

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Instytut ywienia i ywności w Warszawie, ul. Powsińska 61/63, 02-903 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner of Promotion Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Belgradzka 8 lok. 01, 02-793 Warszawa (lider konsorcjum) i Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 6, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 718/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obcią a wykonawcę **P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa** i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P..... P..... i I..... S..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., I..... S..... z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22, 02-032 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Instytut ywienia i ywności im. prof. dra Aleksandra Szczygła w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej o zasięgu ogólnopolskim w ramach kampanii społecznej „Zachowaj równowagę” w związku z realizacją Projektu (SPPW) KIK – 34 „Zapobieganie nadwadze i otyłości oraz chorobom przewlekłym poprzez edukację

społeczeństwa w zakresie ywienia i aktywności fizycznej” w ramach Szwajcarsko – Polskiego Programu Współpracy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 stycznia 2014 r., nr 2014/S 010-013486.

W dniu 2 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę P..... P..... i L..... S..... pod nazwą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P..... P....., L..... S..... z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podnosząc m.in., i „zaoferowane przez Wykonawcę świadczenie nie odpowiada merytorycznym wymaganiom Zamawiającego co do realizacji zamówienia. Z treści oferty Wykonawcy wynika, e oferuje on wykonanie świadczenia jedynie na terenie hipermarketów, nie zaś na terenie całej galerii handlowej. Oferta Wykonawcy nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego”.

Jednocześnie, pismem tym, zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Partner of Promotion Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) i Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Konsorcjum”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 11 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2014 r.) wobec czynności dokonanych przez zamawiającego, tj.: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego, pomimo, i treść tej oferty jest zgodna z treścią SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję

3

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo jej zgodności z treścią SIWZ co w konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i w jej wyniku uniewa nienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum, uniewa nienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., i treść SIWZ ani te procedura wyjaśniająca jej treść nie wskazywały ani te nie identyfikowały na potrzeby tego postępowania w sposób szczególny określenia miejsca prowadzenia kampanii LCD w postaci galerii handlowych. Analogicznie w obowiązującym systemie prawa krajowego nie istnieją adne inne legalne definicje tego pojęcia co potwierdza sam zamawiający.

Odwołujący w zło onej ofercie w Koncepcji kampanii uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocje z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w hipermarketach. Hipermarkety które zostały uwzględnione w ofercie odwołującego są zlokalizowane na terenie galerii handlowych. Tym samym spełniają wymóg zawarty w SIWZ aby wykonać działania za pomocą nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych.

W adnej części SIWZ zamawiający nie sformułował wymagań które aktualnie stanowią podstawę odrzucenia oferty odwołującego, a pośrednio i sam zamawiający w

świadczenie objęte umową wykonawca zamierza uzasadnieniu odrzucenia

potwierdził, i

wykonać „jedynie” na terenie hipermarketów, te zaś (dobrane przez odwołującego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia) są usytuowane na terenie galerii handlowych stanowiąc ich integralny element składowy. Zatem w sytuacji gdy hipermarket jest zlokalizowany na terenie galerii handlowej (jak jest w przypadku lokalizacji wskazanych przez odwołującego w ofercie) spełnia on wymóg aby nośniki były zlokalizowane na terenie galerii, skoro pojęcia galeria w tym przypadku obejmuje ogół punktów handlowo usługowych (w tym sklep taki jak hipermarket) usytuowanych w galerii handlowej. Tym samym jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

W dniu 14 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo Konsorcjum otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 17 kwietnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

4

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, zło one oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zło one podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, i nie została wypełniona adna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał zło one odwołanie, uznając i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, i zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, punkt 6.3. „Działania outdoor/indoor” podał, i „wykonawca zapewni reklamę wyświetlaną na nośnikach LCD w pojazdach komunikacji miejskiej, placówkach medycznych oraz w galeriach handlowych.

1) Kampania wiosna 2014r. (1 miesiąc - kwiecień/maj) (...)

Poz. nr 9 w formularzu ofertowym

reklama wyświetlana na min. 600 nośnikach LCD w min. 30 galeriach handlowych; czas trwania spotu to minimum 15 sekund wyświetlane minimum 6x na godzinę,

2) Kampania jesień 2014r. (1 miesiąc - wrzesień/październik) (...)

Poz. nr 12 w formularzu ofertowym

reklama wyświetlana na min. 600 nośnikach LCD w min. 30 galeriach handlowych; czas trwania spotu to minimum 15 sekund wyświetlane minimum 6x na godzinę”.

Odwołujący w treści zło onej oferty „Indoor w hipermarketach” podał „kampania na ekranach LCD, dwa miesięczne wejścia reklamowe kampanii w sieciach hipermarketach Tesco, Piotr i Paweł, Intermarche, Kaufland, Carrefour, w sumie 600 prestiżowych lokalizacji w całej Polsce, która umożliwi dotarcie do ponad 30 000 000 dorosłych Polaków (dane szacunkowe)”. (str. 115 oferty).

Zamawiający wezwał odwołującego, pismem z dnia 27 marca 2014 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do zło enia wyjaśnień wskazując, i w załączonej do oferty koncepcji kampanii Wykonawca nie uwzględnił działań outdoor/indoor obejmujących promocję z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych. Wykonawca uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocję z wykorzystaniem nośników LCD

5

zlokalizowanych w hipermarketach, czego Zamawiający nie przewiduje w SIWZ. Z treści oferty wynika, że Wykonawca przeprowadzi kampanię informacyjno-promocyjną z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w hipermarketach nie zaś w galeriach handlowych, jak przewiduje to Zamawiający w SIWZ. Świadczy o tym treść oferty Wykonawcy: „dwa miesięczne wejścia reklamowe kampanii w sieciach hipermarketach Tesco, Piotr i Paweł, Intermarche, Kaufland, Carrefour”.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe podał, i „uwzględnił działania outdoor/indoor obejmujące promocję z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych, ponieważ wymienione w ofercie hipermarkety znajdują się na terenie galerii handlowych, co na etapie przedstawienia harmonogramu do umowy będziemy mogli udowodnić, przedstawiając listę galerii handlowych (nazwa i adres)”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wskazał w treści SIWZ, że wymaga przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej z wykorzystaniem nośników LCD zlokalizowanych w galeriach handlowych. Niewątpliwym jest także, iż odwołujący w treści swojej oferty podał, iż taką reklamę przeprowadzi w sieci hipermarketów, które – jak wyjaśnił w złożonych na udzielenie zamawiającemu wyjaśnieniach – „znajdują się na terenie galerii handlowych”.

W tej sytuacji nie można odnieść się do definicji pojęć „galeria handlowa” i „hipermarket”. Istotnie nie ma definicji legalnej tych terminów. Niemniej jednak według Wikipedii „Galeria handlowa, pasaż to wielko- lub średniopowierzchniowy obiekt handlowy z przeznaczeniem na sklepy detaliczne, zazwyczaj nie przekraczające 2 tys. m², z przewagą lokali o powierzchni handlowej od 40 do 80 m²”. Natomiast „Hipermarket to duży sklep wielkopowierzchniowy, często też ze względu na swoje rozmiary znajdujący się na obrzeżach miasta. Hipermarket w ścisłym tego znaczeniu to sklep (market) o bardzo dużej powierzchni, sprzedający szeroki asortyment towarów codziennego użytku. Przyjmuje się, że hipermarket ma powierzchnię przekraczającą 2,5 tys. m²”. Pojęć tych nie można więc utożsamiać. Pojęcie galeria handlowa obejmuje bowiem ogół punktów handlowo-usługowych o określonej powierzchni usytuowanych w galerii handlowej, nie obejmując przy tym hipermarketów, które wchodzą w skład centrum handlowego. Galeria handlowa, podobnie jak hipermarket i centrum rozrywki, to bowiem części centrum handlowego. Hipermarket nie znajduje się więc na terenie galerii handlowej, ale na terenie centrum handlowego. Równie w powszechnym rozumieniu galeria handlowa utożsamiana jest z pasażem, po obu stronach którego zlokalizowane są mniejsze sklepy. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wymagał aby nośniki znajdowały się na terenie galerii handlowej, a nie hipermarketu. Skoro więc odwołujący zaproponował aby nośniki znajdowały się na terenie hipermarketów a nie galerii handlowych to oznacza to, iż jego oferta jest niezgodna z

6

treścią SIWZ. Tym samym zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie dodać należy, iż odwołujący, mając wątpliwości co do rozumienia pojęcia „galeria handlowa”, mógł zwrócić się do zamawiającego ze stosownym zapytaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

7