

WYROK

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Partner of Promotion Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Third Floor DWC LLC, United Arab Emirates at Dubai World Central, Level 3, Building A3, Dubai, Cruso Public Relations Anna Golińczak Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie oraz Kacper Osiecki prowadzący działalność pod firmą E.K. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Zamawiającego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

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**.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Działania komunikacyjne towarzyszące udziałowi Polski w Wystawie Światowej Expo 2025 Osaka, Kansai* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2024 r. pod numerem 395485-2024.

W dniu 18 listopada 2024 r. wykonawca Partner of Promotion Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwolujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Third Floor DWC LLC, United Arab Emirates at Dubai World Central, Level 3, Building A3, Dubai, Cruso Public Relations Anna Golińczak Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie oraz Kacper Osiecki prowadzący działalność pod firmą E.K. z siedzibą w Warszawie, dalej „KONSORCJUM THIRD FLOOR”, 20 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że treść ww. oferty jest niezgodna z warunkar

zamówienia,

- c)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KONSORCJUM THIRD FLOOR pomimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca KONSORCJUM THIRD FLOOR nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a ponadto zaoferowana przez wykonawcę KONSORCJUM THIRD FLOOR cena jest rażąco niska, tzn. jest cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia;
- d)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak złożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; z ostrożności - zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- e)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniach ceny;
- f)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR jako najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert, tym odrzucenia oferty złożonej przez KONSORCJUM THIRD FLOOR; względnie przyznania ofercie KONSORCJUM THIRD FLOOR zero (0) punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”, a z ostrożności - wezwania KONSORCJUM THIRD FLOOR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę wykonawcy KONSORCJUM THIRD FLOOR, korespondencję ww. wykonawcy z Zamawiającym, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 grudnia 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne przyznanie ofercie KONSORCJUM THIRD FLOOR 20 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

Zgodnie z Rozdziałem XXII specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium „Doświadczenie personelu” o wadze 30%. W kryterium tym punkty zostaną przyznane poszczególnym wykonawcom za dodatkowe doświadczenie (ponad doświadczenie podane na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) osoby wskazanej przez Wykonawcę, dedykowanej do wykonywania czynności: PR Managera, Specjalisty ds. kampanii digitalowych oraz Specjalisty ds. media relations w Japonii. Zamawiający wskazał również, że ocenie nie będą podlegały kampanie wskazane w wykazie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W Rozdziale XII pkt 1 SWZ Zamawiający postanowił, że w związku z bezpośrednim powiązaniem warunku udziału

dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz kryterium nr 2 na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wzywa do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kontrolę jakości lub kierowanie usługami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowi załącznik nr 8 do SWZ.

W pkt 18 Rozdziału XVIII SWZ (Opis sposobu przygotowania oferty) Zamawiający wymaga złożenia przez wykonawcę wraz z Formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ (wzór), zarówno Wykazu osób na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie ze wzorem – Załącznik nr 8 SWZ (pkt 18.6), jak i Wykazu dodatkowego doświadczenia dotyczącego kryterium nr 2, zgodnie ze wzorem - Załącznik nr 9 do SWZ (pkt 18.7).

Ww. wymagania SWZ nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców.

Odwołujący podnosił, że oferta złożona przez KONSORCJUM THIRD FLOOR nie powinna być oceniana merytorycznie w kryterium Doświadczenie personelu i winna otrzymać w kryterium Doświadczenie personelu zero (0) punktów.

Z powyższym należy się zgodzić.

Izba ustaliła, że KONSORCJUM THIRD FLOOR złożyło wraz z ofertą trzy wykazy osób do oceny, w postaci plików nazwach:

- cruso_pr_zalacznik_nr_8_-_wzor_wykazu_osob_do_oceny_2_signed_4199031,
- cruso_pr_zalacznik_nr_9_-_wzor_wykazu_osob_do_oceny_4160607_81__4199033,
- cruso_pr_zalacznik_nr_9_-_wzor_wykazu_osob_do_oceny_4160607_signed_4199032

Ww. Wykazy osób do oceny różnią się od siebie treścią, zarówno w obszarze wskazywanego w nich doświadczenia osób, oznaczenia wykonawców, jak i podpisów na plikach pdf.

Zamawiający wymagał zaś złożenia jednego Wykazu osób podlegającego dodatkowej ocenie punktowej. Izba podziela pogląd Odwołującego, że brak jest po stronie Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych do dokonania za wykonawcę wyboru, który z trzech złożonych wykazów osób ma podlegać ocenie w kryterium Doświadczenie personelu. Zamawiający nie dopuścił w niniejszym postępowaniu możliwości składania ofert wariantowych (Rozdział IV pkt 7 SWZ), a pozostałe postanowienia SWZ nie przewidują żadnych wyjątków w tym zakresie, zwłaszcza, że mamy do czynienia z dokumentem punktowym w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert i nie podlegającym uzupełnieniu.

Na uwagę zasługuje również fakt, że KONSORCJUM THIRD FLOOR nie złożyło wraz z ofertą Wykazu osób i potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdzie należało podać imiona i nazwiska osób dedykowanych do pełnienia poszczególnych funkcji, jak również ich podstawowe doświadczenie, wykazywane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykaz osób do oceny (załącznik nr 9 do SWZ) nie zawiera imion i nazwisk osób, zawiera zaś informacje o dodatkowym doświadczeniu poszczególnych osób.

Zatem, aby dokonać oceny punktowej w kryterium Doświadczenie personelu należy złożyć wraz z ofertą oba wykazy. Złożenie wraz z ofertą wyłącznie drugiego Wykazu osób, wg Załącznika nr 9 do SWZ, powoduje, że Zamawiający nie wie czyje doświadczenie ocenia, jak również nie ma żadnej pewności, że doświadczenie opisane w Załączniku nr 9 do SWZ jest doświadczeniem dodatkowym i nie dubluje się z doświadczeniem podstawowym danej osoby.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę KONSORCJUM THIRD FLOOR, w oparciu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych trzech „Wykazów do oceny w kryterium doświadczenie personelu”.

W pierwszym wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 września 2024 r., każdy punkt wezwania rozpoczyna się od słów „W przedmiotowych wykazach brak jest jednoznacznej informacji, czy...”. Ww. wezwanie do wyjaśnień zostało wystosowane do wykonawcy dopiero po otrzymaniu przez Zamawiającego Wykazu osób na spełnienie minimalnego warunku udziału w postępowaniu (Załącznik nr 8 do SWZ), o którego złożenie Zamawiający wzywał pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r., a który został złożony przez KONSORCJUM THIRD FLOOR w dniu 26 sierpnia 2024 r.

KONSORCJUM THIRD FLOOR udzieliło odpowiedzi w dniu 10 września 2024r. o godz. 23:47, tj. po termin wyznaczonym przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 9 września 2024 r.

Stosownie do drugiego wezwania Zamawiającego z dnia 11 września 2024 r., „Zamawiający nadal ma wątpliwości czy w/w osoba realizowała poniższe zamówienia: (...)”.

Powyższe działania Zamawiającego są niedopuszczalne, bowiem wykazy osób składane w celu uzyskania dodatkowych punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert nie podlegają wyjaśnieniom ani uzupełnieniom.

Dalej, na podstawie dokumentacji postępowania nie sposób stwierdzić doświadczenie której osoby w zakresie specjalisty ds. kampanii digitalowych mogło zostać ocenione przez Zamawiającego. Z Wykazu Osób na spełnienie minimalnego warunku udziału w postępowaniu, złożonego po terminie składania ofert, tj. 26 sierpnia 2024 r., wynika, że osobą tą jest p. S.N.. Jednakże w kolejnych wyjaśnieniach KONSORCJUM THIRD FLOOR, z dnia 13 września 2024 r., wykonawca stwierdza, że „(...) osoba wskazana w wykazie do warunku (wzór wykazu osób, załącznik nr 8 złożonym na platformie wraz z kompletem dokumentów przetargowych) Pan P.G. pracownik agencji Enyo (...)”. Niemniej Pan P.G. nie został wymieniony w dokumencie „Wykaz Osób” (Załącznik nr 8 do SWZ) złożonym w dniu 26 sierpnia 2024 r. – tej osoby w ww. Wykazie Osób nie ma.

Nie sposób zatem stwierdzić, doświadczenie których konkretnie osób było przedmiotem oceny Zamawiającego i w odniesieniu do których osób Zamawiający faktycznie przyznał punkty w kryterium Doświadczenie personelu.

Z tych względów Izba uznała, że oferta KONSORCJUM THIRD FLOOR winna uzyskać zero (0) punktów w kryterium „Doświadczenie personelu”. Jednak skoro Izba nakazała odrzucenie oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, przyznanie (0) punktów w kryterium „Doświadczenie personelu” jest bezprzedmiotowe.

II Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przedmiotem zamówienia są działania komunikacyjne towarzyszące udziałowi Polski w Wystawie Światowej Expo 2025 Osaka, Kansai. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SWZ (dalej „OPZ”) oraz w projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 4 do SWZ).

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę KONSORCJUM THIRD FLOOR do złożenia wyjaśnień ceny. W odpowiedzi na ww. wezwanie KONSORCJUM THIRD FLOOR w dniu 26 sierpnia 2024 r. przesłało Zamawiającemu pliki pdf.:

- cruso_oferta_osaka_2019594,
- oferta_centrum_konferencyjne_dla_firm.docx_2019595,
- oferta_centrum_konferencyjnego_polin_02.2024_2019596,
- prezenty_belvedere_cafe_2019597,
- polska_informacje_uzupelniajace_light_signed_2019601.

Odwołujący podnosił, iż złożone w ramach wyjaśnień ceny informacje i dokumenty ujawniły niezgodność oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR z warunkami zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego stwierdzając, że w zakresie zadania XI „Przeprowadzenie kampanii promocyjnej w prasie w Polsce i Japonii” Zamawiający w OPZ wskazał, że „w ramach realizacji tego zadania Wykonawca będzie odpowiedzialny za przygotowanie treści i przeprowadzenie kampanii promocyjnej w prasie polskiej i japońskiej o charakterze ogólnokrajowym”.

W wyjaśnieniach KONSORCJUM THIRD FLOOR wskazało, że na jedenaście (11) tytułów planowanych do emisji prasie japońskiej, sześć (6) stanowi tytuły regionalne, czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Fakt ten świadczy o niezgodności oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający w OPZ wymagał emisji w mediach ogólnokrajowych i tylko takie winny zostać podane przez wykonawcę.

Dalej, w zakresie zadania XI „Przeprowadzenie kampanii promocyjnej w prasie w Polsce i Japonii” Zamawiający w części dotyczącej zakupu mediów w prasie polskiej wskazał, że „zakup mediów w prasie polskiej powinien obejmować nie mniej niż 3 artykuły (typ half-page) sponsorowane w tygodnikach (...)”. Izba podziela pogląd Odwołującego, że tak sformułowane wymaganie oznacza, że emisje muszą odbywać się w różnych tygodnikach.

KONSORCJUM THIRD FLOOR w złożonych wyjaśnieniach wskazało, że wyceniło 3 emisje w jednym i tym samym tygodniku (3 x Newsweek), co również stanowi niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto, w treści OPZ, Zadanie XX Upominki VIP, wskazano, że wykonawca będzie odpowiedzialny za przygotowanie upominków, ich kompleksową realizację i dostarczenie wszystkich upominków do miejsc wskazanych przez Zamawiającego. Upominki VIP mają mieć formę eleganckich prezentów w estetycznych opakowaniach zgodnych z systemem identyfikacji wizualnej udziału Polski w Expo 2025 Osaka, Kansai. Zamawiający wymaga zapewnienia od

wykonawcy m.in. 600 szt. zestawu zapachowego – 2 olejki zapachowe inspirowane Pawilonem Polski (zapachy zgodne z założeniami i wytycznymi przyjętej koncepcji ścieżki zwiedzania w Pawilonie Polski), po min. 20 ml każdy oraz komin-podgrzewacz na świeczkę wykonany i zaprojektowany w Polsce.

