanawia się nad ich rolą w filmie (w filmie ANCOM widz natomiast może się cały czas zastanawiać, czy będą mu potrzebne np. hantle, chociaż ostatecznie nie odgrywają one w filmie żadnej roli).
- O rozpraszcającym tle można by mówić, gdyby na ścianach była np. pstrokata tapeta albo obrazy, a nie betonowa ściana i podłoga w jasnych, stonowanych barwach.
- Wybór przestrzeni do filmu w pełni wpisuje się w nowoczesne trendy, gdyż surowe, industrialne, „loftowe” wnętrza cieszą się dużą popularnością i są powszechnie uznawane za atrakcyjne. To, że trenerka znajduje się w pomieszczeniu jest pozytywnym rozwiązaniem, gdyż buduje łączność z widzem, który, oglądając film, też zazwyczaj znajduje się w jakimś pomieszczeniu.
- Ujęcia z kamer, które przedstawiają prowadzącą z różnych stron, budują dynamikę obrazu – w licznych fragmentach filmu trenerka patrzy bezpośrednio na widza (co istotne, w filmie ANCOM trenerka w ogóle nie patrzy na widza, wykonując ćwiczenia, a Komisja się do tego nie odniosła, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców).

O przeważającej atrakcyjności przekazu zawartego w filmie Odwołującego świadczą w jego ocenie np. takie rozwiązania wizualne jak:

- liczniki (czasowy i ilości ćwiczeń), które są rozwiązaniem wizualnym i także np. funkcjonalnym (pomagają osobom oglądającym film bez dźwięku orientować się, kiedy kończy się nowe ćwiczenie),
- zastosowanie krzesła jako „narzędzia ćwiczeń” – takie rozwiązanie wzbudza ciekawość i zainteresowanie, pokazuje, że można ćwiczyć w każdych warunkach (domowych/biurowych/środkach

transportu, na ławce w parku); osoba, która ogląda film siedząc (np. przy biurku, stole), odruchowo od razu zaczyna sama wykonywać prezentowane zadania – nie musi schodzić z krzesła,

- sposób wykonywania przez trenerkę prezentowanych ćwiczeń na krzesle,
- dopasowanie kolorów skupiające uwagę widza na ćwiczeniach,
- brak jakichkolwiek elementów odwracających uwagę od ćwiczeń (w przeciwieństwie do filmu ANCOM, w którym wokół maty znajduje się wiele „rozpraszaczy”),
- film Odwołującego przedstawia więcej ćwiczeń, prawie cały film jest wypełniony ćwiczeniami, podczas gdy w filmie ANCOM ok. 78 sekund wypełniają inne elementy niż ćwiczenia.

Te elementy całkowicie zostały według Odwołującego pominięte przez Komisję.

W filmie ANCOM brak jest wyróżniających rozwiązań wizualnych, a mimo to film otrzymał więcej punktów (8/12, podczas gdy film Odwołującego otrzymał 6/12 punktów). Zgodnie z SWZ „im większa atrakcyjność przekazu, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta”. Ta zasada została naruszona. Dodatkowo należy wskazać, że film ANCOM przedstawia standardowe ćwiczenia, do których wykonywania jest potrzebne zorganizowanie przestrzeni wokół i mata. Film sprawia wrażenie, że do wykonywania ćwiczeń niezbędny jest dodatkowy sprzęt. Film nie zachęca do ćwiczenia „tu i teraz”. Trenerka korzysta z maty, na której narysowane są różne linie/figury – w filmie brak jest wyjaśnienia, jakie jest ich znaczenie, czy są one niezbędne do wykonywania ćwiczeń, czy ćwiczenia mogą być wykonywane także na zwykłej – czystej macie. Przeciętny odbiorca nie posiada takiej maty – jej brak może zniechęcać do ćwiczeń.

Podkryterium: czytelność obrazu

Zgodnie z SWZ przez czytelność obrazu Zamawiający rozumie wyraźny obraz o wysokiej jakości.

Ocena tego podkryterium wymaga uwzględnienia narzuconych przez Zamawiającego ograniczeń technicznych. Maksymalny rozmiar materiałów filmowych mógł wynosić 150 MB. Taki rozmiar nie pozwala na uzyskanie (dla materiału filmowego o długości 5min.) wysokiej jakości obrazu w rozumieniu technicznym.

