

Sygn. akt: KIO 3395/23; Sygn. akt: KIO 3413/23

WYROK
z dnia 1 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 roku przez Odwołujących:

A. SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn.

akt: KIO 3395/23

B. EUVIC MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Telewizja Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A) VALUE MEDIA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w sprawach o sygn. akt: KIO 3395/23 i KIO 3413/23 po stronie Zamawiającego,

B) EUVIC MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w sprawie o sygn. akt: KIO 3395/23 po stronie Zamawiającego,

C) SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt:

KIO 3413/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3395/23 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w uwzględnieniu oferty wykonawcy SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3395/23 obciąża Zamawiającego: Telewizję Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego: Telewizji Polskiej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego: SIGMA BIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23 obciąża Odwołującego: EUVIC MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: EUVIC MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – 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 3395/23

Sygn. akt KIO 3413/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S.A. w okresie 12 miesięcy, numer postępowania: ZP/TBPR/54/2023, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 144-457181 w dniu 28 lipca 2023 roku. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury odwrotnej, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2022 roku, Dz.U.2022.1710 t.j.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 3395/23

W dniu 9 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę SIGMA BIS S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym Sigma) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy Sigma BIS S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp ze względu na brak złożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego/dokumentu/oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt. 7.3. SWZ oraz wyboru oferty wykonawcy Value Media sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp** poprzez uznanie, że Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, w sytuacji gdy Wykonawca złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu;
- art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp** poprzez uznanie, że dokumentem/ oświadczeniem/ podmiotowym środkiem dowodowym/ przedmiotowym środkiem dowodowym, o którym mowa w tym artykule składanym przez Wykonawcę są także informacje pozyskane od podmiotu trzeciego, w konsekwencji ich treść może zostać uznana za niezłożenie dokumentu potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, co doprowadziło do odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy odrzucenie na podstawie tego przepisu może dotyczyć tylko i wyłącznie dokumentów składanych przez Wykonawcę, a takimi dokumentami nie są informacje pozyskane od podmiotów trzecich;
- art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez uznanie na podstawie informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego, że usługa wskazana w prawidłowo sporządzonym wykazie w poz. 5 nie spełnia warunku w zakresie wartości kampanii i odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający wezwaniem do wyjaśnień nie obejmował tego fragmentu warunku, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji braku możliwości złożenia przez wykonawcę w tym zakresie wyjaśnień, co do wątpliwości Zamawiającego;
- § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń**, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w oparciu o załączone do wykazu usług referencje, w sytuacji gdy referencje składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunku, w konsekwencji ich treść nie musi potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy;
- art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp** poprzez brak skierowania wezwania do wyjaśnień w zakresie wartości kampanii czy dalszego udzielenia informacji przez KPRM, w sytuacji gdy z otrzymanych informacji nie wynika ani wartość Kampanii (mowa jest tylko o wartości zawartych umów) ani modelu rozliczenia między KPRM a Wykonawcą tj. czy wynagrodzenia obejmuje też wartość kampanii czy np. jest wynagrodzeniem procentowym od wcześniej ustalonej wartości kampanii, co doprowadziło do dowolnego przyjęcia, że wartość kampanii jest równa wartości umowy, co skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy;
- art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez brak skierowania wezwania do wyjaśnień w zakresie wartości 5 działań w ramach 3 umów, tj. jaki był podział wartości tych działań przypisanych

do każdej z umów, co doprowadziło do dowolnego przyjęcia, że **wartość 5 działań mogła być równa**, w konsekwencji

nie mogła przekroczyć 1 mln zł, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy;

7. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Value Media sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Wykonawcę Sigma BIS S.A. ;
4. nakazanie Zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, na rzecz Odwołującego zgodnie z normami prawem przepisanyymi.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbitcie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S.A., w okresie 12 miesięcy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania został zawarty w projektowanych postanowieniach umownych stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ.

W dniu 3 listopada 2023 r. Zamawiający opublikował Zawiadomienie o odrzuceniu ofert wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego nie ziściły się.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert z dnia 3 listopada 2023 r. wskazał, że odrzuca ofertę Wykonawcy SIGMA BIS S.A. Zamawiający nie przekazał w tym dniu uzasadnienia swojej decyzji, ani nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty Wykonawcy. Kolejnym pismem datowanym na 3 listopada 2023 r., a otrzymanym przez Wykonawcę w dniu 7 listopada 2023 r., Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Wykonawcy SIGMA BIS S.A.

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp ze względu na niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nakazującego wykazanie 5 kampanii.

Uzasadnienie Zamawiającego: „*Biorąc zatem pod uwagę treść poz. 5 nowo złożonego wykazu usług, listu referencyjnego wystawionego w dniu 23 sierpnia 2023 r. oraz wyżej opisane informacje uzyskane od jego wystawcy, nie sposób uznać, że (w odniesieniu do poz. 5 nowo złożonego wykazu usług) Wykonawca złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt. 7.3 SWZ.*”

Swoje stanowisko Zamawiający poparł przywołaniem fragmentu komentarza UZP do ustawy Pzp, z którego zdaniem Zamawiającego wynika, że odrzuca się ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp w sytuacji: „niezłożenia wymaganego oświadczenia

lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, złożenie niekompletnego

lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu

lub nie podlega wykluczeniu.” Przy czym gdy sięgnie się do całego fragmentu komentarza, wynika z niego, że dotyczy to składania przez Wykonawcę (nie podmioty trzecie). W stanie faktycznym sprawy Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że złożony dokument – wykaz usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu a złożone referencje potwierdzające należyte wykonanie usług nie potwierdzają spełniania warunku,

w szczególności, że zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty, podstawą odrzucenia nie były bezpośrednio dokumenty złożone przez wykonawcę, ale przede wszystkim informacje pozyskane od podmiotu trzeciego, które nie są dokumentem składanym przez Wykonawcę

w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp.

Oba zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp

Pismem z dnia 20 października 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do:

„uzupełnienia niżej wskazanych podmiotowych środków dowodowych oraz złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej.[...] Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa Wykonawcę do: [...]”

e) wyjaśnienia czy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług obejmowała zarówno planowanie, jak i zakup mediów, czy też jedynie zakup mediów oraz wyjaśnienia czy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług została rozliczona w formie gotówkowej czy w barterze,

a jeżeli w obu tych formach to jaką konkretnie kwotę netto (po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT) obejmowało rozliczenie w formie gotówkowej.

W przypadku gdy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług, obejmowała swoim zakresem jedynie zakup mediów, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług (zgodnego w treści z wzorem przekazanym z wezwaniem w dniu 31 sierpnia 2023 r.) o inną usługę (wraz z przedłożeniem dowodu potwierdzającego jej należyte wykonanie lub wykonanie) spełniającą wymogi wskazane w pkt. 7.3. SWZ”.

Na tym etapie, wartym podkreślenia jest fakt, że w oparciu o pierwotnie złożony wykaz Zamawiający nie kwestionował spełnienia przez wskazaną w poz. 5 usługę postawionego w pkt. 7.3. SWZ warunku w zakresie wartości kampanii netto. A jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 886/23: *„Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający treścią wezwania obejmuje jedno uchybienie w zakresie wykazania warunku, a następnie za powód odrzucenia oferty uznaje inne uchybienie, do usunięcia którego nie wezwał uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych.”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca SIGMA BIS złożył wykaz wykonanych lub wykonywanych usług o których mowa w pkt. 7.3. SWZ oraz list referencyjny wystawiony przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów. W konsekwencji złożyła wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty tj. wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz list referencyjny na potwierdzenie, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie.

Naruszającym prawo jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp ze względu na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy takie dokumenty, potwierdzające wszystkie wymagania postawione w warunku wskazanym w pkt. 7.3. SWZ, zostały złożone.

