

Poznań, 3 marca 2021 r.
DL/LZ/KO/2021/313

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Świadczenie usług zakupu mediów przez dom mediowy na rzecz ENEA S.A. Sygn. postępowania: 1100/AW00/ZI/KZ/2019/0000071087

Zamawiający - ENEA S.A. działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, informuje, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Powodem unieważnienia jest obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, w zakresie określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Umowy Ramowej (dalej SIWUR) mechanizmu ustalenia ceny w zamówieniach wykonawczych, co skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co znalazło odzwierciedlenie w odwołaniu złożonym przez jednego z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia (wyrok KIO nr sprawy KIO 1747/20 z 14.10.2020 r.).

Uwzględniając odwołanie jednego z Wykonawców oraz decyzję KIO, przy zachowaniu obecnych warunków określonych w SIWUR, kontynuacja postępowania mogłaby wpłynąć na rzetelną ocenę ofert zgłoszonych przez wykonawców w postępowaniu. Dlatego też Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Uzasadnienie: Zamawiający informuje, iż zgodnie z § 7 ust. 2 lit. a) tir. i) projektu Umowy Ramowej stanowiącej załącznik nr 5 do SIWUR: Z uwzględnieniem procedury negocjacji opisanej w § 4 ust. 7 Umowy wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania Zamówienia Wykonawczego obejmować będzie:
a) w przypadku realizacji kampanii reklamowej i działań PR:

i. za pośrednictwem Telewizji, Radia, Prasy lub VOD – cenę stanowiącą koszt zakupu mediów, określany każdorazowo jako suma kwot netto nie wyższa niż wynikająca z udostępnianych publicznie przez wydawców/dysponentów mediów cenników dla zakupu bezpośredniego, a w przypadku gdy takie cenniki nie są publikowane – z potwierdzonych przez wydawców/dysponentów mediów cenników za zakup mediów dla zakupu bezpośredniego, w danej kampanii reklamowej pomniejszoną o rabat udzielony przez Wykonawcę, nie mniejszy niż określony przez Wykonawcę w odniesieniu do:

(...) d. VOD – w Załączniku nr 1e do SIWUR.

Kalkulacja ceny na działania reklamowe w VOD (w tym w ramach YouTube), zgodnie z powyższym postanowieniem Umowy Ramowej, powinna każdorazowo odbywać się poprzez pomniejszenie o zaoferowany przez wybranego Wykonawcę rabat:

- ceny wynikającej z udostępnianych publicznie przez wydawców cenników dla zakupu bezpośredniego, albo (jeśli takie cenniki nie są publikowane):
- ceny wynikającej z cenników potwierdzonych przez wydawców danych mediów za zakup mediów dla zakupu bezpośredniego.

Zamawiający, zgodnie z załącznikiem nr 1e do SIWUR tj. VOD poz. 1 YouTube, wymagał od Wykonawców gwarantowanego minimalnego rabatu wyrażonego w procentach (%), z uwzględnieniem wszystkich kosztów Wykonawcy wraz z prowizją w trakcie trwania Umowy Ramowej.

Z uwagi na fakt, iż Google Ireland Ltd. w ramach VOD YouTube stosuje dla reklam video dynamiczny, zautomatyzowany system aukcyjny, w ramach którego faktycznie, nie istnieje udostępniany publicznie przez wydawcę cennik, jak również nie istnieje możliwość uzyskania cennika potwierzonego przez wydawcę, formuła obliczania ceny przedstawiona w § 7 ust. 2 projektu Umowy Ramowej jest w tym przypadku niemożliwa do zastosowania.

Tak skonstruowane zapisy SIWUR stanowią zatem przeszkodę w prawidłowym sporządzeniu ofert przez Wykonawców, a w dalszym etapie postępowania, ich należytą ocenę przez Zamawiającego. Stoi to w sprzeczności z ciążącym na Zamawiającym obowiązkiem przygotowania dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wadliwość zapisów SIWUR, przekładająca się na trudności w należytych sformułowaniu ofert przez Wykonawców, niewątpliwie może mieć wpływ na wynik toczącego się postępowania.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że ponieważ opisany problem dotyczy treści SIWUR, dostrzeżona wada nie może zostać usunięta na obecnym etapie postępowania. Oferty zostały złożone na podstawie SIWUR zawierającej wadliwe postanowienia, są one niejednoznaczne i nieporównywalne. W związku z tym Zamawiający nie ma możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć niepodlegającą unieważnieniu umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający ma obowiązek przygotowania dokumentacji postępowania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprecyzyjne zapisy wpływają na oszacowanie cen ofertowych przez Wykonawców.

Art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający oceniając skutki dostrzeżonej wady zobowiązany jest przy tym do uwzględnienia uprawnienia przysługującego Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W świetle tego przepisu, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.