W tym kryterium Komisja przyznała obu filmom po 8 pkt.

W odniesieniu do filmu ANCOM Komisja stwierdziła: „Czytelność obrazu przeciętna (zwyczajna, normalna, tradycyjna), ale dla użytkowników wystarczająca. Jakość dźwięku również przeciętna (zwyczajna, normalna, tradycyjna), bez cech pogłosu, ale wystarczająca dla użytkowników, dlatego w tej kategorii przyznano ponad połowę możliwych punktów czyli 8 pkt. Wyższą i pełną punktację ograniczają występujące w kadrze, zwracające uwagę elementy: sprzęt do ćwiczeń, który nie jest wykorzystywany, pokrowce prawdopodobnie na sprzęt umieszczone wokół maty do ćwiczeń, widoczne napisy reklamowe. Przekaz poprawny”.

W odniesieniu do filmu Odwołującego Komisja stwierdziła: „Czytelność obrazu przeciętna (zwyczajna, normalna, tradycyjna), ale dla użytkowników wystarczająca, podobnie jakość dźwięku. Czytelność obrazu odznacza się małą ostrością. Wyższą i pełną punktację ograniczają występujące w kadrze zwracające uwagę elementy: kontakty, wieszak, listwy instalacyjne, drzwi, mata do ćwiczeń albo wycieraczka. Szersza perspektywa przedstawiająca fragment drzwi jest rozpraszająca. Obecny pogłos.

Praca kamery nie jest płynna, momentami szarpane przejścia między ujęciami z poszczególnych kamer. Obraz z poszczególnych kamer jest widocznie różny pod względem kolorystyki filmu”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że:

- jakość dźwięku i pogłos nie mogą być przedmiotem oceny w tym kryterium (nie wpływają na „czytelność obrazu”),
- obiektywnie nieuzasadnione jest uznanie, że czytelność obrazu w równym stopniu zakłócają różne sprzęty o sporych gabarytach i napisy reklamowe występujące w filmie ANCOM (o sporych gabarytach, napisy reklamowe) oraz subtelne elementy tła w filmie Odwołującego (kontakty w ścianach, fragment drzwi, listwy (w filmie ANCOM ww. elementy są w bezpośrednim sąsiedztwie trenerki, elementy tła niejednokrotnie „zlewają się” z trenerką, w filmie Odwołującego to nie występuje, pomiędzy trenerką a ww. elementami jest określona odległość).
- szersza perspektywa przedstawiająca znikomy fragment drzwi lub „wycieraczki” nie jest rozpraszająca, tylko buduje dynamikę obrazu,
- Oceniając „ostrość” obrazu Zamawiający powinien uwzględnić stawiane wymagania dotyczące maksymalnego rozmiaru filmu, które wpływają na ostrość.

- Przejścia między ujęciami budują dynamikę filmu (która także podlegała ocenie w ramach tego podkryterium) i nie powodują żadnych zakłóceń w odbiorze,
- Różnice w kolorystyce obrazu z różnych kamer nie mogły być przedmiotem oceny w ramach tego filmu, nie wpływa ona także na jakość filmu.

Mimo ww. przewag próbki Odwołującego, obie oferty otrzymały taką samą liczbę punktów: 8/12. Tymczasem zgodnie z SWZ „Im większa czytelność obrazu, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta”.

Podkryterium Spójność koncepcji z tematem

Zgodnie z SWZ przez spójność Zamawiający rozumie harmonijne i adekwatne połączenie koncepcji realizowanej produkcji z jej tematem przewodnim.

Temat przewodni próbki został określony w SWZ przez Zamawiającego: tematyka z zakresu aktywności fizycznej i zdrowia prezentująca i zachęcająca do wykonywania konkretnych ćwiczeń dostępnych dla oglądających. Istotą tematu przewodniego są zatem ćwiczenia dostępne dla oglądających. Zamawiający nie określił szczególnej grupy docelowej filmu objętego próbką, określił jedynie grupę docelową całego przedmiotu zamówienia jako „kobiety w różnym wieku”. Film prezentowany przez Odwołującego odpowiada tak określonej grupie docelowej. Prezentowane ćwiczenia są odpowiednie dla kobiet w różnym wieku (i nie tylko). W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający sprecyzował również w wymaganiach dotyczących przedmiotu zamówienia, że ćwiczenia mają być wykonywane bez potrzeby używania dodatkowego sprzętu, tak aby w łatwy sposób wykonać je w każdym miejscu.

W ramach tego podkryterium Komisja przyznała obu ofertom po 12 pkt.

W odniesieniu do oferty ANCOM stwierdzono: „Koncepcja w pełni spójna z tematem przewodnim. Prezentowane ćwiczenia dotycząc ćwiczeń na wzmocnienie mięśni kręgosłupa. Tematyka z zakresu aktywności fizycznej i zdrowia prezentująca i zachęcająca do wykonywania konkretnych ćwiczeń dostępnych dla oglądających.”

W odniesieniu do oferty Odwołującego stwierdzono: „Koncepcja w pełni spójna z tematem przewodnim. Zaprezentowano ćwiczenia, które mogą być wykonywane podczas przerw w pracy. Prezentowane ćwiczenia mają na celu wzmocnienie mięśni kręgosłupa, co jest bardzo ważne dla zdrowia osób wykonujących pracę siedzącą. Jest to jedna z możliwych aktywności fizycznej, która może towarzyszyć ogólnej aktywności, także domowej. Tematyka z zakresu aktywności fizycznej i zdrowia prezentująca i zachęcająca do wykonywania konkretnych ćwiczeń dostępnych dla oglądających”.

Z powyższego wynika zdaniem Odwołującego że:

- W odniesieniu do filmu Odwołującego stwierdzono więcej przewag, zalet, które w żadnym stopniu nie znalazły odzwierciedlenia w punktacji (podkreślono, że: „prezentowane ćwiczenia mają na celu wzmocnienie mięśni kręgosłupa, co jest bardzo ważne dla zdrowia osób wykonujących pracę siedzącą. Jest to jedna z możliwych aktywności fizycznej, która może towarzyszyć ogólnej aktywności, także domowej”). Mimo większej liczby pozytywnych aspektów filmu Odwołującego w zakresie kryterium „spójność koncepcji z tematem”, oba filmy otrzymały tę samą (maksymalną) liczbę punktów. To świadczy o nieobiektywnym i nierównym traktowaniu Wykonawców. Zgodnie z SWZ „Im większa spójność koncepcji z tematem, tym więcej punktów otrzyma oceniana oferta”. Ta zasada została zdaniem Odwołującego naruszona, gdyż Zamawiający powinien zróżnicować oceny ofert, a przedstawione uzasadnienie wskazuje, że większa spójność koncepcji z tematem występuje w ofercie Odwołującego.

Przewaga próbki Odwołującego jest oczywista – ćwiczenia przedstawione w próbce Odwołującego są bezspornie bardziej dostępne dla odbiorców gdyż nie wymagają żadnego dedykowanego sprzętu sportowego (maty). Krzesło jest przedmiotem codziennego użytku bardziej dostępnym niż mata. Ćwiczenia prezentowane w próbce Odwołującego mogą być wykonywane wszędzie – w każdym pomieszczeniu na małej przestrzeni, co oznacza, że są bardziej dostępne niż ćwiczenia prezentowane w próbce ANCOM, które wymagają zorganizowania większej przestrzeni i spełnienia przez nią określonych warunków. W ramach tego podkryterium Komisja powinna także uwzględnić to, że ćwiczenia prezentowane przez ANCOM nie zawierają rozgrzewki, a ćwiczenia prezentowane przez OGGO ją zawierają.

W tym miejscu należy także wskazać, że ćwiczenia przedstawione przez ANCOM nie są „dla każdego”. Jeśli ktoś ma problem z kolanami, to nie zrobi „klęku podpartego”, ponieważ kolana będą go boleć. Jeżeli ktoś ma ból kręgosłupa, to musi najpierw ciało rozluźnić, a ćwiczenia takich ćwiczeń nie zawierają. Jeżeli ktoś ma problem z odcinkiem krzyżowym kręgosłupa to wygięcie ich do prezentowanej pozycji leżącej może nasilić ból kręgosłupa.

