



Znak sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o odrzuceniu oferty Wykonawcy oraz o unieważnieniu przedmiotowego postępowania

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19)

I. Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Działając na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO, Izba) z dnia 28 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1588/19) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19) dokonuje unieważnienia czynności wyboru oferty uznanej pierwotnie za najkorzystniejszą, która została złożona przez Wykonawcę, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź (oferta nr 02).

W dniu 9 sierpnia 2019 r. działając na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający poinformował, że przedmiotowym postępowaniu postanowił, jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź.

Zamawiający wskazał, że kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: Cena (30% – max 30pkt), Efekty zaproponowanych działań (35% – max 35pkt) oraz Koncepcja zaproponowanych działań (35% – max 35 pkt). W ocenie Zamawiającego Wykonawca, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź, zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SIWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Zamawiający przewidywał zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w związku z faktem, iż zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie, tj. zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (email), z zastrzeżeniem art. 183 ustawy P.z.p.

W związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawca, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa (oferta nr 01) w dniu 14 sierpnia 2019 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Izba po rozpatrzeniu wniesionego odwołania w dniu 27 sierpnia 2019 r. uznała, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. czyli do nieprawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów prawa Izba nakazała Zamawiającemu „(...) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (...)”.



II. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy

Działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.), w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2019 r. (sygn. akt KIO 1588/19) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) informuje, że w przedmiotowym postępowaniu na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020 (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19) postanowił odrzucić ofertę Wykonawcy, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź (oferta nr 02) z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), a niezgodność ta nie może zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z treścią wskazanego wyżej orzeczenia Izba „Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APLAN MEDIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (...)”.

W uzasadnieniu do ww. wyroku Izby wskazano, że „W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AM – mimo, że oferta wykonawcy AM podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność jej z treścią SIWZ – zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z rozdz. I ust. 1 pkt 3 lit. a SOPZ zamawiający wymagał wykorzystania kanałów i narzędzi dystrybucji promocji cyt. »prasa: publikacje w prasie internetowej i prasie drukowanej«. Dlatego odnoszenie się w ofercie przez wykonawcę AM do bannerów i targetów, które – szczególnie ze względu na znacznie dowodu nr O4 (także O1-O3, O5, Z1 i P1) – nie mogą zaistnieć powinny powodować u zamawiającego konieczność szczególnego wyjaśnienia i – jak wynika z dowodu – odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. W rozpoznanym postępowaniu zamawiający nie wziął pod uwagę treści postanowienia rozdz. I ust. 1 pkt 3 lit. a SOPZ i nie odrzucił oferty wykonawcy AM. W związku z tym Izba musi przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (...)”.

W związku z powyższym, Zamawiający realizując orzeczenie Izby postanawia jak na wstępie, tj. odrzuca ofertę Wykonawcy w przedmiotowym zamówieniu.

W związku z dalszą częścią wskazanego orzeczenia Zamawiający przystępuje do ponownego badania ofert w przedmiotowym postępowaniu bez brania pod uwagę oferty odrzuconej. Jak wskazano w cytowanym wyroku „(...) Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu, o czym wyżej. Doprowadziło to do uwzględnienia tej oferty podczas oceny ofert i przyznaniu tej ofercie, zgodnie z kryteriami najwyższej liczby punktów. Dlatego Izba musi stwierdzić wadliwość takiego postępowania i nakazać zamawiającemu dokonanie ponownej czynności oceny ofert bez brania pod uwagę oferty wykonawcy AM, która to oferta powinna zostać odrzucona podczas wcześniejszej czynności zamawiającego – badania ofert (...)”.

Wynik ponownego badania ofert został przedstawiony w pkt III niniejszego dokumentu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zajęła stanowiska w sprawie udzielenia zamówienia po dokonaniu ponownej oceny ofert, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 6 ustawy P.z.p. „Izba nie może nakazać zawarcia umowy”.

III. Zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego postępowania

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) unieważnia przedmiotowe postępowanie na Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020 (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19), w związku z faktem,

iż ponowny wybór oferty w przedmiotowym postępowaniu spowodowałby, że postępowanie byłoby obciążone „(...) niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” [pkt 1 i 2], a także ponowny wybór oferty najkorzystniejszej doprowadziłby do sytuacji, w której „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (...)” [pkt 3].

Uzasadnienie:

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w dniu 9 sierpnia 2019 r. W treści zawiadomienia, Zamawiający poinformował Wykonawców, że przewidywał „(...) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w związku z faktem, iż zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie, tj. zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (email), z zastrzeżeniem art. 183 ustawy P.z.p.”.

W dniu 14 sierpnia 2019 r. Wykonawca, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa, działając na podstawie art. 181 ustawy P.z.p. wniósł odwoływanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej "orzeczeniem". Zgodnie z art. 189 ust. 1 ustawy P.z.p. „Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby (...)”. Tym samym, zgodnie z treścią wskazanego przepisu, odwołanie mogło zostać rozpoznane do dnia 29 sierpnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO, Izba) ustaliła termin rozprawy na dzień 27 sierpnia 2019 r., godz. 10:00.

Wyrok Izby został ogłoszony w dniu 28 sierpnia 2019 r., o godz. 12:45. Zgodnie z treścią wyroku, Izba po dokonaniu rozpoznania:

- 1) uwzględniła odwołanie;
- 2) nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenie oferty Wykonawcy, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź; ponowne badanie i ocenę ofert.

Zgodnie z art. 196 ust. 5 ustawy P.z.p. „Odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem wysyła się w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli nie było ogłoszenia w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocników”.

Pismo Izby, sygn. UZP/BO/ŁL/17512/19, dot. KIO 1588/19 zawierające treść orzeczenia wraz z uzasadnieniem oraz sprostowaniem zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 5 września 2019 r. Zgodnie z art. 198a ust. 1 ustawy P.z.p. „Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu”. Ponadto, zgodnie z art. 198b ust. 2 ustawy P.z.p. „Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby (...)”. Tym samym, termin na wniesienie skargi przez Zamawiającego lub/i innych uczestników postępowania odwoławczego na treść orzeczenia Izby upływał w dniu 12 września 2019 r.

1. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanym w pkt 12.1 i 12.2 SIWZ:

- 1) „Wymagany termin wykonania zamówienia: Wykonawca zobowiązany jest do realizacji przedmiotu zamówienia od dnia zawarcia umowy do dnia 16 grudnia 2019 r. Zamówienie będzie realizowane zgodnie z harmonogramem prac, zaakceptowanym przez Zamawiającego, przy czym harmonogram ten musi zostać przekazany Zamawiającemu najpóźniej w ciągu 3 dni od daty zawarcia Umowy. Zamawiający ma 7 dni na wprowadzenie uzgodnionych z Wykonawcą zmian oraz na akceptację harmonogramu.
- 2) Terminy 14 dniowych fal kampanii:
 - 1) I fala – wrzesień 2019 r.;
 - 2) II fala – październik 2019 r. (II fala musi zostać zrealizowana w 2 początkowych tygodniach października);
 - 3) III fala – listopad 2019 r.”.

Zakończenie procedury odwoławczej wraz z uprawomocnieniem orzeczenia w dniu 12 września 2019 r., po uwzględnieniu powyższych terminów, jak również innych terminów wynikających z treści ustawy P.z.p. i SIWZ, uniemożliwia jakiegokolwiek podmiotowi realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż Zamawiający nie przewidywał możliwości przesunięcia terminów wskazanych w treści SIWZ oraz treści Ogłoszenia o zamówieniu. W pkt 30.3 – 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że:

1. *„Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i były wskazane w załączniku nr 2 do Umowy, tj. ofercie Wykonawcy, na podstawie której był dokonywany wybór Wykonawcy. Warunkiem takiej zmiany jest wystąpienie okoliczności lub zdarzenia losowego uniemożliwiającego danej osobie wykonywanie czynności wynikających z zawartej umowy lub utrata uprawnień do wykonywania takich czynności (jeżeli dotyczy), czego nie można było przewidzieć wcześniej.*
2. *Wykonawca jest zobowiązany powiadomić Zamawiającego o konieczności zmiany osoby w formie pisemnej lub e-mailowej (imię i nazwisko, pełniona rola/funkcja, przyczyna braku możliwości realizacji zadań przez daną osobę). Wraz z powyższą informacją Wykonawca zobowiązany jest zaproponować do akceptacji Zamawiającego co najmniej jedną inną osobę, która będzie realizowała zadania w zastępstwie oraz powiadomić Zamawiającego o posiadanych kwalifikacjach i doświadczeniu wskazanej osoby. Wskazana osoba musi posiadać wiedzę, umiejętności, doświadczenie nie gorsze niż osoba, którą ma zastąpić. Taka zmiana nie może powodować zwiększenia ceny za realizację przedmiotu zamówienia, nie może również wpłynąć na termin i jakość realizowanych usług. Taka zmiana wymaga aneksu.*
3. *Zamawiający nie przewiduje innych istotnych zmian do zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 2 – 6 ustawy P.z.p.”.*

Te same okoliczności zostały wskazane w Ogłoszeniu o zamówieniu. Żadna w z powyższych zmian nie dotyczy terminów realizacji zamówienia. Zamawiający wyraźnie zazaczył, że powyższe zmiany nie mogą wpłynąć na termin i jakość realizowanych usług.

Zamawiający nie przewidział możliwości przesunięcia terminów wskazanych w treści SIWZ oraz treści Ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ terminy realizacji poszczególnych faz kampanii zostały zaplanowane w sposób precyzyjny, odnoszący się do zapisów Roczego planu działań informacyjnych i promocyjnych na 2019 rok dla Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 oraz Harmonogramu naborów wniosków o dofinansowanie w trybie konkursowym dla Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 na 2019 rok. Jednym z elementów składowych kampanii było promowanie wydarzenia organizowanego przez Zamawiającego w dniach 16-17 października 2019 r., tj. 10. Forum Rozwoju Mazowsza, a jako cele realizacji zamówienia określono m.in. „1. Ugruntowanie wśród odbiorców pozytywnego wizerunku Funduszy Europejskich poprzez promowanie konkretnych komunikatów (...)” oraz „2. Aktywizację mieszkańców województwa mazowieckiego do ubiegania się o wsparcie z Funduszy Europejskich w ramach RPO WM 2014-2020 poprzez pokazywanie pozytywnych efektów wdrażania programu regionalnego oraz informowanie potencjalnych beneficjentów o wybranych naborach do konkursów ogłaszanych przez Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych (MJWPU)”.

Zmiana terminów wskazanych w treści SIWZ oraz treści Ogłoszenia o zamówieniu byłaby niezgodna z interesem Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, tj. np. posiadając świadomość, że Harmonogram naborów wniosków o dofinansowanie w trybie konkursowym dla Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 na 2019 rok określa jedynie planowane terminy ogłoszenia poszczególnych naborów Zamawiający zastrzegł sobie możliwość bieżącego dostosowywania harmonogramu prac, o którym mowa w § 1 ust. 4 pkt 1 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projektu umowy, do aktualnego zapotrzebowania (§ 2. ust. 3. Projektu umowy). Możliwość wprowadzania zmian w harmonogramie prac nie może być jednak utożsamiana z możliwością zmiany terminów umowy, ani też interpretowana w taki sposób, ponieważ byłoby to niezgodne zarówno z intencją, jak i interesem Zamawiającego.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian”. W przypadku przedmiotowego postępowania zmiany nie dotyczyłyby również sytuacji opisanych w pkt 2 – 6.

Ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w pierwszym możliwym terminie wynikającym z zakończonej procedury odwoławczej mógłby nastąpić najwcześniej w dniu 13 września 2019 r. Umowa z Wykonawcą wybranym po ponownej ocenie ofert mogłaby zostać zawarta najwcześniej w dniu 19 września 2019 r. (tj. po upływie co najmniej 5 dni od dnia dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej).

Umowa zawarta w dniu 19 września 2019 r. z zasady nie mogłaby zostać zrealizowana ponieważ zgodnie ze szczegółowymi terminami określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ – Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (cz. II, pkt 2), pierwsza fala kampanii ma być przeprowadzona we wrześniu. To oznacza, że wszystkie elementy kampanii składające się na pierwszą falę musiałyby być opracowane koncepcyjnie, wyprodukowane i gotowe do emisji/ekspozycji i zaakceptowane przez Zamawiającego najpóźniej do 16 września 2019 r. (17 września 2019 r. to ostatni dzień, w którym musiałyby ruszyć pierwsza fala kampanii, aby można było zachować termin określony w SIWZ, tj. zrealizować 14-dniową falę kampanii we wrześniu).

Realizacja zamówień tego rodzaju wymaga przeprowadzenia trwającego zwykle około tygodnia, wstępnego etapu prac, w ramach których Wykonawca wraz z Zamawiającym ustalają wszystkie szczegóły dalszych prac. Podstawowym dokumentem, który określa zarys tychże prac jest harmonogram pracy. Zgodnie z § 2 ust. 2 Załącznika nr 3 do SIWZ – Projektu umowy, harmonogram ma być przekazany Zamawiającemu najpóźniej w dniu zawarcia umowy. Z kolei Zamawiający ma 7 dni na wprowadzenie uzgodnionych z Wykonawcą zmian oraz na akceptację harmonogramu.

Etap ten obejmuje także wszelkie uzgodnienia dotyczące uszczegółowienia i dostosowania koncepcji przedstawionej przez Wykonawcę w ofercie, dotyczących m.in. media planu oraz briefu i treatmentu, oraz wprowadzenia ewentualnych zmian, aż do uzyskania akceptacji Zamawiającego. Zgodnie z założeniami – Załącznik nr 2 do SIWZ, Uwaga nr 4: „*Warunkiem przystąpienia do realizacji zamówienia jest akceptacja przez Zamawiającego briefu i treatmentu oraz koncepcji graficznej. Wykonawca musi poprawić te dokumenty według uwag przekazanych przez Zamawiającego po podpisaniu umowy i dostosować do nich cały proces produkcji filmów*”. To oznacza, że gdyby umowa z Wykonawcą została podpisana w pierwszym możliwym terminie, tj. w dniu 19 września 2019 r., Zamawiający tylko w harmonogramie prac ma prawo wносить swoje poprawki aż do 26 września 2019 r., tj. w terminie późniejszym niż wskazany wyżej termin, w którym powinna ruszyć pierwsza fala kampanii oraz że już po podpisaniu umowy Wykonawca ma obowiązek wprowadzić zmiany w koncepcji przedstawionej w ofercie aż do uzyskania akceptacji Zamawiającego.

