Sygn. akt: KIO 2550/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 lipca 2024 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mastermind Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz R.Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.Ś. ul. Sarmacka 12G/59, 02-972 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Warmińsko - Mazurskie z siedzibą w Olsztynie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia Euvic Media sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Bringmore Advertising sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz Partner of Promotion sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  1.1unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  1.2unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  1.3powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  2.2zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 2550/24

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

Województwo Warmińsko - Mazurskie z siedzibą w Olsztynie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Promocja gospodarcza Warmii i Mazur 2024+” (Numer referencyjny: ZP.272.1.14.2024) zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w 6 marca 2024 r. pod numerem 137803-2024, numer wydania: Dz.U. S: 47/2024.

19 lipca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mastermind Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz R.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.Ś. ul. Sarmacka 12G/59, 02-972 Warszawa (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzuci Zamawiającemu naruszenie :

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,
2.art. 239 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3.powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

1.Uzasadnienie do zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i wskazał na niezgodność oferty z warunkami zamówienia polegającą na niezgodności próbki (przedmiotowy środek dowodowy) z wymogami SWZ dotyczącymi próbki.
Odwołujący podkreślił, że w świetle postanowień SWZ celem złożenia przedmiotowych środków dowodowych była ocena oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a nie w celu potwierdzenia zgodności oferty z OPZ. W konsekwencji, w przypadku stwierdzenia, że próbka posta do publikacji na portalu Facebook nie zawiera obligatoryjnego linku określonego w SWZ, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.
Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia odniósł się tylko do rozdziału X zapominając, że ten sam zakres jest zamieszczony w rozdziale XXXI przy kryteriach oceny ofert.
Zamawiający winien obniżyć liczbę punktów w podkryterium: zawiera jasno sprecyzowany komunikat dostosowany do grupy odbiorców (0-3 pkt.)

2.Uzasadnienie do zarzutu art. 239 ust. 1

Oferta Odwołującego mimo spełnienia wszystkich wymagań została odrzucona i nie podlegała ocenie. Nawet gdyby Zamawiający przyznał mniejszą liczbę punktów w podkryterium „zawiera jasno sprecyzowany komunikat dostosowany do grupy odbiorców (0-3 pkt.)" to oferta Odwołującego również w wyniku powtórnego badania i oceny oferty uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej.
Zamawiający, mimo wezwania ze strony składu orzekającego, nie złożył odpowiedzi
na odwołanie ani nie stawił się na rozprawie. Przystępujący twierdził, że otrzymał kopię odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zawierającej oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości, ale takie oświadczenie Zamawiającego nie wpłynęło do Izby do czasu zamknięcia rozprawy.
Przystępujący w piśmie procesowym z 12 sierpnia 2024 r. zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła wszystkie wnioskowane przez Strony dowody
z dokumentów, a także z:

1.dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ oraz uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:
W SWZ znajdują się następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

X. Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych

I. Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia n/w przedmiotowego środka dowodowego, który będzie podlegał ocenie ofert w kryterium oceny ofert:

1)„Wstępna koncepcja kampanii myśl przewodnia, wokół której zostanie zbudowana cała koncepcja kreatywna kampanii

Wstępna koncepcja kampanii - w języku polskim, powinna zawierać następujące elementy:

a)Opis założeń kampanii, strategii komunikacji i prowadzenia działań w ramach kampanii,
b)Próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku (w języku polskim),
c)Próbka advertoriala (autoreklamy) z grafiką do opublikowania w prasie (w języku polskim);
d)Zamierzone wskaźniki do osiągnięcia.

(…)

Ad. b) Próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku w języku polskim musi zawierać treść posta wraz z grafiką, propozycją hashtagów i link do strony https://invest.warmia.mazury.pl. Hasło, na podstawie którego ma powstać post to:

„Warmia. Mazury. Zdrowe życie, czysty zysk". Tematyka posta powinna nawiązywać do promocji gospodarczej Warmii i Mazur wraz z zachętą do zainwestowania w regionie lub nawiązania współpracy z firmami z regionu.