Wykaz usług

W pkt. 7.3. SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału: *„W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują, przy użyciu internetu oraz co najmniej jednej innej klasy mediów (prasa, radio, outdoor, kino; z wyłączeniem telewizji), co najmniej 5 kampanii reklamowych obejmujących swoim zakresem planowanie i zakup mediów, rozliczonych w formie gotówkowej, o wartości każdej z tych kampanii nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych) – po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT. W przypadku kampanii, której (których) wykonywania jeszcze nie zakończono, Zamawiający uzna spełnienie warunku, gdy wartość już wykonanych usług będzie nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych) – po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT.”*

Oznacza to, że każda z 5 kampanii miała spełniać następujące wymagania Zamawiającego:

1. obejmowała planowanie i zakup mediów;
2. rozliczana była w formie gotówkowej;
3. wartość każdej z kampanii nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł;
4. przy użyciu internetu oraz co najmniej jednej innej klasy mediów (prasa, radio, outdoor, kino; z wyłączeniem telewizji);
5. została zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt. 10.5. SWZ oraz wezwaniem z dnia 20 października 2023 r. Wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz usług, o których mowa w pkt. 7.3. SWZ wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, użytych klas mediów, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane

lub są wykonywane (podmiotowy środek dowodowy).

W złożonym przez Wykonawcę Wykazie wykonanych lub wykonywanych usług,

o których mowa w pkt. 7.3. SWZ, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 października wskazano następujące dane:

1. przedmiot kampanii – Kampania KPRM Planowanie i zakup mediów (spełnia wymagania Zamawiającego postawione w warunku pkt. 7.3. SWZ „obejmowała planowanie i zakup mediów”);
2. wartość kampanii netto – 1 006 109,53 netto (spełnia wymagania Zamawiającego postawione w warunku pkt. 7.3.

SWZ „o wartości każdej z tych kampanii nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto”);

3. Użyte klasy mediów – Prasa, internet, OOH (spełnia wymagania Zamawiającego postawione w warunku pkt. 7.3. SWZ „przy użyciu internetu oraz co najmniej jednej innej klasy mediów (prasa, radio, outdoor, kino; z wyłączeniem telewizji)”);

4. data wykonania – 01.- 06.2023 (spełnia wymagania Zamawiającego postawione w warunku pkt. 7.3. SWZ „została zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.”);

5. forma rozliczenia kampanii – Gotówkowa (spełnia wymagania Zamawiającego postawione w warunku pkt. 7.3. SWZ „rozliczana była w formie gotówkowej”);

6. odbiorca – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów – dana wymagana przez Zamawiającego poza warunkiem udziału.

Wszystkie podane w uzupełnionym wykazie dane potwierdzają w sposób jednoznaczny wymagania postawione przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie warunku pkt. 7.3. SWZ. W konsekwencji należy uznać, że Wykonawca złożył na wezwanie w wyznaczonym w wezwaniu terminie (fakt nie kwestionowany przez Zamawiającego) podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji nie można uznać, że go nie przedłożył lub że jego treść nie potwierdza spełniania warunku. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że zaszła przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp co do złożonego wykazu usług.

List referencyjny

Następnie Zamawiający wskazuje, że ww. przesłanka braku złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu została spełniona w stosunku do przedstawionych na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2023 r. referencji.

W tym zakresie stanowisko Zamawiającego pozostaje w całości błędne i istotowo sprzeczne z treścią ustawy Pzp, wydanych na jej podstawie rozporządzeń, a także treści samego SWZ.

Błędne zastosowanie w tym zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp przez Zamawiającego przejawia się w niezgodnym z prawem przyjętym przez Zamawiającego założeniu, że referencje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wprost w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, że przedstawione referencje nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu („Biorąc zatem pod uwagę treść poz. 5 nowo złożonego wykazu usług, listu referencyjnego wystawionego w dniu 23 sierpnia 2023 r. [...],

nie sposób uznać, że (w odniesieniu do poz. 5 nowo złożonego wykazu usług) Wykonawca złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt. 7.3 SWZ”)

Zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Zamawiający może żądać następujących środków podmiotowych tj. wykazu usług [...] oraz załączenia dowodów (nie stanowiących podmiotowych środków dowodowych) 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 [...]. Takie samo brzmienie zostało przez Zamawiającego wprowadzone w pkt. 10.5. tire 1 SWZ.

Jednoznacznie zatem z przepisów prawa wynika, że składane referencje nie stanowią podmiotowego środka dowodowego, co więcej nie są dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunku. Dokumenty stanowiące referencje, a składane w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego są składane tylko i wyłącznie na potwierdzenie, że usługi wskazane przez Wykonawcę w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Treść referencji nie musi odzwierciedlać informacji zawartych przez Wykonawcę

w oświadczeniu składanym jako wykaz usług, co niesłusznie insynuuje Zamawiający

w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wskazując, że informacje zawarte w wykazach nie pokrywały się z informacjami zawartymi w referencjach, co skutkowało uznaniem, że referencje

nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując w stosunku do listu referencyjnego Zamawiający błędnie uznał, że zaszła przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp ze względu na to, że złożone referencje nie potwierdzają spełniania warunków udziału

w postępowaniu, gdyż referencje nie są dokumentem składanym na potwierdzenie warunku

i nie mogą być pod tym kątem oceniane.

To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Informacje uzyskane od jego wystawcy (wystawcy listu referencyjnego)

Zgodnie z treścią już cytowanego art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp ofertę odrzuca się jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów/oświadczeń o których mowa w tym przepisie. Ustawodawca w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, określił że ta podstawa wykluczenia z postępowania jest możliwa do zastosowania tylko w przypadku niezłożenia dokumentów przez Wykonawcę i tylko jego. W konsekwencji nie można odrzucić oferty na tej podstawie prawnej tj. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp w sytuacji, gdy tym dokumentem ocenianym jest dokument złożony przez inny podmiot niż wykonawca. Wykonawca nie może odpowiadać za złożenie/niezłożenie lub za treść dokumentów składanych przed podmioty trzecie na zapytanie Zamawiającego i ponosić konsekwencji odrzucenia jego oferty z powodu treści tych dokumentów w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp, skoro ten artykuł odnosi się tylko i wyłącznie do dokumentów/oświadczeń składanych przez Wykonawcę.

W szczególności za dokument składany przez Wykonawcę nie mogą być uznane informacje zawarte w piśmie otrzymanym od wystawcy referencji (KPRM) bezpośrednio na zapytanie Zamawiającego oparte na art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Jeszcze raz Odwołujący podkreśla, nie jest to dokument składany przez Wykonawcę, zatem nie może być objęty sankcją niezłożenia przez wykonawcę dokumentów określona w art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp.

Z treści złożonych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokumentów jednoznacznie wynika, że Wykonawca spełnia warunek. Zamawiający brak spełniania warunku upatrzył faktycznie nie w dokumentach złożonych przez Wykonawcę – których treść jednoznacznie pokrywa wymagania z warunku określonego w pkt. 7.3. SWZ, ale w pozyskanych informacjach od podmiotu trzeciego, co uniemożliwiło zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp. Złożony przez Wykonawcę wykaz usług jest kompletny, poprawny formalnie i nie zawiera błędów.

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp

Powołując się na już przytoczone w uzasadnieniu odwołania twierdzenia, podsumowując je w ramach wcześniejszych zarzutów, wskazujemy, że wezwanie do wyjaśnień w zakresie pozycji nr 5 wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, o których mowa w pkt. 7.3. SWZ nie dotyczyło kwestii wartości kampanii netto. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i poglądem doktryny odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji gdy wykonawca wcześniej został wezwany w trybie art. 128 ustawy Pzp i tylko w zakresie objętym wezwaniem z art. 128 ustawy Pzp.

W trakcie przedmiotowego postępowania żadne z wezwań ze strony Zamawiającego nie dotyczyło kwestionowania przez Zamawiającego wartości kampanii netto dla poz. 5 wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, o których mowa w pkt. 7.3. SWZ. Zamawiający był zobowiązany po powzięciu wątpliwości wynikających z pisma podmiotu trzeciego, do zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie wskazanej wartości. W szczególności, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca składał takie same wykazy oraz referencje, które były przez Zamawiającego uznawane.

Trzeba wskazać, że zarówno oświadczenie Wykonawcy zawarte w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług, o których mowa w pkt. 7.3. SWZ oraz oświadczenie złożone przez podmiot trzeci mają taką samą moc dowodową, a jednocześnie nie pozostają ze sobą sprzeczne.

Odwołujący wskazuje, że prawidłowo określił wartość kampanii netto wskazaną w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług, o których mowa w pkt. 7.3. SWZ w poz. 5 wykazu tj. zgodną z postanowieniami zawartymi w SWZ a skonstruowanymi przez samego Zamawiającego.

Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu decyzji i odrzuceniu oferty Odwołującego, uznał on, że SIGMA BIS S.A. nie spełnia warunku ze względu na to, że żadna z umów zawartych z KPRM nie przekraczała kwoty 1 000 000,00 zł, przy czym w warunku udziału określonym w pkt. 7.3. SWZ Zamawiający nie postawił wymagania, że jedna kampania ma być realizowana w ramach jednej umowy tj. jedna umowa ma dot. całości kampanii.

Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał jedynie, że wykonawca ma wykazać się kampanią o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie nałożył wymogu ani nie określił sposobu interpretacji ww. postanowienia w ten sposób, że 1 kampania = 1 umowa. Stąd na etapie oceny ofert nie może wprowadzać takiego wymogu/interpretacji, której nie zawarł w dokumentacji postępowania, co więcej na tej podstawie odrzucać oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp.

W tym zakresie Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający błędnie przyjął, że skoro żadna z umów zawartych z KPRM nie przekraczała kwoty 1 mln złotych, to żadna z kampanii nie miała takiej wartości. Zamawiający mimo, że w dokumentacji postępowania wprost wskazał, że Wykonawca ma podać wartość kampanii a nie wartość wynagrodzenia otrzymanego

za realizację czy wartość umowy, na etapie oceny ofert utożsamiał w sposób nieuprawniony otrzymaną od KPRM informację o wartości umów z wartością kampanii, co nie jest tożsame.

Z przekazanej informacji nie wynika sposób rozliczenia za usługę pomiędzy Odwołującym a KPRM, a równocześnie wartość umowy może być równa tylko i wyłącznie wartości wynagrodzenia wykonawcy bez wartości kampanii. Będzie to zależało od przyjętego modelu rozliczeniowego danej umowy, o czym Zamawiający nie wie, bo nie wystąpił o dalsze informacje czy chociażby treść umów.

Jedynie co wynika z informacji otrzymanej w piśmie z dnia 31 października 2023 r. od KPRM jest to, że SIGMA BIS S.A. wykonała 5 różnych działań w ramach 3 umów i że wartość żadnej umowy nie przekracza 1 mln złotych.

W pierwszej kolejności Zamawiający przyjął odgórnie i błędnie, w sposób nie wynikający z pisma, że w ten sposób żadna z kampanii nie przekroczyła wartości 1 mln, co więcej uznał, że wskazane kampanie nie dotyczyły jednego zamierzenia.

Z pisma nie wynika także, że te 5 różnych działań realizowanych w ramach 3 umów było równej wartości. Na podstawie udzielonej informacji nie sposób przyjąć, że nie doszło do sytuacji w której np. wartość jednego z tych działań nie przekraczała 1 mln i została zrealizowana w ramach 3 umów, a obok zrealizowano 4 działania pokrywające resztę wartości kampanii.

Zamawiający wobec takiej treści otrzymanych informacji nie miał podstaw do uznania iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (i nie złożył odpowiednich dokumentów) i powinien zwrócić się o dalsze wyjaśnienia m.in. do SIGMA BIS S.A. z prośbą o informacje jakie były wartości kampanii realizowanej w ramach tych umów (a nie wartości samych umów), dlaczego SIGMA BIS S.A. dokonała uprawnionego sumowania czy chociażby wystąpić o udostępnienie treści zawartych umów. Zamawiający jednak nie wyjaśnił wątpliwości, opierając się na błędnych założeniach, co doprowadziło do odrzucenia oferty SIGMA BIS S.A. mimo, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazana przez SIGMA BIS S.A. usługa w poz. 5 wykazu przedmiot: „Kampania KPRM Planowanie i zakupu mediów” jest jedną usługą polegającą na planowaniu i zakupie mediów realizowana na rzecz tego jednego podmiotu ale w ramach różnych umów, przy czym te umowy nie dotyczą różnych usług. Zamawiający w sposób błędny przyjął, że rozumienie pojęcia „Kampania” preferowane przez niego dla słów użytych w dokumentacji postępowania (mimo braku definicji w dokumentacji co Zamawiający rozumie pod pojęciem „Kampanii” na potrzeby warunku określonego w pkt. 7.3. SWZ) i znaczenie słowa „kampania” w piśmie KPRM z dnia 31 października 2023 r., a także rozumienia przez Wykonawców jest takie samo. Nie sposób uznać, że jedynym sposobem użycia słowa kampania jest takie rozumienie,

że dotyczy to promowania jednego, małego wycinka o z góry założonej nazwie np. Kampania „Paczka Orlen”. Kampania może dotyczyć także szeregu działań dotyczących jednego celu/zamierzenia które będzie obejmowało wiele dziedzin, łącznie składających się na jedno zamierzenie, co miało miejsce w przypadku realizacji kampanii na rzecz KPRM.

Realizacja usługi na rzecz KPRM charakteryzuje się tym, że Kancelaria Prezesa Rady Ministrów realizuje w trakcie danego roku kampanię mająca na celu działania informacyjne dot. programów rządowych realizowanych przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów m.in. informacje o programach rządowych, zmianach przepisów prawa oraz prezentacji zmian i rozwiązań dla poszczególnych grup społecznych i beneficjentów tych programów, i zawiera umowy na realizację tej Kampanii z podziałem na media jakie będą wykorzystywane czy dot. konkretnych dat publikacji w danych mediach, przy czym całościowo jest to traktowane jako jedna usługa dot. jednej Kampanii mającej na celu promowanie działań informacyjnych dot. programów rządowych pojawiających się w trakcie roku, co nie wyklucza objęcia tymi działaniami różnych dziedzin działalności KPRM. Ze wspomnianych przez KPRM

w odpowiedzi kierowanej do zamawiającego (pismo z 31 października 2023 r.) umów między KPRM i SIGMA BIS S.A. nie wynika, by umowy te dotyczyły wyodrębnionych kampanii. Przeciwnie – wszystkie te umowy (co wynika z ich treści) wskazują na kompleksową realizację określonych działań promocyjnych bez koncentrowania się na jakimś obszarze tworząc jedną szeroką kampanię promocyjną. Wytyczne KPRM wskazane w piśmie z 31 października co do szczegółowego zakresu czynności stały się zapewne przyczyną nazwania tych zakresów „5 kampaniami”. Zamawiający bez wyjaśnienia stanu faktycznego w tym zakresie nie był jednak władny by bez szczegółowego wyjaśnienia uznać, że pismo KPRM przeczy spełnianiu Przez SIGMA BIS SA warunku określonego w SWZ.

Zarzut naruszenia § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

W związku z tym, że uzasadnienie tego zarzutu pokrywa się z podnoszonymi twierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp we fragmencie dot. listu referencyjnego, mając na uwadze objętość pisma i ekonomikę procesową, odwołujący odsyła w tym zakresie do uzasadnienia zawartego we wskazanym wcześniejszym fragmencie odwołania, gdyż w sposób kompleksowy uzasadniono w nim dlaczego nie można uznać, że referencje stanowią dokument składany przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji ich złożenie nie może stanowić podstawy uznania, że wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem. Stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do dowolnej oceny posiadanych przez Zamawiającego dokumentów/informacji/oświadczeń, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, a także warunkami określonymi przez Zamawiającego, które to sobie sam zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

W konsekwencji podniesionych w odwołaniu uchybień, doszło do odrzucenia oferty, która nie podlega odrzuceniu oraz wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, co narusza art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 3413/23

W dniu 13 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Euvic Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Odwołującym Euvic”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołującym Euvic Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez zaniechanie wezwania Value Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Value Media”) do wyjaśnienia ceny w obszarze kampanii OUTDOOR – tablice (Załącznik 5A składający się na Formularz opustów i cen) w tym do złożenia dowodów, mimo iż zaoferowane w tym zakresie przez ww. wykonawcę ceny netto za 1 nośnik wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- 2.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp** poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- 3.wezwania Value Media do wyjaśnień ceny w obszarze kampanii OUTDOOR – tablice (Załącznik 5A składający się na Formularz opustów i cen) w tym złożenia dowodów, w odniesieniu do cen netto za 1 nośnik wskazanych w ww. dokumencie;
- 4.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez Odwołującego plasuje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego

w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż działanie Zamawiającego powinno polegać na prawidłowej weryfikacji oferty Value Media, w szczególności pod kątem kalkulacji ceny. Wybór oferty nie został dokonany z zachowaniem przepisów ustawy. Nieprawidłowości Zamawiającego, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy Value Media do udzielenia wyjaśnień

w zakresie wyliczenia ceny oraz zaniechanie zweryfikowania tych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy miały wpływ na wynik Postępowania i pozbawiły Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości fakt, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę – polegającą

na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Wykonawca Value Media w złożonej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Formularz opustów i cen zgodny z Załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiący zrazem Załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do Umowy. Tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte również wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał Value Media do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia kalkulacji ceny oraz dowodów w zakresie Formularza stanowiącego Załącznik nr 5B OUTDOOR – siatki wielkoformatowe (ceny dla miast G8). Zamawiający w wezwaniu wskazał, że cena oferty wykonawcy zaoferowana w obszarze

ww. kampanii budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po cenach określonych w ofercie.

Zamawiający w dniu 22 września 2023 r. poinformował, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Value Media.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej Value Media, wskazując, iż zastrzeżenie tajemnicy poczynione przez ww. podmiot było niezgodne z art. 18 ust. 3 Pzp i uniemożliwiło Odwołującemu dokonanie weryfikacji prawidłowości oceny oferty wybranego wykonawcy, w szczególności w zakresie Formularza opustów i cen. Dodać należy, iż informacje zawarte w Formularzu opustów i cen mają istotne znaczenie w kontekście oceny ofert, bowiem ceny zaproponowane w tym dokumencie stanowią kryteria oceny ofert. Zgodnie z pkt 15.2 SWZ.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2023 r. KIO 2888/23 nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Value Media informacji znajdujących się w Formularzu opustów i cen załączonym do oferty ww. wykonawcy, jak również w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawcę, nakazując odtajnienie pełnej treści ww. dokumentów.

Zamawiający w dniu 19 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i udostępnił Odwołującemu dokumenty Value Media zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Treść udostępnionych dokumentów, w szczególności Załącznik nr 5A i ceny w nim zaoferowane za realizację kampanii OUTDOOR – tablice, wskazują, że zostały zaniżone w sposób uniemożliwiający realizację umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający zaniechał weryfikacji cen wskazanych przez Value Media w ww. zakresie (wezwanie z dnia 31 sierpnia 2023 r. dotyczyło wyłącznie cen z Załącznika nr 5B kampania OUTDOOR – siatki wielkoformatowe, miasta G8) i ponownie wybrał w dniu 3 listopada 2023 r. ofertę

ww. wykonawcy, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów Pzp.

Zaniechanie wezwania Value Media do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny za kampanię OUTDOOR – tablice.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie natomiast do art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa

na wezwanym wykonawcy.

Z powołanego powyżej przepisu art. 224 ust. 1 Pzp wynika przede wszystkim, że badaniu

w kontekście rażąco niskiej ceny może podlegać nie tylko cena oferty, ale również jej istotna część składowa. Ustawodawca nie zdecydował się doprecyzować co należy rozumieć

pod sformułowaniem istotnej części składowej, natomiast przyjmuje się, że są to elementy zamówienia istotne pod względem cenotwórczym lub pod względem merytorycznym

tj. w aspekcie jego prawidłowego wykonania.

Załączniki 1-4 oraz 5A i 5B wyznaczają główne obszary, w których będzie prowadzona kampania na rzecz Zamawiającego. Każdy z tych obszarów ma znaczenie zarówno cenotwórcze, jak i merytoryczne, tj. jest istotny z punktu

prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Jak było również wskazana powyżej kampania OUTDOOR – tablice ma przypisaną wagę 10% kryteriów oceny ofert. Co więcej, według danych posiadanych przez Odwołującego na kampanię OUTDOOR – tablice w roku 2022 r. Zamawiający przeznaczył ponad 14 mln zł cennikowo. Wycena kampanii w tym zakresie ma zatem znaczenie z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej (wycena w tym zakresie stanowi odrębne kryterium oceny ofert) oraz realizacji kampanii (kampania OUTDOOR – tablice stanowi istotną część usług świadczonych przez wykonawcę).

W niniejszej sprawie Zamawiający uznał, że elementem składowym ceny są obszary kampanii wskazane w Formularzu opustów i cen zgodnym z Załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiącym zrazem Załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A oraz 5B do Umowy, bowiem w wezwaniu

z dnia 31 sierpnia 2023 r. skierowanym do wykonawcy Value Media wskazał, że w kontekście art. 224 ust. 1 Pzp badaniu powinny podlegać ceny wskazane przez Value Media w Załączniku nr 5B dotyczące kampanii OUTDOOR – siatki wielkoformatowe. Kampania ta ma przypisaną wagę 5% w kryteriach oceny ofert (pot. 15.2 SWZ). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt,

że inny obszar kampanii z wyższą wagą w ramach kryteriów oceny ofert również powinien

być uznany za istotną część składową badaną w kontekście art. 224 ust. 1 Pzp.

Co więcej, w cytowanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 31 sierpnia 2023 r. wyroku KIO z dnia 29 czerwca 2022 r. KIO 1543/22 wydanym wobec Zamawiającego

w postępowaniu na analogiczne usługi, które były prowadzone w 2022 r. KIO wskazała,

że zasadne i konieczne jest zbadanie cen m.in. za kampanię OUTDOOR-tablice,

gdyż zaoferowane wówczas przez Value Media wartości wzbudzały wątpliwości:

„W rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, kwestionowanym przez Odwołującego składnikom ceny przymiot istotności należy przypisać głównie z uwagi na merytoryczne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest zaplanowanie i zakup materiałów na potrzeby przeprowadzenia kampanii reklamowej, każdy z planowanych do wykorzystania kanałów promocyjnych jest istotny dla osiągnięcia zaplanowanego efektu promocyjnego. Uwzględniając również fakt, że zaplanowanie kampanii należy do obowiązków przyszłego wykonawcy, będzie mógł on zdecydować, które z nośników będą używane częściej, a zatem, pomimo potencjalnie mniejszego udziału wartościowego jednych z nich, na etapie realizacyjnym udział ten będzie mógł wzrosnąć w znacznym stopniu. Wobec powyższego, zarówno składnik jakim jest outdoor - tablice oraz outdoor - autobusy, według Izby należy zakwalifikować jako istotne części składowe ceny zaoferowanej

przez wykonawców, a zatem dopuścić wobec nich możliwość wyjaśnienia sposobu skalkulowania w ramach instytucji uregulowanej w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. (...) Zdaniem Izby Odwołujący w dostateczny sposób wykazał, że okoliczności towarzyszące prowadzonemu postępowaniu powinny skłonić zamawiającego do powzięcia wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny oferty za kampanie outdoor - tablice i outdoor - autobusy. W zakresie kampanii outdoor - tablice, wyjaśnieniu podlegać powinny zwłaszcza stawki zaproponowane za nośniki o dużych formatach, gdyż to głównie ich dotyczyły argumenty podnoszone przez Odwołującego. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w ramach ww. elementu kampanii wykonawca ma obowiązek podać ceny dla 6 różnych formatów nośników. Nośniki te są przy tym bardzo zróżnicowane,

a w konsekwencji mają różne ceny. Natomiast przy ocenie ofert liczy się średnia arytmetyczna wyliczona dla wszystkich formatów. Dlatego też cena nośników największych, pomimo potencjalnie niższego udziału w realizacji zamówienia, ma największy wpływ na uzyskaną średnią, a tym samym na uzyskaną punktację.

Z tego względu, mając na uwadze fakt, iż Przystępujący za nośniki te zaoferował dużo korzystniejsze stawki niż inni wykonawcy i w głównej mierze wpłynęło to na uzyskanie przez niego największej liczby punktów za ten element kampanii, powyższe powinno podlegać wyjaśnieniu. Dotyczy to również elementu outdoor - autobusy, gdzie ceny Przystępującego wyraźnie odbiegały od tych zaproponowanych przez pozostałych oferentów.”

W niniejszym postępowaniu ceny zaoferowane przez Value Media za realizację kampanii OUTDOOR-tablice również budzą zasadnicze wątpliwości w kontekście ich rynkowego charakteru.

Według wiedzy Odwołującego żadna z cen wskazanych przez Value Media w Załączniku nr 5B nie jest ceną rynkową. Odwołujący nie ma porównania do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców (oferty w zakresie Formularza opustów i cen zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Formularz opustów i cen dołączony

do oferty Odwołującego również objęty jest ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa), jednak

w przypadku Odwołującego każda z cen za dany format jest wyższa od odpowiednich cen zaproponowanych przez Value Media.

Przy uwzględnieniu cen stosowanych przez działających na rynku dysponentów mediów oraz możliwych do wynegocjowania rabatów, zaoferowane przez Value Media ceny netto za 1 nośnik w PLN, muszą zostać uznane za

odbiegające od warunków rynkowych, rażąco niskie i budzące wątpliwości. Odwołujący wskazuje, że dokonał weryfikacji cen zaoferowanych przez Value Media u reprezentatywnych dostawców mediów, w tym takich Ströer, Clear Channel czy Jetline. Żaden z dostawców wymaganych przez Zamawiającego formatów nie potwierdził możliwości wykonania zamówienia za wskazane przez Value Media ceny i to niezależnie od deklarowanego budżetu kampanii. Dostawcy wskazali, że zarówno stosowana przez nich polityka handlowa, jak i rabatowa uniemożliwia realizację kampanii po cenach wskazanych przez Value Media.

Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że mamy do czynienia z zaniżeniem przez ww. wykonawcę cen za kampanię OUTDOOR - tablice. Zaniżenie ceny, co potwierdzają reprezentatywni dostawcy nośników, uniemożliwia pokrycie wydatków związanych z wykonaniem zamówienia w sposób prawidłowy. Powyższe z kolei powinno być szczegółowo zweryfikowane przez Zamawiającego w ramach procedury badania oferty pod kątem art. 224 ust. 1 Pzp, w szczególności, iż jak było wskazane powyżej kampania OUTDOOR - tablice stanowi istotną część składową ceny oraz wszystkich prowadzonych działań.

Zamawiający zdecydował się wezwać Value Media do wyjaśnienia kampanii OUTDOOR - siatki wielkoformatowe (Załącznik nr 5B) dla miast G8, gdyż cena zaoferowana przez Value Media w tym zakresie odbiegała od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Należy jednak wskazać, że również ceny za realizację kampanii OUTDOOR - tablice budzą wątpliwości i wskazują na ich niedoszacowanie. Skoro bowiem występujący na rynku dostawcy mediów informują, że ceny Value Media są niemożliwe do osiągnięcia, to jest to informacja obiektywna, która powinna skłonić Zamawiającego do zbadania rzetelności i realności wyceny przez wykonawcę. Wykonawca powinien udowodnić, że przed złożeniem oferty zweryfikował możliwość zaproponowania tego typu cen u dostawców mediów oraz powinien wykazać szczególne okoliczności, które są jemu dostępne, a które uzasadniają tak niski poziom wynagrodzenia. Według Odwołującego wykazanie realności cen wskazanych przez Value Media w załączniku nr 5A nie będzie możliwe, jednak Zamawiający nie stosował w tym obszarze procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

Podkreślenia przy tym wymaga, że weryfikacja ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp nie jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego, z którego może on skorzystać lub nie.

Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter zaoferowanej ceny, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedyne rzetelne badanie takich wyjaśnień jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Tym samym zasadne i konieczne jest wezwanie Value Media do wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, potwierdzających prawidłowość kalkulacji cen w obszarze kampanii OUTDOOR – tablice (Załącznik nr 5A).

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 3395/23 zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego w dniu 16 listopada 2023 roku wykonawca Value Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz w dniu 17 listopada 2023 roku Euvic Madia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 3413/23 w dniu 16 listopada 2023 roku zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Sigma Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz w dniu 16 listopada 2023 roku po stronie Zamawiającego wykonawca Value Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 24 listopada 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3395/23 oraz w dniu 28 listopada 2023 roku odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23, w której wniósł o odrzucenie odwołania a z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o odrzucenie - o jego oddalenie oraz o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania, Zamawiający wskazał, że: *w dniu 19 października 2023 r., wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2023 r., sygn. akt: KIO 2887/23 oraz sygn. akt: KIO 2888/23, Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Wykonawcy Sigma BIS S.A., ul. Bielańska 12, 00-085 Warszawa, uprzednio dokonane w przedmiotowym postępowaniu*

oraz przekazał Odwołującemu odtajnione, dotychczas zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokumenty złożone przez Wykonawcę Value Media Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, tj. Formularz opustów oraz cen, a także wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający badał ofertę Przystępującego 1 w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zaoferowanej przez Przystępującego 1 ceny netto za 1 m² w outdoor-siatki (dla miast G8). Zamawiający nie znalazł wówczas przesłanek do badania zaoferowanych przez Przystępującego 1 cen netto pojedynczych nośników dla kampanii outdoor-tablice, o czym wiedzę Odwołujący posiadał od dnia 22 września 2023 r. (dzień pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej), które to fakty potwierdza również sam Odwołujący w swoim odwołaniu.

W tym miejscu należy podkreślić, iż procedura ponownego badania i oceny ofert nakazana przez KIO nie polega na powtórzeniu przez Zamawiającego wszystkich poprzedzających wydanie orzeczenia czynności dokonanych w okresie od otwarcia ofert

do ogłoszenia ponownego wyniku postępowania. Jaki bowiem cel miałyby mieć powtórzenie czynności np. wzywania Wykonawców do przedkładania dokumentów, które już raz złożyli czy też wzywania Wykonawców do przedkładania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które już raz zostały złożone. Z cenami nośników kwestionowanymi w odwołaniu, Odwołujący zapoznał się, jak już wyżej wspomiano w dniu 19 października 2023 r. W ocenie Zamawiającego to właśnie od tego dnia biegł termin do wniesienia przedmiotowego odwołania. Skoro w tym dniu Odwołujący uzyskał informacje, stanowiące podstawę wniesienia niniejszego odwołania, a uzyskanie tych informacji było przecież celem poprzedniego odwołania z dnia 2 października 2023 r. (weryfikacja cen zaoferowanych przez Przystępującego 1 pod kątem rażąco niskiej ceny, a następnie ewentualne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w razie uznania, iż zachodzi podejrzenie, że ceny te mają charakter rażąco niskich), a zarazem

już od dnia 22 września 2023 r. posiadał wiedzę, że Zamawiający podjął decyzję o niewzywaniu Przystępującego 1 do składania wyjaśnień odnośnie cen netto pojedynczych nośników

dla kampanii outdoor-tablice, to nieuprawnionym było oczekiwanie przez Odwołującego

na powiadomienie o ponownym wyniku postępowania, w wyniku którego podniesie okoliczności znane Odwołującemu 19 października 2023 r. Tym samym w ocenie Zamawiającego termin

na wniesienie niniejszego odwołania upłynął w dniu 30 października 2023 r., a zatem zostało ono wniesione z naruszeniem ustawowego terminu do jego wniesienia. Ze względu

na powyższe, niniejsze odwołanie powinno zostać odrzucone, o co Zamawiający wnosi.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem obu odwołań na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia 3 listopada 2023 roku. Okolicznością, stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania jest zaniechanie wezwana do złożenia wyjaśnień cen zaoferowanych przez wykonawcę Value Media Sp, z o.o. w załączniku nr 5A. Izba wskazuje, że o ile konkretna czynność Zamawiającego mająca miejsce w określonym terminie, nie będzie budziła wątpliwości co do obliczenia wobec niej terminu na wniesienie środka ochrony prawnej, o tyle w przypadku zaniechania czynności, nie mamy do czynienia z konkretną datą, w ramach której można wskazać, że doszło do zaniechania. W takich okolicznościach, uprawnione jest obliczanie terminu na wniesienie odwołania, liczonego od najwcześniejszej daty, z której wykonawca może dowieść, że do zaniechania doszło.

Odwołujący otrzymał od Zamawiającego odtajnione dokumenty wykonawcy Value Media Sp. z o.o. (Formularz opustów oraz cen, a także wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami) w dniu 19 października 2023 roku, w wyniku wykonania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2023 r. sygn. akt: KIO 2888/23.

Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i ceny ofert a w jej ramach uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Value Media Sp. z o.o. informacje znajdujące się w Formularzu opustów i cen, a także wyjaśnienia rażąco

niskiej. Prawdą jest, że w tej dacie Odwołujący powziął wiedzę, że Zamawiający nie wyjaśniał cen zaoferowanych w Załączniku nr 5A. Jednakże dotyczyło to okoliczności przed unieważnieniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a po ich unieważnieniu w dniu 19 października 2023 roku Zamawiający podjął nowe czynności w postępowaniu. Informację

o wykonaniu nowych czynności lub zaniechaniu czynności do których Zamawiający

był zobowiązany, wykonawcy mogli otrzymać, dopiero od dnia 3 listopada 2023 r. tj, od daty ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. To, że w dacie 19 października 2023 r. Odwołujący powziął wiedzę o zaniechaniu Zamawiającego, nie uprawniało go do twierdzenia, że czynności takiej Zamawiający nie wykona jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Odwołanie, które zostało by wniesione w dacie 30 października 2023 roku (jak twierdzi Zamawiający) byłoby przedwcześnie, bowiem Zamawiający nie ma określonego terminu na wykonanie czynności

w postępowaniu i może ją wykonać do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. Nie można zatem zarzucać Zamawiającemu zaniechania wykonania czynności w konkretnej dacie, jeżeli istniało uprawnienie do jej wykonania w dacie późniejszej. Odwołujący dowiedział się o tym, że Zamawiający nie wykonał czynności, której zaniechanie zarzuca Zamawiającemu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 3 listopada 2023 roku.

W ocenie Izby, odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu na jego wniesienie.

Izba oddaliła również wnioski Zamawiającego o opozycję w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3413/23 wobec przystąpienia wykonawcy Sigma Bis S.A. po stronie Odwołującego.

Izba wskazuje, że interes wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia jest szerszy niż interes wykonawcy we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący Sigma Bis oraz Euvic Media przekazali w ustawowym terminie kopię odwołań Zamawiającemu. Izba uznała, że obaj Odwołujący wykazali interes

w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego

o sygnaturze akt: KIO 3395/23 i 3413/23 po stronie Zamawiającego i Odwołującego i dopuściła wykonawców: Value Media Sp. z o.o., Euvic Media Sp. z o.o. oraz Sigma Bis S.A. do udziału

w ww. postępowaniach odwoławczych, w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 3395/23

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z treścią pkt 7.3 SWZ, Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału

w postępowaniu: *W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują, przy użyciu internetu oraz co najmniej jednej innej klasy mediów (prasa, radio, outdoor, kino; z wyłączeniem telewizji), co najmniej 5 kampanii reklamowych obejmujących swoim zakresem planowanie i zakup mediów, rozliczonych w formie gotówkowej, o wartości każdej z tych kampanii nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych) – po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT. W przypadku kampanii, której (których) wykonywania jeszcze nie zakończono, Zamawiający uzna spełnienie warunku, gdy wartość już wykonanych usług będzie nie mniejsza*

niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych) – po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT.

Na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawca winien złożyć:

wykaz usług, o których mowa w pkt. 7.3 SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, użytych klas mediów, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane,

wraz z dowodami określającymi, czy te usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane,

a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie

Wykonawcy.

Uwaga: w odniesieniu do usług nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie muszą być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zgodnie z pkt 10.6 SWZ, powyższe dokumenty Wykonawca będzie zobowiązany złożyć na wezwanie Zamawiającego.

Odwolujący na wezwanie Zamawiającego z 31 sierpnia 2023 roku złożył wykaz usług (zgodnie ze wzorem do SWZ) wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Zamawiający pismem z dnia 20 października 2023 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp do uzupełnienia/wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych określonych w pkt 7.3 SWZ, wskazując wątpliwości co do każdej z pozycji wykazu usług.

W zakresie po. 5 wykazu, Zamawiający wzywał o wyjaśnienie, czy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług obejmowała zarówno planowanie, jak i zakup mediów, czy też jedynie zakup mediów oraz wyjaśnienia czy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług została rozliczona w formie gotówkowej czy w barterze, a jeśli w obu tych formach to jaką konkretnie kwotę netto (po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT) obejmowało rozliczenie w formie gotówkowej. W przypadku gdy kampania wskazana w poz. 5 wykazu usług, obejmowała swoim zakresem jedynie zakup mediów, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług (zgodnego w treści z wzorem przekazanym z wezwaniem w dniu 31 sierpnia 2023 r.) o inną usługę (wraz z przedłożeniem dowodu potwierdzającego jej należyte wykonanie lub wykonywanie) spełniającą wymogi wskazane w pkt 7.3 SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 26 października 2023 roku Odwołujący złożył nowy wykaz usług wraz z referencjami. Dla usługi wskazanej w pozycji 5 wykazu usług, Odwołujący dookreślił zakres jako Kampania KPRM Planowanie i zakup mediów.

Zamawiający pismem z dnia 30 października 2023 roku wystąpił do KPRM w trybie art. 128 ust. 5 Pzp z prośbą o wyjaśnienie, czy:

- a) czy przedmiotowa usługa/usługi obejmowała swoim zakresem zarówno planowanie, jak i zakup mediów, czy też jedynie ich zakup;
- b) czy przedmiotowa usługa/usługi była „Kampanią”, a jeśli tak, to jaką konkretnie;
- c) czy przedmiotowa usługa została zrealizowana w ramach jednej kampanii, w oparciu o jedną umowę o wartości 1 237 514,72 zł brutto czy też w oparciu o szereg pojedynczych zleceń (umów), których łączna wartość wyniosła ww. kwotę. W przypadku, gdy usługa została zrealizowana w oparciu o jedną umowę, Zamawiający prosi o wskazanie nazwy i nr postępowania o udzielenie zamówienia, w którego wyniku zawarto umowę z Sigma BIS. W przypadku gdy było to szereg umów, Zamawiający prosi o informację czy wartość choćby jednej z nich była nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł netto (słownie: jeden milion złotych) – po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT;
- d) czy przedmiotowa usługa/usługi została rozliczona w formie gotówkowej czy w barterze, a jeśli w obu tych formach to jaką konkretnie kwotę netto (po odjęciu opustów oraz wydatków w telewizji i należnego podatku VAT) obejmowało rozliczenie w formie gotówkowej.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający otrzymał pismem z dnia 31 października 2023 roku wyjaśnienia, że usługi wskazane w referencjach KPRM obejmowały swoim zakresem zarówno planowanie, jak i zakup mediów, aczkolwiek planowanie było realizowane wg. wytycznych zamawiającego. Usługi te były realizowane w ramach 5 różnych kampanii na podstawie 3 różnych umów, w tym jednej zawartej na podstawie przeprowadzonego postępowania przetargowego nr PN-70/2022 „Zakup przestrzeni w prasie drukowanej na potrzeby działań informacyjnych dot. programów rządowych realizowanych przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów”. Żadna z tych umów nie przekraczała kwoty 1 000 000 zł brutto, a usługi te nie były rozliczane w formie barterowej.

Zamawiający w dniu 3 listopada 2023 roku odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp wskazując, że „usługa” wskazana w poz. 5 nowo złożonego wykazu usług nie spełnia wymogu wskazanego w pkt 7.3 SWZ w odniesieniu do wymaganej wartości zrealizowanej kampanii (wartości każdej z co najmniej 5 wymaganych przez Zamawiającego kampanii nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł netto), skoro bowiem żadna z 3 zawartych przez Wykonawcę umów nie przekraczała 1 000 000,00 zł brutto, to siłą rzeczy żadna z 5 kampanii zrealizowanych na rzecz KPRM w oparciu o te umowy nie mogła osiągnąć wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto. Tym samym należy uznać, że skoro Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe jedynie dla 4 kampanii spełniających kryteria określone w pkt 7.3 SWZ spośród 5 takich wymaganych kampanii przez Zamawiającego, to tym samym nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w

postępowaniu nakazującego wykazanie 5 kampanii.(...) Biorąc zatem pod uwagę treść poz. 5 nowo złożonego wykazu usług, listu referencyjnego wystawionego w dniu 23 sierpnia 2023 r. oraz wyżej opisane informacje uzyskane od jego wystawcy, nie sposób uznać, że (w odniesieniu do poz. 5 nowo złożonego wykazu usług) Wykonawca złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu ujętego w pkt 7.3 SWZ. W przedstawionych okolicznościach odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, należy uznać za zasadne i konieczne.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie o sygn. akt: KIO 3395/23 zasługuje na uwzględnienie

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w sprawie o sygn. akt: KIO 3395/23.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art.

1.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez uznanie, że Wykonawca nie złożył

w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp,

lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia

lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, w sytuacji gdy Wykonawca złożył

w przewidzianym przez Zamawiającego terminie wszystkie wymagane dokumenty

i oświadczenia potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu; oraz

2.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez uznanie, że dokumentem/ oświadczeniem/ podmiotowym środkiem dowodowym/ przedmiotowym środkiem dowodowym, o którym mowa w tym artykule składanym przez Wykonawcę są także informacje pozyskane

od podmiotu trzeciego, w konsekwencji ich treść może zostać uznana za niezłożenie dokumentu potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu przez Wykonawcę,

co doprowadziło do odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy odrzucenie

na podstawie tego przepisu może dotyczyć tylko i wyłącznie dokumentów składanych przez Wykonawcę, a takimi dokumentami nie są informacje pozyskane od podmiotów trzecich;

Izba uznała je za zasadne.

Przyjmując sposób uzasadnienia zarzutów za Odwołującym Sigma, Izba odniosła

się do nich łącznie. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę 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.

Powyższy przepis odnosi się więc do okoliczności, w których wykonawca nie złożył (fizyczny brak) wymaganego oświadczenia, podmiotowego lub przedmiotowego środka dowodowego, albo złożył wymagany dokument, który jest niekompletny, lub taki, który w swej treści

nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem jego oferty, z zastrzeżeniem art. 128 ust. 1 Pzp.

Spór między Stronami wywołany odwołaniem wykonawcy SIGMA BIS dotyczy tego,

czy Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego SIGMA na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp pomimo tego, że Odwołujący ten złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

bez konieczności wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości, które Zamawiający powziął, po analizie tych dokumentów, w kontekście wyjaśnień otrzymanych od Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (dalej: „KPRM”).

Na podstawie złożonych przez Odwołującego Sigma podmiotowych środków dowodowych oraz wyjaśnień uzyskanych od KPRM w trybie art. 128 ust. 5 Pzp, Zamawiający doszedł do przekonania, że usługa z poz. 5 wykazu usług, nie spełnia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie wymaganej wartości. Ponieważ usługa ta, jest jedną z wymaganych pięciu usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (a Odwołujący wykazał tylko 5 usług, bez żadnej dodatkowej),

to uznanie jej za niespełniającą wymagań

dla warunku, powinno prowadzić do wniosku, że Wykonawca Sigma nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Jednakże to nie brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu stał się podstawą faktyczną i prawną odrzucenia oferty Odwołującego Sigma. W treści uzasadnienia Zawiadomienia o odrzuceniu oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 listopada 2023 roku Zamawiający wyraźnie wskazał i uzasadnił, że odrzucił ofertę Odwołującego Sigma na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, a ta podstawa prawna nie odnosi się do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz do niezłożenia m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że ustawodawca wyraźnie odróżnił okoliczność odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, od niezłożenia w wyznaczonym terminie m.in. podmiotowych środków dowodowych na ich potwierdzenie określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, przez które należy rozumieć m.in. fizyczny brak dokumentu, czy przedstawienie treści potwierdzającej niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. W analizowanym stanie faktycznym taka okoliczność nie wystąpiła.

Jak zostało potwierdzone przez Zamawiającego podczas rozprawy, to nie na podstawie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, lecz wyjaśnień KPRM doszedł on do przekonania, że usługa wskazana w poz. 5 wykazu usług, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a ta okoliczność nie wpisuje się w podstawę odrzucenia oferty, wskazaną przez Zamawiającego, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Analiza dokumentacji postępowania wykazała, że Odwołujący Sigma zgodnie z wezwaniem Zamawiającego złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe. Sam Zamawiający podczas rozprawy potwierdził ich złożenie, oraz dodał, że jedyną wątpliwą okolicznością w ich treści był brak informacji o planowaniu. Jednakże w tym zakresie Odwołujący Sigma złożył nowy wykaz usług, uzupełniony o brakującą informację.

Izba wskazuje, że w tych okolicznościach faktycznych, nie można Odwołującemu Sigma zarzucić, że nie złożył w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wymaganych podmiotowych środków dowodowych - co potwierdziło zasadność zarzutów.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp stanowi przepis sankcyjny, odnoszący się do odrzucenia oferty wykonawcy, a zatem możliwość jego zastosowania nie może być interpretowana rozszerzająco o okoliczności, które nie zostały wyraźnie wskazane w jego treści.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu

w oparciu o załączone do wykazu usług referencje, w sytuacji gdy referencje składane

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią dokumentu składanego

na potwierdzenie spełniania warunku, w konsekwencji ich treść nie musi potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy,

Izba jedynie częściowo podzieliła argumentację Odwołującego Sigma.

W ocenie Izby referencje i inne dowody na potwierdzenie należytego wykonania usługi/dostawy/roboty budowlanej mają jedynie potwierdzić, że wskazane przez wykonawcę usługi/dostawy/roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Nie muszą zatem zawierać takich samych informacji, jakie podaje wykonawca w wykazie usług/dostaw/robót budowlanych. Istotne jest jednak, aby informacje wskazane w referencjach i innych dowodach na potwierdzenie ich należytego wykonania, odnosiły się do tych konkretnych, wskazanych przez wykonawcę usług/dostaw/robót budowlanych.

Jeżeli więc wartość wykonanych usług wskazana w referencji złożonej przez Odwołującego Sigma, budziła wątpliwości Zamawiającego (pomimo, iż potwierdzały kwotę przekraczającą wartość minimalną określoną przez Zamawiającego), to winien On wyjaśnić

te wątpliwości. Zamawiający nie zwracał się o wyjaśnienie tej kwoty ani do Odwołującego Sigma ani do wystawcy referencji. Na podstawie wyjaśnień udzielonych przez KPRM w innym zakresie, samodzielnie ocenił, że podana przez Odwołującego Sigma wartość kampanii, nie mogła osiągnąć wymaganej wartości co najmniej 1 ml. zł netto. Jednakże w treści wyjaśnień, KPRM potwierdziła jedynie, że referencje dotyczą 5 kampanii, wykonanych w ramach 3 umów, co prowadzi do wniosku, że wykonawca uprawniony jest do ich użycia na potwierdzenie należytego wykonania każdej z usług objętych ich zakresem. Co więcej, wyjaśnienia KPRM

nie odnosiły się do wykazu usług, lecz do referencji, wystawionych łącznie dla 5 kampanii i nie wynika z nich wartość żadnej z nich.

W tym kontekście treść referencji nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego Sigma BIS.

Izba za zasadne uznała również zarzuty odnoszące się do naruszenia 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp z wz. art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp:

- poprzez uznanie na podstawie informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego, że usługa wskazana w prawidłowo sporządzonym wykazie w poz. 5 nie spełnia warunku w zakresie wartości kampanii i odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający wezwaniem do wyjaśnień nie obejmował tego fragmentu warunku, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji braku możliwości złożenia przez wykonawcę w tym zakresie wyjaśnień, co do wątpliwości Zamawiającego;
- poprzez brak skierowania wezwania do wyjaśnień w zakresie wartości kampanii czy dalszego udzielenia informacji przez KPRM, w sytuacji gdy z otrzymanych informacji nie wynika ani wartość Kampanii (mowa jest tylko o wartości zawartych umów) ani modelu rozliczenia między KPRM a Wykonawcą tj. czy wynagrodzenia obejmuje też wartość kampanii czy np. jest wynagrodzeniem procentowym od wcześniej ustalonej wartości kampanii, co doprowadziło do dowolnego przyjęcia, że wartość kampanii jest równa wartości umowy, co skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy;
- poprzez brak skierowania wezwania do wyjaśnień w zakresie wartości 5 działań w ramach 3 umów, tj. jaki był podział wartości tych działań przypisanych do każdej z umów, co doprowadziło do dowolnego przyjęcia, że wartość 5 działań mogła być równa, w konsekwencji nie mogła przekroczyć 1 mln zł, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 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:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie natomiast do treści art. 128 ust. 4 Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, to zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że usługa wskazana w poz. 5 wykazu usług nie spełnia warunku w zakresie minimalnej wartości, wyłącznie na podstawie informacji uzyskanych od KPRM a nie z treści dokumentów złożonych przez Odwołującego

Izba wskazuje, że treść złożonych przez KPRM wyjaśnień nie zawierała informacji potwierdzającej, że kampania wskazana w wykazie usług w pozycji 5 nie spełnia wymaganej przez Zamawiającego min. wartości kampanii. Takich wniosków nie uzasadnia również treść udzielonych wyjaśnień. KPRM potwierdziła jedynie, że przedmiotowy list referencyjny odnosi się do 5 kampanii zrealizowanych w ramach 3 umów, a żadna z tych umów nie przekroczyła 1 mln zł, co w ocenie Izby nie wyklucza możliwości, aby wartość kampanii ujętej w pozycji 5 wykazu usług mogła przekroczyć 1 mln. zł. netto. Tej okoliczności Zamawiający nie badał i nie wyjaśnił, a ocenę oferty i decyzję o jej odrzuceniu podjął na podstawie własnych przypuszczeń i niczym nieopartych domysłów.

Podkreślić należy jako istotne dla sprawy, że Zamawiający nigdzie w treści SWZ nie zdefiniował pojęcia „kampania reklamowa”, nie narzucił, iż jedna kampania reklamowa ma być realizowana w ramach jednej umowy, nie wymagał również aby kampania reklamowa dotyczyła jednego produktu. Bez znaczenia dla sprawy jest zatem złożone jako dowód przez Zamawiającego zestawienie własne – Zestawienie przykładowych kampanii reklamowych 2023 (realizacja Sigma Bis) oraz zestawienie definicji terminologii stosowanych w kampaniach reklamowych, złożone jako dowód przez Przystępującego Value Media.

Skoro zatem jedna kampania – co potwierdził Zamawiający podczas rozprawy – mogła być realizowana w ramach kilku umów, a Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „kampania reklamowa” to posiadana przez Zamawiającego dokumentacja (wykaz usług, referencje

i wyjaśnienia KPZM) nie dawała podstaw aby jednoznacznie stwierdzić, że kampania wskazana przez Odwołującego Sigma w wykazie usług poz. 5 nie potwierdzała warunku udziału w postępowaniu w zakresie min. wartości.

Dodać należy, że odrzucenie oferty stanowi czynność w postępowaniu, o najdalej idących negatywnych konsekwencjach dla wykonawcy. Dlatego okoliczności stanowiące podstawę jej odrzucenia nie mogą wynikać z przypuszczeń czy przeczuć Zamawiającego, lecz muszą mieć oparcie w dokumentacji.

Zamawiający, w zakresie wartości kampanii wskazanej w poz. 5 wykazu usług, nie wystąpił do Odwołującego Sigma z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości, które powziął po analizie wyjaśnień z KPRM, choć wyjaśnienia te nie pozostawały w sprzeczności z treścią złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie postawił wymogu, że jedna kampania reklamowa ma być realizowana w ramach jednej umowy, zatem nieuprawnione było utożsamienie wartości umowy z wartością kampanii, których Zamawiający dokonał w wyniku analizy wyjaśnień z KPRM. Zamawiający w oparciu o wyjaśnienie, że żadna z umów nie przekraczała kwoty 1 000 000 zł brutto, wyprowadził wniosek, że również żadna z kampanii realizowanych w ramach tych umów nie mogła osiągnąć min. 1 000 000 zł netto. Złożony przez Zamawiającego dowód w postaci kopii ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego 2023/S 079-239365 o wartości umowy 800 000,00 zł netto, które było podstawą do realizacji jednej z umów, do której odnosiły się wyjaśnienia KPRM, również nie potwierdził zasadności stanowiska Zamawiającego. Izba zauważa jednak, że złożona jako dowód kopia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego nr 2021/S 243-641311 o wartości umowy: 1 626 016,26 zł., świadczy jednak o tym, że Zamawiający utożsamiał wartość umowy z wartością kampanii reklamowej.

Wobec powyższego, zarzuty należy uznać za zasadne.

W konsekwencji, potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego Sigma BIS, która nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt KIO 3413/23

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w sprawie o sygn. akt: KIO 3413/23.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Value Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Value Media”) do wyjaśnienia ceny w obszarze kampanii OUTDOOR – tablice (Załącznik 5A składający się na Formularz opustów i cen) w tym do złożenia dowodów, mimo iż zaoferowane w tym zakresie przez ww. wykonawcę ceny netto za 1 nośnik wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, należało uznać za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 Pzp, 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.

Z kolei na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, Izba podkreśla, że aby zaistniała przesłanka wskazana w ww. przepisie wobec istotnych części składowych ceny lub kosztu, muszą zostać spełnione łącznie warunki dotyczące

istotności kwestionowanych części składowych oraz, że ich ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W odniesieniu do istotnych części składowych ceny lub kosztu, Izba przywołuje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17, zgodnie z którym „pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy”.

Z doktryny oraz w orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu są te części składowe, które ze względu na ich wartość a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

Drugą przesłanką, wskazującą na konieczność zastosowania przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Pzp co do wysokości ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych jest sytuacja, w której zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowych wydają się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania danej części zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zatem aby Zamawiający był uprawniony do skorzystania z art. 224 ust. 1 Pzp w zakresie wyjaśnienia ceny części składowej oferty, muszą łącznie zostać spełnione warunki polegające na tym, że wyjaśniana wartość części składowej oferty spełnia wymóg istotności oraz wartość tej istotnej części wydaje się rażąco niska lub budzi wątpliwości Zamawiającego

co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i właściwymi przepisami. Jednakże wątpliwości Zamawiającego nie mogą być oparte na jego subiektywnych odczuciach i przypuszczeniach, lecz muszą mieć merytoryczne uzasadnienie. Zamawiający powinien bowiem w wezwaniu do wyjaśnienia w zakresie ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych określić swoje wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny, kosztu lub cen istotnych części składowych oraz wskazać powody powzięcia wątpliwości, co do ich wysokości i braku możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący Euvic zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego Value do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny istotnych części składowych winien wykazać, że kwestionowane części składowe oferty spełniają wymóg istotności oraz że ich cena winna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska lub wzbudzać wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i właściwymi przepisami.

W ocenie Izby, argumentacja przedstawiona przez Odwołującego Euvic potwierdziła jedynie, że nośniki określone w załączniku nr 5A spełniają wymóg istotnych części składowych ceny. Jednakże nie został wypełniony drugi warunek, rozpatrywany łącznie, że ceny te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co czyni zarzut niezasadnym.

Analiza dokumentacji postępowania nie potwierdziła zasadności zarzutu.

Po pierwsze, ceny podane w Załączniku nr 5A przez Przystępującego Value, wskazują, że są one ukształtowane na średnim poziomie, wobec cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, co potwierdził Zamawiający przedstawiając zestawienie punktacji ofert.

Po drugie, to że Odwołujący Euvic zaoferował ceny wyższe, nie oznacza, że inny wykonawca nie może uzyskać cen niższych. Cena zaoferowana przez każdego wykonawcę jest zawsze wynikiem jego indywidualnej strategii biznesowej. Ponadto Przystępujący Value Media potwierdził realność zaoferowanych cen, poprzez złożone dowody w postaci korespondencji mailowej z dysponentami nośników. Co więcej, korespondencja złożona przez Odwołującego Euvic, na potwierdzenie zasadności zarzutu, nie pozostaje w sprzeczności z przedstawioną przez Przystępującego Value Madia i nie wyklucza możliwości zaoferowania przez Value Media cen, zgodnie z treścią Załącznika nr 5A.

Ponadto, jak wskazał Zamawiający podczas rozpraw, obecnie realizuje tożsamą usługę po cenach niższych niż zaoferował wykonawca Value Madia, co utwierdzało go w przekonaniu, że usługi po cenach wyższych niż obecnie świadczone, są cenami realnymi. Taka okoliczność nie dawała podstawy do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia po zaoferowanych cenach.

Odwołujący Euvic nie wykazał również, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady określone w art. 16 Pzp.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru

oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 i § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: