

WYROK
z dnia 15 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 lutego 2011 r. przez **uczestników konkursu wspólnie biorących udział w konkursie: Agencję Reklamową „CzART” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 19 (pełnomocnik uczestników konkursu) oraz „PROWOKATOR” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-413 Wrocław, ul. Kętrzyńska 27** od czynności podjętych w konkursie przez zamawiającego, którym jest: **Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru pracy konkursowej uczestników konkursu wspólnie biorących udział w konkursie: Dynamicon spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik uczestników konkursu) oraz spółki z ograniczoną „Sport Media” odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczanego przez **uczestników konkursu wspólnie biorących udział w konkursie: Agencję Reklamową „CzART” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik uczestników konkursu) oraz „PROWOKATOR” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,**

Sygn. akt KIO 211/11

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** na rzecz **uczestników konkursu wspólnie biorących udział w konkursie: Agencji Reklamowej „CzART” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik uczestników konkursu) oraz „PROWOKATOR” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 211/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia jest organizatorem

konkursu „na opracowanie koncepcji promocji miasta Wrocławia w kontekście UEFA EURO 2012” prowadzonego według przepisów Rozdziału 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”) oraz ustalonego regulaminu konkursu.

24 stycznia 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego – Konsorcjum w składzie: Agencja Reklamowa „CzART” spółka z o.o. (lider konsorcjum) oraz „PROWOKATOR” spółka z o.o., obie spółki z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej również „Konsorcjum CzArt”), o wyborze pracy konkursowej złożonej przez Konsorcjum w składzie: Dynamicon spółka z o.o. (lider konsorcjum) oraz „Sport Media” spółka z o.o., obie spółki z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej również „Konsorcjum Dynamicon”).

2 lutego 2011 r. (pismem z 1 lutego 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego w prowadzonym konkursie, zarzucając Zamawiającemu, iż niezgodnie z przepisami ustawy pzp oraz regulaminu konkursu nie odrzucił pracy konkursowej (regulamin konkursu) i nie wykluczył wykonawcy z konkursu (wymaganie ustawowe).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Dynamicon na podstawie art. 122 ust. 2 ustawy pzp oraz odrzuceniu tej pracy na podstawie pkt. 22 i 29 regulaminu konkursu.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesione odwołanie.

Zamawiający wszczynając procedurę opartą na przepisach dotyczących konkursu z jednej strony jest poddany reżimowi ustawy pzp, z drugiej strony zaś szczegóły i sposób wyboru prac konkursowych kształtować mógł wg własnych zasad opartych na regulaminie konkursu. Po złożeniu prac konkursowych Zamawiający wprowadził jeszcze dodatkowe zasady i reguły, które znacząco zmieniły wcześniej dokonane ustalenia.

Wykonawca składając ofertę przyjął, że procedura, którą wszczął Zamawiający oparta jest na przepisach ustawy pzp. Zgodnie z ustawą i ustalonym orzecznictwem w przypadku oceny prac konkursowych głos decydujący ma regulamin konkursu, który został upubliczniony wykonawcom składającym prace konkursowe. W regulaminie tym zostały ujęte wymagania, które po części są narzucone przepisami ustawy pzp, a po części wolą Zamawiającego, którą tam utrwalił w formie pisemnej. Zasady te zostały złamane przez Zamawiającego w co najmniej 2 przypadkach.

Sygn. akt KIO 211/11

Po pierwsze, co do budżetu, w oparciu o który wykonawcy przedstawiali swoje prace i dokonywali ich wstępnej wyceny.

Zamawiający zawarł w regulaminie w pkt. 7 postanowienie dotyczące kwoty planowanych prac obejmujących pracę konkursową. Podanie tej kwoty decyduje o sposobie przygotowania pracy konkursowej, gdyż im ta kwota jest większa, tym większe możliwości tkwią w sposobie realizacji przedmiotu zamówienia. Należy także podkreślić, że inaczej wygląda po wyborze pracy konkursowej procedura negocjacji z wolnej ręki, gdy została ustalona w pracy konkursowej maksymalna kwota realizacji zamówienia, inaczej zaś, gdy kwota podana w pracy konkursowej jest kwotą, która nie do końca zobowiązuje wykonawcę do realizacji przedstawionych w pracy działań i wykonania określonych prac.

W tym konkursie Zamawiający w sposób jednoznaczny - podkreślając w treści regulaminu jej wartość, wskazał tą kwotę na 16 000 000 zł. W wyniku zapytania z) Zamawiający udzielił odpowiedzi na swojej stronie internetowej, iż budżet realizacji projektu opiewa na maksymalną kwotę 16 000 000 zł brutto z VAT. Tymczasem wybrana praca konkursowa opiewa na kwotę realizacji od 15 607 107 zł netto (brutto 19 196 742 zł) do 23 654 500 zł netto (brutto 29 095 035), co znacznie przewyższa maksymalną kwotę określoną w regulaminie konkursu. Różnica ta jest ogromna i ma duży wpływ, jeżeli chodzi o sposób przygotowania działań objętych przedmiotem zamówienia i ingeruje w widoczny sposób w ustalone wcześniej zasady w regulaminie. Gdyby Zamawiającemu nie zależało na kosztach pracy nie wprowadzałby kolejnego wymagania w pkt. 26 dotyczącym zawarcia w pracy konkursowej informacji o szacunkowych łącznych kosztach kampanii promocyjnej realizowanej na podstawie pracy konkursowej.

Dokonując oceny prac konkursowych, wybrana praca uzyskała dużą ilość punktów w

zakresie budżetu i jego ułożenia. W praktyce chyba spodobał się budżet pracy i jego ułożenie, nawet wtedy, gdy przekroczył ustalenia obowiązujące wszystkich wykonawców. Sympatia do tej pracy sędziów wydaje się dziwna, jednakże przy zachowaniu anonimowości jej autorów, może być „obiektywna”.

Po drugie, co do zachowania zasady anonimowości w trakcie oceny prac konkursowych.

Ustawa pzp wskazuje i wymusza na Zamawiającym, aby w trakcie oceny prac konkursowych nie był znany wykonawca, który przygotował daną pracę. Anonimowość zawartą w ustawie (art. 121 ust 4; art. 122 ust 3) Zamawiający potwierdził w regulaminie konkursu wprowadzając warunek z pkt. 27 dotyczący konieczności zachowania anonimowości przez prace konkursowe i stawiającym określone wymagania przed uczestnikami.

4

Sygn. akt KIO 211/11

Zasada ta jest podstawą dokonywania przez sąd oceny prac konkursowych, która została utrwalona w treści ustawy pzp oraz w regulaminie konkursu. Tymczasem w treści pracy konkursowej wybranego wykonawcy, na co najmniej 3 stronach (100, 411 i 422) doszukał się dokładnej i precyzyjnej informacji, kto jest jej autorem. Gdyby taki zapis pojawił się raz, można byłoby wskazać, że jest to oczywista omyłka, która jeszcze nie do końca identyfikuje wykonawcę składającego pracę jednak gdy powtarza się to 3 razy w taki sam sposób w pracy konkursowej wątpliwości nie ma, że autor dokonał ujawnienia.

Ten element należy powiązać z treścią ogłoszenia o zamówieniu i regulaminem konkursu, gdzie Zamawiający przewidział dwuetapowy tryb udziału w konkursie i zbudował wymóg, aby każdy wykonawca pozyskiwał dokumenty niezbędne do udziału w postępowaniu poprzez kontakt w siedzibie, lub poprzez faks lub skrzynkę elektroniczną. W pierwszym etapie o charakterze jawnym odbywała się weryfikacja wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie i zawiadomienie o dopuszczeniu do udziału w konkursie wraz z zaproszeniem do składania prac konkursowych zweryfikowanych podmiotów. Zawiadomienie, zawierające nazwy podmiotów uczestniczących w postępowaniu było jawne również dla członków sądu konkursowego, zostało opublikowane na stronie internetowej zamawiającego

Złamanie warunków konkursu przez Wykonawcę uniemożliwia dokonywanie oceny jego pracy konkursowej. Podane powyżej przypadki naruszenia przez wybranego wykonawcę przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz regulaminu konkursu powinno skutkować brakiem możliwości oceny tej pracy. W regulaminie konkursu znajdziemy stosowne rozstrzygnięcia, które powinny w tym konkursie obowiązywać. Zgodnie z pkt. 22 uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu, natomiast zgodnie z pkt. 29 prace konkursowe niespełniające powyższych wymagań bądź takie, które umożliwiają identyfikację uczestnika konkursu nie będą brały udziału w konkursie. Wobec tego Zamawiający zdefiniował zasady wykluczenia wykonawcy z postępowania, bez względu na czas wystąpienia takiego przypadku.

Podane powyżej argumenty wskazują w sposób bezsporny, że w tym postępowaniu obowiązywały zasady i reguły inne niż podane w „oficjalnych dokumentach”. W praktyce, jeżeli sąd konkursowy dokonywał oceny indywidualnie każdej pracy konkursowej (co potwierdza dokonana indywidualna ocena poszczególnych prac a nie zbiorowa), należałoby pozostawić dokonaną przez sąd ocenę pozostałych prac konkursowych jako zasadną, a jedynie „zmienić” wybór pracy najkorzystniejszej na drugą w kolejności, którą jest praca Odwołującego.

9 lutego 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie.

5

Sygn. akt KIO 211/11

Odnosnie zamieszczenia w wybranej pracy konkursowej nazwy konsorcjum będącej jej autorem, Zamawiający wskazał, iż ze względu na umieszczenie tej informacji w tekście, nie została ona zauważona przez żadnego członka sądu konkursowego, wobec tego fakt ten

nie wpłynął na dokonaną przez sąd ocenę.

Zamawiający wskazał, iż przyjął wyjaśnienia autorów wybranej pracy konkursowej stwierdzające oczywistą omyłkę pisarską i potwierdzające, iż podane w kosztorysie kwoty są wartościami brutto a nie netto.

Nadto Zamawiający wskazał, iż rozumiejąc zarzuty, nie miały i nie mają wpływu na decyzję sądu konkursowego. Praca przedstawiona przez Konsorcjum Dynamicon w opinii sądu została uznana za najbardziej zgodną z założeniami opisanym w regulaminie konkursu i briefie i najlepszą dla Zamawiającego.

8 lutego 2011 r. (pismem z 4 lutego 2011 r.), na skutek wezwania Zamawiającego z 3 lutego 2010 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Dynamicon, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba nie dopuściła Konsorcjum Dynamicon do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania z uwagi na niezachowanie zawitego 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia liczonego od otrzymania kopii odwołania, określonego w przepisie art. 185 ust. 2 pzp. Zgłaszający przystąpienie wysłał bowiem 4 lutego 2011 r. listem poleconym zgłoszenie przystąpienia datowane na ten dzień, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2011 r. Natomiast z przepisu art. 185 ust. 2 pzp wynika, iż dla zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia konieczne jest jego doręczenie Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z przepisem art. 185 ust. 2 pzp skorelowany jest przepis § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), z którego wynika, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być przesyłane faksem lub drogą elektroniczną. Wobec tego uznać należy, iż zgłoszenie przystąpienia przez Konsorcjum Dynamicon nastąpiło dopiero 8 lutego 2011 r., z przekroczeniem terminu, który upłynął 7 lutego 2011 r. w poniedziałek. Nadto z oświadczenia Zamawiającego na posiedzeniu wynika również, iż otrzymał on kopię zgłoszenia przystąpienia dopiero 9 lutego 2011 r.

6

Sygn. akt KIO 211/11

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń złożonych ustnie w toku rozprawy do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 listopada 2010 r. pod nr 2010/S_227-347108, z tym że 22 listopada 2010 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.e2012.eu).

Wobec wszczęcia konkursu 22 listopada 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Wartość konkursu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp ma zarówno interes w wygraniu konkursu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący ma interes w wygraniu konkursu, gdyż złożył pracę konkursową, która została dopuszczona do merytorycznej oceny przez sąd konkursowy, a zatem w razie zasadności zarzutów odwołania ma realną możliwość wygrania konkursu zorganizowanego przez Zamawiającego. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, jeżeli naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp i postanowień regulaminu pozbawi go możliwości wygrania konkursu i uzyskania przyrzeczonej nagrody, która ma wymiar majątkowy.

7

Sygn. akt KIO 211/11

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania konkursowego, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś dowody z: ogłoszenia o konkursie, regulaminu konkursu, pytania o budżet i udzielonej odpowiedzi, protokołu z prac sądu konkursowego oraz pozostałych pism z 21 stycznia 2011 r., pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon oraz pisma Konsorcjum Dynamicon z 4 lutego 2011 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Zamawiającego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a także oświadczenia Stron oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut odwołania dotyczący naruszenia zasady anonimowości w toku oceny pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon, to jest naruszenia przez Zamawiającego art. 121 ust. 4 i art. 122 ust. 3 pzp w zw. z pkt. 29 regulaminu konkursu.

Z przepisów art. 121 ust. 4 i art. 122 ust. 3 pzp wynika obowiązek Zamawiającego zapewnienia, iż do czasu rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy nie będzie możliwe zidentyfikowanie prac konkursowych, z czym wiąże się obowiązek dokonania przez sąd konkursowy identyfikacji wszystkich prac dopiero po rozstrzygnięciu konkursu. Na podstawie tych przepisów można stwierdzić, iż ustawodawca podniósł do rangi jednej z podstawowych zasad rządzących konkursem obowiązek zachowania anonimowości przez autorów prac konkursowych do czasu wyłonienia zwycięskiej pracy przez sąd konkursowy (tzw. zasada anonimowości). Wobec większej swobody zamawiających w kształtowaniu kryteriów oceny prac konkursowych, niż jest to dopuszczalne przy ocenie ofert w ramach zamówień publicznych, zasada ta jest gwarancją zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników konkursu przez organizatorów konkursu.

Wobec tego, iż zgodnie z przepisem art. 116 pzp zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu, który stanowi dopełnienie treści przyrzeczenia publicznego Zamawiającego, powinny się w nim znaleźć postanowienia zapewniające bezwzględne przestrzeganie zasady anonimowości. W niniejszej sprawie Zamawiający zawarł w ustalonym przez siebie Regulaminie konkursu na opracowanie koncepcji promocji miasta Wrocławia w kontekście UEFA EURO 2012 odpowiednie postanowienia, w szczególności w pkt. 27, 28 i 29. Zgodnie z pkt. 27 regulaminu: „Prace

8

Sygn. akt KIO 211/11

konkursowe powinny być anonimowe, tj. nie mogą zawierać oznaczeń, które mogą identyfikować osobę uczestnika konkursu. W celu zapewnienia anonimowości prac konkursowych uczestnicy konkursu zobowiązani są złożyć pracę konkursową trwale oznaczoną ustalonym przez uczestnika godłem (znak słowny lub graficzny, ciąg cyfr bądź słów), nie pozwalającym zidentyfikować uczestnika a identyfikującym pracę konkursową”. W pkt. 28 Zamawiający wskazał sposób złożenia prac konkursowych zapewniający wymaganą

anonimowość. Z kolei w pkt. 29 wskazano, iż „prace konkursowe nie spełniające powyższych wymagań bądź takie, które umożliwiają identyfikację uczestnika konkursu nie będą brały udziału w konkursie”.

Okolicznością niesporną między Stronami jest to, że w 3 miejscach pracy konkursowej złożonej przez Konsorcjum Dynamicon pada nazwa obu jego członków. Izba ustaliła, iż strony: 100, 411 i 422 tej pracy konkursowej zawierają następujące zdanie: „Przedsięwzięcie może być zrealizowane przy udziale firm współpracujących z Konsorcjum Dynamicon/Sport Media, których zadaniem byłoby uatrakcyjnienie imprezy i sfinansowanie części kosztów (...)”.

Z uwagi na podstawowe znaczenie zasady anonimowości i stanowcze brzmienie pkt. 29 regulaminu ustalonego przez Zamawiającego nie ma znaczenia stwierdzenie czy zamieszczenie nazwy Konsorcjum Dynamicon w treści pracy konkursowej wpłynęło na ocenę tej pracy przez sąd konkursowy. W ocenie Izby nie jest możliwe ustalenie tej okoliczności z całą pewnością w sposób zupełnie obiektywny. Natomiast zasada anonimowości ma charakter obiektywny i bezwzględny, by uniemożliwić jakąkolwiek subiektywną, choćby zobiektywizowaną ocenę czy określone jej naruszenie miało wpływ, mogło mieć wpływ czy też nie miało wpływu na wynik konkursu. Przeciwnie stanowisko prowadziłoby *de facto* do sprowadzenia tej zasady do roli wymagania formalnego o marginalnym znaczeniu, którego naruszenie nie rodzi żadnych konsekwencji ani dla Zamawiającego, ani dla uczestników konkursu.

Izba nie dała jednak przy tym wiary oświadczeniom Zamawiającego, iż zamieszczenie nazw członków Konsorcjum Dynamicon w złożonej pracy konkursowej nie zostało dostrzeżone przez żadnego z członków sądu konkursowego. Pomimo obszerności pracy obejmującej 437 stron i kilkanaście arkuszy załączników, z wyjątkiem tych ostatnich są one zadrukowane w sposób oszczędny, dużą czcionką, w sposób bardzo czytelny. Ponadto nie zasługują na uwzględnienie wyjaśnienia Zamawiającego na rozprawie, że strony, na których pada nazwa Konsorcjum Dynamicon nie były istotne dla oceny tej pracy. Strona 100 mieści się bowiem w zasadniczej części pracy (w rozdziale *Kampania w europie*), natomiast strony 411 i 422 dotyczą działań dodatkowych, których najefektywniejszy dobór był jednak oceniany przez sąd konkursowy w ramach kryterium „ocena działań wspomagających” (pkt.

Sygn. akt KIO 211/11

29 i 30 regulaminu). Nawet jeżeli opisane na tych stronach działania wspomagające nie mogły być *de facto* uwzględnione przy ocenie pracy konkursowej z uwagi na wiążące organizatora konkursu wytyczne marketingowe UEFA, to żeby to stwierdzić i prawidłowo ocenić pracę konkursową, członkowie sądu konkursowego musieli się z tymi stronami zapoznać. Jednocześnie z uwagi na poprzedzenie złożenia prac konkursowych oceną spełniania wymagań podmiotowych przez uczestników konkursu, osobom tym znane były nazwy uczestników dopuszczonych do udziału w konkursie, a było ich zaledwie czterech. W ocenie Izby w tych okolicznościach twierdzenie, że członkowie sądu konkursowego nie dostrzegli ujawnienia nazwy autora pracy konkursowej kłóci się z zasadami logiki i doświadczenia życiowego i prowadziłoby do paradoksalnego wniosku, że sąd konkursowy prowadził prace nierzetelnie, oceniając prace bez zapoznania się z ich całą treścią.

Bez znaczenia jest również okoliczność czy podanie nazwy Konsorcjum Dynamicon w treści jego pracy było celowym zabiegiem czy też wynikało z niezamierzonego niedopatrzenia – stanowi niedochowanie należytej staranności, które musi powodować niekorzystne konsekwencje dla uczestnika konkursu. Zamawiający nie może również powoływać się na to, iż stworzył obiektywną możliwość przestrzegania zasady anonimowości, a jej naruszenie wynikało z okoliczności niezależnych od niego, to jest z działań uczestnika konkursu, który nie zastosował się do odpowiednich postanowień regulaminu. Zupełnym nieporozumieniem jest natomiast wywodzenie z wartości merytorycznej dotkniętej taką wadą pracy konkursowej i wysokiej ocenie przyznanej tej pracy przez sąd konkursowy oraz znacznej różnicy w tym zakresie w stosunku do innych prac konkursowych, wniosku, iż ujawnienie w pracy konkursowej nazw jej autorów nie miało żadnego wpływu na wybór tej pracy dokonany przez sąd konkursowy.

Zamawiający wskazując na swoją obronę powyżej wskazane okoliczności zupełnie zapominał o postanowieniach ustalonego przez siebie regulaminu konkursu, w

szczegółności o postanowieniu pkt. 29. W pkt. tym Zamawiający przewidział instytucję niedopuszczenia do konkursu, będącą *sui generis* odpowiednikiem odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego wiążącego Zamawiającego postanowienia regulaminu wynika, iż dla „odrzucenia” (niebrania udziału w konkursie) pracy konkursowej wystarczające jest stwierdzenie, że umożliwiła ona identyfikację uczestnika konkursu. Wobec tego nie ma znaczenia czy do takiej identyfikacji w rzeczywistości doszło czy też nie. Zdaniem Izby w niniejszej sprawie niepodważalne jest, że wybrana przez Zamawiającego praca konkursowa umożliwiała identyfikację Konsorcjum Dynamicon jako jej autora.

W uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2008 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO/UZP 327/08 328/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła nawet, iż „zgodnie z art. 121 ust. 4

10

Sygn. akt KIO 211/11

ustawy, Zamawiający zobowiązany jest zapewnić, aby do rozstrzygnięcia konkursu przez Sąd konkursowy niemożliwe było zidentyfikowanie autorów prac konkursowych. Naruszenie tego przepisu stanowiłoby rażące naruszenie przepisów ustawy prowadzące do unieważnienia konkursu. Ocena prac konkursowych musi być dokonana w sposób anonimowy, co oznacza, iż do momentu ogłoszenia wyników konkursu, Zamawiający zobowiązany jest stworzyć warunki uniemożliwiające zidentyfikowanie autorów prac konkursowych”.

W niniejszej sprawie, wobec tego, że naruszenie zasady anonimowości w konkursie wynikało z okoliczności niezależnych od Zamawiającego, za które odpowiada Konsorcjum Dynamicon, a możliwość identyfikacji zachodziła wyłącznie w stosunku do tego uczestnika konkursu, w nie Izby nie zachodzi konieczność unieważnienia całego konkursu. Niezbędne jest natomiast unieważnienie wyboru pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon, która nie powinna brać udziału w konkursie, zgodnie z postanowieniem pkt 29 regulaminu.

W ocenie Izby czynność ta nie prowadzi do konieczności unieważnienia konkursu, gdyż istnieje możliwość wyłonienia następnej najlepszej pod względem merytorycznym pracy konkursowej bez przeprowadzania powtórnej oceny pozostałych prac konkursowych, która jest wykluczona z uwagi dokonanej już identyfikację autorów tych prac. Wprawdzie ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez Zamawiającego oraz zgodnego brzmienia *Protokołu z prac Sądu Konkursowego* z 21 stycznia 2010 r., *Komunikatu sądu konkursowego* z tej daty i przekazanych uczestnikom konkursu zawiadomień - wynika wyłącznie dokonanie wyboru pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon, bez wskazania ocen jakie uzyskały prace pozostałych trzech uczestników konkursu - co stanowi zaniechanie w stosunku do wymaganej treści zawiadomienia wskazanej w art. 123 ust. 1 pzp. Jednakże w treści uzasadnienia zawartego w *Zatwierdzeniu wyboru najlepszej pracy przez Sąd Konkursowy* z 21 stycznia 2011 r. zawarto dodatkową informację, zgodnie z którą „kolejna oceniona praca uzyskała 72 pkt.”, a na podstawie indywidualnych kart ocen członków sądu konkursowego można w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, iż jest nią praca autorstwa Odwołującego, który kryje się za godłem „Wrocław Magic Moments”. Z kart ocen wynika nadto, iż praca konkursowa spełnia wszystkie wypunktowane wymagania odnośnie zawartości merytorycznej. Po obligatoryjnym unieważnieniu wyboru pracy Konsorcjum Dynamicon, możliwe jest zatem dokonanie wyboru pracy Odwołującego w celu pomyślnego zakończenia konkursu.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Konsorcjum Dynamicon podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 120 ust. 2 pzp w zw. z pkt 22 regulaminu, z których wynika, iż uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu. Zarówno w przepisie ustawy pzp jak i postanowieniu

11

Sygn. akt KIO 211/11

regulaminu mowa jest o warunkach podmiotowych udziału w konkursie, a więc chodzi o weryfikację wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, która zakończyła się zaproszeniem do składania prac konkursowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego złamania przez Zamawiającego postanowień regulaminu konkursu w zakresie budżetu, w oparciu o który uczestnicy konkursu przedstawiali swoje prace i dokonywali ich wstępnej oceny, Izba ustaliła, co następuje.

Potwierdziła się okoliczność, iż sąd konkursowy w toku badania i oceny pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon przyjął, iż kwoty wskazane w załącznikach: *Szacunkowe łączne koszty kampanii w podziale na etapy* (załącznik nr 6) oraz *Szacunkowy łączny koszt kampanii w podziale na aktywności* (załącznik nr 6a) są kwotami brutto, choć literalnie jest tam wpisane w nagłówkach tabel: „przewidywane koszty netto od” i „przewidywane koszty brutto do”. Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż w toku prac sąd konkursowy w ogóle przeczył fakt, iż informacje o szacunkowych łącznych kosztach kampanii promocyjnej zawarte w pracy konkursowej dotyczą kwot netto. Dostrzeżone to zostało dopiero po rozstrzygnięciu konkursu, wskutek wniesionego od tej czynności odwołania. Zamawiający przyznał również na rozprawie, iż uznał te wpisy w nagłówkach tabel za oczywistą omyłkę pisarską dopiero po rozstrzygnięciu konkursu, na skutek otrzymania pisma Konsorcjum Dynamicon z 4 lutego 2011 r., które poinformowało o zaistnieniu takiej omyłki i wniosło o jej poprawienie, załączając jednocześnie poprawione załączniki nr 6 i 6a. Konsorcjum Dynamicon oświadczyło również, iż po uwzględnieniu popełnienia oczywistej omyłki pisarskiej planowana wartość budżetu reklamowego nie przekracza 16 mln zł.

Wiąże się to z następującymi postanowieniami regulaminu. W pkt. 7 Zamawiający określił bowiem, iż „maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej rozumianej jako łączną wartość budżetu reklamowego przeznaczonego na realizację promocji i reklamy Wrocławia w okresie grudzień 2010 - grudzień 2012 wyniesie maksymalnie 16.000.000,00 (szesnaście milionów złotych)”, co stanowi wypełnienie obligatoryjnego elementu treści regulaminu konkursowego wskazanego w pkt. 4 ust. 2 art. 116 pzp. Przed złożeniem prac konkursowych Zamawiający udzielił na stronie internetowej wyjaśnień, iż kwota ta jest kwotą brutto. Natomiast zgodnie z pkt. 26 regulaminu: „Praca konkursowa powinna zawierać informację o szacunkowych łącznych kosztach kampanii promocyjnej realizowanej na podstawie pracy konkursowej. Organizator nie stawia innych wymagań pracom konkursowym tak co do formy prezentacji koncepcji jak i jej zawartości”.

12

Sygn. akt KIO 211/11

Ponieważ w załącznikach nr 6 i 6a pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon podano dwa warianty tych kosztów, z których minimalny został podsumowany na 15.607.107,00, tylko ten wariant przy założeniu, że jest kwotą brutto, mieści się w podanym przez Zamawiającego maksymalnym planowanym koszcie wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Wariant maksymalny, który nie został podsumowany, opiewa według obliczeń Odwołującego, które nie były podważane na rozprawie przez Zamawiającego, na 23 654 500,00.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, iż nie zasługują na wiarę oświadczenia Zamawiającego na rozprawie, iż sąd konkursowy nie dostrzegł w toku badania pracy konkursowej Konsorcjum Dynamicon, iż podana w załącznikach 6 i 6a kwota szacunkowego łącznego kosztu kampanii promocyjnej opartej na pracy konkursowej jest kwotą netto, a nie brutto. Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnych konkretnych postanowień tej pracy, z których wynikałoby, wbrew literalnemu brzmieniu załączników, iż chodzi w nich jednak o kwoty brutto. W szczególności wniosek taki nie wynika z przywołanego na rozprawie zdania zamieszczonego na stronie 71 oryginalnej pracy, iż „ze względu jednak na budżet przeznaczony na wsparcie kampanii w Internecie jesteśmy zmuszeni na skupieniu się tylko i wyłącznie na wybranych elementach jednego z powyższych punktów”. Natomiast sąd konkursowy musiał dokładnie zapoznać się z wyliczeniami zawartymi w tabelach załączników nr 6 i 6a, gdyż tylko one w całej pracy stanowią realizację wymagania pkt. 26 regulaminu – podania budżetu proponowanej kampanii promocyjnej. Ponadto to na podstawie tych załączników poszczególni członkowie sądu konkursowego przyznali Konsorcjum Dynamicon od 7 do 10 na 10 możliwych punktów procentowych w kryterium „ocena estymacji budżetu” wskazanym w pkt. 31 regulaminu jako jedno z 5 kryteriów oceny prac konkursowych. W ocenie Izby nieprawdopodobne jest by

żaden z 5 członków sądu konkursowego nie dostrzegł, iż zaproponowana w załącznikach nr 6 i 6a estymacja budżetu opiera się na kwotach netto. Natomiast uznanie tych kwot za kwoty brutto w ramach „poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej” dopiero po rozstrzygnięciu konkursu stanowi nie znajduje oparcia ani w przepisach pzp dotyczących konkursu, przewidujących jedynie odpowiednie stosowanie instytucji wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp, ani w postanowieniach regulaminu i narusza równie traktowanie uczestników konkursu, obowiązek zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, a w szczególności zasadę anonimowości – dokonywane jest już bowiem w stosunku do pracy oficjalnie zidentyfikowanej. Na marginesie należy zauważyć, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie takie poprawianie jest dopuszczalne (ale nie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej) za oczywiste uważa się omyłki widoczne na pierwszy rzut

13

Sygn. akt KIO 211/11

oka, których poprawienie w określony sposób samo się narzuca zamawiającemu, bez konieczności udzielania wyjaśnień przez wykonawcę.

Wbrew stanowisku Odwołującego, zaproponowanie budżetu kampanii opartej na pracy konkursowej przekraczającego kwotę podaną przez Zamawiającego w pkt 7 regulaminie jako maksymalnego planowanego kosztu realizacji pracy konkursowej nie stanowi naruszenia postanowienia pkt 26 regulaminu, które powinno skutkować zastosowaniem sankcji z pkt 29, to jest niebranie udziału w konkursie przez taką pracę. Z przepisów pzp nie wynika bowiem jednoznacznie, że takie przekroczenie planowanych kosztów Zamawiającego przez planowane koszty uczestnika ma dla niego kategorię negatywny skutek, co nie wyklucza wprowadzenia takiego postanowienia do regulaminu przez organizatora konkursu. W ocenie Izby w niniejszym konkursie Zamawiający wymagał jedynie zawarcia w pracy informacji o kosztach jej realizacji, który to wymóg praca Konsorcjum Dynamicon spełniło, choćby przez podanie kwot netto, od których można by wyliczyć kwoty brutto. Zdaniem Izby dopuszczalne było również podanie tych kosztów w formule wariantowej (minimum-maksimum), skoro w obu wariantach wyceniono wszystkie etapy i elementy proponowanej kampanii promocyjnej. Natomiast niewątpliwie przekroczenie budżetu przewidywanego przez Zamawiającego powinno spowodować obniżenie punktacji pracy Konsorcjum Dynamicon w kryterium „ocena estymacji budżetu”, skoro budżet ten nawet w wariantcie minimalnym jest na poziomie przekraczającym przewidywane przez Zamawiającego możliwości sfinansowania konkursowej kampanii promocyjnej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 121 ust. 4, art. 122 ust. 3 oraz art. 116 w zw. z pkt 29 regulaminu konkursu, miało wpływ na wynik konkursu, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając w ramach uzasadnionych kosztów Odwołującego wynagrodzenie jego pełnomocnika w wysokości zgodnej z przedłożonym na rozprawie do akt sprawy rachunkiem (fakturą VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

14