Taka przewaga próbki Odwołującego w żadnym stopniu nie została uwzględniona w ocenie. Obie oferty otrzymały po 12 pkt, podczas gdy próbka Odwołującego jest obiektywnie bardziej zgodna z tematem przewodnim i powinna uzyskać większą liczbę punktów.

Podkryterium Dynamika prezentacji

Zgodnie z SWZ przez dynamikę Zamawiający rozumie dostosowanie tempa prezentacji do potrzeb docelowej grupy odbiorców.

W ramach tego kryterium obie oferty otrzymały taką samą liczbę punktów (8). Z taką oceną oferty Odwołującego nie sposób się zgodzić.

W odniesieniu do obu ofert Komisja stwierdziła: „Dynamika dostosowana do przedstawionych ćwiczeń, ale przeciętna (zwyczajna, normalna, tradycyjna). Może okazać się niewystarczająca, aby utrzymać użytkownika w trybie aktywności motywacji do podejmowania kolejnych ćwiczeń”.

W odniesieniu do oferty ANCOM Komisja dodatkowo: „W dłuższej perspektywie może skutkować znużeniem jednostajności przekazu. Sposób omawiania ćwiczeń logiczny, poprawny. Zdecydowanie zabrakło wyraźnego przejścia pomiędzy poszczególnymi ćwiczeniami. Prezentacja powinna wykazać większą ekspresyjność”.

W odniesieniu do oferty Odwołującego Komisja stwierdziła dodatkowo: „Nie pomaga w tym również rozpraszające tło i niestabilna praca kamery”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że:

- Mimo że obiektywnie tło jest zdecydowanie bardziej rozpraszające w filmie ANCOM, a w filmie Odwołującego elementy, które Komisja uznaje za rozpraszające, są tylko zwykłymi elementami tła, Komisja ten aspekt uwzględniła tylko w odniesieniu do filmu Odwołującego, co stanowi nierówne traktowanie Wykonawców,
- Praca kamery – wbrew ocenie Komisji – właśnie buduje dynamikę obrazu. Obraz z filmu ANCOM jest monotony właśnie z uwagi na małą pracę kamery.
- Poza uwagami wspólnymi dla obu filmów, do filmu Odwołującego Zamawiający zgłosił tylko jedną uwagę „Nie pomaga w tym również rozpraszające tło i niestabilna praca kamery” (co – jak wykazano powyżej – jest zarzutem bezprzedmiotowym, a tło – o ile w ogóle w filmie Odwołującego – może być uznane za rozpraszające, to dużo bardziej rozpraszające jest w filmie ANCOM).
- Mimo że w odniesieniu do filmu ANCOM Komisja (na niekorzyść) oceniła ekspresyjność prezentacji („prezentacja powinna wykazać większą ekspresyjność”), Komisja całkowicie pominęła ten aspekt w odniesieniu do filmu Odwołującego (w którym trenerka jest bardzo dynamiczna, odpowiednio ekspresyjna i gestykuje adekwatnie do prezentowanych ćwiczeń),
- W odniesieniu do materiału ANCOM stwierdzono, że zabrakło przejścia między poszczególnymi ćwiczeniami. Takie przejście było zastosowane w materiale Odwołującego i zaakcentowane licznikiem. To zaś oznacza, że Odwołujący powinno dostać więcej punktów.
- Mimo że więcej uwag krytycznych (działających na niekorzyść filmu) Komisja zgłosiła do filmu ANCOM, a aspekty, które oceniła krytycznie w filmie ANCOM, powinny być ocenione pozytywnie (in plus) w filmie Odwołującego, Komisja przyznała równą liczbę punktów obu Wykonawcom, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i nieobiektywnej ocenie ofert.

Obiektywnie nie sposób uznać, że dynamika w filmie Odwołującego jest „przeciętna” – taka sama jak w filmie ANCOM, gdyż:

- wprowadzone są zmiany w rytmie i intensywności ćwiczeń, tempo ćwiczeń jest zróżnicowane w zależności od charakteru zadań,
- przedstawiona w próbkach Odwołującego rozgrzewka i czas jej trwania realnie skutkuje przygotowaniem do wykonywania dalszych ćwiczeń,
- czas wykonywania poszczególnych zadań jest ściśle określony i zobrazowany licznikiem,
- tempo poszczególnych ćwiczeń i czas ich wykonania jest osiągalny dla przeciętnego widza.

W odniesieniu do ćwiczeń prezentowanych w ofercie ANCOM nie można stwierdzić, czy należy wykonywać w prezentowanym czasie, czy w czasie dłuższym lub krótszym. Utrzymanie prezentowanych pozycji (np. ręka, noga w górze) w takim czasie jak prezentowany w filmie może nie być wykonalne dla każdego przeciętnego odbiorcy (a zwłaszcza dla osób z problemami dotyczącymi kręgosłupa).

Powyższe porównanie próbek oferentów uzasadnia zarzut, że próbki zostały ocenione niezgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i niezgodnie z opisem kryteriów zawartych w Dziale XV SWZ. Ocena została dokonana przez Zamawiającego w sposób dowolny i arbitralny oraz nieprzejrzysty i nieproporcjonalny. Punkty przyznane ofercie Odwołującego zostały zaniżone. Zamawiający dopuścił całkowitą uznaniowość w zakresie oceny ofert. Zamawiający w sposób niezgodny z SWZ i umożliwiający dowolność oceny przyznawał liczbę punktów w ramach wszystkich przedstawionych powyżej, co narusza zasadę równego traktowania podmiotów. Zamawiający oceniał inne aspekty niż te, które były przedmiotem oceny zgodnie z SWZ. Zamawiający stosował odmienne kryteria oceny wobec każdego z wykonawców – częściowo oceniał inne aspekty w odniesieniu to każdej z ofert. Nie ulega zaś wątpliwości, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane i tak stosowane, żeby do minimum ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje członków komisji przetargowej i w taki sposób powinny być stosowane kryteria określone w SWZ (por. wyrok Zespołu Arbitrów z 27.08.2004 r. UZP/ZO/0-1373/04).

W dniu 26 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ANCOM sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Krakowie. W dniu 1 października 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę ANCOM sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej jako: „przystępujący” lub „uczestnik”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2) przejrzysty;
 - 3) proporcjonalny.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2023 r. sygn. KIO 304/23 „wykonawca ma prawo oczekiwać od zamawiającego, aby ten oceniał oferty, w oparciu o określone w SWZ kryteria oceny ofert oraz zgodnie z opisem odnoszącym się do sposobu ich oceny. Ma to zasadnicze znaczenie, biorąc pod uwagę rolę, jaką mają kryteria oceny ofert, jak też opis sposobu dokonywania ich oceny, które to decydują o tym, która ze złożonych w postępowaniu ofert zostanie uznana za najkorzystniejszą. Tym samym ocena w ramach kryteriów powinna zostać dokonana wyłącznie w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich wag oraz opisu sposobu oceny złożonych ofert.

Powyższa konstatacja nie wyklucza jednak pewnej uznaniowości w przyznawaniu punktacji, na etapie oceny ofert, której to oceny dokonują członkowie komisji, w zakresie w jakim dopuszczają to dokumenty przygotowane w postępowaniu. Uznać zatem trzeba, że to zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a więc niedopuszczalna jest wobec tego tylko taka ocena, która oparta została o intencje zamawiającego nie wyrażone wprost w SWZ. Z kolei ocena dokonana w tych granicach - jest w pełni dopuszczalna, akceptowalna i nie można czynić zamawiającemu zarzutów, że w odmienny sposób czyta, analizuje i przekłada na punktację te propozycje, które zostały zaprezentowane przez wykonawców w sporządzonych ofertach”.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący nie wykazał w złożonym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów polegającego na ocenie przez Zamawiającego w ramach poszczególnych podkryteriów innych aspektów, niż te – które zgodnie z SWZ – miał oceniać. Izba dostrzega fakt, że sposób sformułowania poszczególnych podkryteriów pozostawia pewien zakres uznaniowości oraz możliwości subiektywnej oceny złożonych próbek. Należy jednak wskazać, iż treść tych kryteriów nie stanowi przedmiotu niniejszego odwołania i ocenie na obecnym etapie może podlegać jedynie to czy Zamawiający dokonując oceny ofert wykroczył w niej poza zakres wyznaczony treścią dokumentów postępowania. Zgodzić się w tym zakresie należy z Uczestnikiem Odwołujący nie wskazał na brak powiązań pomiędzy ustalonymi w SWZ kryteriami a dokonaną przez Zamawiającego oceną.

Zasadniczą treść zarzutu postawionego przez Odwołującego stanowi bowiem nie fakt, iż Zamawiający nie zastosował kryteriów określonych w treści SWZ, lecz to że stosując te kryteria przy ocenie próbek (filmów) złożonych przez wykonawców dokonał jej w sposób odmienny od oczekiwań Odwołującego np. nie wyceniając odpowiednio wysoko rozwiązań zaproponowanych przez Odwołującego czy przeceniając rozwiązania zawarte w próbce Uczestnika. Taki charakter mają przywołane przez Odwołującego argumenty dotyczące próbki w zakresie podkryterium „Nowatorskość koncepcji”. W zakresie tego podkryterium Odwołujący kwestionował nadanie przez członków komisji oceniającej próbki przymiotu rozwiązań o charakterze nowatorskim zaproponowanym przez Uczestnika ćwiczeniom wykonywanym na macie, konfrontując je z zaproponowanymi przez Odwołującego ćwiczeniami wykonywanymi na krześle, poprzedzonymi rozgrzewką oraz posiadającymi element sygnału dźwiękowego informującego o zakończeniu ćwiczenia. Powyższe nie

wskazuje zatem na brak zastosowania przez Zamawiającego kryteriów określonych w SWZ, lecz stanowi polemikę z ocenami dokonanyymi w oparciu o te kryteria. O arbitralnej i nieobiektywnej ocenie dokonanej przez Zamawiającego, a w konsekwencji o naruszeniu przepisów nie może zaś w ocenie Izby świadczyć wyłączenie to, że własne rozwiązania przedstawione w koncepcji Odwołujący uznaje za bardziej nowatorskie i przydatne dla odbiorców docelowych.

Również w zakresie podkryterium „Atrakcyjność przekazu” Odwołujący argumentację na poparcie zarzutu opiera na wskazaniu które z elementów filmu powinny zostać poddane ocenie, które zaś powinny zostać pominięte, a także w jaki sposób osoby oglądające powinny w odbierać poszczególne elementy zawarte w materiale filmowym. W tym zakresie Odwołujący przywołał m.in. gestykulację prowadzącej, występujące elementy tła i wyposażenia sali czy wielość ujęć kamery, które to elementy w jego ocenie zwiększają skupienie i koncentrację widza, łamią monotonię i budują dynamikę obrazu, a także łączność z widzem. Ponownie zatem Odwołujący nie wskazuje na wykroczenie przez Zamawiającego poza kryteria określone w dokumentacji postępowania, lecz odmienną interpretację treści oraz pożądany i zamierzony efekt jaki produkcja miała zdaniem Odwołującego realizować i wywoływać u odbiorcy. Tym samym należy uznać, że zarzut w tym zakresie opiera się na polemice z autonomiczną oceną przedstawionej próbki dokonaną przez Zamawiającego, bez wskazania aby ocena taka była niedopuszczalna w świetle ustalonych kryteriów oceny. Budzącym wątpliwość w tym zakresie może być podniesiona przez Odwołującego kwestia związana z jakością dźwięku, jednakże w tym zakresie poza jej przywołaniem Odwołujący nie przedstawił argumentacji wskazującej na wykroczenie tego elementu poza kryterium atrakcyjności przekazu czy też o decydującym wpływie tego czynnika na ocenę przyznaną przez Zamawiającego.

Podobnie należy ocenić podniesioną kwestię jakości i występowania pogłosu w ramach kryterium Czytelność obrazu, która poza jej wskazaniem nie znalazła dalszego uzasadnienia w kontekście postawionego kryterium. W pozostałym zakresie Odwołujący kwestionował zasadność poddania oceny przez Zamawiającego występujących w kadrze elementów tła (kontakty, wieszak, listwy instalacyjne, drzwi, mata do ćwiczeń albo wycieraczka), przejść pomiędzy ujęciami oraz różnicy w kolorystyce obrazu z różnych kamer. W zakresie tych elementów Odwołujący poprzestał na własnej ocenie, iż powyższe elementy nie wpływają na jakość filmu i nie zakłócają jego odbioru, nie wskazując obiektywnych 17

okoliczności które powodowałyby, że powyższe aspekty nie mogły być przedmiotem oceny i odmiennych wniosków dokonanych przez członków komisji w ramach przedmiotowego kryterium.

Z kolei w odniesieniu do oceny Zamawiającego dokonanej w ramach kryterium Spójność koncepcji z tematem Odwołujący skupił się na wskazaniu, że w uzasadnieniu przyznanej punktacji Zamawiający stwierdził więcej przewag, zalet, które w żadnym stopniu nie znalazły odzwierciedlenia w przyznanej punktacji. W zakresie powyższego zgodzić się należy z Zamawiającym, iż mimo odmiennego uzasadnienia, ocena próbek mogła zakończyć się taką samą liczbą punktów, co nie stanowiło naruszenia kryteriów oceny ofert. Ocena jakościowa nie sprowadzała się do porównywania ze sobą próbek, ale oceny sposobu ich wykonania w świetle kryteriów określonych w dokumentach zamówienia, wzorca którego pełne spełnienie miało skutkować przyznaniem maksymalnej ilości punktów. Z uwagi na specyfikę i charakter próbki tj. filmu, każdy z nich został poddany ocenie, której przedmiotem były elementy zawarte w każdej z produkcji, niezależnie od faktu czy dany element występował w próbkach (filmach) innego wykonawcy. Ocena tych elementów znalazła odzwierciedlenie w treści uzasadnienia przyznanej oceny punktowej. Możliwa i dopuszczalna w świetle ustalonej treści kryteriów była zatem w ocenie Izby sytuacja w której w świetle ustalonej treści kryteriów oceny ofert odmiennie sposoby przedstawienia treści mogły uzyskać maksymalną ilość punktów. Tym samym argumentację zarzutu w tym zakresie należało uznać za bezzasadną.

Analogicznie należało potraktować argumentację przedstawioną przez Odwołującego w ramach kryterium Dynamika prezentacji. W jej ramach Odwołujący przedstawił analizę porównawczą filmów przygotowanych na potrzeby postępowania, wskazując jednocześnie czynniki które jakoby obiektywnie miały wskazywać na większą dynamikę produkcji Odwołującego (zmiany w rytmie i intensywności ćwiczeń, występowanie rozgrzewki czy ściśle określony i zobrazowany licznikiem czas wykonywania poszczególnych ćwiczeń). Trudno w ocenie Izby w pierwszej kolejności uznać przywołane czynniki za obiektywne tj. których występowanie jest niezależnie od przyjętych założeń i wymagań tak twórcy, jak i odbiorcy. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Uczestnika, iż niezasadne jest utożsamianie obowiązku przeprowadzenia oceny ofert według tych samych zasad z jednakowymi uzasadnieniami tych ocen, czy też uzasadnieniami odnoszącymi się do tych samych elementów, niezależnie czy występują one w poszczególnych próbkach (filmach). Zamawiający pozostawił bowiem w tym zakresie wykonawcom znaczny zakres swobody w zakresie doboru treści, środków oraz sposobów wyrazu i przekazania zawartych w filmie treści. W tej sytuacji stosowanie jednolitego wzorca oceny

W tej sytuacji za naruszające przywołane przez Odwołującego przepisy mogło być uznane działanie Zamawiającego polegające na niezastosowaniu wobec ofert wykonawców tych samych kryteriów lub też wykroczenie poza granice uznaniowości wyznaczone przez ustalone kryteria. Takich okoliczności w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, wskazując wyłącznie na odmienną ocenę jakiej powinien dokonać Zamawiający w ramach ustalonych kryteriów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: