

WYROK

Warszawa, 10 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę SIGMA BIS spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Bielańskiej 1400-085 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie przy ul. Królewskiej 27 (00-060 Warszawa)

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy Media Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Żurawiej 6/12 (00-503 Warszawa);

B. wykonawcy Carat Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Czerskiej 12 (00-732 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SIGMA BIS spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy SIGMA BIS spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Ministerstwa Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 4753/24

Uzasadnienie

Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Emisja kampanii edukacyjno-informacyjnej na rzecz upowszechnienia korzyści z wykorzystywania technologii cyfrowych* o numerze: PN-22/2024, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 września 2024 r., pod numerem publikacji: 577378-2024 (numer wydania Dz.U. S: 187/2024).

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

16 grudnia 2024 r. wykonawca SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na: dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Carat Polska Sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia ofert Carat Polska Sp. z o.o. i Media Group Sp. z o.o. z uwagi na rażące zaniżenie przez tych wykonawców ceny oraz zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:

- Media Group Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „Media Group” lub „Media”) oraz

- Carat Polska Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „Carat”);

Mimo tego, że (1) oferty ww. wykonawców zawierają rażąco niskie ceny oraz (2) poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień tych wykonawców prowadzącą do uznania, że zaoferowane przez nich ceny nie są rażąco niskie;

2) art. 224 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie zażądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawców:

- Media Group – w zakresie DSP kosztów technicznych, mimo że zaoferowana przez nich istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

i średnich cen ofertowych dotyczących tej pozycji oraz powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

- Carat – w zakresie dopłat przy usługach świadczonych za pomocą sieci internet, mimo że zaoferowana przez nich istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i średnich cen ofertowych dotyczących tej pozycji oraz powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

3) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;

4) art. 16 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;

- odrzucenie ofert wykonawców Media Group oraz Carat;

- ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- nakazanie zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, na rzecz odwołującego zgodnie z normami prawem przepisany.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazał, że jest wykonawcą i złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na trzecim miejscu

w rankingu ofert, a w przypadku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia ofert wadliwych, oferta odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Zdaniem odwołującego powyższe dowodziło naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia i stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Carat Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

7 stycznia 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp odwołania w zakresie zarzutu, o którym mowa

w pkt 2.2. treści odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie zażądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Carat – w zakresie dopłat przy usługach świadczonych za pomocą sieci internet, jako spóźnionego i złożonego

z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. 10 – dniowego terminu od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej (wartość zamówienia równa lub przekraczająca progi unijne);

w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku zamawiający wniósł o:

- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt 2.2. treści odwołania, tj. naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego zażądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Carat w zakresie dopłat przy usługach świadczonych za pomocą sieci internet z uwagi, iż wskazane przez Carat wartości nie budziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, bowiem zamawiający w pkt X ppkt 9.5 SWZ jednoznacznie wskazał, że dopłaty mogą mieć wartość 0,00%, a zatem nie zaistniała potrzeba wzywania Carat do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie;

- oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, tj. pkt 1, 2.1, 3 i 4;
- zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według przedłożonego rachunku.

Obaj wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 7 stycznia 2025 r. przekazali pisma procesowe zawierające stanowiska popierające wniosek o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących ich ofert.

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez:

- wykonawcę Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Media Group”);
 - wykonawcę Carat Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Carat”);
- do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

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

Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp odwołania w zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt 2.2. *petitum* odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie zażądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Carat – w zakresie dopłat przy usługach świadczonych za pomocą sieci internet, jako spóźnionego i złożonego z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. 10 – dniowego terminu od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej (wartość zamówienia równa lub przekraczająca progę unijne).

Przedmiotowy zarzut związany był z koniecznością wezwania wykonawcy Carat do wyjaśnień ceny w zakresie dopłat przy usługach świadczonych za pomocą sieci internet. Tym samym zarzut dotyczył zagadnienia badania oferty wykonawcy Carat pod kątem rażąco niskiej ceny, a nie treści postanowień SWZ. W okolicznościach przedmiotowej sprawy badanie ofert zakończyło się czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym od tego momentu należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie szeroko rozumianego zagadnienia rażąco niskiej ceny. Co prawda okoliczności dotyczące tego zarzutu były powiązane z treścią postanowienia określonego w rozdziale X pkt 9.5 SWZ, jednakże ustalenie znaczenia tego powiązania w stosunku do zarzutu wymagało merytorycznego rozstrzygnięcia, a co za tym idzie skierowania zarzutu 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.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 27 grudnia 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- oferty złożone przez obu przystępujących;
- wezwanie z 25 października 2024 r. dotyczące wyjaśnienia składników ceny skierowane do wykonawcy Media Group;
- wyjaśnienia z 4 listopada 2024 r. złożone przez wykonawcę Media Group w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- wezwanie z 25 października 2024 r. dotyczące wyjaśnienia składników ceny skierowane do wykonawcy Carat;
- wyjaśnienia z 30 października 2024 r. złożone przez wykonawcę Carat w odpowiedzi na powyższe wezwanie
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 6 grudnia 2024 r.;

2) załączoną do odwołania korespondencję z poczty elektronicznej prowadzoną przez odwołującego z dostawcami mediów;

3) załączoną do odpowiedzi na odwołanie informację z otwarcia ofert z 6 września 2024 r. z „pierwszego” postępowania;

4) załączoną do pisma procesowego przystępującego Carat korespondencję z poczty elektronicznej prowadzoną przez tego wykonawcę z dostawcami mediów.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z treścią rozdziału X ust. 9 SWZ:

9. Zamawiający zastrzega, że wskazane przez Wykonawcę w Formularzu oferty oraz Formularzu cenowym:

9.1 ceny jednostkowe brutto (zawarte w formularzu cenowym w tabelach nr 2, 5, 6, 10, 11, 13) nie mogą mieć wartości 0,00 złotych i muszą być większe od 0,00 zł,

9.2 prowizje jednostkowe (zawarte w formularzu cenowym w tabeli nr 1) nie mogą mieć wartości 0,00% lub ujemnej,

9.3 jedynie wybrane rabaty jednostkowe (zawarte w formularzu cenowym w tabelach nr 3, 4, 7, 12) mogą mieć wartość 0,00%, jeżeli wynika to z sytuacji rynkowej (np. pojedynczy dostawca mediów nie udzieli wykonawcy rabatu). Równocześnie w przywołanych tabelach rabaty podlegające ocenie tj. rabaty zawarte w pozycji „razem średni rabat” nie mogą mieć wartości 0,00% i muszą być większe od 0,00%.

9.4 jednostkowe koszty techniczne DSP (zawarte formularzu cenowym w tabeli nr 9) nie mogą mieć wartości 0,00% i muszą być większe od 0,00%;

9.5 dopłaty jednostkowe (zawarte formularzu cenowym w tabeli nr 8) mogą mieć wartość 0,00%, także wszystkie dopłaty mogą mieć wartości 0,00%. Przyjęty przez Zamawiającego wzór matematyczny w kryterium C7 pozwala na ocenę ofert, w przypadku zaoferowania wszystkich dopłat na poziomie 0,00%. Dopłaty nie mogą mieć wartości ujemnej.

W postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców, w tym odwołujący i obaj przystępujący.

Wykonawca Media Group wskazał w swojej ofercie poziom kosztów technicznych DSP na poziomie 11,70% (tabela 9 załącznika nr 1 do formularza cenowego). Koszt ten nie był przedmiotem wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny z 25 października 2024 r.

Wykonawca Carat wskazał w swojej ofercie poziom dopłat przy usługach świadczonych w internecie na poziomie 0,00% (tabela 8 załącznika nr 1 do formularza cenowego). Pozycja ta nie była przedmiotem wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny z 25 października 2024 r.

Pismem z 25 października 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Media Group do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez Państwa cen jednostkowych

w Formularzu cenowym: w Tabeli 10. Internet - koszty techniczne CPM (zakup bezpośredni i programatyczny) w pozycjach:

4. Zakup programatyczny – koszty techniczne Cross-Device – Adform – komórka nr E4: (...) zł;

6. Zakup programatyczny Koszty Techniczne dodatkowe za dane 3rd party (niezależnie od konta DSP) – Dane standardowe np.: demografia (wiek, płeć) – komórka nr E6: (...) zł;

7. Zakup programatyczny Koszty Techniczne dodatkowe za dane 3rd party (niezależnie od konta DSP) – Dane – pozostałe segmenty np.: zainteresowania, zakupy w e-commerce etc. – komórka nr E7: (...) zł.

Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę Media Group do wyjaśnienia ceny Formularzu cenowym w Tabeli 13. TV – planowanie kampanii:

1. Cena za zaplanowanie pojedynczej miesięcznej kampanii TV - komórka nr C1: (...) zł.

Wykonawca Media Group udzielił wyjaśnień na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego pismem z 4 listopada 2024 r.

Pismem z 25 października 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Carat do wyjaśnienia ceny w Formularzu cenowym w Tabeli 13. TV – planowanie kampanii:

1. Cena za zaplanowanie pojedynczej miesięcznej kampanii TV - komórka nr C1: (...) zł.

Wykonawca Carat udzielił wyjaśnień na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego pismem z 30 października 2024 r.

6 grudnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego Carat. Na drugim miejscu w rankingu uplasowała się oferta wykonawcy Media Group. Oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

Treść przepisów dotyczących rozpoznanych zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 Pzp – 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.;

- art. 224 ust. 1 i 2 Pzp – 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień,

o których mowa w ust. 1.;

- art. 239 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- 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 zważyła co następuje.

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

W pierwszej kolejności Izba skupiła się na zarzucie podniesionym w pkt 1 *petitum* odwołania. Co do tego zarzutu, poza jego wymienieniem czy też wskazaniem w *petitum* odwołania, odwołujący nie przedstawił właściwie żadnego uzasadnienia. Całość uzasadnienia w tym zakresie sprowadzała się do stwierdzenia, że *Oferty Media Group oraz Carat nie spełniają ww. wymogu uwzględnienia wszelkich kosztów realizacji zamówienia, a zatem Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień tych wykonawców, prowadzących do uznania, jakoby ich oferty nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp* (str. 4 akapit czwarty odwołania). Odwołujący nie podał żadnych informacji związanych z tym zarzutem. Nie wskazał na zakres wezwań odnośnie wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanych do obu przystępujących. Nie podał żadnych argumentów, wyliczeń ani założeń, które mogłyby poprzeć podniesiony zarzut. Tym samym zarzut ten miał charakter blankietowy.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyżej wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek uzasadnienia zarzutu. Nieprecyzyjne lub ogólne wskazanie okoliczności nie tworzy prawidłowego zarzutu. W ramach zarzutu mieszczą się zarówno okoliczności prawne, jak

i okoliczności faktyczne, które wskazują na nieprawidłowość kwestionowanego działania lub zaniechania zamawiającego, które stanowią podstawę zgłaszanego w odwołaniu żądania. Tymczasem zarzut z pkt 1 został sformułowany nieprecyzyjnie i nie zawierał wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego podniesienie. Co prawda art. 537 Pzp wprowadza zasadę odwróconego ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, jednakże zasada ta nie zwalnia odwołującego z przedstawienia uzasadnienia dla zarzutu

w tym zakresie. Odwołujący nawet w minimalnym zakresie nie podjął próby uzasadnienia przedmiotowego zarzutu w wyniku czego Izba nie miała innego wyjścia jak tylko oddalić zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp.

Zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* składał się *de facto* z dwóch zarzutów. W pkt 2.1 został podniesiony zarzut w stosunku do ceny oferty wykonawcy Media Group, natomiast

w pkt 2.2 odwołujący zawarł zarzut skierowany wobec ceny oferty wykonawcy Carat.

W przypadku zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Media Group odwołujący z jednej strony bezrefleksyjnie założył, że poziom kosztów technicznych DSP stanowił istotną część składową ceny, a z drugiej strony próbował wykazać, że zaproponowane przez Media Group koszty techniczne DSP są niemożliwe do osiągnięcia.

Co istotne odwołujący nie wykazał, że kwestionowany przez niego koszt z oferty wykonawcy Media Group można było uznać za istotną częścią składową ceny lub kosztu, o której mowa w 224 ust. 1 Pzp. Po drugie odwołujący nie wykazał, aby wykonanie przedmiotu zamówienia w kwestionowanej części w cenie określonej przez ww. wykonawcę było niemożliwe. Odnosząc się do złożonych przez odwołującego dowodów przystępujący Media Group słusznie zwrócił

uwagę, że we wszystkich mejlach, w których odwołujący zwraca się z zapytaniem, jego pytanie dotyczy:

- DSP - DV360

1) Exchange fee – 9,5 albo niżej

2) Non exchange fee – 1% albo niżej

- Adform

1) 9% i 4,5% a niżej 9% i 3,5% oraz niższe – jednak bez wskazania czego owe 9% i 4,5 lub 3,5% dotyczy

Nie były to wartości oferowane przez wykonawcę Media Group. W związku z tym nie można było tych dokumentów potraktować jako dowody wskazujące, że zaproponowane przez Media Group Sp. z o.o. koszty techniczne DSP są niemożliwe do osiągnięcia, gdyż nie dotyczyły one kosztów oferowanych przez tego wykonawcę.

Ponadto, niezależnie od tego, że zapytanie wynikające z ww. dowodu nie obejmowało stawek wskazanych w ofercie wykonawcy Media Group, odwołujący nie wykazał również, że wartości określone przez tego wykonawcę były niemożliwe do osiągnięcia. W tym kontekście Izba przyznała rację przystępującemu Media Group, który odnosząc się konkretnie do złożonych przez odwołującego dowodów wskazał, że:

1) w przypadku korespondencji prowadzonej z przedstawicielem Google:

W odpowiedzi na zapytanie odwołującego przedstawiciel ww. firmy poinformował, że:

- Google nie podpisuje umów bezpośrednich z agencjami, dalej wskazał, że takie warunki nigdy nie były możliwe dla tego typu umów, jednak dalsze uwagi wskazywały, że chodziło

o umowy pomiędzy agencjami a Google, a nie stawki w ogóle;

- globalnie duże grupy mediowe mają zbliżone stawki;

- zaproponował zwrócić się zapytaniem do Resellera.

Żadna z tych informacji czytana łącznie lub osobno nie wskazywała, że nie jest możliwe uzyskanie kosztów na wskazanym poziomie.

2) w przypadku korespondencji prowadzonej z przedstawicielem Full Stack Experts:

W tym wypadku po uzyskaniu odpowiedzi o stawkach i marży Full Stack Experts, odwołujący dopytał:(...) *chciałabym otrzymać informację, że są one realne dla firm wydających mniej niż 10 mln euro, albo coś w tym stylu.* Jednak mimo tak podstawionego pytania otrzymał odpowiedź, że: *my na naszym rynku nie dostajemy niższych kosztów bez względu na wydatki i myślę, że nikt nie dostanie.* Powyższe stanowiło co najwyżej dowód na to, że osoba udzielająca odpowiedzi nie była w stanie uzyskać takich kosztów oraz jakie ma przemyślenia na temat możliwości innych podmiotów. Nie był to jednak dowód na to, że uzyskanie kosztów na takim poziomie nie jest możliwe.

3) w przypadku korespondencji prowadzonej z przedstawicielem Programmads:

W tym wypadku odwołujący w odpowiedzi na swoje zapytanie otrzymał informację o stawkach jakie proponuje przedstawiciel ww. podmiotu. Informacja ta nie stanowiła dowodu na to, że na rynku nie jest możliwe uzyskanie lepszych warunków, a jedynie dowód na to, że określony podmiot oferuje określone koszty.

4. w przypadku korespondencji prowadzonej z przedstawicielem Adform:

Z wiadomości otrzymanej od przedstawiciela ww. podmiotu, wynikało, że: *Koszty 9% i 4,5% w Adform to są bardzo dobre warunki w Polsce (...).* Przedmiotową odpowiedź można było potraktować jako przyznanie, że warunki takie są osiągalne.

W związku z powyższym nieuzasadniona okazała się konkluzja zawarta na wstępie pliku zawierającego dowody jakoby, wynikało z nich, że *zaproponowane przez Media Group koszty techniczne DSP są niemożliwe do osiągnięcia* Była to jedynie teza, którą w swojej korespondencji postawił odwołujący usiłując bezskutecznie uzyskać jej potwierdzenie. W tych okolicznościach niezasadne okazało się wzywanie przystępującego Media Group do wyjaśnień. Stanowisko odwołującego opierało się na nieuzasadnionych wątpliwościach

w zakresie kosztów technicznych DSP podanych przez wykonawcę Media Group i wskazywało co najwyżej, że odwołujący nie uzyskał lepszych warunków niż jego konkurent. Odwołujący przedstawiając swoją argumentację wychodził z założenia, że skoro jemu się to nie udało, to żaden inny wykonawca nie mógł warunków takich osiągnąć. Założenie to okazało się błędne, a przeczyły temu dowody złożone przez samego odwołującego.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp podniesione wobec oferty wykonawcy Media Group.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2.2. *petitum* odwołania, odwołujący kwestionował możliwość uzyskania przez wykonawcę Carat dopłat o wartości 0,00%. Po pierwsze odwołujący nie wykazał, że kwestionowaną przez niego pozycję z oferty wykonawcy Carat można było uznać za istotną część składową ceny lub kosztu, o której mowa w 224 ust. 1 Pzp. Po drugie w uzasadnieniu odwołania umknęło odwołującemu, że zamawiający w treści SWZ w rozdziale X pkt. 9.5 wskazał, że *dopłaty jednostkowe (zawarte formularzu cenowym*

w tabeli nr 8) mogą mieć wartość 0,00%, także wszystkie dopłaty mogą mieć wartości 0,00%. Tym samym wykonawca Carat, działając zgodnie z SWZ, złożył ofertę określając dopłaty jednostkowe w sposób dopuszczony przez

zamawiającego. Jeżeli zamawiający przewidywał i dopuszczał poziom dopłat jednostkowych w wysokości 0,00% w SWZ, to należało przyjąć, że określenie poziomu dopłat jednostkowych w ofercie na takim właśnie poziomie nie było działaniem rozumianym jako zniżenie ceny przedmiotu zamówienia. Skoro zamawiający jednoznacznie dopuszczał poziom dopłat jednostkowych w wysokości 0,00% w SWZ – czego nie kwestionował odwołujący, ani żaden z wykonawców na moment ogłoszenia postępowania – to oczywistym było, że oferty złożone zgodnie z tymi postanowieniami SWZ nie powinny rodzić dodatkowych wątpliwości zamawiającego. Ponadto na niezasadność argumentacji odwołującego wskazywał również fakt, że nie tylko wykonawca Carat zaoferował dopłaty na poziomie 0,00%. Dopłaty na tym poziomie zaoferowało oprócz ww. wykonawcy również trzech innych wykonawców. Okoliczność ta wskazywała, że zaoferowanie dopłat na poziomie 0,00% ma potwierdzenie w realiach rynkowych i jest stosowane przez wykonawców działających w branży objętej przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę, że odwołujący przedstawił dowód w postaci korespondencji z poczty elektronicznej, która była prowadzona z dostawcami mediów. Izba uznała, że przedmiotowy dowód nie potwierdził stanowiska forsowanego przez odwołującego. W tym kontekście należało wskazać, że określenie warunków współpracy

z wydawcami wynika z indywidualnych ustaleń biznesowych, które mogą się różnić – chociażby w zależności od udzielanego rabatu. Oznacza to, że dowody, które przywołał odwołujący, dotyczyły co najwyżej jego warunków i sytuacji biznesowej. Ponadto dowody złożone przez odwołującego zostały skutecznie podważone przez dowody przedstawione przez przystępującego Carat. Przystępujący Carat złożył dowód, który również obejmował korespondencję mejlową z dostawcami mediów. Z korespondencji tej wynikało, że kwestie dopłat są warunkami handlowymi podlegającymi negocjacji. Tym samym uzależnione są od indywidualnych ustaleń. Co więcej, przystępujący Carat przedstawił w tej korespondencji informacje potwierdzające, że ustalenie dopłat na poziomie 0,00% jest możliwe.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp podniesione wobec oferty wykonawcy Carat.

Konsekwencją oddalenia wskazanych powyżej zarzutów było oddalenie także pozostałych dwóch zarzutów, dotyczących naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. Pzp. Zarzuty te w ocenie składu orzekającego miały charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów, przez co musiały podzielić ich los.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszt poniesiony przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie).

Przewodniczący:.....