

Sygn. akt: KIO 2624/11

WYROK
z dnia 21 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawców Ireneusza Stankiewicza i Pawła Prochenko, prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Fabryka Komunikacji Społecznej s.c, z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 75 lok. 22 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa,

przy udziale wykonawcy JP Konsulting Sp. z o.o., ul. Frezji 19c, 04-883 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. z siedzibą w Warszawie i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fabryka Komunikacji Społecznej s.c, z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze 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:

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wybór realizatora społecznej kampanii promocyjnej dotyczącej zapobiegania chorobom nowotworowym układu moczowo - płciowego”

Wykonawcy Ireneusz Stankiewicz i Paweł Prochenko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Fabryka Komunikacji Społecznej s.c, z siedzibą w Warszawie zwani dalej odwołującym wnieśli odwołanie na czynności zamawiającego, o których wykonawcy zostali zawiadomieni pismem przekazanym w dniu 29 listopada 2011 r. i polegające na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę JP Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa pzp”):

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 poprzez niedokonanie analizy złożonych wyjaśnień oraz odrzucenie jego oferty z powodu okoliczności, które nie były przedmiotem wyjaśnień, a ponadto poprzez powołanie się na przyczyny wynikające z niewłaściwej oceny zawartości tej oferty, która zawierała zarówno realny kosztorys, jak i wskazania, co do wydatków na honoraria dla celebrytów, zorganizowanie eventów oraz proponowała rozwiązania w zakresie natężenia kampanii, liczby emisji komunikatów przy użyciu wymaganych w SIWZ nośników,
- 3) art. 91 ust. 1 poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 2), względnie powinna podlegać wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającym na posiadaniu właściwego doświadczenia (art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i pkt 111.2.1.1.2.1 i 2 SIWZ).

Odwołujący wnosi o:

nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę: JP Konsulting Sp. z o.o., powtórzenie czynności badania ofert i odrzucenie, bądź wykluczenie oferty wybranej, powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert), w odniesieniu tylko do ważnych ofert, w następstwie, czego za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, co następuje.

W dniu 29 listopada 2011 r. otrzymał w formie faxy pismo, z którego treści wynikało, że dokonana została ocena 2 ofert złożonych w tym postępowaniu, jako najkorzystniejszą uznano ofertę, złożoną przez JP Konsulting Sp. z o.o., zaś oferta Odwołującego i jeszcze innego wykonawcy, jako odrzucone nie podlegały ocenie. Wybór najkorzystniejszej oferty uzasadniono tym, iż wybrany wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania, określone w ustawie i SIWZ, jak też oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans ww. kryteriów. Odrzucenie oferty Odwołującego uzasadniono tym, iż przygotowany przez niego projekt nie zawiera dostatecznie udokumentowanej strategii działań (w zakresie proponowanych rozwiązań: natężenia kampanii, liczby emisji komunikatów przy użyciu różnych nośników, doboru mediów organizacji eventów), a także realnego kosztorysu. W ocenie Zamawiającego kosztorys jest zaniżony w stosunku do proponowanych działań, gdyż nie uwzględnia części wydatków, np. związanych z honorariami dla celebrytów, całkowitych kosztów eventów, co znajdować miało potwierdzenie w analizie budżetów, jakimi dysponowały inne ogólnopolskie, długotrwałe kampanie społeczne (nie podano danych tych kampanii, ani elementów kwestionowanego budżetu. Dodano, że przesłane przez Odwołującego wyjaśnienia i kalkulacja kosztów również nie potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego kłopot w ocenie ofert innych wykonawców wynika ze źle napisanej siwz w części dotyczącej punktacji oferty i wymogów użycia w kampanii określonych nośników, mającej swoje źródło w niewłaściwym rozumieniu tematyki, będącej przedmiotem zamówienia. Na etapie wyjaśnień Zamawiający wskazał jedynie, że wartość zamówienia przekracza 125.000 euro (właściwa dla dolnego limitu tzw. progu unijnego przy usługach), lecz nie podał maksymalnej ceny zamówienia. Pozostałe wyjaśnienia, w tym dotyczące zbyt dużego wpływu liczby emisji czasu emisyjnego na punktację oferty, były bądź ogólnikowe, bądź wymijające i nie pozwalały poznać właściwych w tym względzie oczekiwań Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje na wyjaśnienia, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i ich analizę przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 8 września 2011 r. Zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zwrócił się do Odwołującego celem ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyjaśnieniach z 9 września 2011 r. Odwołujący wskazał, że z uwagi na specjalizację w zakresie kampanii promujących idee, a nie produkty, jest w stanie zaoferować bardzo atrakcyjne warunki rabatowe, trudne do osiągnięcia dla podmiotów nie specjalizujących się w kampaniach społecznych. Wysokość zaś ceny komunikacji w mediach była wynikiem szeregu analiz przeprowadzonych dla najefektywniejszego osiągnięcia celu mediowego. Koszt ten zaś znacznie poprawiono dzięki doborowi najlepszych możliwych kanałów komunikacji, jak też okresów kampanii, zwłaszcza że dwa spośród trzech uderzeń komunikacyjnych przewidziano w miesiącach, w których koszt czasu reklamowego w telewizji jest niższy o 40 % niż w miesiącach wiosennych i jesiennych. Dla najdroższej w wydatkach reklamowych telewizji, jako cel optymalizacji kampanii wskazano zasięg efektywny na poziomie 6+, co oznacza przynajmniej sześciokrotne dotarcie aż do 75 % grupy docelowej, zaś dalsza dobudowa zasięgu przestaje być efektywna. Do wyjaśnień dołączono szczegółowy budżet, z rozbiem na poszczególne elementy ceny, obrazujące poziom wydatków, przewidzianych w SIWZ.