KONSORCJUM THIRD FLOOR, w dokumencie zatytułowanym „POLSKA INFORMACJE UZUPEŁNIAJĄCE OF 23/08/2024 3rd Floor Public Relations + Cruso + Enyo”, przesłanym Zamawiającemu na wezwanie do wyjaśnień ceny, wskazało (str. 32), że wycena 600 szt. zestawu zapachowego została zrealizowana na podstawie produktów marki Pachnąca Szafa.

Odwolujący podnosił, że nawiązał kontakt z właścicielem marki „Pachnąca Szafa”, tj. firmą Nowe S.A., w wyniku którego otrzymał informacje, że:

- olejki zapachowe mają pojemność 10 ml (nie zaś min. 20 ml, jak wymagał Zamawiający), a firma nie produkuje innych ze względu na brak opakowań;
- kominki są sprowadzane z Chin, a zatem nie spełniają wymagania OPZ co do ich „wykonania i zaprojektowania w Polsce”.

Oferta KONSORCJUM THIRD FLOOR pozostaje zatem niezgodna z warunkami zamówienia w dwóch kolejnych obszarach.

Następnie, w treści OPZ, Zadanie XX Upominki VIP, Zamawiający wymagał także zapewnienia od wykonawcy m.in. 1000 szt. opakowań ok. 200 g polskich słodczy premium.

KONSORCJUM THIRD FLOOR w przesłanym Zamawiającemu na wezwanie do wyjaśnień ceny dokumencie „POLSKA INFORMACJE UZUPEŁNIAJĄCE OFERTĘ 23/08/2024 3rd Floor Public Relations + Cruso + Enyo”, na str. 34 wskazało, że wycena została zrealizowana na podstawie produktów marki Belvedere.

Odwolujący podnosił, że żaden z ww. produktów / słodczy, zaoferowanych przez KONSORCJUM THIRD FLOOR, nie zbliża się do wymaganej wagi około 200 gram. Sam wykonawca KONSORCJUM THIRD FLOOR w swojej propozycji cenowej potwierdził, że jedna z zaoferowanych opcji, tj. czekolada z motywem graficznym, to produkt o gramaturze około 90 g, a zatem o wadze o ponad połowę mniejszej niż wskazana w OPZ.

Bez znaczenia pozostają twierdzenia Zamawiającego o akceptacji tytułów przez Zamawiającego po podpisaniu umowy, o istnieniu kominków o dwóch gabarytach, możliwości wykonania kominków w Polsce, czy indywidualnego doboru wagi czekolady, bowiem dotyczą one etapu realizacji umowy lub hipotetycznego przyszłego wykonania zamówienia, a nie przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez KONSORCJUM THIRD FLOOR w ramach złożonych wyjaśnień ceny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający na podstawie ww. przepisu jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie

negocjacje między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Należy również podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z warunkami zamówienia pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwnie działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane. (vide wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1293/21).

Dlatego też Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając że Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odrzucenia oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

III Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ustawy Pzp, względnie złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym wykonawca KONSORCJUM THIRD FLOOR nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto zaoferowana przez wykonawcę KONSORCJUM THIRD FLOOR cena jest rażąco niska, tzn. jest to cena niepozwalająca na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że w dniu 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1, w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę KONSORCJUM THIRD FLOOR do złożenia wyjaśnień ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że cena całkowita złożonej oferty oraz zamówienia podstawowego wskazana w złożonej ofercie jest niższa o co najmniej 30% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Ponadto cena złożonej oferty w zakresie zamówienia podstawowego jest niższa o blisko 30% od średniej arytmetycznej cen zamówienia podstawowego wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowego wyjaśnienia kalkulacji cen Zadań wskazanych poniżej, uwzględniających pełen zakres i ceny wskazane w Formularzu oferty tj.:

