

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 POSTĘPOWANIA

DOTYCZY: postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Dostawa pomocy dydaktycznych i edukacyjnych do oddziałów przedszkolnych w Gminie Międzyrzecz” - dla części 1: dostawa pomocy edukacyjnych, dydaktycznych, oprogramowania, zabawek i materiałów plastycznych.

Zamawiający zawiadamia, iż 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 - dla części 1: dostawa pomocy edukacyjnych, dydaktycznych, oprogramowania, zabawek i materiałów plastycznych” 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 Moje Bambino poz. m.in. 1, 2, 7, 8 - 20, 32, 57,61, PanKotek poz. m.in. 3, Empis.pl – poz. m.in. 4,5 , Kajko. Specjalistyczny sklep internetowy – poz. m.in. 6, Haba – poz. m.in. 26, Wydawnictwo Epideixis – min. poz. 29, 30, InSchool – m.in. poz. 36 – 38, 44, 47,53, 54 Edupomoce – poz. m.in. 46, Intex – m.in. poz. 49, Ab-art. – m.in. poz. 51, Edufit – poz. m.in. 59.

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 1, 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 publicznie 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 - dla części 1: dostawa pomocy edukacyjnych, dydaktycznych, oprogramowania, zabawek i materiałów plastycznych* – oznaczeń obrazkowych, na których wprost były wpisane nazwy producentów np. „bambino” m.in. dla poz. 1, 2, 7, 8 - 20, 32, 57,61, „InSchool” – m.in. poz. 36 – 38, 44, 47,53, 54. 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.

Natomiast Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09, wskazał: „Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt, działając w ten sposób niezgodnie z obowiązkiem obiektywnego i równego traktowania wszystkich podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne.”

W tym przypadku ograniczenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle szczegółowy i rygorystyczny, że bezpośrednio wskazywał na następujących dostawców tj.: *Moje Bambino* poz. m.in. 1, 2, 7, 8 - 20, 32, 57,61, *PanKotek* poz. m.in. 3, *Empis.pl* – poz. m.in. 4,5, *Kajko. Specjalistyczny sklep internetowy* – poz. m.in. 6, *Haba* – poz. m.in. 26, *Wydawnictwo Epideixis* – min. poz. 29, 30, *InSchool* – m.in. poz. 36 – 38, 44, 47,53, 54 *EduPomoce* – poz. m.in. 46, *Intex* – m.in. poz. 49, *Ab-art.* – m.in. poz. 51, *Edufit* – poz. m.in. 59. Zamawiający zbyt rygorystycznie i szczegółowo dokonał opisu przedmiotu zamówienia stosując m.in. dokładne parametry techniczne, które nie były związane ze specyfiką projektu, np.: „**Rzutki – żabki: gra zręcznościowa. Opakowanie zawiera: 1 stojak, 4 woreczki zamykane na rzep. wymiary: 40 x 57 x 30,5 cm**”, „**wym. maty 250 x 75 cm • wym. sześciątów 12 x 12 x 12 cm • dla 2-4 graczy**”, „**Żelowy**

podkład zapewnia antypoślizgowość. • wym. 1,3 x 1,7 m. Znaki drogowe w woreczku - 16 znaków drogowych wykonanych z drewna, umieszczonych w woreczku. Wym. 9,5 cm", „Metalowa waga szalkowa wraz z szalkami. Wymiary 160x490x200", „W zestawie: - 8 planet o śr. 15-36 cm, - Słońce o śr. 58 cm, - Księżyc o śr. 13 cm, - Pluton o śr. 13 cm", „W zestawie 30 kafelków o wymiarach 10,5 x 5,5 cm", „Wymiary po ułożeniu obrazka: 32 x 23 cm", „Waga 11,90 kg", „Wymiary 900x900x60mm", „Plansze umieszcza się zamiennie w dużym stojaku wykonanym z drewna bukowego. Całość ma wymiar 65x130 cm", „magnetyczna walizeczka. 300x300x37 mm", „413x343x279 mm", „Wym.: 47,5 x 39,5 cm", „2 bramki o wym. 74 x 46 x 60 cm • piłka o śr. 15 cm", „wym. 12 x 12 cm • 100 gram", „W zestawie znajdują się 2 piłeczki styropianowe o średnicy 25 mm", „drążki gimnastyczne o dł. 70 cm - 8 szt. obręcze o śr. 50 cm - 4 szt. pachotki - 4 szt. (2 żółte, 2 czerwone)", „bębenek, śr. 15,2 cm, cymbałki z pałeczkami, wym. 27 x 3,5 cm - klawesy, dł. 14 cm", „worek na rzep z wytrzymałej tkaniny o wym. 32 x 40", „wym. 96 (po wysunięciu modułu) x 74,5 x 59 (94 z aplikacją) cm", „wym. końcówki 6 x 8 cm • dł. 29 cm", „wym. 25 x 25 x 60 cm", „11 elem. o dł. boku 32,5 cm", „śr. 46 cm • dł. 280 cm", „Wym. jednego elementu: dł. 39,5, szer. 12,5, wys. 2,5 cm", „wym. 60 x 69 x 104 cm • wym. tablicy 60 x 60 cm • wym. kuwety 55 x 19 cm",

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 a – opis przedmiotu zamówienia dla części 1 - 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 „wymiary nie mniejsze niż”, „waga nie mniejsza niż” tylko wprost określił wymiary większości pomocy dydaktycznych z dokładnością do 0,5 cm lub mniejszych – przykłady wskazano powyżej.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone 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” dla części 1: dostawa pomocy edukacyjnych, dydaktycznych, oprogramowania, zabawek i materiałów plastycznych podlega unieważnieniu.**

Z up. BURMISTRZA


mgr Agnieszka Śnieg
Zastępca Burmistrza