W przypadku przedmiotowej kampanii czas potrzebny na ww. etap przygotowawczy oraz na produkcję wszystkich materiałów przeznaczonych do emisji/ekspozycji wszystkich w ramach pierwszej fali kampanii, w takim zakresie jaki określa Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający szacuje na okres minimum dwóch tygodni, ponieważ pierwsza fala obejmuje emisję/ekspozycję:

- 1) 15-20” zwiastuna i 2,5-3’ filmu, przy czym uzyskanie materiału gotowego do emisji wymaga od Wykonawcy m.in.:
 - a) dopracowania i doprecyzowania wstępnej koncepcji i uzyskania akceptacji Zamawiającego;
 - b) przygotowania i przekazania Zamawiającemu harmonogramu produkcyjnego, czyli planu pracy;
 - c) zorganizowania nagrań z udziałem beneficjentów we wskazanej przez nich lokalizacji;
 - d) wykonania wszystkich prac wymaganych przez Zamawiającego na etapie postprodukcji filmu, wymienionych w Załączniku nr 2 do SIWZ, cz. V, pkt 2b, ppkt 3, lit. 1), tiret 1-6 i obejmujące m.in. opracowanie graficzne, opracowanie napisów do filmów w wersji polskiej i angielskiej, opracowanie wersji filmów z audiodeskrypcją, opracowanie grafiki reklamowej do filmu wraz z tekstami reklamowymi w wersji polskiej i angielskiej, przy czym prace określone w pkt. a)-c) Zamawiający szacuje na około tydzień roboczy, a prace przewidziane w pkt d) Zamawiający szacuje na minimum tydzień roboczy. Zaznaczając przy tym, że jest to czas potrzebny nie tylko Wykonawcy, ale i Zamawiającemu na rzetelną weryfikację nadsyłanych materiałów, wnoszenie poprawek i akceptację;
- 2) artykułu sponsorowanego na stronie internetowej tygodnika, przy czym uzyskanie materiału gotowego do emisji wymaga od Wykonawcy opracowanie merytoryczne tekstu i opracowanie graficzne artykułu (grafika, wybór zdjęć), co łącznie z czasem potrzebnym na weryfikację i akceptację przez Zamawiającego, Zamawiający szacuje na minimum 3 dni robocze, do czego należy doliczyć czas, jakiego potrzebuje Wykonawca aby przekazać materiał do publikacji – w przypadku oferty firmy DSK planującej publikację na stronie polityka.pl, termin ten wynosi 5 dni. Ponieważ Zamawiający wymaga, aby artykuł w ramach każdej fali wyświetlał się na stronie przez minimum 14 dni, to gdyby umowa została podpisana 19 września 2019 r.,

- to zarówno czynności Wykonawcy związane z produkcją, jak również weryfikacja i akceptacja materiału przez Zamawiającego, mogłyby nastąpić po upływie terminu na rozpoczęcie pierwszej fali kampanii;
- 3) spotu radiowego 30", przy czym uzyskanie materiału gotowego do emisji wymaga od Wykonawcy opracowania scenariusza, przygotowania propozycji lektora i podkładu dźwiękowego, nagrania i montażu gotowego materiału, a każdy z tych etapów wymaga akceptacji Zamawiającego, więc Zamawiający szacuje, że na realizację tej części zamówienia potrzeba od minimum 2 do maksimum 4 dni roboczych;
 - 4) plakatu w ramkach w metrze, przy czym uzyskanie materiału gotowego do ekspozycji wymaga od Wykonawcy opracowania graficznego projektu i uzyskania akceptacji Zamawiającego, a w dalszej kolejności wydrukowania plakatów i wyklejenia ich na ramkach w metrze. Przy założeniu, że w przypadku ramek w metrze Wykonawca posiadałby umowę sporządzoną zgodnie z Ogólnymi warunkami umów na realizację kampanii na nośnikach reklamowych Grupy Ströer, operatora systemu reklamowego metra (<http://www.stroer.pl/images/narzedzia/Stroer-Ogolne-Warunki-Umow.pdf>), warunki i terminy określone w ww. dokumencie uniemożliwiają realizację tej części zamówienia z uwagi na zbyt krótki termin dotyczący możliwości dostarczenia przez Wykonawcę plików do druku, terminów plakatowania i terminu realizacji pierwszej fali kampanii. Zgodnie z § 4 „realizacja Kampanii Reklamowej na nośnikach CS, ML, RM (Ramka Reklamowa) lub Ambientowych może odbyć się wyłącznie na podstawie Umowy z Drukiem i dalej: Zleceniodawca zobowiązany jest dostarczyć Wykonawcy Materiały do Druku najpóźniej na 10 (dziesięć) Dni Roboczych przed rozpoczęciem Terminu Plakatowania. W kwestii terminów plakatowania i rozpoczęcia kampanii Ogólne warunki umów (par. 5) mówią: dla Kampanii Reklamowych rozpoczynających się w drugiej połowie miesiąca, początek Okresu Rozliczeniowego Kampanii przypada na 16 (szesnasty) dzień danego miesiąca i dalej: Termin Plakatowania: a. dla nośników typu RM (Ramka Reklamowa): trwa 3 (trzy) Dni Robocze z uwzględnieniem sobót i niedziel oraz rozpoczyna się 2 (dwa) Dni Robocze (z uwzględnieniem sobót i niedziel) przed Okresem Rozliczeniowym Kampanii". Oznacza to, że skoro pierwsza fala kampanii na ramkach w metrze miałyby rozpocząć się 16 września, Wykonawca powinien dysponować materiałami gotowymi do druku (projekt graficzny zaakceptowany przez Zamawiającego) najpóźniej 4 września. Zamawiający nie wyklucza sytuacji, w której Wykonawca mógłby posiadać umowę z operatorem reklam sporządzoną w oparciu o inne ustalenia dotyczące terminów druku i plakatowania, jednak jest to mało prawdopodobne, aby z przyczyn technologicznych i logistycznych łącznie terminy te były dużo krótsze niż określone w Ogólnych warunkach 13 dni;
 - 5) prowadzenie promocji w mediach społecznościowych, w tym przygotowanie treści merytorycznych i graficznych dla minimum 6 postów na Facebooku oraz po minimum 2 postów na LinkedInie i Twitterze, przy czym każdy z ww. materiałów wymaga zarówno opracowania treści postów jak i materiałów graficznych do nich. Ponieważ jednak ta część umowy jest do zrealizowania w oparciu o media społecznościowe, którymi dysponuje Zamawiający, a także można ją realizować sukcesywnie w trakcie trwania pierwszej fali kampanii, Zamawiający uznaje, że wykonanie tej części umowy jest możliwe. Dodatkowo w ramach umowy przewidziana jest produkcja 15" spotu zapowiadającego i produkcja 30" spotu zaproszenia na 10FRM, które zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ, cz. V, pkt 2a, ppkt 1, lit. 2), tiret 4. Spoty te miałyby być zrealizowane i gotowe do emisji najpóźniej do 16 września 2019 r.). Zamawiający szacuje, że na opracowanie szczegółowej koncepcji, produkcję tego rodzaju materiałów (łącznie z czasem na ewentualne poprawki i akceptację Zamawiającego) potrzeba łącznie minimum 3-5 dni roboczych, można więc uznać, że wykonanie tej części umowy nie jest możliwe.

Z powyższego wynika, że umowa w chwili zawarcia podlegałaby unieważnieniu.

W związku z powyższym, po ponownej ocenie złożonych ofert oraz analizie zapisów treści SIWZ, Zamawiający zdecydował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na tym, że umowa mogłaby zostać zawarta po upływie terminu na realizację części jej elementów, natomiast zmiana terminu realizacji tychże elementów nie może zostać dokonana bez naruszenia przepisów ustawy P.z.p.

W ocenie Zamawiającego, powyższe uzasadnienie w pełni wyczerpuje przesłanki unieważnienia przedmiotowego postępowania wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający zobowiązany jest również wskazać, że po dokonaniu ponownego badania ofert, ze szczególnym uwzględnieniem wszystkich kwestionowanych w ramach odwołania argumentów, w tym związanych z kwestią insertowania oraz możliwości zamieszczania artykułów sponsorowanych na stronie internetowej wskazanego tygodnika ustalił, że istnieją przesłanki wskazujące na konieczność odrzucenia oferty

Wykonawcy, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), a niezgodność ta nie może zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego dotyczącym artykułów, które miałyby być zamieszczane na stronie internetowej tygodnika, wskazanym w Załączniku nr 2 do SIWZ, cz. V, pkt 4, ppkt 1, lit. 2), tiret 3 „każdy artykuł o długości 6-8 tys. znaków ze spacjami, z tytułem i wyodrębnionymi śródtytułami”. Wykonawca zaproponował publikację artykułów sponsorowanych na stronie internetowej tygodnika Polityka. Ponowna ocena ofert w powyższym zakresie wykazała, że zgodnie ze Specyfikacją techniczną reklam w wydaniach cyfrowych Polityki (https://www.polityka.pl/resource/fs/res/reklama/polityka_pl/POLITYKA_specyfikacja_techiczna_reklam_w_wydaniach_cyfrowych.pdf): „Treść artykułu sponsorowanego nie może przekroczyć 5 000 znaków”.

Z powyższego wynika, że Wykonawca nie mógłby zamieścić żadnego z artykułów na stronie internetowej tygodnika Polityka, gdyż jest to nie zgodne wewnętrznymi regulacjami tygodnika.

Przed podjęciem decyzji o ewentualnym odrzuceniu oferty Wykonawcy za niespełnienie wymagań Zamawiającego w tym zakresie, Zamawiający powinien umożliwić Wykonawcy zajęcie stanowiska lub/i złożenie/uzupełnienie dokumentów potwierdzających, że oferta Wykonawcy jednak spełnia wymagania dotyczące publikacji artykułów na stronie internetowej. Z uwagi jednak na treść art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania” oraz okoliczności wskazane w pkt III niniejszego dokumentu, Zamawiający zaniechał skorzystania z możliwości takiego wezwania.

Należy jednak zauważyć, że dalsze badanie oferty Wykonawcy w tym zakresie z dużym prawdopodobieństwem doprowadziłoby do odrzucenia oferty Wykonawcy.

2. W związku z treścią orzeczenia Izby, nakazującego Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy, Aplana Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź, jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu, która – jak również wynika ze wskazanego wyroku – powinna zostać ponownie oceniona oferta Wykonawcy, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa.

Zgodnie ze wskazanymi wyżej przepisami prawa na treść orzeczenia Zamawiającemu przysługiwała skarga do sądu. Zamawiający uznał argumentację KIO i nie widział wystarczających podstaw do kwestionowania wydanego orzeczenia. Zamawiający musiał jednak brać pod uwagę, iż skarga do sądu przysługuje każdej Stronie postępowania odwoławczego, jak również uczestnikom takiego postępowania. Tym samym z ostrożności procesowej Zamawiający powinien wstrzymać podejmowanie wszelkich decyzji do dnia uprawomocnienia się wydanego orzeczenia, tj. do dnia 12 września 2019 r. Należy jednak zauważyć, że Wykonawcy pozostawali związani złożonymi ofertami do dnia 9 września 2019 r. Zamawiający nie mógł wystąpić o przedłużenie tego terminu.

Działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p, zgodnie z treścią którego „Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni”, Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2019 r. zwrócił się do Wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w postępowaniu na „Usługę przeprowadzenia kampanii informacyjno-promocyjnej dotyczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020” (nr sprawy: WZP/WIPFE/U-332-40/19), o okres 16 dni, tj. do dnia 26 sierpnia 2019 r.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z obowiązującą doktryną, przedłużenie terminu związania ofertą może zostać dokonane wyłącznie w pierwotnym terminie związania ofertą, tj. nie później niż do dnia 10 sierpnia 2019 r. Wyrażenie zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą po upływie pierwotnego terminu związania ofertą uznaje się za nieskuteczne.

Zamawiający wskazał również, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli Wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą”. Powyższe odrzucenie dotyczy zarówno odmowy przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę, jak i nieskutecznego przedłużenia terminu związania ofertą.

Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia wskazanego w wezwaniu.

W dniu 16 sierpnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców, iż w związku z wpływieniem odwołania dotyczącego przedmiotowego postępowania, termin związania ofertą ulega zawieszeniu zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy P.z.p., który stanowi, iż „W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia”. Jak wskazano wyżej, ogłoszenie orzeczenia przez Izbę nastąpiło w dniu 28 sierpnia 2019 r.

Z powyższego wynika, że zawieszony w okresie od 14 do 28 sierpnia 2019 r. termin związania ofertą został ustawowo przedłużony do dnia 9 września 2019 r. W związku ze wskazanym wyżej art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający nie mógł ponownie wezwać Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Wykonawca, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa do dnia sporządzenia niniejszego dokumentu nie wyraził zgody na dalsze przedłużenie terminu związania ofertą.

Z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 9 września 2014 r. (sygn. KIO 1737/14), wyrok z dnia 19 października 2010 r. (sygn. KIO 2204/10), wyrok z dnia 7 marca 2014 r. (sygn. KIO 276/14, KIO 302/14) wynika, że dla wyrażenia przez Wykonawcę woli przedłużenia terminu związania ofertą konieczne jest złożenie przez niego stanowczego oświadczenia w tym przedmiocie i jednoznaczne potwierdzenie woli kontynuacji uczestnictwa w postępowaniu. Dla rezygnacji z dalszego udziału w postępowaniu wystarczające jest natomiast samo powstrzymanie się od jakichkolwiek działań.

W opinii KIO, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na regulację ustawy P.z.p. dotyczącą instytucji terminu związania ofertą, w szczególności na treść art. 85 tejże ustawy. Zgodnie z nim Wykonawca jest związany ofertą od momentu upływu terminu składania ofert aż do momentu upływu terminu określonego w SIWZ. Jednocześnie dopuszczalna jest możliwość przedłużenia tego terminu. Zamawiający może wówczas zwrócić się do Wykonawców z odpowiednim wnioskiem, przy czym może to zrobić tylko raz w określonym terminie (co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą), oznaczając czas, o jaki okres związania ofertą ma ulec przedłużeniu (nie więcej niż 60 dni). Zdaniem KIO, w świetle regulacji ustawy P.z.p. wyłącznie od decyzji Wykonawcy zależy, czy przedłużeniu ulegnie termin związania go złożoną ofertą. Brak jednoznacznego stanowiska będzie natomiast uprawniał Zamawiającego do wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, który wezwany do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, takiej zgody wprost nie wyraził. W swojej argumentacji KIO wskazała, że to na Wykonawcach ciąży obowiązek weryfikacji biegu terminu związania ofertą i podejmowania odpowiednich działań służących zabezpieczeniu ich interesów. Możliwość przedłużenia tego terminu daje im natomiast pewność, że tak długo jak będzie się utrzymywał stan związania ofertą, Zamawiający będzie miał obowiązek uwzględnić ją przy rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony instytucja ma zabezpieczać także interesy Zamawiającego, którego przekonanie, że w przypadku wybrania określonej oferty Wykonawca zawrze z nim umowę, a następnie zrealizuje zamówienie publiczne, będzie uzasadnione. Ponadto Zamawiający w przypadku wyboru oferty, którą Wykonawca był związany, będzie mógł na drodze sądowej dochodzić jej zawarcia. Jak wynika z powyższego, Wykonawca, który wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą musi złożyć odpowiednie oświadczenie woli w tym zakresie. W sytuacji, gdy takiej zgody nie wyraża, może albo złożyć stosowne oświadczenie, albo powstrzymać się od jakichkolwiek działań (tzn. wyrazić milczącą odmowę).

Zamawiającemu znana jest również opinia, zgodnie z którą termin związania ofertą nie wyznacza sztywnych ram czasowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lecz jest to termin, w którym można skutecznie żądać od Wykonawcy zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Zgodnie ze wskazaną opinią upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty lub o tym, że Zamawiający nie ma już do czynienia z ofertą, ale o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (w takiej sytuacji Wykonawca staje się uprawniony jedynie do zawarcia umowy). Należy jednak zauważyć, iż powyższy pogląd dotyczył sytuacji, w których Zamawiający nadużywał możliwości, o których mowa w art. 24 ustawy P.z.p. (przed nowelizacją ustawy) i wykluczał Wykonawcę z udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie tego, iż nie otrzymał od Wykonawcy zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pomimo faktu, iż sam Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyrażenia takiej zgody. Należy wyraźnie zaznaczyć, że Zamawiający nie zamierza wykluczać Wykonawcy (co stało się niemożliwe po 28 sierpnia 2016 r.), jak również odrzucać oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p.

Zamawiający zgadza się natomiast, że stan związania ofertą jest konstrukcyjnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Upływ terminu związania ofertą powoduje, że Wykonawca nie jest już uczestnikiem postępowania. Związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Wykonawca musi być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Podkreślić także należy, że przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do Zamawiającego przed upływem tego terminu. Złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie późniejszym, tj. po upływie pierwotnego lub przedłużonego terminu związania ofertą należy ocenić jako złożenie nowej oferty.

W art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. jest mowa wyraźnie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zgodnie ze słownikowym rozumieniem słowa „przedłużyć” (internetowy słownik języka polskiego <http://sjp.pwn.pl/>: przedłużyć to znaczy „sprawić, że coś trwa dłużej, niż przewidywano”) uznać należy, że zamiarem Ustawodawcy było zobligowanie Wykonawcy do podjęcia działań, które zmierzałyby do utrzymania stanu związania złożoną przez niego ofertą przez kolejny, określony przez Zamawiającego lub wskazany przez samego Wykonawcę okres. W celu utrzymania stanu związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie (lub uprzednio przedłużony) termin związania ofertą upłynie, a Wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W takim przypadku nie można bowiem mówić o przedłużeniu tegoż terminu, ale o podjęciu próby jego restytucji, odnowienia na mocy później wyrażonego oświadczenia woli. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. nie uznaje takiego działania za dopuszczalne.

Kwestia związana z brakiem skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą przez Wykonawcę ta była przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości, który w dniu 13 lipca 2017 r. wydał orzeczenie w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu. Orzeczenie wydane zostało na skutek pytania prejudycjalnego zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Pytanie dotyczyło zagadnienia związania ofertą i wadium oraz dopuszczalności wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą oraz możliwości zawarcia umowy z takim Wykonawcą, jak również dopuszczalności żądania przez Zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, w świetle zasad udzielania zamówień publicznych wymienionych w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, tj. zasad równego i niedyskryminującego traktowania Wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty i wynikającej z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Trybunał stwierdził między innymi, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk. Ustawa P.z.p. została w tym zakresie zmieniona. Wskazano przy tym na ustawodawstwo krajowe i mający obecnie zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p., który przewiduje wyłącznie odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p., który wyraźnie stanowi, że Wykonawca może tak na wniosek Zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą.

Zamawiający zgadza się z przedstawionym orzecznictwem. Należy jednak zaznaczyć, iż przedmiotem sporu, który w konsekwencji doprowadził do wydania powyższego orzeczenia było postępowanie, w którym Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednokrotnie wezwał Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, co całkowicie uniemożliwiło ponowne wezwanie w późniejszym terminie. Tym samym, powyższe orzeczenie nie może być wystarczającym punktem odniesienia w przypadku przedmiotowego postępowania.

Należy wyraźnie rozróżnić kwestię ponownej oceny ofert (co wynika z rozstrzygnięcia odwołania) od zawarcia umowy. Zamawiający zgadza się, że istnieje możliwość zawarcia umowy po terminie upływie terminu związania ofertą, gdzie uprzednio w terminie związania ofertą dokonano wszystkich czynności związanych z oceną i wyborem oferty. Potwierdza to m.in. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., SK 22/08, który stwierdził jednoznacznie, że upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje, że taka możliwość wynika wprost z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Nawet jeśli Zamawiającemu nie przysługuje już roszczenie o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo złożona w toku postępowania oferta przestała wiązać Wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie, by przedmiotowa umowa została zawarta, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, zanim termin związania upłynął, wyrazi taką wolę. O ile bowiem Zamawiający jest związany wynikiem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego wyborem oferty najkorzystniejszej, o tyle w przypadku Wykonawcy, którego oferta nie wiąże z powodu upływu terminu związania, z zasady autonomii woli stron wynika, że jeżeli wciąż jest zainteresowany zawarciem umowy.

W sytuacji, w której Wykonawca jest nadal zainteresowany udziałem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, koniecznym jest wyrażenie jednoznacznego stanowiska przez Wykonawcę jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu związania ofertą. Tylko w takim przypadku można mówić o przedłużeniu terminu, a więc utrzymaniu stanu związania Wykonawcy ofertą, który to stan, w chwili składania oświadczenia przez wykonawcę musi jeszcze istnieć, aby mógł zostać przedłużony.

KIO podkreśla, że dopuszczenie do oceny zarówno ofert Wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani, nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania Wykonawcy, którego ofertę – mimo wygaśnięcia terminu związania ofertą – wybrano (vide: wyrok z 26 maja 2014 r., sygn. KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 905/14).

Z powyższego wynika, iż ocena i ewentualny wybór oferty Wykonawcy, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa po uprawomocnieniu się wydanego przez KIO orzeczenia w sprawie sygn. KIO 1588/19, tj. po 12 września 2019 r. stanowiłby wybór Wykonawcy, który w tym terminie nie był związany złożoną ofertą.

W ocenie Zamawiającego, powyższe uzasadnienie w pełni wyczerpuje przesłanki unieważnienia przedmiotowego postępowania wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

3. W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty. Informacje dotyczące złożonych ofert, w tym informacje niezbędne do oceny ofert w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert zostały wskazane w Protokole z otwarcia ofert, zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15 lipca 2019 r. oraz przesłanym do wszystkich Wykonawców. W treści wskazanego dokumentu Zamawiający poinformował wszystkich uczestników postępowania, iż zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego kwotę brutto w wysokości 280.000,00 zł.

W związku z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2019 r. (sygn. KIO 1588/19) oferta Wykonawcy, Aplan Media Sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18, 93-578 Łódź powinna zostać odrzucona. Zgodnie z ustawą P.z.p. ocenie w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert podlegają jedynie oferty, które nie zostały odrzucone. Z zastrzeżeniem argumentów wskazanych w pkt III.1 i III.2 niniejszego dokumentu, jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta Wykonawcy, Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o., ul. Bielawska 6 lok. 3, 02-511 Warszawa. Wykonawca zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 316.374,45 zł brutto.

Należy zauważyć, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, który następnie został unieważniony nakazem Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązany był do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia. W związku z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., kwota została zwiększona do wartości oferty uznanej wówczas za najkorzystniejszą, tj. do kwoty 314.880,00 zł brutto.

Aktualnie jedyna niepodlegająca odrzucenia oferta ponownie przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej UZP), stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy P.z.p., bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nałożenie na Zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa bowiem jawność postępowania oraz uniemożliwia Zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

W związku z kwotą przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia, wynoszącą 280.000,00 zł brutto, realizacja przedmiotowego zamówienia z pierwotnie wybranym Wykonawcą wiązała się z koniecznością przeznaczenia na jego realizację dodatkowej kwoty w wysokości 34.880,00 zł brutto, natomiast realizacja przedmiotowego zamówienia z Wykonawcą, które oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w związku z wyrokiem Izby z dnia 27 sierpnia 2019 r. wiązałyby się z koniecznością przeznaczenia na jego realizację dodatkowej kwoty łącznej w wysokości 36.374,45 zł brutto

Zamawiający nie ma możliwości ponownego przeznaczenia na realizację przedmiotowego zamówienia kwoty wyższej niż 314.880,00 zł brutto.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej analogicznych sytuacji wskazuje, iż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi być tożsama z kwotą, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W toku postępowania mogło okazać się bowiem, że Zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert. W konsekwencji, jedynie w powyższym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowania zamówienia, Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i udzielić zamówienia.

Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający, który w takim wypadku dokonuje przeniesienia wydatków, musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur. W stosunku do podmiotów z sektora finansów publicznych zgodnie z art. 92 pkt 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U z 2003 r., Nr 15, poz. 148, ze zm.) obowiązuje, obok innych zasad gospodarki finansowej, zasada dokonywania wydatków w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień, zgodnie z planowanym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny. Kwestię sposobu dokonywania przeniesień precyzuje m.in. art. 96 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym dysponenci części budżetowych mogą dokonywać przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków, w ramach danej części i działu budżetu państwa (z wyjątkiem zwiększania planowanych wydatków na wynagrodzenia).

Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Jak wskazano wyżej, Zamawiający nie może przeznaczyć na realizację zamówienia innych, dodatkowych środków finansowych. Kwota jaką Zamawiający zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynikała z planu finansowego Zamawiającego, natomiast kwota dodatkowa wiązała się ze zmniejszeniem planowanych wydatków na inne cele i oznaczała środki, jakie maksymalnie mają zostać przeznaczone na pokrycie realnych wydatków z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym koniecznym jest unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę,

którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

Zamawiający zwraca się z uprzejmą prośbą o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego dokumentu.

p.o. Dyrektora

Marcin Frankowski

(podpis Kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)

Sprawę prowadzi:

Adam Orłowski
tel. 22 542 20 94
fax. 22 698 31 44/57
email: a.orlowski@mazowia.eu

Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych


Michał Kosior