Przedstawiona próbka posta z grafiką stanowiła będzie element oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Wstępna koncepcja kampanii".

(...)

2.Przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w ust. I należy złożyć wraz z ofertą.

3.Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia lub uzupełnienia.

4.Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

XXXI. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1.Kryteria wyboru oferty i ich znaczenie :

Cena — znaczenie kryterium — 50 %

Wstępna koncepcja kampanii — 50%

2.Sposób oceny oferty:

(…)

2)Wstępna koncepcja kampanii:

W kryterium „Wstępna koncepcja kampanii" ocenie będzie podlegać złożona wraz z ofertą Wstępna koncepcja kampanii w elemencie kreatywności, spójności próbek materiałów tekstowych i wizualnych oraz wskaźników, które zamierza osiągnąć Wykonawca zgodnie z poniższymi definicjami.

Kreatywność rozumiana, jako pomysł na realizację kampanii powinien być oryginalny, niepowtarzalny, jedyny w swoim rodzaju, wyróżniająca się spośród innych kampanii medialnych. Oceniane będzie, czy pomysł na przeprowadzenie kampanii jest niekonwencjonalny i spójny we wszystkich wymaganych kanałach komunikacji, zwracający na siebie uwagę, konkretny, wzbudzający emocje, dokładnie komunikujący wartość dla odbiorcy;

Spójność próbek materiałów tekstowych i wizualnych - rozumiana, jako spójność kompozycyjna treści z grafiką, zrozumiała treść, dbałość o właściwy dobór form graficznych, takich jak: sposób potraktowania przestrzeni, dobór kolorystyki, łatwość rozumienia i postrzegania przekazu wynikającego z tekstu oraz jego czytelność. Poprzez spójność Zamawiający rozumie takie zaplanowanie i wykonanie działań, które poprzez swoje kompleksowe podejście oraz konsekwencję w formie i przekazie, zgodność w koncepcji kreatywnej występującą między wszystkimi działaniami i wykonanymi materiałami, wykorzystanie wielu środków przekazu jednocześnie, realizację działań promocyjno- informacyjnych, które się nawzajem uzupełniają i wynikają z innych podjętych działań w ramach zamówienia — wpływają na wzrost efektywności promocji i informacji;

Wskaźniki — rozumiane jako policzalne rezultaty kampanii, liczone oddzielnie dla każdego kanału komunikacji.

„Wstępna koncepcja kampanii" (w języku polskim) złożona wraz z ofertą powinna zawierać elementy szczegółowo określone w rozdziale X SWZ tj.:

a)Opis założeń kampanii, strategii komunikacji i prowadzenia działań w ramach kampanii kreatywnej ;

b)Próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku (w j. polskim);

c)Próbka advertoriala (reklamy) z grafiką do opublikowania w prasie (w j. polskim);

d)Zamierzone wskaźniki do osiągnięcia.

Element „Wstępnej koncepcji kampanii" określonej w punkcie a): Opis założeń kampanii,strategii komunikacji i prowadzenia działań w ramach kampanii kreatywnej (Big idea) czyli myśl przewodnia, wokół której zostanie zbudowana cała koncepcja kreatywna kampanii zostanie oceniona przez każdego z merytorycznych członków komisji przetargowej w następujący sposób:

Krótki opis założeń kampanii oceniany w skali 0-5 pkt. — Zamawiający będzie oceniał, czy Wykonawca wykazał się kreatywnością, w przypadku propozycji myśli przewodniej, wokół której zbudowana będzie cała koncepcja kreatywna, czy wykazał kreatywne podejście do realizacji kampanii, czy założenia są zbieżne z celami, które chce osiągnąć Zamawiający, czy wrażenia, jakie Wykonawca chce wywrzeć na odbiorcach są zbieżne z celami kampanii;

Cel ogólny kampanii oceniany w skali 0-2 pkt. — Zamawiający będzie oceniał atrakcyjność
i mierzalność celu założonego przez Wykonawcę;
Opis działań oceniany w skali 0-4 pkt. — Zamawiający będzie oceniał, czy działania zaproponowane przez Wykonawcę są kreatywne, wykorzystujące najnowsze technologie
i najnowsze trendy marketingowe, czy dobrane działania będą realizowały sformułowane cele kampanii, czy działania posiadają wspólne elementy;
Wstępna linia kreatywna (graficzna) oceniana w skali 0-5 pkt. — Zamawiający będzie oceniał, czy zaproponowana linia graficzna jest spójna z założeniami kampanii, ogólnym przesłaniem kampanii i charakterystyką grup docelowych, czy jest atrakcyjna wizualnie i zgodna
z najnowszymi trendami graficznymi,
Grupa docelowa oceniana w skali 0-3 pkt. — Zamawiający będzie oceniał, czy działania zaproponowane w opis założeń kampanii są odpowiednie w stosunku do wniosków opisanych w ramach analizy grupy docelowej, czy oczekiwania, motywacje oraz korzyści grupy docelowej zostały prawidłowo sformułowane, czy zaproponowane działania będą zbieżne z potrzebami grupy docelowej kampanii;
Kanały komunikacji oceniany w skali 0-1 pkt. — Zamawiający będzie oceniał, czy wykonawca zaproponuje dodatkowe formy promocji, kanały komunikacji inne niż opisane w SOPZ. Jeśli Wykonawca zaproponuje min. jedną dodatkową formę promocji, która spełnia warunek spójności z celami kampanii i pozostałymi elementami kampanii, otrzyma 1 pkt.
Element Wstępnej koncepcji kampanii określonej w punkcie b) Próbka posta z grafiką
do opublikowania na Facebooku (w j. polskim).
Hasło, na podstawie którego ma powstać post powinno brzmieć: „Warmia i Mazury. Zdrowe życie, czysty zysk", a tematyka powinna dotyczyć promocji gospodarczej z zachętą
do zainwestowania w regionie lub do współpracy z firmami z regionu. Treść posta powinna uwzględniać hashtagi i link do strony https://invest.warmia.mazury.pl/en, powinna również uwzględniać specyfikę publikacji na Facebooku.
Treść posta wraz z grafiką zostanie oceniona przez każdego z merytorycznych członków komisji przetargowej w zakresie:
- spójność próbek materiałów tekstowych i wizualnych ocenianych w skali 0-2 pkt; Zamawiający będzie oceniał, czy próbki materiałów tekstowych i wizualnych są spójne,
tj. czy grafika jest zbieżna z tematem, czy motywy graficzne uzupełniają tekst, czy tekst
i grafika tworzą spójną całość.
- kreatywność oceniana w skali 0-15 pkt; zgodnie z powyższą definicją - Zamawiający będzie oceniał, czy: post jest napisany językiem wzbudzającym zainteresowanie odbiorców (0-3 pkt.); post jest napisany językiem zachęcającym do interakcji (0-3 pkt.); post jest opatrzony grafiką spójną z key-visualem kampanii (0-3 pkt.); post zawiera elementy viralowe, będące zachętą do dalszego udostępniania (0-3 pkt.); zawiera jasno sprecyzowany komunikat dostosowany do grupy odbiorców (0-3 pkt.).
Element Wstępnej koncepcji kampanii określonej w punkcie c): Próbka advertoriala z grafiką do opublikowania w prasie (w j. polskim) zawierająca maks. 1000 znaków ze spacjami.
Próbka musi zawierać kolorowy element graficzny nawiązujący do Warmii i Mazur, który oddziaływać będzie na układ tekstu, jego rozmieszczenie w sposób atrakcyjny i przykuwający uwagę czytelnika, np. powodując niekonwencjonalne rozmieszczenie liter, wyrazów. Całość musi się zmieścić w formacie A4.
Inspiracją do napisania artykułu jest hasło „Warmia. Mazury. Zdrowe życie, czysty zysk"
i zachęta do inwestowania na Warmii i Mazurach lub nawiązania współpracy z firmami
z regionu. Próbka ta zostanie oceniona przez każdego z merytorycznych członków komisji przetargowej w zakresie:

- spójność próbek materiałów tekstowych i wizualnych oceniana w skali 0-2 pkt. Zamawiający będzie oceniał, czy próbki materiałów tekstowych i wizualnych są spójne, tj. czy grafika jest zbieżna z tematem, czy motywy graficzne uzupełniają tekst, czy tekst i grafika tworzą spójną całość.

Kreatywność oceniana w skali 0-15 pkt — Zamawiający będzie oceniał, czy:

- próbka jest napisana językiem wzbudzającym zainteresowanie odbiorców (0-6 pkt.);
- próbka jest opatrzona grafiką spójną z key-visualem kampanii (0-3 pkt.);
- próbka zawiera elementy viralowe, będące zachętą do dalszego udostępniania (0-4 pkt.);
- próbka zawiera jasno sprecyzowany komunikat dostosowany do grupy odbiorców (0-2 pkt.).

(…)
9 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu z postępowania m. in. oferty Odwołującego. W uzasadnieniu czynności Zamawiający wskazał:
„Zamawiający wymagał, zgodnie z zapisami X SWZ aby Wykonawca złożył przedmiotowy środek dowodowy, który

będzie podlegać ocenie ofert w kryterium oceny ofert – Wstępna koncepcja kampanii.
Zgodnie z Rozdziałem X ust. 1, pkt 1, lit. b SWZ złożona przez Wykonawcę próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku w języku polskim, musi zawierać treść posta wraz z grafiką, propozycją hashtagów i link do strony https://invest.warmia.mazury.pl.
Złożona przez Wykonawcę próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku nie zawiera linka do strony https://invest.warmia.mazury.pl. co jest niezgodne z warunkami określonymi przez Zamawiającego".
Biorąc pod uwagę ustalony i opisany stan faktyczny Izba uznała, że czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp była nieprawidłowa.
Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że w złożonej przez niego Wstępnej koncepcji kampanii próbka posta z grafiką do opublikowania na Facebooku nie zawierała nie zawiera linku do strony https://invest.warmia.mazury.pl".
Z przytoczonych wyżej postanowień SWZ jednoznacznie wynika, że jedynym celem złożenia przez wykonawców wraz z ofertą Wstępnej koncepcji kampanii była jej ocena w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Nie ma podstawy by przypisać tej koncepcji jakikolwiek inny cel, w szczególności by miała ona służyć potwierdzeniu zgodności treści ofert z przedmiotem zamówienia. Tym samym niewątpliwa i przyznana przez Odwołującego niezgodność próbki posta z grafiką do opublikowania na Facebooku nie mogła stanowić dowodu na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Co za tym idzie, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wypełniły się przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Stwierdzona przez Zamawiającego wada przedmiotowego środka dowodowego nie rzutowała w żaden sposób na treść oferty Odwołującego, nie dawała też podstawy do uznania, że jego wolą jest realizacja przedmiotu zamówienia w sposób nie odpowiadający wymogom SWZ.
Izba postanowiła przy tym pominąć argumentację uczestników postępowania odwoławczego, w szczególności wyrażoną na rozprawie, dotyczącą sposobu oceny przedmiotowych środków dowodowych Odwołującego w ramach kryterium oceny ofert. Ocena ta leży w gestii Zamawiającego, nie była również przedmiotem zarzutów odwołania.
Tym samym błędny lub przedwczesny był wybór, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Przystępującego, co z kolei skutkowało uwzględnieniem drugiego z zarzutów odwołania.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący …….....