

Sygn. akt KIO/UZP 1204/09

WYROK
z dnia 24 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodzimierza Rajczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAFFITI – Agencja Reklamowa Włodzimierz Rajczyk, Encja.com Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9a, 41-506 Chorzów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** protestu z dnia **24 lipca 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie**

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodzimierza Rajczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAFFITI – Agencja Reklamowa Włodzimierz Rajczyk, Encja.com Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9a, 41-506 Chorzów,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodzimierza Rajczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAFFITI – Agencja Reklamowa Włodzimierz Rajczyk, Encja.com Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9a, 41-506 Chorzów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Włodzimierza Rajczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAFFITI – Agencja Reklamowa Włodzimierz Rajczyk, Encja.com Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9a, 41-506 Chorzów**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa zintegrowanego systemu informowania o możliwościach inwestycyjnych w Województwie Śląskim w oparciu o istniejące elementy infrastruktury oraz opracowanie na tej bazie koncepcji i przeprowadzenie kampanii promocyjnej, której celem jest kształtowanie i utrzymywanie wizerunku Województwa Śląskiego jako regionu atrakcyjnego gospodarczo i inwestycyjnie.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 12-016828.

W dniu 24 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Business Consulting Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez zastosowanie przy wyborze oferty całkowicie uznaniowych oraz nie wyszczególnionych w SIWZ sposobów oceny, które dodatkowo są sprzeczne ze zwykle przyjmowanymi w dziedzinie marketingu standardami i metodologią postępowania i które w świetle tych standardów i metodologii nie umożliwiają rzetelnej weryfikacji złożonych ofert,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, ze względu na podanie przez niego w ofercie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, ewentualnie
4. art. 93 ust.1 pkt 7 poprzez brak unieważnienia do tej pory postępowania, którego sposób prowadzenia całkowicie narusza art. 7 w zw. z art. 91 ust.1 w zw. z art. 36 ust.1 pkt 13, co uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na treść art. 146 ust. 1 pkt 6.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o:

- powtórzenie czynności oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ oraz, ze względu na brak w tym zakresie dalszych wskazań w treści specyfikacji, zgodnie z przyjętymi w doktrynie i literaturze marketingu priorytetami określającymi realną ewaluację działań promocyjnych oraz wykluczenie Business Consulting Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty, ewentualnie
- unieważnienie postępowania, z uwagi na fakt, że dotknięte jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób drastyczny naruszył wszelkie reguły rządzące procedurami udzielania zamówień publicznych oraz utożsamiał tryb dialogu konkurencyjnego z konkursem. Fundamentalną dla udzielania zamówień publicznych zasadą, którą Zamawiający powinien kierować się przy wszystkich swoich działaniach jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z którą połączona jest zasada transparentności podejmowanych w postępowaniu działań (art. 7 ustawy Pzp). Z zasad tych wynika m.in. obowiązek opisanie w SIWZ sposobu oceny ofert oraz stosowania się do tego opisu podczas rozstrzygania postępowania (art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust.1 ustawy Pzp).

Nie sposób mówić o uczciwej konkurencji, jeśli dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający w sposób całkowicie autonomiczny określa metody punktacji oraz priorytety oceny, nie będąc w żaden sposób związany jakimikolwiek weryfikowalnymi prawidłami. Jeśli ocena ofert nie wynika wprost z przedstawionego w SIWZ algorytmu, Zamawiający ma obowiązek swój wybór szczegółowo uzasadnić, opierając się na metodologii i systematyce opisanej w SIWZ, a jeśli SIWZ w tym zakresie milczy, zgodnie z przyjętymi w danej dziedzinie standardami postępowania.

W SIWZ przyznano 50% wagę dla kryterium nazwanego "koncepcja działań promocyjnych" stwierdzając jednocześnie, że "punkty za budowę systemu i kampanii promocyjnej oraz ich zgodność z linią kreatywną zostaną przyznane na podstawie załączonych do oferty dokumentów sporządzonych zgodnie z opisem zamówienia oraz sposobem sporządzenia oferty". Specyfikacja w żaden dodatkowy sposób nie zawierała nawet najmniejszej wskazówki, które elementy koncepcji i wedle jakich prawideł zostaną ocenione, co w zestawieniu dodatkowo z przyznaniem temu kryterium aż 50% wagi prowadziło do sytuacji, że ocena ofert przeprowadzona w sposób taki, jak to rozumiał Zamawiający, cechowała się całkowitą dowolnością i brakiem jakiegokolwiek możliwości weryfikacji jego działań.

Skoro w SIWZ nie znalazło się ani jedno wskazanie na temat tego, które elementy kampanii i na podstawie jak zdefiniowanych prawideł zostaną ocenione, jedyny sposób oceny ofert, który nie naruszałby SIWZ to sposób odwołujący się do ww. standardów i metodologii marketingu, czyli ogólnie mówiąc metod weryfikujących siłę przekazu zawartego w reklamie. Tymczasem z protokołu postępowania i z uzasadnienia wyboru oferty Business Consulting Sp. z o.o. wynika, że o wyborze zdecydowały subiektywne upodobania i odczucia członków komisji przetargowej, oderwane od w pełni obiektywnej oceny złożonych ofert. Członkowie oceniali oferty w różny sposób, według różnych kryteriów, zwracając uwagę na różne ich elementy i różnie definiując priorytety, wedle których przebiegała ta ocena, dodatkowo uzasadniając swój wybór w sposób lakoniczny i przyjmując za punkt wyjścia oraz jedyny punkt odniesienia swoje własne poczucie estetyki.

Dodatkowo Odwołujący się zwraca uwagę, że ocena ofert w zakresie II Etapu przedmiotu zamówienia w sposób drastyczny odbiega od przyjętych w marketingu wzorców postępowania. Rolą kampanii promocyjnej jest osiągnięcie pewnego skutku w postaci przyciągnięcia uwagi do promowanego produktu. Pierwszoplanową rolę w takich kampaniach odgrywa atrakcyjność form wizualnych, słownych, innowacyjność pomysłu i umiejętność przysłowiowego "przyciągnięcia oka klienta", zwrócenia uwagi na pozytywne aspekty promowanego produktu. Jest to jedna z podstawowych zasad marketingu. O atrakcyjności inwestycyjnej województwa śląskiego nie decyduje "złożoność prac nad systemem" ani "racjonalność systemu", którymi to przymiotnikami członkowie komisji

obdarzają wybraną ofertę, a które nie mają żadnego przełożenia na oddziaływanie na potencjalnego odbiorcę. De facto wszyscy członkowie komisji przetargowej ocenili rozwiązania wizualne i graficzne zawarte w ofercie Odwołującego się jako najlepsze, najbardziej nowatorskie i atrakcyjne. Zupełnie więc niezrozumiałe jest, że wyżej ocenia się ofertę, która, jak sami członkowie komisji stwierdzają w treści protokołu jest "niezbyt innowacyjna", "mało dynamiczna" i w niektórych elementach „mało przekonująca”.

Odwołujący się zwraca uwagę, że dialog konkurencyjny jest trybem udzielenia zamówienia publicznego, a nie sposobem wyłonienia najładniejszej pracy. Tymczasem Zamawiający zastosował tryb udzielenia zamówienia publicznego, a następnie dokonał wyboru w oparciu o kryteria, które nawet w konkursach mają pełniejszy i bardziej precyzyjny opis w regulaminie i uzasadnieniu wyboru. Dialog konkurencyjny to normalny tryb udzielenia zamówienia, do którego należy stosować wszystkie przepisy rządzące tymi procedurami. Zarówno treść SIWZ, jak i sposób oceny ofert opiera się na tych samych założeniach, co w innych postępowaniach.

Dodatkowo Odwołujący się podnosi, iż trzech członków komisji przetargowej, przedstawiło, jako chyba jedyną wadę oferty Odwołującego się, brak opisu rozwiązania kwestii związanych z translacją danych na inne języki niż angielski, co wydaje się zadecydowało o niższej ocenie oferty Odwołującego się. Jest to zarzut całkowicie chybiony, zwłaszcza w kontekście faktu, że komisja generalnie najwyżej oceniła nasze rozwiązania wizualne i graficzne, które jak dowodzą badania, stanowią absolutny trzon strategii marketingowej i najczęściej przesądzają o jej sukcesie. Proponowane przez wybranego wykonawcę rozwiązania automatycznego tłumaczenia na języki obce mogą jedynie skompromitować Zamawiającego w oczach inwestorów. Wszystkie takie rozwiązania służą do prostego tłumaczenia tekstu, na najbardziej podstawowym poziomie. Nawet wpisując proste komunikaty, otrzymujemy całkowicie niegramatyczne zdania. Przygotowany przez Odwołującego się system, jak wyraźnie zaznaczono w ofercie, przystosowany jest do wielojęzycznej obsługi. Odwołujący się nie zaoferował automatycznego tłumacza, ponieważ stosowanie takich narzędzi przy promocji atrakcyjności inwestycyjnej województwa śląskiego jest pomysłem całkowicie chybionym i mogącym wręcz ośmieszyć prowadzącą kampanię.

Odwołujący się skupił się na innych elementach oferty, np. opracowaniu spójnej oraz funkcjonalnej platformy internetowej oraz intrygującej dla przedsiębiorców oraz innowacyjnej kampanii informacyjnej, które zgodnie z powszechnie przyjętymi standardami, mają w takich sytuacjach pierwszorzędne znaczenie i najczęściej decydują o powodzeniu działań promocji regionów.

Niezależnie od powyższych uwag, Odwołujący się wskazuje na nieścisłości w ofercie Business Consulting Sp. z o.o., a także brak w niej elementów, wymaganych przez SIWZ. Ze

względu na treść SIWZ, elementy te powinny skutkować odrzuceniem oferty Business Consulting Sp. z o.o., a w najlepszym wypadku odbić się na jej punktacji, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

W ofercie wybranej brak jakichkolwiek propozycji w przedmiocie raportu pokampanijnego, ponadto brak informacji na temat liczebności grupy docelowej badań.

W treści wybranej oferty znajduje się informacja, że ze względu na założenia kampanii oraz grupę docelową głównym kanałem komunikacji będzie Internet i dlatego na ten kanał alokowano odpowiedni procent budżetu (str. 39 oferty). W media planie z kolei określono między innymi ilość odsłon komunikatów na portalach. Ilość tych odsłon jest znacząco mniejsza od proponowanych ilości przez Odwołującego się. Prawdą jest, że działania promocyjne w Internecie, w kontekście określonych celów marketingowych oraz na podstawie analizy grupy docelowej, charakteryzują się wysoką skutecznością. Jednak skuteczność tych działań zależy od wielu czynników, tj. np.: liczby odsłon oraz zaplanowanej liczby kontaktów odbiorców z reklamą. Zaplanowana przez Business Consulting Sp. z o.o. kampania będzie odznaczać się niewielkim zasięgiem, a co za tym idzie niskim poziomem zauważalności oraz niskim wskaźnikiem dotarcia do odbiorców. Będzie więc mało skuteczna.

W związku z przekazanym Zamawiającemu media planem zaskakujący jest fakt, że głównym nośnikiem w kampanii, Business Consulting Sp. z o.o. uczynił Internet. Wartość cennikowa zaprezentowanego przez wybranego Wykonawcę media planu (na podstawie ogólnodostępnych informacji ze stron www konkretnych mediów) to 192 944,75 zł netto. Praktyką jednak jest, że nikt nie kupuje mediów po cenach cennikowych. W związku z tym Odwołujący się zwrócił się z zapytaniem o wycenę takiego media planu do domu mediowego oraz otrzymał ofertę na niecałe 50 tys. zł netto. Za taką kwotę można zrealizować kampanię internetową wybranego wykonawcy. Kwota ta stanowi ok. 10% budżetu alokowanego na II Etap - przeprowadzenie kampanii. W kontekście okoliczności, że jest to główny kanał dotarcia, omawiany zakres oferty wybranego wykonawcy, uznać należy za całkowicie nieuzasadniony ekonomicznie.

Dodatkowo SIWZ określa, że kampania powinna trwać co najmniej miesiąc. Natomiast kampania wybranego wykonawcy w Internecie (protestujący podkreśla, że wedle oferty wybranego wykonawcy, jest to główny kanał dotarcia do odbiorców) jest zaplanowana, jak wynika z media planu, łącznie na 3 tygodnie.

Ponadto na stronie 30 wybranej oferty, padają stwierdzenia, że "Wysyłka zagraniczna generalnie rodzi wiele problemów z uwagi na ceny i trudności z identyfikacją użytkowników - dlatego proponujemy aby np. wykorzystać ją w kolejnych kampaniach (np. serwis CFO)." Natomiast wycena tego elementu kampanii znajduje się w media planie. W związku z tym nie jest jasne, czy zostało to ujęte w budżecie, a co za tym idzie będzie zrealizowane. W SIWZ

nie dopuszczono wariantowych rozwiązań i Wykonawca jednoznacznie powinien wskazać na czym polega jego koncepcja systemu, a nie przedstawiać zbiór propozycji do dowolnego wykorzystania.

Oferta Business Consulting Sp. z o. o. nie spełnia również innych wymagań stawianych w SIWZ. Jako element istotny, będący warunkiem koniecznym oferty (pkt IV ppkt 5 SIWZ), było określenie dokładnych kosztów utrzymania i administracji systemu łącznie z jego obsługą i rozwojem po zakończeniu projektu, a także propozycje rozwiązań w tym obszarze. Wykonawca wybranej przez komisję oferty w stworzonej przez siebie specyfikacji dotyczącej etapu I, przedstawił listę rozwiązań technologicznych, które zostaną wykorzystane do budowy oraz funkcjonowania aplikacji, jednak nie przedstawił, jakie koszty muszą zostać poniesione w celu uruchomienia ich oraz późniejszego ich utrzymania. Dodatkowo nie zostało przedstawione, w jakim środowisku aplikacja powinna pracować, jakie wymagania sprzętowe po stronie serwera oraz klienta będą konieczne do prawidłowego jej funkcjonowania. Jednocześnie patrząc na złożoność zadań jakie mają być wykonywane przez te aplikacje nasuwa się pytanie dotyczące zasobów systemowych potrzebnych do jej płynnego i sprawnego działania, co ciągnie za sobą konieczność zakupu odpowiednio mocnej maszyny serwerowej oraz zapewnienie jej właściwych do jej potrzeb warunków pracy. W związku z tym, iż jedna z wymienionych aplikacji została stworzona do pracy tylko w środowisku Microsoft Windows (Blackwidow crawler) można wnioskować iż docelowym środowiskiem pracy tworzonej aplikacji będzie właśnie ten system operacyjny. Generuje to konieczność zakupu licencji na ten system. Dwie z wymienionych aplikacji (BlackWidow Crawler, Translatica Server), które będą wykorzystane do funkcjonowania systemu są objęte prawami licencyjnymi, które należy wykupić, co także nie zostało uwzględnione. Oprócz aspektów związanych z uruchomieniem aplikacji oraz jej funkcjonalnością, jest także kwestia jej utrzymania oraz administracji. Serwerowi należy zapewnić miejsce na jego kolokację oraz przyłączyć internetowe przez które maszyna będzie się komunikować ze światem zewnętrznym, a także administratora, który będzie odpowiedzialny za jej właściwe funkcjonowanie oraz zabezpieczenie. Niesie to za sobą konieczność ponoszenia opłat miesięcznych, za kolokację, łącze internetowe oraz wynagrodzenie, o których wybrany oferent nie poinformował.

Oferta Business Consulting Sp. z o.o. nie zawiera również miarodajnej informacji na temat wykorzystywanych w produkcji technologii i języków programowania. Opis technologii (np. str. 11) sprowadza się do skrótowego podania metod prezentacji po stronie użytkownika, jednak nie ma informacji o wykorzystywanych językach programowania. Z uwagi na konieczność umieszczenia w ofercie informacji o administracji i możliwościach dalszego rozwoju systemu brak pełnych danych o wykorzystywanych technologiach

uniemożliwia ocenę możliwości jego konserwacji i integracji w przyszłości z innymi działaniami promocyjnymi i przedsięwzięciami informatycznymi.

W ofercie Business Consulting Sp. z o.o. nie podano również jednoznacznie metodyki zarządzania projektem informatycznym - wskazano jedynie rodzinę metodyk zwinnych (AZP), które to w zależności od charakteru projektu, technologii, wielkości zespołu i sposobu zarządzania organizacją (np. z uwagi na uwarunkowania kulturowe, przepisy prawa pracy) mogą być bardzo różne.

Zarówno protokół z postępowania, jak i informacja o rozstrzygnięciu zostały zatwierdzone tylko przez przewodniczącego komisji przetargowej. Niezależnie od faktu, czy posiadał on pełnomocnictwa do takowych czynności, których Odwołujący się nie widział, jest to sprzeczne z art. 20 ust. 3 ustawy Pzp. Komisja nie może wnioskować do samej siebie, ani do jej członka, a tym bardziej jej przewodniczącego, który z uwagi na obowiązujące w urzędach regulaminy zazwyczaj posiada decydującą rolę w prowadzeniu jej obrad. Sytuacja taka bowiem prowadzi do negowania jej funkcji jako ciała pomocniczego kierownika jednostki i często wypacza przebieg jej obrad, które z zasady powinny być fachowe, bezstronne i wolne od nacisków.

Poza tym wybrana oferta składa się z nie podpisanych i nawet nie opieczetowanych kartek, które z łatwością można podmienić. Forma tej oferty może wręcz budzić wątpliwość, co do jej ważnego złożenia. Wersja elektroniczna tej oferty nie zawiera media planów, które znajdują się w pisemnych materiałach.

Dodatkowo w SIWZ brak de facto pouczenia o wniesieniu środków odwoławczych, ponieważ znajdujące się tam odesłanie do ustawy nie jest żadnym pouczeniem. Przez pojęcie "pouczenia" należy rozumieć przynajmniej wskazanie terminu, form i podstawowej treści środka odwoławczego.

Ponadto, mimo prośby o wgląd w protokół z wyboru najkorzystniejszej oferty wraz ze wszystkimi załącznikami Zamawiający w udostępnionych dokumentach nie przedstawił dowodu skutecznej wpłaty wadium, w postaci określonej w SIWZ, przez firmy Business Consulting oraz Pert Public Relations.

W dniu 3 sierpnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający podnosi, iż zarzut przeprowadzenia oceny ofert w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający rzetelną ich weryfikację nie jest uzasadniony. Zastosowany przez Zamawiającego tryb dialogu konkurencyjnego został wybrany zgodnie z ustawą Pzp, z uwagi na złożony charakter zamówienia, a także na to, że cena nie była jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W okresie poprzedzającym przekazanie SIWZ przeprowadzono spotkania z Wykonawcami, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do postępowania i zostali dopuszczeni do dialogu, akceptując tym samym tryb dialogu konkurencyjnego. W trakcie spotkań z Zamawiającym, Wykonawcy prezentowali swoje koncepcje i uwagi do projektu, mając

również możliwość zadawania pytań, jak i prezentowania swoich koncepcji, również w przedmiocie oceny ofert. Wreszcie Wykonawca mógł wnieść protest na postanowienia SIWZ po jej otrzymaniu. Protestujący nie czyniąc tego zaakceptował warunki przetargu, w tym postanowienia SIWZ wraz z załącznikami.

Zamawiający zwraca uwagę, że w proteście nie został podniesiony zarzut niejasnych, niezrozumiałych bądź niezgodnych z jakąkolwiek metodologią zasad oceny. Zarzut Odwołującego się, dotyczący sposobu oceny ofert wyrażający się brakiem zobiektywizowanej oceny członków komisji jest bezzasadny. Złożony charakter zamówienia powoduje, że Zamawiający dokonał oceny na podstawie ocen poszczególnych członków komisji, z których każdy kierował się wymogami SIWZ (żadna z ocen nie jest pozbawiona jednak elementów subiektywnych). Z treści protestu wynika ponadto, że Odwołujący się myli i nie rozróżnia opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w pkt IV SIWZ, a obejmującego opis dwóch etapów zamówienia i wytyczne dla tworzenia linii kreatywnej z pkt XIV SIWZ, dotyczącym opisu sposobu przygotowania ofert.

Zamawiający informuje również, że ocenie podlegały oba etapy kampanii, w tym między innymi sprawa automatycznej translacji czy skanowania danych. Twierdzenie, że skanowanie wymaga udziału osób i nie może się odbywać automatycznie przeczyłoby istnieniu wyszukiwarek internetowych.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego się, dotyczącego braku przedstawienia w ofercie firmy Business Consulting Sp. z o.o. zagadnienia przygotowania raportu pokampanijnego, Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami w pkt XIV SIWZ nie było wymogu przedstawienia w ofercie w/w zagadnienia.

Podobna sytuacja dotyczy braku wskazania w ofercie firmy Business Consulting Sp. z o.o. liczebności grupy badawczej w badaniu plakatów reklamowych pod względem realizacji celów komunikacyjnych. Liczba osób została wskazana przez Zamawiającego w SIWZ jako wymóg i oświadczenie Wykonawcy, że jego oferta jest zgodna ze specyfikacją jest wiążące.

Zarzut Odwołującego się, że w wybranej przez Zamawiającego ofercie główny nacisk w kampanii promocyjnej kładzie się na kampanię internetową, jest nieprawdziwy i nieuzasadniony. Zgodnie z ofertą wybranej firmy kampania promocyjna obejmie wszystkie media i nośniki wskazane w SIWZ, a wspomniana kampania w internecie będzie częścią kampanii całościowej. Zaoferowany czas kampanii internetowej został dopasowany do planu mediowego zgodnie ze wskazówkami zawartymi w specyfikacji.

Odnosnie braku określenia w ofercie firmy Business Consulting Sp. z o.o. dokładnych kosztów utrzymania systemu, Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisem w pkt IV ppkt 5 SIWZ, Wykonawca w swojej ofercie miał jedynie zaproponować rozwiązania dotyczące w/w kwestii. W świetle powyższego zapisu oraz treści odpowiedzi na pytania Wykonawców

udzielonej dnia 4 czerwca 2009 r., Wykonawca którego oferta została wybrana wypełnia powyższy wymóg.

Zamawiający informuje, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 14 Regulaminu postępowania w sprawach o zamówienia publiczne, będącego Załącznikiem do Zarządzenia nr 102/2009 Marszałka Województwa Śląskiego z dnia 5 czerwca 2009 r. w sprawie regulaminu postępowania o zamówienia publiczne, uprawnieniem przewodniczącego komisji lub jego zastępcy jest m. in. podpisywanie powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty po zatwierdzeniu protokołu z postępowania przez kierownika zamawiającego. Zarzut Odwołującego się nie znajduje zatem uzasadnienia.

W kwestii braku podpisów na wszystkich kartkach wybranej oferty, Zamawiający przypomina, że na podstawie zapisu w pkt XIV ppkt 5 SIWZ: "Oferta winna być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy w miejscach zaznaczonych w taki sposób aby tożsamość tej osoby/osób była identyfikowalna (np. podpis opatrzony imienną pieczęcią, czy też czytelny podpis składający się z pełnego imienia i nazwiska)." Oferta (formularz ofertowy) firmy Business Consulting Sp. z o.o. została podpisana prawidłowo przez uprawnione osoby wskazane w odpisie z KRS. Nie podpisanie (parafowanie) wszystkich stron nie skutkuje odrzuceniem oferty. Ponadto nieuczciwym i pozbawionym dowodów jest sugerowanie Zamawiającemu, iż doszło do rzekomej podmiiany kart oferty firmy wygrywającej.

Żądanie Odwołującego się, aby wykluczyć wygrywającego Wykonawcę z powodu niewpłacenia wadium jest całkowicie bezzasadny. Dowód wpłaty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej załączony jest do dokumentacji przetargowej.

