

Międzyrzecz, 28.09.2017 r.

WRG.271.22.2017

Nazwa zamawiającego: **GMINA MIĘDZYRZECZ**
UL. RYNEK 1
66-300 MIĘDZYRZECZ

REGON **210966846**

NIP **596-000-65-53**

TELEFON **095 7426930** FAX **095 7426960**

**INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY DLA CZĘŚCI 3
ORAZ O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

DOTYCZY: postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Dostawa pomocy dydaktycznych i edukacyjnych do oddziałów przedszkolnych w Gminie Międzyrzecz” - część 3 dostawa darów i zestawów Froebel’a.

Zamawiający zawiadamia, iż unieważnia przeprowadzoną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonaną w dniu 18.09.2017r. oraz unieważnia postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.6 ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu na zadanie „Dostawa pomocy dydaktycznych i edukacyjnych do oddziałów przedszkolnych w Gminie Międzyrzecz - część 3 dostawa darów i zestawów Froebel’a” Zamawiający naruszył ustawę Pzp w zakresie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane przez firmę Froebel.pl Sp. z o.o., Al. Racławickie 7, 20-059 Lublin. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia naruszając art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania. Wskazana niezgodność uzasadnia unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup przedmiotowego towaru w zakresie dotyczącej części 3, ponieważ obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 2 Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (tak też wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09).

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nastąpiło w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie zaszło, gdyż przedmiot zamówienia określony został w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Taka sytuacja nastąpiła m.in. poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia *Dostawa pomocy dydaktycznych i edukacyjnych do oddziałów przedszkolnych w Gminie Międzyrzecz - część 3 dostawa darów i zestawów Froebel'a - dla części 3 opisu „Każde pudełko posiada oznaczenie w języku polskim oraz znak towarowy objęty prawem ochronnym z symbolem ®. Do kompletu dołączona jest instrukcja i opis darów w języku polskim, a także Certyfikat opatrzony indywidualnym numerem i hologramem poświadczający oryginalność produktu i zgodność z projektem F. Froebela”.*

Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak szczegółowo, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.01.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 29 ust 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **W tym przypadku ograniczenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle szczegółowy i rygorystyczny, że ograniczyło to krąg wykonawców – w tym postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty - zdolnych do wykonania zamówienia.**

Zamawiający zbyt rygorystycznie i szczegółowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia stosując m.in. określenia: „Każda piłka ma średnicę 5 cm”, „w skład daru 3 wchodzi osiem małych sześciątów (2,5x2,5x2,5 cm)”, „Dar 10 to fioletowe, czarne, zielone, niebieskie, białe, czerwone, pomarańczowe i żółte drewniane punkty o średnicy 0,5 cm”, „Drewniana siatka geometryczna o wymiarach 40cmx40cm”, „Jest to pierwszy w Polsce przewodnik metodyczny opracowany w oparciu o założenia pedagogiczne F. Froebela”.

Ponadto Zamawiający niedostatecznie określił parametry produktów równoważnych. W przypadku określania produktów równoważnych zamawiający powinien jednoznacznie określić, jakie parametry przedmiotu zamówienia mają być równoważne i w jakim stopniu ta równoważność powinna być spełniona. W kontekście zamówienia pomocy edukacyjnych zamawiający powinien np. wskazać, że dana pomoc edukacyjna powinna posiadać np. «wymiary nie mniejsze niż...», «posiadać m. in. kolory» itp.”. Pogląd ten został wyrażony w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia

2016 r. (Sygn. akt KIO/KD 20/16). Natomiast w niniejszym postępowaniu w załączniku nr 5 c – opis przedmiotu zamówienia dla części 3 - zamawiający nie zawarł żadnych określeń w zakresie równoważności. Jedynie w samej tylko w SIWZ dla wszystkich (5) części postępowania w pkt. 3.12 zawarł zapis: „ Wskazania materiałów przy użyciu znaków towarowych, parametrów lub pochodzenia w opisie przedmiotu zamówienia należy rozmieść jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych materiałów stosowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiający dopuszcza dostawę produktów jakościowo równoważnych spełniających te same parametry techniczne i jakościowe jak wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 3. Przedmiot zamówienia został w niektórych elementach wskazany przez Zamawiającego poprzez podanie standardu (marki handlowej lub jej odpowiednika) co ma jedynie przybliżyć wymagania, których nie można było opisać przy pomocy dokładnych i zrozumiałych określeń. Dopuszcza się więc zaproponowanie w ofercie wszelkich równoważnych odpowiedników rynkowych – nie gorszych niż wskazany. Wskazane parametry (charakterystyka) zastosowanego standardu określają minimalne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe i funkcjonalne, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazanie marki lub nazwy producenta określa klasę produktu”.

Ponadto Zamawiający w OPZ nie zastosował zapisów „wymiały nie mniejsze niż”, tylko wprost określił wymiały niektórych pomocy dydaktycznych z dokładnością do 0,5 cm np. „Wymiały segregatora 16 cm x 16 cm”, „Karty zalaminowane w formacie 27,5 cm x 10 cm”, żądał określonego zestawu kolorów „zielonym, czerwonym, fioletowym, białym, czarnym, niebieskim oraz żółtym”.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl art. 93 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.

Stosownie do art. 93 ust. 3 Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty (w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert), podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego wynika, że wada uzasadniająca unieważnienie postępowania we wskazanej części tkwi w samym postępowaniu a jednocześnie jest istotna i nieusuwalna. W szczególności bowiem opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp . Wada ta stanowi skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności na liczbę ubiegających się o zamówienie Wykonawców oraz treść ofert w zakresie zaproponowanej ceny. Wada ta jednocześnie jest niemożliwa do usunięcia w trybie i w sposób uprawniony na tle przepisów Pzp i uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu zarówno na tle Pzp, jak i w świetle przepisów k.c.

Z powyższych względów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego **prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Dostawa pomocy dydaktycznych i edukacyjnych do oddziałów przedszkolnych w Gminie Międzyrzecz” część 3 dostawa darów i zestawów Froebel’a, podlega unieważnieniu.**

Z up. BURMISTRZA


mgr Agnieszka Śnieg
Zastępca Burmistrza