

Sygn. akt: KIO 1705/13
KIO 1710/13

WYROK
z dnia 29 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Barbara Bettman
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2013 r. przez:

1. **MEDIACAP S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1705/13),**
2. **Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1710/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Organizację Turystyczną z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Lowe Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach KIO 1705/13 i KIO 1710/13 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **MEDIACAP S.A z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1710/13 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Lowe Media Sp. z o.o. -**

na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Kosztami postępowania obciąża **Polską Organizację Turystyczną** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MEDIACAP S.A** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1705/13,
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Media Group Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1710/13,
 - 2.3. zasądza od **Polskiej Organizacji Turystycznej** na rzecz **MEDIACAP S.A** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.4. zasądza od **Polskiej Organizacji Turystycznej** na rzecz **Media Group Sp. z o.o.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1705/13
KIO 1710/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Organizacja Turystyczna – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup mediów w ramach kompleksowej wizerunkowo-produktowej kampanii multimedialnej na rynkach chińskim, indyjskim, japońskim i polskim*.

I. Sygn. akt KIO 1705/13

W dniu 12 lipca 2013 r. wykonawca MEDIACAP S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lowe Media Sp. z o.o. oraz zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny i ewentualnie zaniechania odrzucenia tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz alternatywnie art. 89 ust 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w ramach działań do realizacji przez wykonawcę Zamawiający wymagał m.in. zaplanowania i zakupu kampanii w Internecie i prasie, przy czym nie określił ilości planowanych reklam. Liczba reklam została pozostawiona do określenia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, a proponowane ilości podlegały ocenie poprzez przyjęty w ramach kryteriów oceny i określony w SIWZ system punktacji ofert. Drugim czynnikiem, który w sposób zasadniczy kształtował cenę i podlegał punktacji, a który został pozostawiony do dookreślenia przez wykonawców, była liczba odwiedzin serwisu Poland.travel.

Odwołujący podniósł, że proponowane liczby reklam i liczby odwiedzin serwisu Poland.travel muszą być wartościami realnymi (nie mogą mieć na celu wyłącznie sztucznego zwiększenia przyznanej liczby punktów w ogólnym rankingu) i muszą być możliwe do zrealizowania za proponowaną cenę. Ponadto proponowany sposób reklamy musi być zgodny z podstawowymi założeniami przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu, z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, badanie ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny nie jest możliwe poprzez

jej odniesienie do przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ czy też wartości szacunkowej zamówienia. Odniesienie jej do przedmiotu zamówienia nie jest możliwe, gdyż zakres zamówienia w odniesieniu do kluczowych dla ceny wartości nie został określony w specyfikacji. Podobnie nie jest możliwe odniesienie ceny bezpośrednio do wartości szacunkowej, czy też cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zamawiający oszacował wartość udzielanego zamówienia na kwotę ok. 21.951.220 zł netto, co znalazło wyraz w określeniu maksymalnego budżetu przewidzianego na realizację kampanii i stosownych zapisach SIWZ zgodnie z którymi: wykonawca ma do dyspozycji budżet wynoszący maksymalnie 27.000.000 zł, w ramach którego ma zapewnić optymalny sposób zaplanowania mediów i zakupu mediów. W praktyce wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia kalkulowali swoje oferty w taki sposób, aby maksymalnie wykorzystać dostępny i ujawniony przez Zamawiającego budżet, jednocześnie jednak proponując zupełnie inne liczby reklam i osiągane wskaźniki podlegające punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Powyższe - zdaniem Odwołującego - oznacza, że w przypadku badania rażąco niskiej ceny należy odnieść ją nie, jak się to zwykle czyni, do przedmiotu zamówienia (i jego wartości), ewentualnie cen innych ofert, ale do zakresu (ilości) świadczenia zaoferowanego przez danego wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, niemal wszystkie wskaźniki i ilości podane w ofercie Lowe Media Sp. z o.o. budzą wątpliwości, a gruntowanego wyjaśnienia wymaga cena tej oferty w kontekście podanej przez tego wykonawcę liczby reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie, a także liczby odwiedzin

chińskich, japońskich i angielskich wersji serwisu Poland.travel. Ponieważ wskazanie liczby reklam oraz odwiedzin serwisów Poland.travel zostało pozostawione do określenia wykonawcom, to nawet przy zbliżonym wynagrodzeniu w poszczególnych ofertach możliwa jest sytuacja, w której względem jednej z tych ofert można mówić o rażąco niskiej cenie. Cena zaoferowana przez Lowe Media Sp. z o.o. jest wprawdzie zbliżona do cen pozostałych wykonawców, jednak wartości przyjęte w ramach planowanej liczby reklam oraz publikacji w prasie i w Internecie (odpowiednio do rynku 500.000, 500.000, 100.000) a także liczby odwiedzin serwisu Poland.travel (odpowiednio do rynku 16.500.000, 10.000.000, 850.000), świadczą - zdaniem Odwołującego - o rażąco niskiej cenie.

Odwołujący podniósł, że analiza przyjętych przez Lowe Media Sp. z o.o. wskaźników prowadzi wprost do wniosku, że wskaźniki te nie są możliwe do osiągnięcia w ramach przyjętego przez tego wykonawcę budżetu. Potwierdza to nie tylko analiza dostępnych cenników, ale także wprost odniesienie ich do wskaźników zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców, które przedstawiają się następująco:

4

Liczba Lowe Arena Media MEDIACAP Media Brand punktów Media Communications Group Connection
Liczba odwiedzin na chińskiej wersji
30 16.500.000 10.381.590 350 999.525 4.635.596 serwisu
Poland.travel Liczba odwiedzin
z terenu Indii na angielskiej wersji 20 10.000.000 276.112 832.623 40.000 130.377
serwisu Poland.travel
Liczba odwiedzin na japońskiej
20 850.000 55.881 388.677 12.000 125.524 wersji serwisu
Poland.travel

W związku z tym, że jak stwierdził wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 28 czerwca 2013 r. *"Oferta została przygotowana w znacznej mierze w oparciu o potencjał platformy Google (w tym wyszukiwarki Google) jak również sieci partnerskiej Google (google display network) których łączny potencjał i zasięg na przedmiotowych rynkach pozwala na realizację kampanii w Internecie w oparciu wyłącznie o tę platformę*, Odwołujący dokonał wyceny zgodnie z poczynionymi przez Lowe Media Sp. z o.o. założeniami tj.: wyłącznie w oparciu o platformę Google. Łącznie te 3 działania kosztują 37.709.473,90 zł. czyli znacznie więcej niż suma podana przez Lowe Media Sp. z o.o. i więcej niż dopuszczalny budżet kampanii.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia te potwierdzają, iż złożona oferta została przygotowana i skalkulowana nierzetelnie oraz nie została poprzedzona weryfikacją w zakresie możliwości finansowych publikacji proponowanej liczby reklam. Stwierdzenie, że „dokładne oszacowanie obecnie żądanych przez Zamawiającego danych w rozbiciu na reklamy oraz inne publikacje zamieszczane odpowiednio w prasie albo w Internecie będzie wymagało od wykonawcy podjęcia istotnych nakładów pracy” oraz „Realizacja świadczenia polegającego na opracowaniu szczegółowego programu kampanii będzie zatem uzasadnione dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego - w zamian za wzajemne świadczenie Zamawiającego w postaci zapłaty wynagrodzenia na warunkach przewidzianych w umowie” - świadczą o tym, że wykonawca nie zrozumiał sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do stanowiska Lowe Media Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że aby właściwie oszacować proponowany zakres, konieczne było uprzednie oszacowanie kosztów zakupu reklamy w prasie i Internecie (zwłaszcza w sytuacji gdy przyjęte liczby są tak duże). Dokonanie takiego szacunku nie jest tak skomplikowane,

5

czasochłonne i kosztowne, aby nie mogło zostać przygotowane w okresie, jaki minął między publikacją SIWZ, a złożeniem ofert, bowiem opiera się na podstawie ogólnych cenników i rabatów oraz zapytań ofertowych do wykonawców z rynków docelowych. Stwierdzenia Lowe Media Sp. z o.o. oderwane są od powszechnej praktyki i możliwości w tym zakresie. Przywoływana argumentacja i zapisy IPU, które miałyby świadczyć o braku obowiązku dokonania wyceny przyjętej w ofercie liczby reklam dotyczą kwestii związanych z merytorycznym przygotowaniem strategii kampanii w oparciu o przyjęte w ofercie liczby

i wskaźniki. Trudno uznać, że zwalniamy z rzetelnej wyceny wskazanych w ofercie „ilości”. Wprawdzie Zamawiający nie wymagał wskazania tych wartości w ofercie, ale nie zwalnia to wykonawców z dokonania tych wycen w celu prawidłowego skalkulowania ceny. Lowe Media Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 24 i 28 czerwca br. poprzestaje wyłącznie na ogólnikowych stwierdzeniach, które w żadnej mierze nie uzasadniają przyjęcia takich liczb w kontekście oferowanej ceny.

Pomimo bardzo istotnych różnic w zakresie ilości reklam i liczby odwiedzin serwisu Poland.travel, które w sposób znaczący wpływają na ogólną cenę kampanii, w żadnym z pism Zamawiający nie wystąpił z prośbą o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Świadczy o tym nie tylko podstawa prawna wskazana w pismach wzywających do wyjaśnienia, ale także ich treść. Pytanie Zamawiającego w zakresie ceny (pkt 5 pisma z dnia 19 czerwca 2013 r.) sprowadza się do prośby o rozpisanie budżetu i liczby reklam oraz pozostałych publikacji, nie dotyczy jednak wyjaśnienia czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Tymczasem wskazanie tak dużej liczby reklam w prasie i Internecie oraz liczby odwiedzin serwisu Poland.travel, wpływa w sposób zasadniczy na cenę całej kampanii, czyniąc ją rażąco niską w stosunku do zadeklarowanego zakresu świadczenia.

Zdaniem Odwołującego, z wyjaśnień z dnia 24 czerwca 2013 wynika, że Lowe Media Sp. z o.o. dopuszcza zmiany w zakresie zaoferowanych wykonawcy parametrów realizacji zamówienia, tj. liczby reklam oraz wskaźników oglądalności. Wykonawca stwierdza, że „estymacje i działania podjęte przez Lowe Media Sp. z o.o. na etapie przygotowania oferty mają charakter szacunkowy (...). Jednocześnie wzięto pod uwagę postanowienia SIWZ, które dopuszczają elastyczność w planowaniu kampanii, przy odpowiednim uzasadnieniu ze strony wykonawcy proponowanych środków oraz po każdorazowej ich akceptacji ze strony zamawiającego”. Powyższe świadczy o tym, iż wykonawca otwiera sobie drogę do zmiany oferty już po zawarciu umowy, w ramach „przygotowania strategii kampanii reklamowych”.

Resumując, Odwołujący stwierdził, że oferta w zakresie zadeklarowanej liczby reklam oraz liczby odwiedzin serwisu Poland.travel, miała na celu wyłącznie uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Oferowane ilości nie zostały właściwie oszacowane i podane w oderwaniu od

6

faktycznych możliwości rynkowych. Wykonawca złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, ponadto dopuszczając zmianę oferty na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający winien był przynajmniej powziąć wątpliwości w tym zakresie i przeprowadzić stosowne postępowanie wyjaśniające zgodnie z procedurą wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, nawet gdyby jednak przyjąć, że pisma Zamawiającego z dnia 19 i 28 czerwca 2013 r., to pisma wzywające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp (czemu jednak przeczy przywołana w tych pismach podstawa prawna i ich treść), to uznać należy, iż odpowiedzi udzielone przez Lowe Media Sp. z o.o. nie wypełniają dyspozycji tej regulacji. Wyjaśnienia wykonawców muszą być wiarygodne, a nie ogólnikowe i muszą wyjaśniać w jaki sposób przytoczone okoliczności realnie wpłynęły na zaoferowanie oferty na takim właśnie poziomie cenowym. Wykonawcę obciąża ciężar wykazania jaki był wymiar wpływu danej okoliczności faktycznej dotyczącej wykonawcy na wysokość jego ceny.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Lowe Media Sp. z o.o. może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy, stanowiące utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Sytuacja w której wykonawca wykorzystuje zapisy SIWZ w zakresie elementów podlegających ocenie do „manipulowania” wynikami przetargu poprzez wykazywania nierealnej liczby reklam czy też odwiedzin serwisu Poland.travel, uznać należy, za naruszające przepisy cytowanej ustawy. W efekcie tych działań Zamawiający powinien odrzucić ofertę stosownie do art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jako zarzut ewentualny Odwołujący podniósł niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący uwzględnił sposób realizacji niezgodnie z założeniami poczynionymi przez Zamawiającego, poprzez co próbował zaniżyć

wartość przyjętą w ofercie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt I 3 b - załącznika nr 2 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) „Wykonawca posiada swobodę w doborze formatów reklam internetowych oraz w doborze miejsc ich publikacji, jednak wszystkie zaproponowane przez Wykonawcę we flow-charcie formaty oraz miejsca publikacji reklam internetowych wymagają uprzedniej akceptacji POT.” Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza wszelkie formy reklamy które ściągają ruch na stronę, m.in.: reklamę tekstową (linki sponsorowane), reklamę

7

graficzna (bannery, etc). Inaczej jednak wymagania w tym zakresie Zamawiający określił w przypadku rynku japońskiego i indyjskiego. W przypadku rynku indyjskiego zgodnie z pkt II 2 d załącznika nr 2 do SIWZ „Za podstawowy format w reklamie internetowej skierowanej do touroperatorów przyjmuje się reklamę o umownej powierzchni minimum 90 tysięcy pikseli kwadratowych (np. banner 900 x 100 pikseli) zamieszczony przez minimum trzy kolejne dni. Reklamy umieszczone na głównej stronie serwisów internetowych będą liczone jak odpowiednik dwóch reklam umieszczonych na podstronach. POT ma prawo dowolnie zmniejszyć wymagany format reklam internetowych w momencie akceptacji flow-chartu na kolejny miesiąc kampanii. Wszystkie zaproponowane przez Wykonawcę formaty reklam internetowych wymagają wcześniejszej akceptacji POT.” Tak samo zostały ukształtowane postanowienia dotyczące rynku japońskiego (pkt III 1 d załącznika nr 2 do SIWZ). Tym samym Zamawiający dopuszcza względem tych rynków jedynie reklamę graficzną o formacie minimum 90 tysięcy pikseli kwadratowych, nie dopuszczając tym samym reklamy tekstowej (linki sponsorowane), ani innych form niegraficznych.

Tymczasem Lowe Media Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 28 czerwca 2013 r., wyraźnie wskazuje że "Oferta została przygotowana w znacznej mierze w oparciu o potencjał platformy Google (w tym wyszukiwarki Google) jak również sieci partnerskiej Google (google display network), których łączny potencjał i zasięg na przedmiotowych rynkach pozwala na realizację kampanii w Internecie w oparciu wyłącznie o tę platformę (...)." Potwierdza to - zdaniem Odwołującego - że oferta Przystępującego w zakresie sposobu realizacji celów dla Indii i Japonii jest niezgodna z SIWZ, ponieważ zakłada wykorzystanie "wyszukiwarki Google", podczas gdy w wyszukiwarce tej nie są dostępne graficzne formaty o formacie minimum 90 tysięcy pikseli kwadratowych, a jedynie tańsze formy tekstowe. Zastosowanie niedopuszczalnych, w tym wypadku form tekstowych potwierdzają więc nie tylko wyjaśnienia o których mowa wyżej, ale także cena skalkulowana w tych pozycjach.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta Lowe Media Sp. z o.o. może być niezgodna z SIWZ, także w innym elemencie, jednak z uwagi na zastrzeżenie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie może potwierdzić tych przypuszczeń. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 10.2 SIWZ oferta musi zawierać propozycję realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno od strony technicznej, jak i organizacyjnej. Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 24 czerwca 2013 r. Lowe Media Sp. z o.o. stwierdza, że „Podanie w treści oferty szczegółowych informacji co do sposobu realizacji kampanii na rynkach chińskim, indyjskim, japońskim oraz polskim nie było wymagane na mocy obowiązujących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Śaden z zapisów tej specyfikacji (...) nie obowiązywał wykonawców (...) do opracowania na etapie składania oferty szczegółowego planu działań". Powyższe stwierdzenia mogą świadczyć o tym, że

8

wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą propozycji realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno od strony technicznej, jak i organizacyjnej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy oferta złożona przez Lowe Media Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, a w przypadku potwierdzenia, iż cena zaoferowana przez tegoż Wykonawcę jest ceną rażąco niską - jej odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Alternatywnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Lowe Media Sp. z o.o.

Odwołujący - Media Group Sp. z o.o. wniósł w dniu 12 lipca 2013 r. odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania poprawienia omyłki w tej ofercie, a także wobec zaniechania wezwania Lowe Media Sp. z o.o. do wyjaśnień i odrzucenia tej oferty ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz ze względu na zaoferowanie świadczenia niemożliwego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5 i 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania, Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, dołączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. Beijing Dentsu Advertising CO Ltd. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Do oferty załączono oryginał tego dokumentu. Pismem z dnia 25 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełniania dokumentów wskazując m.in., że wykonawca na stronie 25 oferty zamieścił kopię oświadczenia o udostępnieniu zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Tymczasem zgodnie z obowiązującą linią orzecniczą KIO, dowodem potwierdzającym udostępnienie niezbędnych zasobów wykonawcy, w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, może być pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego, ale złożone wyłącznie w oryginale.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że: dokument przedstawiony na stronie 25 jest oryginałem stanowiącym dowód, potwierdzającym udostępnienie niezbędnych

9

zasobów do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że taka forma dokumentu jest stosowana jako oryginał w chińskim systemie prawnym i obrocie gospodarczym.

Mimo złożonych wyjaśnień Zamawiający stanął na stanowisku, że Odwołujący złożone w ofercie zobowiązanie nie ma formy pisemnej, nie spełnia bowiem wymagań, o których mowa w art. 78 KC (zamieszczenie własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym oświadczenie woli). W związku z tym Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że w związku z wynikającym wprost z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy obowiązkiem udowodnienia możliwości posługiwania się wykazywanym potencjałem podmiotów trzecich, a także w związku z postulatem realności udostępnienia takiego potencjału, a także indywidualną, kauzalną oceną powyższego, środki dowodowe wykorzystane przez wykonawcę dla tego celu, mogą podlegać badaniu i ocenie w każdym ich aspekcie i wymiarze niezbędnym dla ustalenia powyższych okoliczności w konkretnym przypadku. Zamawiający może więc oceniać zarówno treść dokumentów przedłożonych przez wykonawcę (np. treść zobowiązań podmiotów trzecich), jak też ich formę czy sposób wystawienia. W praktyce udzielania zamówień publicznych oraz orzecznictwie względnie liberalnie ocenia się i dopuszcza środki dowodowe, np. uznaje się, iż pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest przykładowym środkiem (o czym świadczy użyty w dyspozycji przepisu zwrot "w szczególności") służącym wykazaniu dysponowania wykazywanym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że sporny dokument jest dowodem zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2011 r., Nr 80 poz. 432): *Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana.*

Czynność prawna polegająca na złożeniu przez Beijing Dentsu Advertising CO Ltd. oświadczenia została dokonana w Chinach, gdzie każda spółka zaraz po skutecznej rejestracji przez właściwe biuro lokalne SAIC (State Administration of Commerce) ma obowiązek udać się do lokalnego Biura Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Public Security Bureau) w celu zarejestrowania swojej pieczęci firmowej wraz z jej wcześniej przygotowanym wzorem. Po skutecznym zarejestrowaniu pieczęci, jej wzór pozostaje na stałe we właściwym Biurze Bezpieczeństwa Wewnętrznego i będzie mógł służyć jako dowód

w sprawie na wypadek ewentualnie powstałych sporów. Sama pieczęć traktowana jest tak samo jak podpis osoby uprawnionej do reprezentowania spółki, o czym świadczy art. 32 Chińskiego Prawa Zobowiązań (PRC Contract Law), stanowiący, że umowa handlowa będzie wiążąca, jeżeli znajdą się na niej podpis osoby uprawnionej albo pieczęć firmowa.

Zdaniem Odwołującego, istnieje jeszcze wiele innych przepisów, które podkreślają wyjątkową rolę pieczęci firmowej na gruncie prawa chińskiego, zwłaszcza dotyczących składania przez przedsiębiorcę wszelkiego rodzaju dokumentów czy rozliczeń do właściwych władz lokalnych, gdzie wymagana jest wyłącznie pieczęć firmowa, której nie można zastąpić podpisem osoby uprawnionej do reprezentowania spółki. Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 477/10 i KIO/UZP 114/10.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że forma czynności prawnej polegającej na zobowiązaniu się przez podmiot chiński do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów powinna być oceniana na gruncie prawa chińskiego. Zgodnie z prawem chińskim dla ważności tej czynności wystarczające jest umieszczenia na dokumencie pieczęci firmowej spółki. Taki dokument ma walor oryginału a pieczęć spółki zastępuje własnoręczny podpis osoby składającej oświadczenie woli. W związku z tym dokument ten stanowi pisemne oświadczenie podmiotu zobowiązującego się do oddania do dyspozycji odpowiednich zasobów, gdyż jest na gruncie prawa chińskiego zrównany w skutkach z formą pisemną zdefiniowaną w art. 78 KC. Nawet gdyby uznać, że definicję formy pisemnej wyznacza jedynie treść art. 78 KC, to przedstawiony w ofercie dokument bez wątplenia stanowi innych dowód w rozumieniu art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

W zakresie zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ, podział budżetu na poszczególne zadania musiał uwzględniać zasady opisane w SIWZ, pod groźbą odrzucenia oferty. Ponadto, kampania telewizyjna na rynku chińskim musi objąć wszystkie trzy wskazane aglomeracje, przy czym na żadną z aglomeracji nie można przeznaczyć mniej niż 25% łącznego budżetu kampanii telewizyjnej (pkt I.1 lit. b załącznika nr 2 do SIWZ). Zamawiający stwierdził, kwota na zakup emisji w aglomeracji Kantonu jest niższa niż wymagane 25% kwoty na kampanię reklamową w telewizji w Chinach, a działania zmierzające do poprawienia tej kwoty nie mogą być podjęte, gdyż byłyby integracją w treść oferty, a ponadto zwiększałyby cenę oferty powyżej dopuszczalnego pułapu 27 mln zł.

Zdaniem Odwołującego, poprawienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Niezgodność ta polega bowiem na zaoferowaniu ceny za zakup emisji w aglomeracji Kantonu o 25 groszy niższej niż wymagane przez

Zamawiającego 25% kwoty na kampanię reklamową w telewizji w Chinach. W związku z tym Zamawiający obowiązany był do takiego poprawienia oferty Odwołującego, aby była ona zgodna z SIWZ, czyli cena całkowita oferty nie przekroczyła 27 mln zł, a kwota na zakup emisji w aglomeracji Kantonu nie była niższa niż wymagane 25% kwoty na kampanię reklamową w telewizji w Chinach. Nie dokonując tej poprawy, Zamawiający naruszył art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp a w konsekwencji art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie oferty Lowe Media Sp. z o.o., że przedmiot zamówienia w zaoferowanym zakresie jest niemożliwy do zrealizowania za cenę określoną w ofercie.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez ww. wykonawcę wartości podlegające ocenie w kryteriach opisanych w punkcie 13.1 lit. b, f i h SIWZ są niemożliwe do osiągnięcia w drodze uczciwej konkurencji. Formy reklamy, do których ma się ograniczyć wykonawca, nie są w stanie pozyskać takiego ruchu, do jakiego zobowiązał się Przystępujący. Bardzo wysoka deklarowana liczba odwiedzin serwisu Poland.travel budzi, zdaniem Odwołującego, podejrzenie, że została zaoferowana jedynie w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów.

Z kolei w kryterium 13.1 lit. d SIWZ Przystępujący wskazał niemalże 500 razy większy wskaźnik od pozostałych wykonawców, również niemożliwy do osiągnięcia. Zaoferowana liczba 500.000 reklam za kwotę 984.000 zł oznacza, że średnia cena jednej reklamy w prasie czy Internecie wynosi 1,9 zł. Biorąc pod uwagę fakt, że rynkowa cena zamieszczenia jednej reklamy w prasie to koszt 15.000 zł, cena zaoferowana przez Lowe Media Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską. Odwołujący podniósł, że Zamawiający, opisując, w jakich tytułach

prasowych i na jakich stronach internetowych muszą być zamieszczane reklamy oraz publikacje, narzucił pewien standard tytułów, które będą dobierane w celu prowadzenia kampanii. Budżet jaki został przeznaczony przez Przystępującego na kampanię w prasie i Internecie, skierowaną do touroperatorów chińskich, to 984.000 zł, podczas gdy następna w kolejności cena tej części kampanii, to 3.994.282 zł, przy wskaźniku 1.071, czyli średniej wartości 928,37 zł za jedną reklamę lub publikację.

Analogiczny zarzut Odwołujący podniósł co do kampanii realizowanej w Indiach i Japonii (pkt 13.1 lit. g oraz i SIWZ). Również w tym zakresie zaoferowane przez wykonawcę wskaźniki (odpowiednio: 500.000 i 100.000 reklam), są nierealne do osiągnięcia.

Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że świadczenie zaoferowane przez wykonawcę Lowe Media Sp. z o.o. jest świadczeniem niemożliwym i zgodnie z art. 387 § 1 KC powoduje nieważność umowy, a oferta tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto, w związku z tym, że cena oferty tego wykonawcy jest taka sama, jak ceny innych ofert, a zakres świadczenia w wielu przypadkach jest kilkaset razy większy,

12

Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Poprzez zaniechanie tego obowiązku Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, wezwanie wykonawcy Lowe Media Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenie ofert wykonawcy Lowe Media Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

1. Zarzuty dotyczące ceny oferty Lowe Media Sp. z o.o.

W odniesieniu do powyższych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 3.1. SIWZ, przedmiotem zamówienia jest kompleksowa, multimedialna kampania wizerunkowo-produktowa na rynkach chińskim, indyjskim, japońskim i polskim. Zakłada się, że działania przebiegać będą równolegle w dwóch obszarach: na rynkach zagranicznych oraz w Polsce. W Indiach, Japonii i Chinach w ramach działań mediowych przewidziana jest komunikacja skierowana do touroperatorów organizujących wyjazdy turystyczne i biznesowe. Ponadto w Chinach przewidziana jest także intensywna komunikacja skierowana do odbiorców indywidualnych. W Polsce zaplanowana jest komunikacja do polskiej branży turystycznej i administracji regionalnej, jako uzupełnienie specjalnego programu edukacyjnego skierowanego do tych grup, a także komunikacja do obywateli narodowości chińskiej mieszkających w Polsce.

W punkcie 13.1 SIWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- a) średni ważony zasięg 1+ uzyskany w telewizji na rynku chińskim w aglomeracjach Pekinu, Szanghaju i Kantonu – maksymalnie 30 punktów (zasięg oferty badanej podzielony przez największy zasięg spośród wszystkich ofert pomnożony przez 30 punktów); sposób obliczenia tego wskaźnika jest opisany w punkcie I.1.e. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 niniejszego SIWZ. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić minimum 15% zasięgu 1+ w grupie docelowej na obszarze trzech wskazanych aglomeracji. Oferty, w których nie zostanie zadeklarowany co najmniej taki zasięg, zostaną uznane za nieważne.

13

- b) liczba odwiedzin na chińskiej wersji serwisu Poland.travel – maksymalnie 30 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 30 punktów)
- c) średni ważony zasięg 1+ uzyskany wśród konsumentów w prasie na rynku chińskim w aglomeracjach Pekinu, Szanghaju i Kantonu – maksymalnie 20 punktów (zasięg oferty

badanej podzielony przez największy zasięg spośród wszystkich ofert pomnożony przez 20 punktów); sposób obliczenia tego wskaźnika jest opisany w punkcie I.4.b. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 niniejszego SIWZ

- d) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku chińskim – maksymalnie 20 punktów (liczba z oferty badanej podzielona przez największą liczbę spośród wszystkich ofert pomnożona przez 20 punktów)
- e) ważona wielkość kampanii outdoorowej na rynku chińskim – maksymalnie 15 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 15 punktów); sposób obliczenia tego wskaźnika jest opisany w punkcie I.6.c. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 niniejszego SIWZ
- f) liczba odwiedzin z terenu Indii na angielskiej wersji serwisu Poland.travel – maksymalnie 20 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 20 punktów)
- g) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku indyjskim – maksymalnie 10 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 10 punktów)
- h) liczba odwiedzin na japońskiej wersji serwisu Poland.travel – maksymalnie 20 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 20 punktów)
- i) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku japońskim – maksymalnie 10 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 10 punktów)

14

-
- j) ważona wielkość kampanii outdoorowej na rynku japońskim – maksymalnie 10 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 10 punktów)
 - k) ważona wielkość kampanii outdoorowej na rynku polskim – maksymalnie 5 punktów (wskaźnik oferty badanej podzielony przez największy wskaźnik spośród wszystkich ofert pomnożony przez 5 punktów)
 - l) cena całkowita oferty – maksymalnie 10 punktów (cena oferty najtańszej podzielona przez cenę oferty badanej pomnożona przez 10 punktów)

Zgodnie z punktem 13.4 SIWZ, w ofercie musi być wyszczególniony przyjęty przez Wykonawcę podział budżetu na poszczególne zadania. Odrzucone jako nieważne zostaną wszystkie oferty, w których przekroczony zostanie łączny budżet wynoszący 27.000.000 zł brutto lub przekroczone zostaną inne zapisy SIWZ.

W postępowaniu złożonych zostało 5 ofert:

- 1) Lowe Media Sp. z o.o., z ceną 27.000.000 zł,
- 2) Arena Media Communications Sp. z o.o., z ceną 269.999.999,99 zł,
- 3) MEDIACAP S.A., z ceną 26.999.945,55 zł,
- 4) Media Group Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona (cena oferty - 27.000.000 zł),
- 5) Brand Connection Sp. z o.o. - wykonawca wykluczony, oferta odrzucona.

Wykonawcy zaoferowali wykonanie następującej liczby świadczeń (w zakresie kwestionowanym w odwołaniach):

- 1) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku chińskim (pkt 13.1.d SIWZ):
 - Lowe Media Sp. z o.o. - 500.000.000
 - MEDIACAP S.A. - 381
 - Media Group Sp. z o.o. - 1.059

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 1.071

2) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku indyjskim (pkt 13.1.g SIWZ):

– Lowe Media Sp. z o.o. - 500.000.000

– MEDIACAP S.A. - 1.311

– Media Group Sp. z o.o. - 1.347

15

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 435

3) liczba reklam oraz publikacji w formie artykułów sponsorowanych lub redakcyjnych w prasie i w Internecie w kampanii skierowanej do touroperatorów, dziennikarzy i środowisk opiniotwórczych na rynku japońskim (pkt 13.1.i SIWZ):

– Lowe Media Sp. z o.o. - 100.000

– MEDIACAP S.A. - 444

– Media Group Sp. z o.o. - 784

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 200

4) liczba odwiedzin na chińskiej wersji serwisu Poland.travel (pkt 13.1.b SIWZ):

– Lowe Media Sp. z o.o. - 16.500.000

– MEDIACAP S.A. - 4.635.596

– Media Group Sp. z o.o. - 350.000.000

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 10.381.590

5) liczba odwiedzin z terenu Indii na angielskiej wersji serwisu Poland.travel (pkt 13.1.f SIWZ):

– Lowe Media Sp. z o.o. - 10.000.000

– MEDIACAP S.A. - 832.623

– Media Group Sp. z o.o. - 40.000

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 276.112

6) liczba odwiedzin na japońskiej wersji serwisu Poland.travel (pkt 13.1.h SIWZ):

– Lowe Media Sp. z o.o. - 850.000

– MEDIACAP S.A. - 388.677

– Media Group Sp. z o.o. - 12.000

– Arena Media Communications Sp. z o.o. - 55.881.

Zamawiający wzywał dwukrotnie wykonawcę Lowe Media do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W wezwaniu z 19 czerwca 2013 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z pytaniami, jak zaplanowana została kampania w Chinach, Indiach i Japonii, która umożliwi osiągnięcie podanych w ofercie wskaźników dotyczących wejść na stronę Poland.travel oraz jak w poszczególnych krajach zaplanowana jest skierowana do touroperatorów kampania w prasie i w Internecie, uwzględniająca postanowienia SIWZ, w szczególności części I pkt 5 lit. b, i, l, części II pkt 2 lit. b, h, k, części III pkt 1 lit. b, h, k Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się także o rozpisanie budżetu i liczby reklam (tj. wskazanie planowanego budżetu i zaplanowanej liczby reklam lub publikacji w ramach poszczególnych działań).

16

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca poinformował, że sformułowane przez Zamawiającego pytania nie zmierzają do wyjaśnienia treści oferty, lecz do uszczegółowienia i doprecyzowania zobowiązania ofertowego w takim stopniu, który na aktualnym etapie postępowania nie był wymagany. Wyjaśnił również, że oferta została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów, jakie Lowe Media poniesie w związku z realizacją zamówienia oraz że przeprowadzone na etapie przygotowania oferty testy potwierdzają, że realizacja wskazanych w ofercie wskaźników jest wykonalna. W odniesieniu do żądania rozpisania budżetu i liczby reklam wykonawca poinformował, że w chwili obecnej nie dysponuje informacjami na takim poziomie szczegółowości, a oszacowanie i opracowanie dokładnej liczby reklam nie było niezbędne do prawidłowego oszacowania wynagrodzenia oraz przygotowania oferty zgodnej z SIWZ. Dokładne oszacowanie żądanych danych będzie wymagało ze strony wykonawcy istotnych nakładów pracy, działania takie zostaną podjęte

w momencie przystąpienia do szczegółowego planowania kampanii będącej przedmiotem zamówienia. W części wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał w szczególności, na jakich narzędziach zamierza oprzeć realizację kampanii.

W wezwaniu z 28 czerwca 2013 r. Zamawiający zwrócił się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, w szczególności o wskazanie, jak zostało zaplanowane uzyskanie wykazanych w ofercie liczb reklam, publikacji i artykułów sponsorowanych w poszczególnych krajach. Zamawiający żądał również podania informacji o metodzie wyliczenia tych liczb.

W części jawnej wyjaśnień wykonawca poinformował, że estymacje oparte są w szczególności na jego wiedzy i doświadczeniu oraz na wiedzy i doświadczeniu jego partnerów z rynków Chin, Indii i Japonii oraz wskazał narzędzia, z które mają służyć realizacji kampanii (wyszukiwarki Google oraz Google Display Network, których łączny potencjał i zasięg pozwala na realizację kampanii w Internecie wyłącznie w oparciu o platformę Google). Przedstawił również wyniki kampanii testowych w Internecie.

W ocenie Izby potwierdził się podniesiony w obu odwołaniach zarzut zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, w celu ustalenia, czy wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba uznała, podzielając stanowisko Odwołujących, że oferta Przystępującego skonstruowana została w sposób, który uzasadniał wątpliwości co do ceny. W tych okolicznościach Zamawiający miał obowiązek skorzystać z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalenie, czy cena oferty jest rażąco niska wymaga odpowiedzi na pytanie, czy za zaoferowaną cenę możliwe i realne jest prawidłowe wykonanie zamówienia, zgodnie

17

z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz z treścią zobowiązania ofertowego. Zatem realność ceny, rozumiana jako możliwość wykonania za nią przedmiotu zamówienia, jest wyznacznikiem pozwalającym określić, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W zdecydowanej większości postępowań przetargowych punktem wyjścia do oceny tej kwestii jest odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia oraz porównanie jej do ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia oraz do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Ze względu na specyficzne ukształtowanie przez skorzystanie z Zamawiającego przedmiotowego postępowania, powyższych wskaźników nie byłoby miarodajne.

Po pierwsze, przedmiot zamówienia, jeśli chodzi o skalę świadczeń (liczbę określonych działań w ramach kampanii), nie został opisany przez Zamawiającego, ale pozostawiony do określenia przez wykonawców i objęty kryteriami oceny ofert.

Po drugie, Zamawiający nie był w stanie wykazać, w jaki sposób oszacował wartość zamówienia. Wskazał jedynie, że jako tę wartość podał kwotę, którą dysponuje i może wydatkować na wykonanie zamówienia. W świetle dokumentacji z postępowania i wyjaśnień Zamawiającego udzielonych na rozprawie wątpliwe jest, czy w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce jakiekolwiek oszacowanie wartości poszczególnych usług.

Po trzecie, warunki postępowania, wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert zostały ukształtowane w specyficzny sposób. Zamawiający bowiem określił maksymalny budżet na realizację przedmiotu zamówienia (ustanawiając rygor odrzucenia oferty w przypadku zaoferowania ceny przekraczającej wyznaczone maksimum), jednocześnie jako główne kryteria oceny ofert wskazując liczbę wykonanych w ramach zaoferowanego wynagrodzenia usług. W konsekwencji, ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców były niemal identyczne (równe maksymalnemu budżetowi określonego przez Zamawiającego), a różniły się liczbą reklam, publikacji i artykułów czy też odwiedzin w serwisie internetowym, za które to wskaźniki wykonawcy mogli otrzymać znaczną liczbę punktów w ramach oceny ofert.

W tych okolicznościach, jedynym miarodajnym wskaźnikiem, którym należało się posłużyć oceniając ofertę pod kątem ryzyka zaoferowania ceny rażąco niskiej, było odniesienie ceny oferty do liczby oferowanych świadczeń oraz do liczby świadczeń oferowanych za tę samą cenę przez pozostałych wykonawców. Taka analiza może bowiem zobrazować faktyczną wartość rynkową poszczególnych działań objętych przedmiotem zamówienia i pozwala stwierdzić, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia, w takiej skali, jaka wynika ze zobowiązania ofertowego.

Dokonanie takiej analizy prowadzi do ustalenia, że Przystępujący Lowe Media, za cenę równą cenom pozostałych ofert, zaoferował wykonanie wielokrotnie większego (w niektórych przypadkach kilkaset razy większego) zakresu działań reklamowych, niż zakres zaoferowany przez pozostałych wykonawców. W ocenie Izby uzasadnia to wątpliwości, czy wynagrodzenie przewidziane w ofercie Przystępującego pozwala sfinansować osiągnięcie zaoferowanych wskaźników kampanii, a więc czy za cenę tej oferty możliwe jest wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i ze zobowiązaniem ofertowym wykonawcy. Wątpliwości takie - stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - stwarzają po stronie Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w celu ustalenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, czego w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie uczynił.

Za wykonanie powyższego obowiązku nie można uznać wezwania do wyjaśnienia treści oferty, z powołaniem się na dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy. Nie były to wyjaśnienia na okoliczność rażąco niskiej ceny, nie tyle ze względu na podstawę prawną wezwania, ile na jego treść. Zamawiający wezwał bowiem do wyjaśnienia sposobu wykonania zamówienia, przede wszystkim od strony techniczno-organizacyjnej (sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie było jego intencją ustalenie realności ceny oferty, gdyż w tym zakresie nie miał wątpliwości), w tym do rozpisania budżetu i liczby reklam, co nie jest tożsame z wyjaśnieniem okoliczności mających wpływ na wysokość ceny. Ponadto, w ocenie Izby, udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia mogły stanowić dla Zamawiającego źródło dodatkowych wątpliwości co do rzetelności skalkulowania oferty, Przystępujący poinformował w nich bowiem, iż nie posiada szczegółowych informacji pozwalających na rozpisanie budżetu kampanii, powoływał się również na brak obowiązku szczegółowego przedstawienia sposobu przeprowadzenia kampanii na etapie składania ofert.

Izba nie ma podstaw, aby na etapie postępowania odwoławczego przesądzać, czy cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Wyjaśnienie tej kwestii należy do kompetencji Zamawiającego. Izba w postępowaniu odwoławczym nie zastępuje Zamawiającego, który nie przeprowadził procedury wyjaśniającej, stwierdza jedynie naruszenie przepisów polegające na zaniechaniu żądania wyjaśnień, do czego Zamawiający był zobowiązany. Wykazanie okoliczności mających wpływ na wysokość ceny powinno więc nastąpić w pierwszej kolejności wobec Zamawiającego, nie zaś przed Izbą. Dopiero dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień i czynności podjęte w jej wyniku mogą podlegać weryfikacji przez Izbę.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego Lowe Media Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Po wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający powinien poddać je ocenie i w zależności od wyników

tej oceny podjąć kolejne czynności w postępowaniu, przy czym w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub złożenia takich wyjaśnień, które nie wykazują realności ceny - odrzucić ofertę Przystępującego.

Na obecnym etapie postępowania, w związku z niewyjaśnieniem przez mających na ceny, nie Zamawiającego okoliczności wpływ wysokość podlegają zarzuty czynu konkurencji oraz uwzględnieniu dotyczące popełnienia nieuczciwej nieważności oferty ze względu na zaoferowanie świadczenia niemożliwego. Zarzuty te osadzają się bowiem na tezie o niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym zobowiązaniem ofertowym, przy wskazanej w ofercie cenie za realizację zamówienia. Są to więc zarzuty wtórne w stosunku do zarzutu rażąco niskiej ceny, nie oparte na odrębnej podstawie faktycznej.

W związku z udzielonym na rozprawie przez Odwołującego MEDIACAP S.A. wyjaśnieniem, że nie formułuje samodzielnego zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Lowe Media z treścią SIWZ, a tezy przedstawione w odwołaniu stanowią jedynie sygnalizację wątpliwości w tym zakresie, kwestia ta nie była przedmiotem oceny Izby.

2. Zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania Odwołującego Media Group Sp. z o.o.

W zakresie powyższego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie złożone w imieniu spółki Beijing Dentsu

Advertising CO Ltd. z siedzibą w Pekinie, o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy, doświadczenia i osób dla przeprowadzenia kampanii POT na rynku chińskim. Oświadczenie, bez własnoręcznego podpisu, zostało opatrzone pieczęcią firmową.

W dniu 25 czerwca 2013 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień (lub uzupełnienie dokumentów), m.in. w zakresie powyższego oświadczenia. Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył kopię oświadczenia o udostępnieniu zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem KIO, dowodem potwierdzającym udostępnienie zasobów może być pisemne zobowiązanie, ale złożone wyłącznie w oryginale. W związku z tym Zamawiający wezwał do przedstawienia oryginału oświadczenia lub złożenia innych dowodów potwierdzających dysponowanie odpowiednim potencjałem.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że złożony dokument jest oryginałem stanowiącym dowód udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że taka forma dokumentu jest stosowana jako oryginał w chińskim systemie prawnym i obrocie gospodarczym. Poinformował również, że pismo

20

otrzymał pocztą bezpośrednio z Chin, a dodatkowym potwierdzeniem udostępnienia niezbędnych zasobów są załączone referencje uzyskane od klientów chińskiego partnera.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Uzasadniając czynność wykluczenia Zamawiający podał, że spółka Media Group przedstawiła w swojej ofercie zobowiązanie Dentsu Advertising CO Ltd. do udostępnienia zasobów, niemniej złożony dokument nie ma formy pisemnej. Zamawiający powołał się na art. 78 KC, zgodnie z którym spełnienie wymogu formy pisemnej w zakresie jednostronnej czynności prawnej polega na zamieszczeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli. W związku z tym kopia dokumentu lub dokument z faksymile nie może być uznany za złożony na piśmie. W efekcie wykonawca nie potwierdził (ani w ofercie, ani na skutek wezwania do jej uzupełnienia), że faktycznie będzie dysponował zasobami Dentsu Advertising CO Ltd.

W ocenie Izby, zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia z postępowania Odwołującego Media Group Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, winno mieć formę pisemną (m.in. wyroki w sprawach: KIO 561/12, KIO 1116/12, KIO 1593/12, KIO 2604/12). W świetle tego stanowiska, Odwołujący - wykazując poleganie na zasobach innego podmiotu poprzez przedstawienie zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia tych zasobów - miał obowiązek złożyć to zobowiązanie w formie pisemnej.

W związku z powyższym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy złożony wraz z ofertą Odwołującego dokument zawierający przedmiotowe zobowiązanie miał formę pisemną. W tym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że skoro Odwołujący korzystał z formy dokumentu przewidzianej przez prawo państwa obcego (prawo chińskie), a niestosowanej na gruncie prawa polskiego, i powoływał się na równoważność tej formy z formą pisemną, to miał obowiązek wykazać zachowanie wszelkich wymogów niezbędnych do uznania tej równoważności.

Izba nie kwestionuje, że na gruncie prawa chińskiego w obrocie handlowym funkcjonują dokumenty opatrzone pieczęcią firmową, która stanowi surogat podpisu (w kwestii tej wypowiadała się już Krajowa Izba Odwoławcza w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 477/10, KIO 114/10). Bezdiskusyjne jest również stosowanie do takiej sytuacji

21

przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, zgodnie z którym dla zachowania formy czynności prawnej wystarczające jest zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Jednak wykonawca przedkładający taki dokument i powołujący się na jego równoważność z formą pisemną, miał

obowiązek to wykazać, czego w ocenie Izby Odwołujący nie uczynił.

Po pierwsze Odwołujący powołał się na przepis prawa chińskiego dotyczący zobowiązań umownych, nie wskazał podstawy zastosowania go do jednostronnych czynności prawnych. Podniósł jedynie, że możliwość taka wynika z wielu innych przepisów, jednak przepisów tych nie powołał.

Po drugie, dokument złożony przez Odwołującego opatrzony jest pieczęcią firmową, nie wiadomo jednak, czy jest to pieczęć odpowiadająca odpowiedniemu wzorowi i zarejestrowana zgodnie z przepisami, w sposób wymagany dla pieczęci zastępującej podpis.

Sam Odwołujący w treści odwołania stwierdził, że po skutecznym zarejestrowaniu pieczęci, jej wzór pozostaje na stałe we właściwym Biurze Bezpieczeństwa Wewnętrznego i będzie mógł służyć jako dowód w sprawie na wypadek ewentualnie powstałych sporów. Mimo to Odwołujący nie przedstawił takiego dowodu. Co więcej, na odparcie twierdzeń Przystępującego podnoszonych na rozprawie i popartych dowodami wskazującymi na niezgodność pieczęci w złożonym dokumencie z wzorem pieczęci określonym chińskimi przepisami (pismo z Polsko-Chińskiej Izby Gospodarczej oraz opinia prawna), Odwołujący posłużył się jedynie gołosłownym stwierdzeniem, że w praktyce obrotu handlowego funkcjonują dwa wzory pieczęci, jedna dla obrotu krajowego, druga dla międzynarodowego. Nie powołał jednak na tę okoliczność żadnych przepisów, ani nie przedstawił dowodów.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze względu na fakt, że Odwołujący był wezwany przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, brak jest podstaw do ponownego wezwania w tym zakresie. Zatem czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była zasadna.

3. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego Media Group Sp. z o.o.

W zakresie niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 2 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wymagał zaplanowania i zakupu emisji w stacjach telewizyjnych obejmujących aglomeracje

22

Pekinu, Szanghaju i Kantonu (Guangzhou), przy czym kampania telewizyjna musi objąć wszystkie trzy wskazane aglomeracje, a na żadną z aglomeracji nie można przeznaczyć mniej niż 25% łącznego budżetu kampanii telewizyjnej.

Odwołujący zaoferował przeprowadzenie kampanii reklamowej w telewizji w Chinach za łączną kwotę 3.560.737,00 zł, w ramach której wynagrodzenie na zakup emisji w aglomeracji Szanghaju miało wynieść 1.246.258,00 zł (tj. ok. 35% budżetu), w aglomeracji Pekinu - 1.424.295,00 zł (tj. ok. 40% budżetu), a w aglomeracji Kantonu 890.184,00 zł (co stanowiło 24,99% budżetu).

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, że oferta ta nie spełnia zamieszczonego w SIWZ warunku, zgodnie z którym na żadną z aglomeracji na rynku chińskim nie można przeznaczyć mniej niż 25% łącznego budżetu kampanii telewizyjnej.

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego w zakresie kwoty na zakup emisji w aglomeracji Kantonu jest niższa niż wymagane 25% kwoty na kampanię reklamową w telewizji w Chinach. Zamawiający stwierdził, że działania zmierzające do poprawienia tej kwoty nie mogą być podjęte, gdyż byłyby ingerencją w treść oferty, a ponadto zwiększałyby cenę oferty powyżej dopuszczalnego pułapu 27 mln zł.

W ocenie Izby, brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na nieprzeznaczenie na kampanię w aglomeracji Kantonu wymaganych przez Zamawiającego 25% budżetu na kampanię telewizyjną w Chinach.

Jednakże wobec ustalenia, że Odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kwestionowana czynność Zamawiającego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, zatem rozstrzygnięcie przedmiotowego zarzut staje się bezprzedmiotowe w kontekście dalszego przebiegu postępowania. Tym niemniej Izba stwierdza, że sytuacji gdyby Odwołujący nie podlegał

wykluczeniu z postępowania, istniały podstawy do poprawienia omyłki w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zostały spełnione wszystkie przewidziane powyższym przepisem warunki uzasadniające dokonanie poprawienia oferty. Bez wątpienia wskazana przez Zamawiającego wadliwość oferty stanowi niezgodność z treścią SIWZ, ale - zdaniem Izby - nie ma również wątpliwości co do tego, że wyeliminowanie tej niezgodności nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Świadczy o tym skala niezgodności i jej wartość kwotowa. Odwołujący na kampanię reklamową w aglomeracji Kantonu przeznaczył bowiem 24,99%

23

budżetu, a do wymaganych specyfikacją 25% zabrakło kwoty zaledwie 25 groszy. W ocenie Izby jest to typowy przypadek wypełniający dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzucanie oferty wyłącznie z powodu takiej wady stanowiłoby wyraz niczym nieuzasadnionego, zbytniego formalizmu, a takim właśnie sytuacjom ma zapobiegać przywołany wyżej przepis.

Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego o niemożliwości dokonania poprawienia omyłki ze względu na fakt, że stanowiłoby to ingerencję w treść oferty. Poprawienie w ofercie omyłki w każdym przypadku stanowi w pewnym stopniu ingerencję w ofertę, jednak przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jest to ingerencja dopuszczona przepisami prawa.

Istniała również możliwość poprawienia omyłki w sposób nieprowadzący do przekroczenia ustalonej przez Zamawiającego maksymalnej kwoty 27 mln zł (np. przez odpowiednie zmniejszenie budżetu w pozycjach, w których znacznie przekraczał on wymagane minimum 25%). Biorąc pod uwagę kwotę, o jaką nastąpiłoby poprawienie (25 gr) oraz fakt, że ostateczna decyzja co do poprawienia oferty w określony sposób należy do wykonawcy (który może nie wyrazić zgodę na poprawienie omyłki), brak było przeszkód do usunięcia tej nieistotnej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednak w związku z tym, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania poprawienia przedmiotowej omyłki.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

24

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

25