W dniu 13 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przepisów: art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i sformułowane żądania w tym zakresie. Ponadto wniósł o powołanie biegłego z dziedziny marketingu, celem wydania opinii o realnej sile przekazu reklam i materiałów promocyjnych zawartych w naszej ofercie oraz porównania jej z siłą przekazu zawartej w ofercie wybranej. Odwołujący się zwraca uwagę, iż swoją ocenę Zamawiający ma obowiązek uzasadnić zarówno w treści protokołu w sprawie zamówienia publicznego, jak i w informacji o rozstrzygnięciu przesyłanej wykonawcom. Protokół ten zawiera jako obligatoryjną treść m.in. streszczenie oceny i porównania ofert, a w tym także karty indywidualnej oceny ofert. Integralnym elementem oceny ofert oraz dokumentowania tej czynności, a także informowania o niej wykonawcy jest "porównanie ofert". Porównanie z definicji polega na wyodrębnieniu poszczególnych elementów, ocenie tych elementów, a następnie usystematyzowaniu tych elementów pod względem ich wagi, tak aby w wyniku tych działań dokonać ostatecznej oceny całości oferty. Jeśli zamawiający nie podaje tych informacji uniemożliwia przez to jakąkolwiek rzeczową dyskusję na temat zawartości merytorycznej

ofert i tym samym uniemożliwia de facto konkretne sformułowanie zarzutów. W niniejszej sytuacji brak niemal jakichkolwiek elementów porównawczych. Jeśliby z kart indywidualnych ocen ofert usunąć rubrykę, w której znajduje się ilość punktów, a pozostawić jedynie uzasadnienie słowne na ogół zupełnie nie wiadomo, którą z ofert członek komisji ocenia wyżej, a często uzasadnienie słowne wskazuje raczej na inną ofertę, niż ilość przyznanych punktów.

Odwołujący się w odwołaniu podtrzymał argumentację dotyczącą kampanii zaplanowanej w internecie.

Dodatkowo Odwołujący się wskazuje, że oferta wykonawcy Business Consulting Sp. z o. o. nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ, z uwagi na wskazane w proteście braki w zakresie kosztów utrzymania i administracji systemu łącznie z jego obsługą i rozwojem po zakończeniu projektu, budowy systemu i zastosowanych technologii oraz metodyki zarządzania projektem informatycznym (pkt XIV 1b SIWZ).

Odwołujący ponownie zauważa, że zarówno protokół z postępowania, jak i informacja o rozstrzygnięciu zostały zatwierdzone tylko przez przewodniczącą komisji przetargowej.

Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz dokumentację zgromadzoną w aktach sprawy, jak również stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

Rację należy przyznać Odwołującemu się, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonując czynności oceny ofert naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zajęcie przedmiotowego stanowiska znajduje swoje oparcie w świetle postanowień SIWZ skonfrontowanych z kartami indywidualnej oceny ofert.

Otóż, jak wynika z pkt XVII ppkt 2 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest koncepcja działań promocyjnych, o wadze 50%. Zamawiający dokonując opisu sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium postanowił, że „punkty za budowę systemu i kampanii promocyjnej oraz ich zgodność z linią kreatywną zostaną przyznane na podstawie załączonych do oferty dokumentów sporządzonych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz sposobem sporządzenia oferty.”

Jak wynika z pkt IV SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na dwa etapy: Etap I – Budowa zintegrowanego systemu informowania o możliwościach inwestycyjnych w województwie śląskim i Etap II – Strategia i taktyka kampanii promocyjnej dotycząca atrakcyjności inwestycyjnej województwa śląskiego. Celem przedstawienia rozwiązań proponowanych przez wykonawców, każdy z nich został zobowiązany do przedstawienia określonych dokumentów w ofercie (pkt XIV SIWZ). I tak, dla etapu I należało zobrazować

takie zagadnienia jak: koncepcję systemu, budowę i zastosowane technologie, administrowanie systemem oraz harmonogram realizacji i stosowaną metodykę. Zaś, w ramach etapu II konieczne było dokonanie opisu linii kreacyjnej oraz zaprezentowanie określonej ilości (min. 4) projektów: plakatu reklamowego, reklamy prasowej i reklamy w Internecie, jak również przedstawienie scenariusza działań z zakresu marketingu bezpośredniego, w tym projektów graficznych materiałów promocyjnych i informacyjnych, stanowiących przedmiot wysyłki oraz scenariusza działań z zakresu public relations.

Wobec przytoczonych postanowień SIWZ Zamawiający dokonując oceny oferty ograniczony jest dokumentami, których katalog sam wskazał, a które jednocześnie wytyczają zakres zagadnień w nich zawartych. Wskazane obszary podlegają ocenie i tylko te obszary, ponadto co istotne powinno dotyczyć to każdej z ofert. Wytyczenie zatem ścisłych ram i poruszanie się w ich obrębie niezbędne jest do zachowania zasady uczciwej konkurencji. Tymczasem działania powyższe nie wynikają z kart indywidualnej oceny ofert. Z pewnością ocena technologii stanowi element oceny oferty, dokonywanie oceny musi odbywać się poprzez porównanie ofert w tym zakresie i w konsekwencji wykazanie „wyższości” jednej technologii na drugą. Tymczasem jak wynika z oceny dokonanej przez p. Grażynę Z. technologia zaproponowana przez Odwołującego się miała wpływ na uzyskanie niższej oceny ze względu na „spory wkład ręcznej pracy.” Rację należy przyznać Odwołującemu się, iż posługiwanie się wskazaną terminologią nie przystaje do rzeczywistości i w żaden sposób nie identyfikuje istoty problemu. Ponadto, w odniesieniu do oferty konkurencyjnej nie wskazano w tym aspekcie, że problem ten nie występuje, bowiem zastosowano innego rodzaju rozwiązania. W tych okolicznościach nie można stwierdzić, jakie cechy technologii Bussines Consulting Sp. z o.o., w tym zakresie, zadecydowały o przewadze jej oferty. Ponadto, zaskakujący w dokonanej ocenie jest aspekt podziału wielkości środków na system i na kampanię promocyjną. Trudno tego rodzaju kategorię sklasyfikować w ramach zagadnień wskazanych w pkt XIV SIWZ, trudno się również zgodzić z twierdzeniem, że sposób alokacji środków decyduje o złożoności prac nad systemem. Niezależnie od okoliczności, iż kategoria powyższa, nie mieści się zdaniem Izby, w ramach zagadnień ocenianych w świetle postanowień SIWZ, to co więcej nie ma odniesienia do niej w ofercie Odwołującego się. Nie można zatem stwierdzić, czy aspekt ten w ogóle nie był oceniany, czy też może został oceniony na niższym poziomie, a jeżeli tak, to jakie okoliczności wpłynęły na powyższe.

Zwraca uwagę również ocena dokonana przez p. Arkadiusza R. W uzasadnieniu oceny zarówno oferty Odwołującego się, jak i Bussines Consulting Sp. z o.o. znalazły się jedynie pozytywne opinie, zaś ocena obu ofert nie pozostaje w korelacji. W tych warunkach nie sposób stwierdzić, jakie cechy zadecydowały o różnicy w ocenie ofert. Takie działanie Zamawiającego powoduje, iż nie sposób przyznać, że ocena ofert została dokonana w

warunkach uczciwej konkurencji. Brak jakiegokolwiek wskazania na mierzalne cechy ofert ocenianych.

Ocena dokonana przez p. Annę K. wskazuje, że mimo, iż „projekty billboardów nie są zbyt przemawiające” to jednak zostały wyżej ocenione niż propozycje rozwiązań graficznych Odwołującego się tylko z tej przyczyny, że są „zbyt ciemne i kontrastowe”. Izba nie znalazła uzasadnienia dla takiego stanowiska w świetle postanowień SIWZ. Analiza opisu linii kreacyjnej nie wskazuje na brak możliwości używania i łączenia wysoko nasyconych barw, zatem czynienie z tego faktu wady projektu nie znajduje uzasadnienia. Ponadto, w pierwszej z ofert dokonano oceny billboardów, zaś w drugiej szerszej kategorii, jaką są projekty graficzne.

W dokonanych ocenach zwraca uwagę również okoliczność, iż jedynie jedna z osób dokonała oceny kampanii promocyjnej w rozbiciu na jej istotne elementy. Podjęto starania w celu oceny billboardów i projektu graficznego, oceny pozostałych członków komisji przetargowej w sposób bardzo ogólny wypowiadają się w aspekcie etapu II przedmiotu zamówienia. Fakt ten jest bardzo zastanawiający i budzi sprzeciw, tym bardziej, że Zamawiający wymagał przedstawienia szeregu projektów i dwóch scenariuszy w ramach tego etapu. Oceny pomijają tę okoliczność, zatem nie sposób stwierdzić, iż ocena dotyczyła wszystkich dokumentów przedstawionych w tym celu przez wykonawców.

Na pierwszy plan wysuwa się ocena systemu, gdy tymczasem z treści postanowień SIWZ nie wynika, iż takie działanie znajduje oparcie. Sam Zamawiający na rozprawie podkreślał, iż oba etapy są dla niego równie ważne.

Wobec wskazanych okoliczności (wskazanie na karty indywidualnej oceny ofert mają jedynie charakter przykładowy), Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż dokonanie oceny przez poszczególnych członków komisji i ustalenie punktacji jako sumy dokonanych przez nich ocen gwarantuje rzetelność oceny. Wskazany przez Zamawiającego zabieg ma jedynie charakter techniczny i stanowi konsekwencję oceny dokonywanej przez kolegialne gremium, w żaden zaś sposób nie świadczy o zachowaniu uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela jednak stanowiska Odwołującego się, iż ocena powinna odbywać się w oparciu o dorobek naukowy z zakresu marketingu. Oczekiwania powyższe są zbyt daleko idące. Nie wynikają one bowiem z postanowień SIWZ, nie były nawet przez Odwołującego się proponowane na jakimkolwiek etapie postępowania. W każdej ocenie przy tak określonym kryterium znajdzie się jakiś element subiektywizmu, również przyjęcie prawideł nauki zawierałoby ten element. W marketingu, jak i w innych dziedzinach wiedzy funkcjonują różne teorie, ścierają się różne koncepcje, zatem dokonanie wyboru jednej z nich przez Zamawiającego, również nie byłoby pozbawione tych cech. Niezbędne jest natomiast dokonanie oceny w obszarach ściśle przez Zamawiającego

sprecyzowanych na podstawie wymaganych dokumentów i ocena każdej z ofert w każdym zakreślonym obszarze, a biorąc pod uwagę rodzaj kryterium i fakt, iż z pewnymi elementami subiektywizmu w toku oceny ofert będziemy mieli do czynienia, odwołanie się do zasad logiki i doświadczenia życiowego jest konieczne. Niedochowanie przedstawionego porządku powoduje, iż ocena nie jest wyczerpująca i w efekcie nie jest porównywalna. Przytoczone uzasadnienia ocen wskazują, że dokonana ocena nie ma cech symetryczności, dodatkowo dla każdego z członków inne elementy przedmiotu zamówienia mają różne znaczenie, można odnieść nawet wrażenie, że niektóre elementy wymienione w pkt XIV SIWZ w ogóle nie są istotne, bowiem nie znajdują odzwierciedlenia w dokonanej ocenie.

W zakresie wywodów Odwołującego się dotyczących translacji i braku celowości stosowania takich rozwiązań, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż Odwołujący się nie jest uprawniony na tym etapie postępowania do kwestionowania wymogów Zamawiającego w tym zakresie, zwłaszcza biorąc pod uwagę postanowienie pkt IV ppkt 2 SIWZ.

Wywody Odwołującego się dotyczące wyższości kampanii Odwołującego się nad kampanią Business Consulting Sp. z o.o. prowadzonej w Internecie pozostają do rozważenia przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę jej skuteczność i koszty, na które wskazał Odwołujący się. Izba nie jest uprawniona do dokonania rozstrzygnięcia w tym zakresie, bowiem w sytuacji, kiedy ocena dotycząca przedmiotowej kampanii nie wynika z treści krat oceny indywidualnej członków komisji, zajęcie stanowiska w tym przedmiocie w istocie stanowiłoby wejście w kompetencje komisji przetargowej, a co najmniej doprowadziłoby do narzucenia ocen w tym zakresie. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż kampania w Internecie powinna trwać 4 tygodnie. Strategię i taktykę kampanii promocyjnej opracowuje każdy z wykonawców indywidualnie, przy uwzględnieniu, że będzie ona trwać 4 tygodnie (pkt X SIWZ). Nie wynika z tego jednakże, że wszystkie kanały komunikacji, jakimi będzie się posługiwał wykonawca mają być wykorzystywane przez okres czterech tygodni.

W przedmiocie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż prawdą jest, że wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia propozycji rozwiązań w zakresie kosztów utrzymania i administrowania systemu łącznie z jego obsługą i rozwojem po zakończeniu projektu. Jednocześnie w piśmie z dnia 4 czerwca 2009 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 57 wyjaśnił, iż „wymaga podania wszystkich kosztów administrowania systemu zarówno od strony oprogramowania, jak i sprzętowej oraz kosztów serwisu. Zamawiający prosi również o podanie ewentualnych kosztów związanych z nakładami na rozwój systemu jak i kosztów jego promocji w kolejnych latach (2010-2013)”. W ofercie Odwołującego się brak danych dotyczących kosztów serwisu, jak również kosztów dotyczących rozwoju systemu (str. 22-23 oferty). W tym zakresie treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Pozostałe zarzuty dotyczące oferty najkorzystniejszej Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuzasadnione. Zdaniem Izby, nawet skrótowy opis technologii, na który wskazuje Odwołujący się (str. 15 odwołania) zaprezentowany w ofercie najkorzystniejszej (str. 11), mieści się w zakresie wymogu sformułowanego w pkt XIV ppkt 1b SIWZ, zgodnie z którym wykonawca w ramach etapu I zamówienia zobowiązany został do przedstawienia budowy sytemu i zastosowanych technologii.

Za nietrafne należy uznać stanowisko Odwołującego się na temat braku możliwości zatwierdzenia protokołu postępowania, jak i informacji o rozstrzygnięciu postępowania przez przewodniczącą komisji przetargowej. Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego przewodniczący legitymuje się odpowiednim umocowaniem w tym zakresie, co stanowi konsekwencję regulacji zawartej w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Izba nie przyznała kosztów postępowania wnioskowanych przez Odwołującego się, gdyż dotyczą pełnomocnika, który nie był dopuszczony do udziału w sprawie, a jak wynika z treści przedstawionej faktury VAT związane są z reprezentacją przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....