1. w przypadku zadania II – należy wskazać ceny lotów, hoteli oraz atrakcji turystycznych zaoferowanych przez Wykonawcę,
2. w przypadku zadania II.1 – należy wskazać ceny lotów, hoteli oraz atrakcji turystycznych zaoferowanych przez Wykonawcę,
3. w przypadku zadania III – należy wskazać lokalizacje i koszt wynajmu powierzchni na event (do wyjaśnień należy dołączyć oferty wynajmujących), należy wskazać koszt obsługi technicznej wydarzenia,
4. w przypadku zadania XI – należy wskazać w jakich tytułach pojawią się artykuły i ile wynosi koszt publikacji poszczególnych artykułów (należy przedstawić oferty redakcji),
5. w przypadku Zadania XV – należy wskazać ile osób zostanie zaangażowanych w realizację, jaka będzie podstawa prawna zaangażowania tych osób (umowa o pracę, B2B), ile będzie wynosić stawka godzinowa dla fotografa,
6. w przypadku Zadania XVI – należy wskazać ile osób zostanie zaangażowanych w realizację, jaka będzie podstawa prawna zaangażowania tych osób (umowa o pracę, B2B), ile będzie wynosić stawka godzinowa dla operatora i montażysty,
7. w przypadku Zadania XIX – należy wskazać stawki jednostkowe wszystkich elementów wchodzących w to zadanie (ceny jednostkowe teczek papierowych, toreb papierowych, notesów, kasetonów podświetlanych 100x200 cm, kasetonów podświetlanych 200x200 cm, toreb materiałowych, przypinek, USB, długopisów, wizytowników, wizytówek) oraz kosztów związanych z transportem i logistyką,
8. w przypadku Zadania XX – należy wskazać stawki jednostkowe wszystkich elementów wchodzących w to zadanie (podgrzewacz, olejki zapachowe, słodczyce, herbaty, opakowania) oraz kosztów związanych z transportem i logistyką.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do wskazania w składanych wyjaśnieniach, czy w odniesieniu do kalkulacji cenowej na potrzeby przedmiotowego postępowania zostały uwzględnione elementy wymienione w art. 224 ust. 1 pkt 4) i 6), tj. zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający wskazał, że oprócz złożenia szczegółowych wyjaśnień jak wskazano w treści wezwania i przedstawienia szczegółowych wyliczeń odnośnie każdego z elementów określonych w wezwaniu, Wykonawca zobowiązany jest także do przedstawienia dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, iż obowiązek wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy Pzp Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy Pzp, w przypadku gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zatem w tym miejscu przypomina, że oprócz szczegółowych wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwolujący podnosił, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wyjaśnienia wykonawcy usuwają domniemanie, że cena zaoferowana przez KONSORCJUM THIRD FLOOR jest rażąco niska. Wyjaśnienia wykonawcy nie zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego i nie wynika z nich, w jaki sposób została skalkulowana cena.

Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Należy również wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest KONSORCJUM THIRD FLOOR, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę, co wpłynęło bezpośrednio na wycenę, a co w konsekwencji miało wpływ na ostateczną cenę ofertową. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący już po otwarciu ofert mógł stwierdzić, że jego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia

powiększonej o podatek VAT oraz o blisko 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca KONSORCJUM THIRD FLOOR w ogóle nie złożył pisma przewodniego z wyjaśnieniami ceny. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do przekazania kilku plików pdf o nazwach:

- cruso_oferta_osaka_2019594,
- oferta_centrum_konferencyjne_dla_firm.docx_2019595,
- oferta_centrum_konferencyjnego_polin_02.2024_2019596,
- prezenty_belvedere_cafe_2019597,
- polska_informacje_uzupelniajace_light_signed_2019601.

Jedynie ostatni plik (polska_informacje_uzupelniajace_light_signed_2019601) został opatrzony podpisem, pozostałe pliki są zwykłymi plikami pdf bez jakiegokolwiek podpisu.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że brak jest szczegółowego wyjaśnienia co do kosztów i kwot umieszczonych w poszczególnych plikach, nie sposób też powiązać ich z cenami za poszczególne Zadania określone w Formularzu Oferty (Załącznik nr 2 do SWZ).

Ponadto, pewne okoliczności, na które powoływało się KONSORCJUM THIRD FLOOR, jak choćby współpraca lokalnymi mediami i posiadanie korzystnych stawek od przedstawicieli mediów nie zostały w żaden sposób wykazane.

KONSORCJUM THIRD FLOOR nie przedstawiło także żadnej szczegółowej kalkulacji/kosztorysu ceny ofertowej, co uniemożliwia weryfikację zaoferowanej ceny oraz realnej oceny przedstawionych dowodów w postaci kilku ofert i prezentacji.

KONSORCJUM THIRD FLOOR nie przedstawiło również żadnych wyjaśnień, kalkulacji czy też dowodów w zakresie kosztów pracy. Wykonawca ten nie przedstawił żadnych stawek wynagrodzenia oraz nie przedstawił żadnych wyliczeń; w szczególności nie wyjaśniono jakie koszty pracy rzeczywiście uwzględniono przy wycenie poszczególnych 21 Zadań OPZ.

KONSORCJUM THIRD FLOOR nie przedstawiło też wyjaśnień i dowodów ani w obszarze zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, ani zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W złożonych przez KONSORCJUM THIRD FLOOR wyjaśnieniach ceny próżno szukać czasu pracy tego zespołu, jego wynagrodzenia, nie wspominając o dowodach na okoliczność zatrudnienia, współpracy i wynagrodzenia poszczególnych osób.

Dalej, wyjaśnienia złożone przez KONSORCJUM THIRD FLOOR w żaden sposób nie potwierdzają, iż wykonawca osiągnie zysk w związku z realizacją zamówienia.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że działania KONSORCJUM THIRD FLOOR, polegające na przekazaniu Zamawiającemu kilku niepowiązanych ze sobą plików pdf z ofertami i cennikami, nie sposób uznać za wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Przekazane pliki nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nie dowodzą realności zaoferowanej ceny, ani nie obalają domniemania zaoferowania przez KONSORCJUM THIRD FLOOR rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta KONSORCJUM THIRD FLOOR winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez KONSORCJUM THIRD FLOOR, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

IV Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak złożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; z ostrożności - zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX pkt 1 SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 4 usługi tj. (w ramach czterech odrębnych umów), obejmujące organizację kampanii komunikacyjnych równolegle w Polsce i na co najmniej 1 rynku zagranicznym, w tym:

1.1. 2 kampanie obejmujące działania public relations skierowane do mediów w Polsce i zagranicą o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto każda kampania oraz trwająca co najmniej 6 miesięcy każda kampania;

1.2. 2 kampanie obejmujące działania z zakresu obsługi social media, skierowane do odbiorców w Polsce i zagranicą o wartości co najmniej 300 000,00 zł netto każda kampania oraz trwająca co najmniej 3 miesiące każda kampania.

Stosownie do Rozdziału IX pkt 4 SWZ, w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 1, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy - wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 5 do SWZ.

Jak stanowi Rozdział XII pkt 2.6 SWZ, wykonawca, na wezwanie Zamawiającego i celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany jest złożyć wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Wykaz należy sporządzić według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ.

Odwołujący stwierdzał, że KONSORCJUM THIRD FLOOR nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (Rozdział IX pkt 1 SWZ) i nie złożyło kompletu wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Izba ustaliła, że KONSORCJUM THIRD FLOOR do oferty załączyło Wykaz usług (Załącznik nr 7 do SWZ), w którym potwierdzenie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 1.1 SWZ wskazało usługi zrealizowane dla Estee Lauder Poland Sp. z o.o., Domaniewska 44, 02-676 Warszawa, Polska (poz. 1) oraz dla L'OREAL POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grzybowska 62, 00-844 Warszawa, Polska (poz. 2), zaś na potwierdzenie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 1.2 SWZ przedstawiło usługi zrealizowane dla Wella IO Switz - Petit-Lancy, Chemin Louis-Hubert 1 1213 Petit-Lancy, Szwajcaria (poz. 3) oraz dla DELIA COSMETICS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, Leśna 5, 95-030 Rzgów, Polska (pozycja 4).

Do Wykazu usług nie załączono dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie.

Pismem z dnia 17 września 2024 r. Zamawiający wezwał KONSORCJUM THIRD FLOOR do złożenia m.in. wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat, wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane.

KONSORCJUM THIRD FLOOR w dniu 20 września 2024 r. złożyło Zamawiającemu Wykaz usług, będący tym samym Wykazem usług, który został złożony wraz z ofertą, a także trzy referencje, wystawione przez Estee Lauder Poland Sp. z o.o. (dla poz. 1 Wykazu usług), Delia Cosmetics Sp. z o.o. (dla poz. 4 Wykazu usług) oraz Wella Poland Sp. z o.o. (dot. poz. 3 Wykazu usług).

KONSORCJUM THIRD FLOOR nie przedstawiło dowodu należytego wykonania usługi dla L'OREAL POLSKA Sp. z o.o. (poz. 2 Wykazu usług).

W odniesieniu do pozycji 3 Wykazu usług KONSORCJUM THIRD FLOOR przedstawiło referencję wystawioną przez podmiot Wella Poland Sp. z o.o., podpisaną przez p. Annę Filipek, tymczasem podmiotem, na rzecz którego firma Cruso Public Relations A. Golinczak Sp. J. realizowała usługi opisane w Wykazie jest Wella IO Switz - Petit-Lancy z siedzibą w Szwajcarii, Chemin Louis-Hubert 1, 1213 Petit-Lancy.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c PrZamPubl, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w

postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Z analizy powyższego przepisu wynika, że wykonawca celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej winien w pierwszej kolejności złożyć wraz z wykazem dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. W sytuacji jednak, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie jest on w stanie uzyskać ww. dokumentów, tj. referencji bądź innych dokumentów, wykonawca uprawniony jest złożyć oświadczenie własne. Innymi słowy, złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich nieuzyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Z kolei ocena oświadczenia wykonawcy będzie należała do zamawiającego, którego zadaniem będzie rozważenie, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji.

Przenosząc powyższe rozważania na stan niniejszej sprawy należy wskazać, że po pierwsze warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się co najmniej 4 usługami. W złożonych dokumentach brak dowodu należytego wykonania usługi dla L'OREAL POLSKA Sp. z o.o. lub oświadczenia własnego wykonawcy. Po drugie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, jak również w świetle wymagań SWZ, dowodami należytego wykonania usług są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. KONSORCJUM THIRD FLOOR nie przedstawiło jednak żadnego dokumentu, który byłby sporządzony przez Wella IO Switz - Petit-Lancy z siedzibą w Szwajcarii.

Po drugie, warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy było wykazanie się realizacją co najmniej 4 usług (w ramach czterech odrębnych umów), obejmujących organizację kampanii komunikacyjnych równolegle w Polsce i na co najmniej 1 rynku zagranicznym.

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale IX pkt 1 SWZ, KONSORCJUM THIRD FLOOR posługuje się wyłącznie doświadczeniem jednego z wykonawców (konsorcjantów), tj. Cruso Public Relations A. Golińczak Sp. J., ul. Słoneczna 50/53, 00-789 Warszawa.

W odniesieniu do przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że aby mówić o skutecznym wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonawca Cruso Public Relations A. Golińczak Sp. J. musi zrealizować usługi organizacji kampanii komunikacyjnych równolegle w Polsce i na co najmniej 1 rynku zagranicznym, w tym kampanię obejmującą działania public relations oraz kampanię obejmującą działania z zakresu obsługi social media.

Z treści złożonego przez KONSORCJUM THIRD FLOOR wraz z ofertą Oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy P: (Załącznik Nr 5) wynika zupełnie coś przeciwnego. W ww. oświadczeniu wskazano, iż całe KONSORCJUM THIRD FLOOR będzie realizować wymagany zakres zamówienia. W szczególności, wykonawca Third Floor DWC LLC będzie realizował zakres zamówienia w odniesieniu do Zadania: I, II, II.1, IV, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVIII, wykonawca E.K. będzie realizował zakres zamówienia w odniesieniu do Zadania: VI, VIII, XIX, X, XVII, zaś wykonawca Cruso Public Relations A.

Golińczak Sp. J. będzie realizował Zadania: I, II, II.1, III, IV, V, VI, VII, XI, XIX, XX, XXI.

Tak dokonany podział zakresu zamówienia oznacza, że organizacją kampanii komunikacyjnej (co wprost było warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu) będą zajmowały się podmioty nieposiadające wymaganego doświadczenia.

Izba uznała, że Zamawiający winien wezwać KONSORCJUM THIRD FLOOR w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, o uzupełnieniu dokumentu w postaci wykazu usług oraz referencji gdyby Izba nie nakazała odrzucenia oferty wykonawcy. Zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Czynność wykluczenia (odrzućenia oferty) z postępowania wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, wymaga wcześniejszego wyczerpania procedury uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, co jest wyłączone jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy (lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) podlegały odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp).

V Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XXI pkt 5 SWZ wykonawca zobowiązany jest wyliczyć w ofercie cenę oferty brutto, tj. cenę wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości ustalonej zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Jak wynika z Formularza Ofertowego KONSORCJUM THIRD FLOOR, wykonawca do wyceny każdego z dwudziestu jeden Zadań OPZ przyjął stawkę podatku VAT w wysokości 5%. Dodatkowo KONSORCJUM THIRD FLOOR wyjaśnieniach ceny, w treści pliku „polska_informacje_uzupelniajace_light_signed_2019601”, wskazało, że „Powodem znaczącej różnicy cenowej między naszymi ofertami a innymi złożonymi ofertami jest fakt, że mając oddział główny w ZEA, możemy stosować stawkę VAT obowiązującą w ZEA, która wynosi 5%.”

Odwolujący zaś w Formularzu Ofertowym, wskazał, że cena za wykonanie każdego z dwudziestu jeden Zadań OPZ została objęta 23%-ową stawką podatku VAT.

Zamawiający w protokole postępowania (ZP-PN) wskazał wartość zamówienia netto w kwocie 7 154 215,79 zł, zaś kwota, jaką zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia wynosi 8 799 685,42 zł brutto. Jest to kwota, która stanowi szacunkową wartość zamówienia powiększoną o kwotę podatku VAT w wysokości obliczonej według stawki 23%.

Odwolujący zwracał uwagę, że większość usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, a opisanych w Zadaniach od I do XXI, będzie świadczonych w Polsce. Zgodnie zaś z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 t.j. z dnia 2024.03.13), w przypadku świadczenia usług pomiędzy przedsiębiorcami miejsce świadczenia i jednocześnie miejsce opodatkowania określone jest przez treść art. 28b ustawy VAT. Regulacja ta wskazuje, że w takim wypadku miejscem opodatkowania jest kraj siedziby usługobiorcy. W rezultacie, jeżeli nabywcą jest podatnik krajowy, to po jego stronie dochodzi do importu usług. W myśl art. 2 pkt 9 ustawy VAT przez import usług rozumie się świadczenie usług, z tytułu wykonania których podatnikiem jest usługobiorca, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący prawidłowo wykazał, że KONSORCJUM THIRD FLOOR dokonał nieprawidłowego obliczenia ceny stosując do niej stawkę w wysokości 5%, podczas gdy w odniesieniu do niniejszego przedmiotu zamówienia należało zastosować stawkę 23%.

Wobec brzmienia uchwały SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, stwierdzającej, że określenie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), błędne pod względem merytorycznym jest stanowisko stwierdzające, iż kwestia zastosowania podstawowej stawki podatku VAT nie miałaby wpływu na wynik postępowania i kolejność ofert w postępowaniu, gdyż w każdym przypadku oferta wykonawcy byłaby najkorzystniejsza, a co za tym idzie nie miałaby wpływu na porównywalność ofert w tym postępowaniu. W przedmiotowej uchwale Sąd Najwyższy podkreślił, iż o porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach

ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. W niniejszym postępowaniu odwoławczym niewątpliwie złożone oferty, ze względu na zastosowanie różnych stawek podatku VAT nie zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia.

Podsumowując, z uwagi na zastosowanie przez KONSORCJUM THIRD FLOOR w cenie ofertowej nieprawidłowej stawki podatku VAT, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

VI Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Izba uznała, że odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały ograniczenia. Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty KONSORCJUM THIRD FLOOR, pomimo że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....