Na kolejną prośbę zamawiającego o przedstawienie badań i analiz, z których wynika, że osiągnięcie współczynnika 60 % wzrostu świadomości jest możliwe w przypadku realizacji kampanii w formie i zasięgu zaproponowanej w ofercie Odwołującego, Odwołujący w piśmie z dnia 16.09 2011 r. wskazał, że najistotniejszym elementem strategii komunikacji jest wyznaczenie demograficznej grupy mediowej (docelowej). Podał dane liczbowe w grupie docelowej, odwołując się do badań telemetrycznych AGB Nielsen Audience Measurement. Wyjaśnił, że zdefiniowano grupę docelową nawet nieco szerzej niż przewidywał Zamawiający i skierowanie komunikacji do takiej szerszej grupy zapewni bezpieczeństwo zrealizowania świadomościowego celu kampanii. Podano zestawienie liczby planowanych komunikatów we wszystkich przewidzianych w SIWZ mediach, wskazując, że pozwoli to uzyskać w kampanii telewizyjnej poziom 90 % zasięgu i jednorazowe dotarcie do ponad 2,7 mln aktywnych zawodowo mężczyzn powyżej 45 roku życia oraz 75 % zasięgu (poziom @ 6+) przy 6 - krotnym lub większym dotarciu spotu telewizyjnego do 2,28 mln mężczyzn z mediowej grupy docelowej. Taki zasięg, przy prawidłowo dobranym zestawie mediów pozwala proponowanej komunikacji zwiększyć świadomość problemu chorób nowotworowych układu moczowo - płciowego o minimum 60 %. Wskazał, że przeprowadzona optymalizacja natężenia komunikacji medialnej pokazała, że zwiększanie natężenia tej komunikacji nie ma sensu ze względu na wyłuszczenie krzywej zasięgu oraz liczebność grupy docelowej. Uzupełniono też, że oferta Odwołującego zawiera (choć nie stanowiło to wymogu SIWZ) badanie ewaluacyjne, gdyż bez zbadania poziomu świadomości

przed kampanii i po jej przeprowadzeniu, niemożliwe jest ustalenie, czy nastąpił oczekiwany przez Zamawiającego wzrost tej świadomości.

Uwzględniając czas pomiędzy złożeniem wyjaśnień, a podjęciem czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażącej niskiej ceny, tj. ponad 2 miesiące, odwołujący wskazuje na lakoniczne stwierdzenie zamawiającego, że wyjaśnienia są niewystarczające, zwłaszcza w kontekście podania przyczyn przyjęcia zniżenia ceny, które nie były przedmiotem wyjaśnień, a przy dołożeniu minimum staranności Zamawiającego można je było wyłowić, zarówno z treści oferty (załączonej do niej koncepcji medialnej), jak i treści wyjaśnień, wskazując, że Zamawiający zwolnił się z analizy podanych składników ceny. Analiza taka stanowi całkowite zaprzeczenie wymogów obciążających Zamawiającego, określonych w art. 90 ust. 2 Pzp, zwłaszcza w części odnoszącej się do bezcelowości intensyfikacji dodatkowych emisji spotów reklamowych, wobec odpowiedniego dotarcia do grupy docelowej na poziomie wymaganym przez SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odwołał się do analizy budżetów innych ogólnopolskich, długotrwałych kampanii społecznych, lecz nie podał żadnych konkretów. W istocie kluczowe znaczenie dla wielkości takich budżetów ma czas emisji spotów telewizyjnych, przy czym wydaje się, że umknęło to ocenie Zamawiającego kryterium czasu emisji, przy możliwości dokonywania tej emisji czy to w kanałach tematycznych, czy to w godzinach nocnych, nie ma żadnego wpływu na zasięg emisji i odpowiednie dotarcie do widowni w grupie docelowej, mającej określone nawyki telewizyjne, typu pora i czas spędzany przed telewizorem oraz oglądanie określonych kanałów. Odwołujący wskazuje, że na zlecenie Ministerstwa infrastruktury prowadził kampanię społeczną „Nie jedź na kacu” za 5, 9 min zł, czy też 3 - letnia kampanię „Klub pancernika klika w fotelikach” uzyskując podniesienie poziomu świadomości problemu zapinania dzieci w foteliku z 52 do 83 %. Ze znanych mu kampanii społecznych, zleczanych przed podmioty publiczne, wysoki budżet miała kampania „Prędkość zabija” o wartości 5 min zł., czy zleczana przez podmiot komercyjny: Polski Przemysł Spirytusowy, 3 - letnia kampania „Piłeś - nie jedź” za 3 min zł. Kampanie te dysponowały znacznie mniejszym budżetem niż objęta niniejszym postępowaniem, ponadto adresowane były do znacznie szerszych grup docelowych i pomimo tego uzyskały bardzo wysoki zasięg.

Oferta Odwołującego przewiduje wykorzystanie wszystkich kanałów emisyjnych przewidzianych w SIWZ, a zwiększanie czasu emisji, co niewątpliwie uczynili konkurenci w swoich ofertach (zawyżając sztucznie budżet swoich kampanii) w tych samych mediach jest bezsensowne, a budowanie niepotrzebnej nadmiernej liczby dodatkowych kontaktów byłoby przejawem marnotrawienia środków publicznych. Spot emitowany w nadmiernej ilości zaczyna nużyć widza, następuje tzw. przepalenie, co zaczyna też widza męczyć i nie poprawia wizerunku, tylko go psuje, co oznacza, że każdy dodatkowy punkt procentowy

(GRP) nie jest wart wydawanych pieniędzy. Sama okoliczność, że wydatki mają być sfinansowane ze środków unijnych nie uzasadnia takiego zachowania Zamawiającego, zwłaszcza, że w standardzie komercyjnym przyjmuje się, że wystarczą 3-4 kontakty, by zapewnić dotarcie do grupy docelowej, a Odwołujący zbilansował wydatki w swojej ofercie przy minimum 6 kontaktach. Budżet ujęty w Kampanii Odwołującego przewiduje zgodnie z SIWZ trzy wejścia kampanijne, po 10 tys. emisji każda, co pozwoli też uzyskać wymagany w SIWZ zasięg w grupie docelowej, jak też oczekiwany przez Zamawiającego wzrost poziomu świadomości problemu. Załączył dokumentację graficzną obrazującą efektywność reklamy przy określonym jej zasięgu w postaci wykresów. Stwierdził, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i została prawidłowo zbilansowana w celu zapewnienia optymalizacji zasięgu reklamowego. Wskazuje, że wobec braku ustawowej definicji „oferty z rażąco niską ceną” przyjmuje się w orzecznictwie, że za takową ofertę można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, czyli cenę znacznie odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Rażąco niska cena prowadziłaby, więc do nieopłacalności wykonania umowy przez wykonawcę, sprowadzając niebezpieczeństwo niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Bilansując swoją ofertę Odwołujący przewidział jeszcze swój zysk, stąd wywodzi, że analiza Zamawiającego zakończyła się na prostym porównaniu kwot oferowanych przez poszczególnych wykonawców. Takie wnioski mogą się wydawać tylko pozornie oczywiste i ich oczywistość wzrasta przy zamówieniach polegających na dostawie (nieopłacalność łatwo wymierna), lecz przy usługach już tak nie jest, zwłaszcza, gdy dotyczy to kampanii promocyjnych, których skuteczność nie zależy wyłącznie od liczby wydanych pieniędzy czy czasu emisji spotów reklamowych, a bardziej liczy się pomysł i sposób kreacji. W tych okolicznościach proste odniesienie się do wielkości proponowanych budżetów, nie powinno pozwolić Zamawiającemu na przyjęcie zniżenia ceny, przez co naruszony został przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Oceniając spełnienie wymogu udziału w niniejszym przez JP Konsulting Sp. z o.o., stwierdził:

Zgodnie z pkt III.1.1.2 SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, przez które rozumie się wykazanie przez wykonawcę przeprowadzenia:

1. co najmniej jednej kampanii promocyjnej oraz PR o zakresie co najmniej ogólnokrajowym (w zakresie, której zostały podjęte działania promocyjne oraz public relations) o wartości co najmniej 1 mln zł brutto,
2. co najmniej jednej kampanii promocyjnej o tematyce zdrowotnej lub społecznej.

Użycie czasu przeszłego w słowie: „przeprowadzili” oznacza, iż przedmiotem uwzględnienia nie mogą być objęte kampanie w trakcie realizacji, zaś w pkt 3 wykazu wykonanych usług przez JP Konsulting Sp. z o.o. ujęto Program Prewencji Leczenia Cukrzycy, który ma być jeszcze realizowany do dnia 31 grudnia 2011 r. Oznacza to, że ta realizacja nie mogła być zaliczona jako już przeprowadzona. Ujęte zaś w pkt 2 wykazu opracowanie strategii kampanii promocyjnej, to coś innego niż jej przeprowadzenie i tak samo się różni jak projektowanie obiektu budowlanego od jego wybudowania.

Z kolei w pkt IV.1.2 SIWZ przyjęto, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym, wykonawca ma złożyć wykaz zrealizowanych, usług odpowiadających opisowi zawartemu w warunkach udziału w postępowaniu w rozdziale III ust. 1 pkt 1.1.2.1. i 1.1.2.2., wraz z dokumentami potwierdzającymi, że projekty te zostały należycie wykonane. Użycie w tym zapisie liczby mnogiej (projekty) oraz spójnika: „i” pomiędzy podpunktami zawierającymi przywołanie kampanii ogólnopolskiej, o wartości powyżej 1 mln zł i kampanii o tematyce zdrowotnej lub społecznej, oznacza, że warunku udziału w postępowaniu nie wypełnia ujęcie w wykazie jednej przeprowadzonej kampanii, która jest jednocześnie ogólnopolska, o dużej wartości, jak i dotyczy tematyki zdrowotnej, czy społecznej. Tak jest zaś w przypadku wykazu, umieszczonego w ofercie JP Konsulting, gdzie dla potrzeb dysponowania odpowiednim doświadczeniem można uwzględnić tylko przeprowadzenie jednej kampanii, ujętej w pkt 1 wykazu, gdyż jak wskazano powyżej te, ujęte z pkt 2 i 3 nie mogą zostać zaliczone. To zaś oznacza, że ów oferent nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i jego oferta powinna zostać wykluczona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i z mocy art. 24 ust. 4 Pzp być odrzuconą.. Odwołujący zauważa też , że ujęte w wykazie tego wykonawcy zamówienia realizowane są na rzecz tego samego Zamawiającego, co może rodzić podejrzenie większej znajomości oczekiwań tegoż Zamawiającego i co jest szczególnie widoczne przez pryzmat zgodności proponowanej ceny z wydatkami finalnie zaplanowanymi na ten cel. W tej sytuacji dokonując wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, gdy powinna podlegać wykluczeniu, Zamawiający naruszył normę art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości uznając zarzuty za niezasadne. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty wskazał, że projekt odwołującego nie zawiera dostatecznie udokumentowanej strategii działań, w szczególności w zakresie zaproponowanych rozwiązań dotyczących natężenia kampanii, liczby emisji komunikatów przy użyciu różnych nośników, doboru mediów, organizacji eventów, a także realnego kosztorysu. Zdaniem zamawiającego kosztorys ten jest zaniżony w stosunku do zaproponowanych działań, gdyż nie uwzględnia części wydatków np. związanych z honorariami dla celebrytów, czy całkowitych kosztów eventów. Dokonując oceny

zamawiający analizował koszty i efekty innych długoletnich kampanii społecznych o zasięgu ogólnopolskim realizowanych przez siebie i inne podmioty. Ponadto zasięgnął opinii ekspertów dr Marzeny B. (adiunkta, Zakładu Systemów Prasowych i Prawa Prasowego UAM oraz dr Krzysztofa B. Kierownika Pracowni Analiz Prasowych UAM), która potwierdziła obawy, że oferta nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy m.in. z uwagi na zbyt niskie koszty.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu w terminie składania tj. 6.09.2011 r. wpłynęły 4 oferty z cenami: 14 471 644,67 zł, 13 704 150 zł, 5 210 332 zł i 11 808 000 zł.

Dnia 2 września 2011 r. poinformował wykonawców, że na sfinansowanie zadania planuje kwotę 16 021 301,26 zł. Kwota ta była wynikiem analizy niezbędnych kosztów, jakie należy ponieść dla osiągnięcia pożądaných efektów. Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego, który wezwał wykonawcę ponownie o wyjaśnienia w szczególności w kontekście realizacji celu projektu polegającego na osiągnięciu 60% wzrostu poziomu świadomości pracowników wykonujących zawody związane z wyższym narażeniem na czynniki wywołujące choroby układu moczowo – płciowego w wieku 45+. Wskazał, że wykonawca w piśmie z 19.09.2011 r. wyjaśnił m.in. że grupę mediową zdefiniowano szerzej niż wymagał zamawiający – jako mężczyzn powyżej 45 roku życia czynnych zawodowo, podczas gdy właściwa grupa docelowa stanowi zaledwie 12% grupy zidentyfikowanej przez odwołującego. Zbyt szerokie określenie grupy docelowej spowodowało nieprawidłowe określenie kosztów dotarcia i niewłaściwy dobór środków komunikacji. Zamawiający stwierdził, że dotarcie do szeroko określonej grupy docelowej nie gwarantuje dotarcia do bardzo specyficznej jej części (która ma inne nawyki telewizyjne, radiowe czy czytelnicze). Szacowany efektywny zasięg kampanii telewizyjnej określony jako @6+ dla całej komunikacji w tym medium wynosi 75%. W efekcie może dojść od sytuacji, że grupa docelowa zidentyfikowana przez zamawiającego (12% grupy wskazanej w ofercie odwołującego) nie zobaczy spotu telewizyjnego – gdyż pory jego emisji nie będą dostosowane do tej właśnie grupy. Zamawiający podkreślił, że na potrzeby niniejszej kampanii wskazał węższą grupę docelową, co wymaga starannego doboru mediów i czasu emisji poszczególnych audycji, co niesie za sobą dodatkowe koszty. Pewność, że konkretne osoby zetknęły się z emitowaną reklamą jest tym mniejsza im mniejszą ilość reklam wyemituje wykonawca. Oceniając ofertę odwołującego pod kątem realności zaoferowanej ceny w kontekście osiągnięcia rezultatów wymaganych w siwz, w tym ceny oferty w kontekście całego przedmiotu zamówienia i posiłkując się uzyskaną opinią specjalistów uznał, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Zamawiający stwierdził, że stawiając przed wykonawcami cele opisane w przedmiocie zamówienia określił efekty, jakie powinno zagwarantować przeprowadzenie zaproponowanych w ofertach kampanii. W przypadku kampanii promocyjnych jednym z

istotnych elementów jest rodzaj i częstotliwość przekazu, które powinny być dostosowane do konkretnych grup docelowych i pożądaných efektów (celów kampanii). Elementy te są nierozdzielnie związane z kosztami, jakie muszą być poniesione w celu ich osiągnięcia.

Projekt przygotowany przez odwołującego, zdaniem zamawiającego, nie zawiera dostatecznie szczegółowo udokumentowanej strategii działań (w zakresie zaproponowanych rozwiązań: natężenia kampanii, liczby emisji komunikatów przy użyciu różnych nośników, doboru mediów, organizacji eventów), a także wiarygodnego kosztorysu tzn. takiego, który gwarantowałby zrealizowanie przyjętych celów kampanii. Zamawiający wskazuje, że także w treści odwołania wykonawca podał, że „dwa spośród trzech uderzeń komunikacyjnych przewidziano w miesiącach, w których koszt czasu reklamowego jest niższy o 40% niż w miesiącach jesiennych i wiosennych.” Zamawiający zauważa, że jest to jednocześnie czas spadku oglądalności z uwagi na warunki pogodowe sprzyjające przebywaniu na powietrzu oraz mniej atrakcyjną ramówkę programową wielu stacji. Powyższe w powiązaniu z planowanym zasięgiem efektywnym 6+ (minimalnym wymaganym przez zamawiającego) oraz wskazaniem, że „dalsza dobudowa zasięgu przestaje być efektywna”, poddaje w wątpliwość możliwość osiągnięcia tego zasięgu. Zamawiający stwierdza, że planowany przez oferenta czas emisji reklam jedynie teoretycznie wskazuje na osiągnięcie zamierzonego efektu. W ocenie zamawiającego koszty kampanii zostały przez wykonawcę źle oszacowane, a co za tym idzie cena oferty.

Zamawiający uznał że wykonawca wybrany spełnia wymagane warunki udziału i nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania. Wskazał, że powołane w odwołaniu warunki udziału mogą być spełnione rozłącznie lub łącznie, co oznacza, że wykonawca legitymujący się doświadczeniem w przeprowadzeniu dwóch kampanii, jednej ogólnopolskiej o wartości 1 000 000 zł, a drugiej o tematyce zdrowotnej lub społecznej, jest zdolny do wykonania zamówienia w takim stopniu, jak wykonawca posiadający doświadczenie w prowadzeniu kampanii ogólnopolskiej o wartości ponad 1 000 000 zł o tematyce zdrowotnej lub społecznej.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania dzieląc argumentację zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez odwołującego i przystępującego i po przeanalizowaniu stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy zważył, co następuje.

W niniejszym postępowaniu w terminie składania ofert tj. do dnia 6 września 2011 r. złożono 4 oferty z cenami: 14 471 644,67 zł, 13 704 150 zł, 11 808 000 zł oraz kwota 5 210 332 zł stanowiąca cenę oferty złożonej przez odwołującego. .

Dnia 2 września 2011 r. poinformował wykonawców, że na sfinansowanie zadania planuje kwotę 16 021 301,26 zł.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 1 ustawy pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wobec znaczącej różnicy ceny oferty w stosunku do dokonanego przez zamawiającego oszacowania przedmiotu zamówienia, za w pełni uzasadnione należy uznać zażądanie od odwołującego się wykonawcy złożenia wyjaśnień. Zaistnienie przesłanki zastosowania powołanego przepisu (nie kwestionowane przez strony) oznacza, że w odniesieniu do oferty, której to dotyczy, powstaje domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemania jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża w tym zakresie przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami (por. art. 90 ust. 3 ustawy pzp).

Odwołujący złożył dnia 9 września 2011 r. wyjaśnienia o treści przytoczonej w przedstawionym wyżej uzasadnieniu zarzutów odwołania załączając w formie tabelarycznej kosztorys, w którym przedstawiono 7 elementów składowych określonych jako działania: Strategia i kreacja, Produkcja, Emisja w mediach, Media relations i eventy, BTL i gadżety, Badania, Fee agencji wskazując ceny tych elementów, odpowiednio w kwotach: 101 721 zł, 445 260 zł, 3 843 118,11 zł, 312 420 zł, 95 762,88 zł, 92 250 zł i 319 800 zł. W ocenie składu orzekającego przedstawione wyjaśnienia wraz kosztorysem nie są wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną realną w kontekście oczekiwanego i opisanego w siwz celu świadczenia usługi, jakim jest poprawa stanu wiedzy, zachowań i wzrost poziomu świadomości adresatów kampanii – grupy docelowej.

Wniosek taki jako wynik analizy dokonanej przez zamawiającego, w tym w oparciu o treść pisemnej ekspertyzy sporządzonej na zlecenie Ministerstwa Zdrowia, Izba podziela mając świadomość, że ocena taka z uwagi na specyfikę usług niematerialnych polegających na kampanii społecznej, a przy tym dotycząca efektu mającego nastąpić w przyszłości, nie jest możliwa w kategoriach w pełni mierzalnych. Z tego względu bardziej uzasadnione jest stwierdzenie o nadmiernym ryzyku nieosiągnięcia celu kampanii przeprowadzanej za cenę tak znacząco odbiegającą od przedmiotu zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców, legitymujących się nie negowanym doświadczeniem w działalności, do której należy przedmiot zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że wymienione wyżej składniki

cenotwórcze ujęte w kosztorysie nie zawierały wystarczających informacji o szczegółowych elementach działań składowych i ich kosztach (wydatkach) tytułem przykładu jako wynagrodzenia celebrytów, koszty eventów). Ponadto wydaje się wątpliwa deklaracja, z której wynika, że właśnie odwołujący z racji doświadczenia może oferować szczególne rabaty, co można odczytać jako ewentualność niedostępną pozostałym wykonawcom. Kolejna wątpliwość co do możliwości osiągnięcia zamierzonego celu wynika ze wskazania przez wykonawcę doboru czasu reklamowego w telewizji (mającej największy udział w budżecie) w okresie, w którym koszt czasu reklamowego jest znacząco niższy poprzez wskazanie w wyjaśnieniach takich „tańszych” miesięcy. Biorąc jednocześnie pod uwagę, że w ofercie wykonawcy posługując się zwrotem „wybrane pasma czasowe” nie wskazuje terminów emisji tj. gdzie i kiedy będą emitowane spoty, uprawnione jest domniemanie o zamiarze ich usytuowania w czasie niższej oglądalności, w rezultacie z efektem niższym od oczekiwanego.

W świetle powyższych stwierdzeń, izba uznała, że złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania o złożeniu przez odwołującego oferty z ceną rażąco niską, a tym samym zamawiający nie naruszył w prowadzonym postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 odrzucając ofertę w wyniku jej uprzedniej analizy dokonanej z poszanowaniem art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp. W oparciu o dokumentację postępowania Izba stwierdza, że ocena zamawiającego nie wynikała wyłącznie z prostego porównaniu kwot oferowanych przez poszczególnych wykonawców i odniesienia się do wielkości proponowanych budżetów. Ta okoliczność w połączeniu z odniesieniem do przedmiotu zamówienia była wyłącznie przyczyną wszczęcia postępowania wyjaśniającego, a nie oceny jego wyniku.

Oceniając spełnienie w niniejszym postępowaniu przez JP Konsulting Sp. z o.o. warunku udziału polegającego na doświadczeniu opisanym pkt III.1.1.2 SIWZ warunkiem udziału tj. wykazanie przez wykonawcę przeprowadzenia: 1. co najmniej jednej kampanii promocyjnej oraz PR o zakresie co najmniej ogólnokrajowym (w zakresie, której zostały podjęte działania promocyjne oraz public relations) o wartości co najmniej 1 mln zł brutto, 2. co najmniej jednej kampanii promocyjnej o tematyce zdrowotnej lub społecznej, Izba uznaje za prawidłowe zastosowanie wskazanego warunku wobec w/w wykonawcy (przystępującego do postępowania odwoławczego). Skład orzekający uznaje w oparciu o wskazaną treść siwz, że realizacja usługi opisanej w pkt 1 wykazu załączonego do oferty wykonawcy potwierdza spełnienie wskazanego warunku co do obydwu opisanych parametrów tj. wymogu minimalnej kwoty jak i wymogu tematyki kampanii.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji uznając, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień i § 5 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego po stronie zamawiającego wskazując, że prawo uczestnika do żądania kosztów jest możliwe jedynie w okolicznościach przewidzianych w § 3 ust. 3 pkt 2 wyżej wskazanego rozporządzenia, które nie wystąpiły w niniejszym postępowaniu.

Przewodniczący: