

Sygn. akt: KIO 1346/23 KIO 1351/23 KIO 1357/23

POSTANOWENIE

z dnia 25 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Członkowie: Elżbieta Dobrenko

Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez wykonawców:

A. **Agencja reklamowa dsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie (KIO 1346/23)

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **BRINGMORE ADVERTISING Spółka ograniczoną odpowiedzialnością, EUVIC MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** siedzibą lidera w Chorzowie (KIO 1351/23)

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P.P., I.S., Fabryka Komunikacji Społecznej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą lidera w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia** w Warszawie

przy udziale wykonawcy **Agencja reklamowa dsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących w sprawach sygn. akt KIO 1351/23 i KIO 1357/23

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawach KIO 1346/23, KIO 1351/23, KIO 1357/23;**
2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1346/23, KIO 1351/23, KIO 1357/23 nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołujących tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu, tj. kwoty 15 000 zł 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz każdego z odwołujących.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1346/23 KIO 1351/23 KIO 1357/23

Uzasadnienie

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Produkcja materiałów przeprowadzenie działań o charakterze Informacyjno-edukacyjno-promocyjnym na rzecz profilaktyki przeciwnowotworowej i kształtowania postaw*

prozdrowotnych, skierowanych bezpośrednio do dzieci i młodzieży - uczniów szkół podstawowych I ponadpodstawowych oraz pośrednio do ich rodziców I opiekunów w ramach kampanii społecznej Planuję Długie Życie (PDŻ) numer referencyjny: ZZP.ZP.411.61.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 2023/S 050-143242.

4 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Jacka Kościuszko prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Film Image J.K. (dalej: „Film Image”) oraz odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców: Agencja reklamowa dsk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BRINGMORE ADVERTISING sp. z o.o., EUVIC MEDIA sp. z o.o. z siedzibą lidera w Chorzowie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P.P., I.S., Fabryka Komunikacji Społecznej sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie.

15 maja 2023 r. wykonawcy: Agencja reklamowa dsk sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący dsk”) w sprawie KIO 1346/23, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BRINGMORE ADVERTISING sp. z o.o., EUVIC MEDIA sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Konsorcjum BRINGMORE”) w sprawie KIO 1351/23, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P.P., I.S., Fabryka Komunikacji Społecznej sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Konsorcjum FKS”) w sprawie KIO 1357/23 wnieśli odwołania wobec czynności wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców.

Sygn. akt KIO 1346/23

Odwołujący dsk zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego dsk z uwagi na uznanie, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia a także cena oferty została wyliczona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia i prawidłowo matematycznie,
- 2)art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez podejmowanie odmiennych rozstrzygnięć merytorycznych w stosunku do różnych wykonawców w analogicznych stanach faktycznych;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Film Image, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4)art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp poprzez poprawienie w ofercie wykonawcy Film Image omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, pomimo że poprawione błędy nie stanowią omyłek rachunkowych i nie podlegają poprawieniu oraz poprzez poprawienie w ofercie wykonawcy Film Image innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, pomimo że poprawione błędy nie stanowią innych omyłek i nie podlegają poprawieniu;
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 3 i 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Film Image, pomimo iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz jest sprzeczna z ustawą;
- 6)art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp poprzez błędne poprawienie w ofercie wykonawcy Film Image omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny / innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia;
- 7)w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Film Image.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący dsk wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Film Image;
- 3)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego dsk;
- 4)ponowienia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Film Image;
- 5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sygn. akt 1351/23

Odwołujący Konsorcjum BRINGMORE zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE pomimo iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 2)art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia;

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE pomimo iż nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 4)art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez sporządzenie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE w sposób lakoniczny, co uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do podjętej czynności;
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Film Image, pomimo iż wykonawca ten przedłożył przedmiotowy środek dowodowy (media plan) zawierający błędy (przełożył media plan, którego treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanych usług z wymaganiami Zamawiającego), a Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

- 6)art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w media planie złożonym przez wykonawcę Film Image oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Film Image, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie procentowego podziału budżetu kampanii internetowej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Konsorcjum BRINGMORE wniósł o uwzględnienie odwołania nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Film Image jako najkorzystniejszej;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE;
- 3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Konsorcjum BRINGMORE, w tym poprawienie omyłek występujących w tej ofercie;
- 4)odrzucenia oferty wykonawcy Film Image;

ewentualnie poprawienia omyłek rachunkowych w media planie Film Image i w konsekwencji, odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;

- 5)dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Sygn. akt 1357/23

Odwołujący Konsorcjum FKS zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum FKS jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Konsorcjum FKS z powodu błędów w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta ta nie zawiera takich błędów;
- 3)art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie wobec oferty Odwołującego Konsorcjum FKS, tj. zaniechanie poprawienia w ofercie omyłek polegających na braku dodania do pozycji estymowanej liczby wyświetleń reklamy oraz wyświetleń dodatkowych kosztów wyświetleń oraz pomnożenia wartości tej pozycji przez 100, a nie jak wynika wprost z SWZ przez 10

ewentualnie w razie uznania, że ww. omyłka nie może zostać zaklasyfikowana jako rachunkowa:

- 3a) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez ich niezastosowanie wobec oferty Odwołującego Konsorcjum FKS, tj. zaniechanie poprawienia w ofercie omyłek polegających na braku dodania do pozycji estymowanej liczby wyświetleń reklamy oraz wyświetleń dodatkowych kosztów wyświetleń oraz pomnożenia wartości tej pozycji przez 100, a nie jak wynika wprost z SWZ przez 10;
- 4)art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez ich zastosowanie wobec oferty wykonawcy Film Image, podczas, gdy z treści tej oferty wynika, że błędów i pominąć nie można poprawić w sposób niebudzący wątpliwości przez samego Zamawiającego, w sposób, w który Zamawiający to uczynił;
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Film Image, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo, że oferowany przedmiot zamówienia nie jest zgodny z warunkami zamówienia;

6)art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców tj. stosowanie nierównej miary przy ocenie oferty wykonawcy Film Image i oferty Odwołującego Konsorcjum FKS poprzez dokonanie poprawienia omyłek w ofercie, która zawierała błędy i nie zawiera podstawowych informacji, i jednocześnie odrzucenie oferty, która zawierała nieznaczące omyłki, których poprawienie było możliwe na podstawie informacji zawartych w ofercie.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Konsorcjum FKS wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum FKS;
- 3)unieważnienia czynności poprawienia omyłek rachunkowych i innych omyłek w ofercie wykonawcy Film Image (art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp);
- 4)odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Film Image;
- 5)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, zgodnie z przyjętymi kryteriami oraz dokonaniem poprawienia oferty Odwołującego Konsorcjum FKS w sposób wskazany w uzasadnieniu;
ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących oferty Odwołującego Konsorcjum FKS, ale uwzględniła zarzut względem oferty Film Image;
- 6)unieważnienia postępowania.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Agencja reklamowa dsk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach KIO 1351/23 i KIO 1357/23, stając się uczestnikiem postępowania w tych sprawach.

W piśmie z 22 maja 2023 r., złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający podał, że dokonał unieważnienia czynności z 4 maja 2023 r., tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia ofert złożonych przez Odwołujących, tj. wykonawców: Agencja reklamowa dsk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BRINGMORE ADVERTISING sp. z o.o., EUVIC MEDIA sp. o.o. z siedzibą lidera w Chorzowie, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P.P., I.S., Fabryka Komunikacji Społecznej sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie. Zamawiający stwierdził, że w związku z powyższym powtórzy czynność badania i oceny ofert przy uwzględnieniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Wskazując na powyższe Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Do pisma Zamawiającego zostały złożone: Zawiadomienie z 22 maja 2023 r. o unieważnieniu czynności z 4 maja 2023 r., tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia ofert Odwołujących: dsk, Konsorcjum BRINGMORE i Konsorcjum FKS wraz z dowodem przekazania ww. informacji Odwołującym.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dokonał unieważnienia czynności, które były przedmiotem zaskarżenia przez Odwołujących: dsk, Konsorcjum BRINGMORE i Konsorcjum FKS, tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. Odwołujących. W konsekwencji czynności, wobec których zostały wniesione odwołania, utraciły swój byt. Tym samym w żadnym z odwołań nie istnieje substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła je merytorycznie rozpoznać i wypowiedzieć się w przedmiocie oceny, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Z tych względów Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującym: dsk, Konsorcjum BRINGMORE i Konsorcjum FKS kwoty uiszczonych przez tych wykonawców tytułem wpisu o odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący.....

