

Sygn. akt KIO/KD 10/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 26 stycznia 2016 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Gmina Parczew

ul. Warszawska 24

21-200 Parczew

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

Gmina promująca rozwój i przedsiębiorczość. Stworzenie i realizacja budowy marki Gminy Parczew jako miejsca przyjaznego inwestycjom.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący :	Ewa Sikorska
Członkowie :	Małgorzata Rakowska
	Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 7 stycznia 2016 roku od wyników kontroli z dnia 30 grudnia 2015 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: kontrolujący) przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. *Gmina promująca rozwój i przedsiębiorczość. Stworzenie i realizacja budowy marki Gminy Parczew jako miejsca przyjaznego inwestycjom.*

Stanowisko kontrolującego:

Kontrolujący ustalił, iż zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), przedmiotem zamówienia było opracowanie narzędzi promocji gospodarczej, w tym m.in. spotu reklamowego, filmu promocyjnego, prezentacji multimedialnej (katalogu) i realizacja działań związanych z promocją i marketingiem gospodarczym Gminy Parczew jako miejsca przyjaznego inwestycjom, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert (rozdz. 15 s.i.w.z.):

1. Cena – 70% – oferta z najniższą ceną uzyskiwała 70 punktów - 1 % odpowiadał 1 punktowi.
2. Zbieżność kreacji z założeniami kampanii – 30% – maksymalna liczba punktów, którą mogła uzyskać oferta wynosiła 30 punktów, przy czym ocenie poddawane były następujące parametry:

- 1 Projekt graficzny logotypu marki Gminy Parczew - dostosowanie obecnego znaku graficznego do działalności promocyjnej Gminy Parczew:

Jakość i oryginalność konceptu kreatywnego logotypu (maksymalnie 10 punktów).

Zamawiający oceniał wartości artystyczne (pomysłowość, oryginalność, estetyka) i wartości marketingowe (wywoływanie pozytywnych skojarzeń, łatwość rozpoznania i zapamiętywania).

Zamawiający opisał również sposób przyznawania konkretnej liczby punktów za projekt logotypu.

- 2 Scenariusz filmu promocyjnego:

Atrakcyjność scenariusza filmu promocyjnego (maksymalnie 10 punktów).

Zamawiający oceniał atrakcyjność scenariusza filmu promocyjnego pozwalającą zainteresować jak największą liczbę odbiorców. Ocenie podlegała niepowtarzalność i pomysłowość

przedstawionego scenariusza filmu promocyjnego, oddająca złożoność przekazywanych treści. Zamawiający zwracał uwagę na emocjonalność przekazu i sposób przedstawienia projektu scenariusza filmu promocyjnego, a także rozpoznawalność i możliwość skupienia uwagi odbiorców. Oceniane były takie parametry jak: dostosowanie obrazu do treści merytorycznej, opisane efekty wizualne, nowoczesne techniki filmowe podnoszące atrakcyjność. Zamawiający opisał również sposób przyznawania konkretnej liczby punktów za scenariusz filmu.

1 Scenariusz spotu reklamowego 30 s:

Atrakcyjność scenariusza spotu reklamowego (maksymalnie 10 punktów).

Zamawiający oceniał atrakcyjność scenariusza spotu reklamowego pozwalającą zainteresować jak największą liczbę odbiorców. Ocenie podlegała niepowtarzalność i pomysłowość przedstawionego scenariusza spotu reklamowego, oddająca złożoność przekazywanych treści. Zamawiający zwracał uwagę na emocjonalność przekazu i sposób przedstawienia projektu scenariusza spotu reklamowego, a także rozpoznawalność i możliwość skupienia uwagi odbiorców. Oceniane były takie parametry jak: dostosowanie obrazu do treści merytorycznej, opisane efekty wizualne, nowoczesne techniki filmowe podnoszące atrakcyjność. Zamawiający opisał również sposób przyznawania konkretnej liczby punktów za scenariusz spotu.

W celu dokonania oceny ofert w oparciu o opisane wyżej kryterium „zbieżność kreacji z założeniami kampanii”, zamawiający zażądał złożenia następujących dokumentów (rozdz. 7 SIWZ):

- 1) Projekt graficzny logotypu marki Gminy Parczew - dostosowanie obecnego znaku graficznego do działalności promocyjnej Gminy Parczew.
- 2) Scenariusz filmu promocyjnego.
- 3) Scenariusz 30s. spotu reklamowego.

Przed upływem wyznaczonego terminu do zamawiającego wpłynęło 5 ofert. Po dokonaniu ich oceny zamawiający wykluczył dwóch wykonawców, natomiast pozostałe oferty zostały ocenione zgodnie z poniższym zestawieniem:

Nr	Nazwa wykonawcy	Cena oferty brutto (waga-70%)	Zbieżność kreacji z założeniami kampanii (waga-30%)	Razem suma punktów
		ł	Logo: 2,40 pkt	

			Film: 2,00 pkt	
			Spot: 2,40 pkt	
			RAZEM: 6,80 pkt	
		†	Logo: 9,40 pkt	
		†	Film: 9,60 pkt	
		†	Spot: 9,60 pkt	
		†	RAZEM: 28,60 pkt	
		†	Logo: 5,00 pkt	
		†	Film: 5,80 pkt	
		†	Spot: 7,00 pkt	
		†	RAZEM: 17,80 pkt	

Wykonawca Kancelaria PARTNER S. P. dołączył do oferty jeden scenariusz 30s. spotu reklamowego, jeden scenariusz filmu promocyjnego oraz trzy projekty logotypu marki Gminy Parczew. Złożone projekty logotypu odróżniają się od siebie w sposób na tyle istotny, że należy je uznać za odrębne propozycje wykonawcy. Projekty zawierają bowiem odmienne grafiki, kolorystykę oraz rodzaje czcionki. Podobny pozostaje jedynie układ elementów tekstowych i graficznych.

Zamawiający został wezwany przez Prezesa Urzędu, pismem z dnia 27.10.2015 r. do wyjaśnienia sposobu oceny projektów Kancelarii PARTNER S. P. w ramach powyższego kryterium i metodyki przyznania punktów temu wykonawcy.

W odpowiedzi przekazanej pismem z dnia 30.10.2015 r. wyjaśniono, że „Zamawiający przyznał punkty Kancelarii PARTNER S. P. za złożone projekty logo, oceniając oddzielnie każdy projekt przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej i wyciągając średnią punktową z trzech ocenianych projektów logotypów”. Zamawiający przedstawił również tabelę obrazującą ilość punktów przyznanych każdemu z trzech projektów Kancelarii PARTNER przez poszczególnych członków komisji przetargowej.

Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 14.05.2015 r., zawierających odniesienie się do zarzutów zawartych we wniosku o kontrolę, Gmina Parczew poinformowała, że „zamawiający odczytał załączone przez Wykonawcę 3 logotypy jako próbę zaprezentowania jego artystycznych możliwości oraz wielopłaszczyznowości możliwości kreacyjnych, zachowując przy tym jeden i ten sam sposób wykonania zamówienia oraz jedną cenę (...). Zamawiający nie wykluczył jednoznacznie możliwości złożenia więcej niż jednego projektu logotypu, określając jedynie, że załączony do oferty projekt logotypu ma być oparty o herb Gminy Parczew”.

Kontrolujący stwierdził, iż zamawiający uznał dopuszczalność przedłożenia trzech projektów logotypu i poddał ocenie ofertę Kancelarii PARTNER. Złożone projekty logo zostały ocenione odrębnie, następnie obliczono średnią arytmetyczną przyznanych ocen, a osiągnięta wartość stanowiła liczbę punktów przyznanych ostatecznie za projekt logotypu marki Gminy Parczew.

Podobna sytuacja zaistniała w przypadku wykonawcy MODART M. K.. Wykonawca ten złożył wraz z ofertą dwa scenariusze 30s. spotu reklamowego, jeden scenariusz filmu promocyjnego oraz jeden projekt logotypu marki Gminy Parczew. Złożone scenariusze spotów opierają się na innej koncepcji twórczej i przewidują realizację spotów reklamowych o zupełnie innej treści. Stanowią one zatem odrębne, alternatywne propozycje wykonawcy. Zamawiający uznał jednak za prawidłowe złożenie dwóch scenariuszy przez MODART M. K. i poddał ocenie ofertę tego wykonawcy.

Kontrolujący zważył, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Konieczność odrzucenia oferty zaistnieje w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi niezgodność oferty z s.i.w.z. w aspekcie merytorycznym mającą charakter istotny, tj. wpływający na ocenę ofert. Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. koresponduje bezpośrednio z treścią art. 82 ust. 3 ustawy, który stanowi, że: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy jest wykonawca składający ofertę. To w interesie wykonawcy leży, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w s.i.w.z. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty przez zamawiającego. Jak wynika z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu, w przypadku zaistnienia opisanych przesłanek, jest bowiem obligatoryjne.

W przedmiotowej sprawie przyznanie punktów za dostosowanie obecnego znaku graficznego do działalności promocyjnej Gminy Parczew w ramach kryterium „zbieżność kreacji z założeniami kampanii” następowało na podstawie składanego przez wykonawców projektu graficznego logotypu marki Gminy Parczew. Z kolei ocena atrakcyjności scenariusza spotu reklamowego w ramach powyższego kryterium opierała się na składanym scenariuszu. Obowiązek złożenia powyższych dokumentów został określony w pkt 3 rozdziału 7 s.i.w.z. „Wykaz dodatkowych dokumentów”. Zgodnie z tym punktem wykonawcy zobowiązani zostali do

złożenia projektu graficznego logotypu, scenariusza filmu oraz scenariusza spotu reklamowego. Zamawiający posłużył się zatem liczbą pojedynczą przy opisie dokumentów, w związku z czym każdy wykonawca miał obowiązek złożenia m. in. jednego projektu graficznego logotypu oraz jednego scenariusza spotu. Kontrolujący stwierdził, że nie można przyjąć argumentacji zamawiającego przedstawionej w piśmie z dnia 14.05.2015 r., zgodnie z którą złożenie większej liczby projektów było dopuszczalne, gdyż, jak argumentował zamawiający, w żadnym punkcie s.i.w.z. taka możliwość nie została jednoznacznie wykluczona. Powyższe postanowienie s.i.w.z., wskazujące w liczbie pojedynczej na projekt logotypu i scenariusza spotu reklamowego jest jednak jasne, w związku z czym brak jest podstaw do dokonywania jego interpretacji wbrew nadanej mu jednoznacznej treści. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postanowienia s.i.w.z. wiążą zarówno wykonawców, jak i zamawiającego w takim znaczeniu, że zamawiający nie może odstąpić w toku badania i oceny ofert od ich stosowania. W procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający musi zatem kierować się, co do zasady, literalnymi postanowieniami specyfikacji, którą przekazał wykonawcom.

Wobec powyższego kontrolujący stwierdził, że złożenie przez Kancelarię PARTNER S. P. trzech projektów logotypów marki Gminy Parczew oraz złożenie przez MODART M. K. dwóch scenariuszy spotu reklamowego spowodowało niezgodność tych ofert z s.i.w.z.. Zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Ponadto kontrolujący stwierdził, iż zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. formułuje zasadę, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przeprowadzając postępowanie zamawiający nie może zatem podejmować czynności dyskryminujących bądź faworyzujących określonych wykonawców. Z powyższej zasady wynika między innymi obowiązek oceny ofert według tych samych kryteriów, jak również obowiązek jednolitego odniesienia do wszystkich wykonawców wymogów określonych w s.i.w.z..

W przedmiotowej sprawie określony w rozdz. 15 s.i.w.z. opis sposobu oceny ofert w kryterium oceny kreacji z założeniami kampanii dostosowany był do poddania ocenie wyłącznie jednego projektu logo, a także jednego scenariusza spotu reklamowego i filmu. Wskazuje na to sposób punktacji dokumentów, a także fakt, iż zamawiający nie przewidział w s.i.w.z. i nie opisał metody oceny i punktacji więcej niż jednego projektu logotypu i pozostałych dokumentów. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż dokumenty, o których mowa wyżej, pełniły istotną rolę przy

ocenie ofert wykonawców, ponieważ stanowiły podstawę do przyznania punktów w ramach kryterium „zbieżności kreacji z założeniami kampanii”. Z treści s.i.w.z. wynika, że punktacji podlegał jeden złożony projekt logo oraz jeden projekt scenariusza spotu reklamowego. W związku z tym, w sytuacji złożenia kilku różnych propozycji brak było podstaw do ich łącznej oceny jako ogólnej prezentacji umiejętności wykonawcy lub do wyboru jednego projektu i pominięcia pozostałych, jak również niedopuszczalna była oddzielna ocena każdego z projektów i obliczenie średniej arytmetycznej wszystkich ocen. Przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie, w odniesieniu do projektów logotypów, opisane w wyjaśnieniach z dnia 30.10.2015 r. przekazanych kontrolującemu, w jego ocenie, nie znajduje podstaw w treści s.i.w.z., wobec czego było rozwiązaniem niedopuszczalnym w kontrolowanym postępowaniu. Tylko złożenie jednego projektu oraz jednego scenariusza spotu reklamowego przez każdego z wykonawców pozwalało na osiągnięcie stanu porównywalności ofert i zapewnienie ich obiektywnej oceny.

Oceniając zgodność z ustawą Pzp przeprowadzonej oceny ww. ofert niezależnie od stwierdzonej wyżej konieczności ich odrzucenia, należy powtórnie zaznaczyć, że z SIWZ wynikał obowiązek złożenia przez wykonawców jednego projektu logotypu oraz jednego scenariusza spotu reklamowego. Tym samym dokonanie oceny ofert, w których przedstawiono 3 logotypy i 2 scenariusze spotu było niezgodne z kryteriami opisanymi w SIWZ. Zamawiający dokonał zatem oceny ofert nie na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. Ponadto dopuszczenie do sytuacji, w której jeden wykonawca przedstawił kilka niezależnych propozycji, inni zaś jedną propozycję, spowodowało utratę stanu porównywalności złożonych ofert, gwarantującego obiektywną ich ocenę.

Kontrolujący zaznaczył, że dopuszczenie złożenia trzech projektów i dwóch scenariuszy spotu, a następnie przystąpienie do ich oceny w okolicznościach niniejszego postępowania stało w sprzeczności z wymienioną wyżej zasadą równego traktowania wykonawców. W ocenie kontrolującego, nie ulega wątpliwości, że składając kilka projektów, bądź też scenariuszy, wykonawca dysponował większą możliwością zaprezentowania swoich umiejętności artystycznych i pomysłowości. Tym samym mógł wywołać lepszy efekt i zapewnić sobie korzystniejszą ocenę w porównaniu z innymi wykonawcami, którzy – zgodnie z wymogami s.i.w.z. – złożyli jeden dokument. Dopuszczenie do takiej sytuacji stanowiło nieuzasadnione faworyzowanie Kancelarii PARTNER S. P. oraz MODART M. K. i było przejawem nierównego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

W związku z powyższym kontrolujący stwierdził, że oceniając niezgodnie z zapisami s.i.w.z. trzy logotypy w ofercie Kancelarii PARTNER S. P. i dwa scenariusze spotu reklamowego w ofercie MODART M. K., zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie kryteriów innych niż

opisane w s.i.w.z. Oznacza to, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Kontrolujący podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w s.i.w.z. zamawiający opisał warunek dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wykonawcy musieli wykazać posiadanie zdolności kredytowej lub środków finansowych na rachunku bankowym lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, w wysokości minimum 50 000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku zamawiający wymagał w s.i.w.z. złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości minimum 50 000 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca Agencja Reklamowa CUMULUS J. M. złożył wraz z ofertą zaświadczenie z banku zawierające stwierdzenie, że *„aktualnie Klient korzysta w naszym Banku z kredytu w rachunku bieżącym z przyznanym limitem w kwocie 145.000,00 zł”*.

Kontrolujący zauważył, że z powyższego zaświadczenia nie wynika, jaką zdolnością kredytową, ani jakimi środkami wykonawca dysponował w dowolnym dniu przypadającym w ciągu 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Bank potwierdził jedynie bieżące korzystanie przez wykonawcę z kredytu z określonym limitem. Przy tak sformułowanej informacji zamawiający nie dysponował pewnością co do wysokości środków pozostałych w dyspozycji wykonawcy w ramach przyznanego limitu. Nie ulega wątpliwości, że skorzystanie z części dostępnych środków pomniejsza limit przyznany przez bank, stąd też możliwa była sytuacja, w której na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert dostępny limit opiewał na kwotę mniejszą niż 50 000,00 zł. Ze złożonego zaświadczenia nie wynikało również ewentualnie, kiedy bank badał zdolność kredytową wykonawcy na potrzeby udzielonego kredytu. Zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy do uzupełnienia informacji banku lub SKOK w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Kontrolujący stwierdził, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy

podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W ocenie kontrolującego, brak opisanych wyżej informacji nie pozwalał zamawiającemu na stwierdzenie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku zdolności finansowej. W związku z tym zamawiający zobowiązany był do wezwania Agencji Reklamowej CUMULUS J. M. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego ilość środków finansowych lub zdolność kredytową. Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Stanowisko zamawiającego:

Pismem z dnia 7 stycznia 2016 roku doręczonym do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2016 roku zamawiający zgłosił do kontrolującego umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej.

Zamawiający przywołał stanowisko wyrażone z Komentarzu Prawo zamówień Publicznych do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. pod red. Tomasza Czajkowskiego, wyd. 3, zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu, gdy jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2). Treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z. wówczas, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia.

Zamawiający przywołał również komentarz do art. 82 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z treścią s.i.w.z. Podkreślić należy, że chodzi w tym przypadku o treść, tj. merytoryczną zawartość (tekst) obu dokumentów, a nie o ich formę. Treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., jeżeli przykładowo wykonawca oferuje wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w s.i.w.z., proponuje dłuższy niż określony w s.i.w.z. termin wykonania zamówienia, oświadcza, że jest związany ofertą przez okres krótszy niż określony w s.i.w.z., dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w s.i.w.z., dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w s.i.w.z. bądź zachodzi sprzeczność jakiegoś istotnego postanowienia oferty ze wzorem umowy (np. we wzorze umowy okres gwarancji określono na 3 lata, a wykonawca proponuje 2 lata).

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1093/08 oraz wyrok z dnia 26 marca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 218/08.

Zamawiający podniósł, że w s.i.w.z. nie sprecyzował zwrotu „Projekt”, a zgodnie z opisanymi kryteriami oceny ofert poddawał ocenie: jakość i oryginalność kreatywnego logotypu, wartości artystyczne (pomysłowość, oryginalność, estetyka) i wartości marketingowe (wywoływanie pozytywnych skojarzeń, łatwość rozpoznania i zapamiętywania).

Zamawiający wskazał, że nie wykluczył jednoznacznie możliwości złożenia więcej niż jednego logotypu, określając jedynie, że załączony do oferty projekt logotypu ma być oparty o herb Gminy Parczew.

Zamawiający stwierdził, że poddana ocenie, a następnie wybrana przez niego oferta wykonawcy Kancelaria Partner S. P. w Lublinie, odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że zapewnia realizację go w całości oraz zaspokaja oczekiwania i interesy zamawiającego oraz nie wypełnia przesłanek stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający poinformował, że projekt został już w całości zrealizowany i całkowicie rozliczony.

Stanowisko kontrolującego w związku ze złożonymi zastrzeżeniami:

Pismem z dnia 19 stycznia 2016 roku kontrolujący poinformował zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 30.12.2015 r., przekazanej pismem UZP/DKUE/W3/421/30(5)/15/JB.

Kontrolujący zwrócił uwagę, iż zamawiający opisał w punktach 3-5 rozdziału 7 s.i.w.z. zakres dokumentów wymaganych na potrzeby oceny ofert w kryterium „zbieżność kreacji z założeniami kampanii”. Zgodnie z tymi punktami wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia projektu graficznego logotypu, scenariusza filmu oraz scenariusza spotu reklamowego. Sposób wyrażenia powyższego wymogu, zawierający zwroty sformułowane w liczbie pojedynczej przy opisie dokumentów, nie pozostawia wątpliwości, iż tylko złożenie jednego projektu bądź scenariusza czyniło zadość wymaganiom zamawiającego. Nie można w związku z tym przyjąć argumentacji zamawiającego, iż w s.i.w.z. nie sprecyzowano pojęcia „projekt” i nie wykluczono jednoznacznie możliwości złożenia więcej niż jednego projektu logotypu, przez co dopuszczalne było złożenie większej liczby dokumentów. Wykładnia specyfikacji prezentowana przez

zamawiającego nie ma oparcia w jej brzmieniu i należy uznać ją za niedopuszczalną, gdyż pozwala na odmienny niż wyrażony jednoznacznie w s.i.w.z. sposób oceny ofert. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią s.i.w.z. i na etapie oceny ofert nie może odstępować od przyjętych wcześniej zasad.

Tym samym, w ocenie kontrolującego, w kontrolowanym postępowaniu nie było możliwości uznania za zgodne z s.i.w.z. złożenie przez Kancelarię PARTNER S. P. trzech projektów logotypów marki Gminy Parczew oraz złożenie przez MODART M. K. dwóch scenariuszy spotu reklamowego. W świetle postanowień s.i.w.z. zawartych w rozdz. 7 należy stwierdzić, że iż oferty ww. wykonawców były niezgodne ze specyfikacją.

Kontrolujący nie zgodził się z zamawiającym, iż powyższa niezgodności oferty z s.i.w.z. miała charakter nieistotny i pozamerytoryczny, przez co nie kwalifikowała się do zakresu objętego dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kontrolujący przypomniał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku przedstawienia w ofercie świadczenia odmiennego od opisanego przez zamawiającego w s.i.w.z., oferta obarczona jest niezgodnością prowadzącą do jej odrzucenia w oparciu o powyższy przepis. Jednakże treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nie upoważnia do stwierdzenia, że jest to jedyny rodzaj niezgodności oferty z s.i.w.z., obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty. Norma zawarta w tym przepisie odnosi się również do innych istotnych, merytorycznych wymagań zamawiającego, w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami danego postępowania. Kontrolujący wskazał, że określenie przez wykonawcę terminu związania ofertą w wymiarze krótszym niż wymagany w s.i.w.z. powoduje niewątpliwie konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Podobnie należy ocenić uchybienia zawarte w ofertach wykonawców Kancelaria PARTNER oraz MODART M. K.. Wadą obarczone są bowiem dokumenty składane na potrzeby oceny ofert w kryterium „zbieżność kreacji z założeniami kampanii”. Dokumenty te stanowiły wyłączną podstawę przyznania punktów wykonawcom i bezpośrednio wpływały na ocenę ofert. Zatem odstępstwo od określonych w s.i.w.z. wymogów i sposobu oceny ofert w przywołanym kryterium prowadziło do zmiany w punktacji i wpływało na wybór oferty najkorzystniejszej. W kontrolowanym postępowaniu uchybienia w ofertach wykonawców Kancelaria PARTNER oraz MODART M. K. dotyczyły zatem merytorycznych aspektów oferty, odnoszących się do istotnych wymogów zamawiającego i wpływających na ocenę ofert w ramach ww. kryterium. Z tego względu zasadnie stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria PARTNER S. P. oraz wykonawcy MODART M. K..

Kontrolujący wskazał, że równolegle z powyższym naruszeniem wskazano w Informacji o wyniku kontroli naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., jednakże w zastrzeżeniach do wyniku kontroli zamawiający nie odniósł się do konkretnych argumentów podniesionych przez Prezesa Urzędu. Należy jednak podkreślić, że istota powyższego naruszenia opierała się na stwierdzeniu, iż zamawiający oceniając trzy logotypy w ofercie Kancelarii PARTNER S. P. i dwa scenariusze spotu reklamowego w ofercie MODART M. K., dokonał oceny ofert na podstawie kryteriów innych niż opisane w s.i.w.z. Kontrolujący podkreślił, że określony w rozdz. 15 s.i.w.z. opis sposobu oceny ofert w kryterium oceny zbieżności kreacji z założeniami kampanii dostosowany był do poddania ocenie wyłącznie jednego projektu logo, a także jednego scenariusza spotu reklamowego i filmu. Wskazuje na to sposób punktacji dokumentów, a także fakt, iż zamawiający nie przewidział w s.i.w.z. i nie opisał metody oceny i punktacji więcej niż jednego projektu logotypu i pozostałych dokumentów. W związku z tym, w sytuacji złożenia kilku różnych propozycji brak było podstaw do ich łącznej oceny jako ogólnej prezentacji umiejętności wykonawcy lub do wyboru jednego projektu i pominięcia pozostałych, jak również niedopuszczalna była oddzielna ocena każdego z projektów i obliczenie średniej arytmetycznej wszystkich ocen. Tylko złożenie jednego projektu oraz jednego scenariusza spotu reklamowego przez każdego z wykonawców pozwalało na osiągnięcie stanu porównywalności ofert i zapewnienie ich obiektywnej oceny.

Kontrolujący zaznaczył, że treść s.i.w.z. w powyższym zakresie była jednoznaczna i, jak wykazano w uzasadnieniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., nie pozwalała na jakąkolwiek rozszerzającą interpretację. Przyjęcie odmiennego rozwiązania stanowiło niedopuszczalne odstępstwo od wymogów określonych wprost w s.i.w.z. Tym samym dokonanie oceny ofert, w których przedstawiono 3 logotypy i 2 scenariusze spotu było niezgodne z kryteriami opisanymi w s.i.w.z.. Zamawiający dokonał zatem oceny ofert nie na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji. Ponadto, jak stwierdzono i uzasadniono w Informacji o wyniku kontroli, przyjęcie za prawidłowe i ocena ofert złożonych przez Kancelarię PARTNER S. P. i MODART M. K. stanowiło nieuzasadnione faworyzowanie tych wykonawców i było przejawem nierównego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

W ocenie kontrolującego, aktualne pozostaje stwierdzenie, że oceniając wbrew zapisom s.i.w.z. trzy logotypy w ofercie Kancelarii PARTNER S. P. i dwa scenariusze spotu reklamowego w ofercie MODART M. K., zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie kryteriów innych niż

opisane w s.i.w.z. Oznacza to, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Kontrolujący stwierdził, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej należy uznać za zasadne.

Analiza treści s.i.w.z. (rozd. 15) wskazuje, że opis sposobu oceny ofert w kryterium oceny zbieżności kreacji z założeniami kampanii przewidywał ocenę wyłącznie jednego projektu logo, a także jednego scenariusza spotu reklamowego i filmu. Wniosek taki wynika z ustalonego przez zamawiającego sposobu przyznawania punktów oraz okoliczność, że zamawiający nie przewidział w s.i.w.z. i nie opisał metody oceny i punktacji więcej niż jednego projektu logotypu i pozostałych dokumentów. Tym samym, w sytuacji złożenia kilku różnych propozycji, zamawiający nie był uprawniony do łącznej oceny jako ogólnej prezentacji umiejętności wykonawcy lub do wyboru jednego projektu i pominięcia pozostałych, jak również niedopuszczalna była oddzielna ocena każdego z projektów i obliczenie średniej arytmetycznej wszystkich ocen. Tylko złożenie jednego projektu oraz jednego scenariusza spotu reklamowego przez każdego z wykonawców pozwalało na osiągnięcie stanu porównywalności ofert i zapewnienie ich obiektywnej oceny.

Tym samym należy zgodzić się z kontrolującym, iż treść ofert złożonych przez Kancelarię PARTNER S. P. i MODART M. K. była niezgodna z treścią s.i.w.z. i zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał ich odrzucenia, naruszając przez to art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie

w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, iż zamawiający przy ocenie oferty odwołującego, odstąpił od stosowania wymogów, które sam określił w s.i.w.z. Działanie takie należy ocenić jako naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. W myśl art. 91 ust. 1 zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie

kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. obliuguje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że wykonawcy, działając w zaufaniu do racjonalności działań zamawiającego, kalkulują ofertę i konstruują jej treść na podstawie zasad wyrażonych w s.i.w.z. i muszą mieć pewność, iż ich oferty zostaną ocenione zgodnie z przyjętymi w s.i.w.z. zasadami oceny i zasady te pozostaną niezmienione wobec każdej oferty złożonej w postępowaniu. Odstępstwa od przyjętych w s.i.w.z. godzą w bezpieczeństwo obrotu oraz mogą prowadzić niebezpiecznej i niepożądaney praktyki pozwalającej na zmiany specyfikacji z naruszeniem zasad określonych art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślić dodatkowo należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy P.z.p. i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....