

Tczew, dnia 17-07-2024r.

Dotyczy:
**Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, w trybie
PODSTAWOWYM,**
zgodnie z art. 275, pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm), zwanej dalej „pzp”,
wraz z przepisami wykonawczymi do ustawy,
na: **DOSTAWĘ ARTYKUŁÓW BIUROWYCH NA POTRZEBY ZAMAWIAJĄCEGO**

Numer Postępowania: 07/TP/2024

ZAWIADOMIENIE O ROZSTRZYgniĘCIU POSTĘPOWANIA W RAMACH PAKIETU NR 3

Zamawiający na podstawie art. 260 ust 1 i ust. 2 ustawy pzp przekazuje następujące informacje:

POSTĘPOWANIE UNIEWAŻNIONE

UZASADNIENIE PRAWNE:

Zamawiający na mocy Art. 255, pkt 6 ustawy pzp unieważnił niniejsze postępowanie w zakresie pakietu nr 3 bowiem postępowanie w tym zakresie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pakietu nr 3, wymagając tonerów i wkładów barwiących do drukarek, co zawarł w pozycjach 1 – 50 składających się na tabelę asortymentowo – cenową w pakiecie 3. W pozycjach tych wskazał także, iż przedmiot zamówienia ma być „oryginalny”, dodatkowo uściślając ten warunek na dole tabeli w następujący sposób: „*W pakiecie nr 3 Zamawiający wymaga materiałów eksploatacyjnych fabrycznie nowych, nieużywanych i oryginalnie wyprodukowanych przez producenta urzędzeń wskazanych powyżej, są to marki ogólnodostępne na rynku więc nie stanowi to czynu niezgodnego z ustawą ponieważ nie eliminuje żadnego z uczestników postępowania.*”, tworząc tym samym warunek, który mógł być zrozumiany jako wykluczający zapis SWZ co do produktów równoważnych.

Zamawiający chociaż nie wymienił tonerów i wkładów barwiących wprost z nazwy to jednak opis przedmiotu jaki sporządził pośrednio wskazywał na produkty konkretnego producenta, na konkretny znak towarowy i pochodzenie. W wyniku złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę Lyreco od czynności odrzucenia jego oferty, dokonano ponownie analizy zarówno argumentów wskazanych w odwołaniu jak i warunków samego postępowania – zapisów SWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia w tabeli asortymentowo – cenowej załącznika nr 3 do SWZ, dla przedmiotowego pakietu nr 3. W wyniku tej czynności Komisja Przetargowa stwierdziła, że w niewystarczający sposób, błędnie, w sposób niejasny i nieprecyzyjny Zamawiający opisał przedmiot zamówienia. Powyższe zapisy w tabeli dla pakietu nr 3, w kontekście zapisu cz. XV pkt 30 SWZ mogły wprowadzić w błąd potencjalnych i obecnych Wykonawców, bowiem mają charakter wykluczający się. Zarówno Wykonawcy stosujący się wprost do zapisów SWZ (wymagań Zamawiającego) w tabeli asortymentowo – cenowej dla pakietu nr 3, w załączniku nr 3 do SWZ (uściślanej informacji na dole tabeli asortymentowo – cenowej dla Pakietu nr 3, nakazującej bezwzględnie zaferowanie produktów oryginalnych producenta urzędzeń), jak i ci, którzy zapoznali się z zapisami cz. XV, pkt 30 SWZ, co do ofert równoważnych, nie uwzględniając nakazu Zamawiającego, złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu. W obu przypadkach oferty takie spełniły wymagania SWZ, a zatem w takim stanie rzeczy,

nie można było wskazać, że jakkolwiek z ofert jest sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego, tymi zawartymi w dokumentach zamówienia, gdzie oferta Wykonawcy oferującego zamienniki w rzeczywistości nie odpowiadała założeniom Zamawiającego (nie zaś przepisom prawa w tym zakresie i zapisom SWZ), który planował zakup oryginalnych produktów, w celu ochrony swojej bazy sprzętowej, dysponując negatywnym doświadczeniem związanym ze stosowaniem produktów zamiennych w tym zakresie. Wobec tego także wartość szacunkową zamówienia Zamawiający określił w stosunku do produktów oryginalnych producenta urządzeń.

Żaden z Wykonawców nie mógł także w świetle zapisów SWZ i wymogów co do przedmiotu zamówienia zgłosić zastrzeżeń do ww. na etapie po publikacji Ogłoszenia o Zamówieniu, SWZ oraz innych dokumentów postępowania, bowiem wykluczające się zapisy spowodowały, że Wykonawcy, którzy złożyli ofertę na oryginalne produkty i na zamienniki w efekcie złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, a każdy z nich zrozumiał rozbieżności w tym zakresie w różny sposób – złożenie tylko oferty na produkty oryginalne lub złożenie oferty na zamienniki w związku z zapisem SWZ, bez stosowania się do nieuprawnionego nakazu Zamawiającego na dole tabeli asortymentowo – cenowej, co do możliwości złożenia oferty tylko na produkty oryginalne producentów urządzeń.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Wykonawcy, których działalność związana jest z handlem przedmiotem zamówienia tj.: tonerami i wkładami barwiącymi (są to na ogół pośrednicy, odsprzedający towary określonych producentów – wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty w zakresie pakietu nr 3 reprezentują ten model działalności) w praktyce są w stanie zaoferować zarówno produkty oryginalne producentów jak i zamienniki, a zatem niejasności i nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia miały istotny wpływ na wynik postępowania. Wykonawcy, którzy zaoferowali produkty oryginalne mogliby w rzeczywistości zaoferować także zamienniki w ten sposób składając oferty porównywalne lub odwrotnie – Wykonawca składający ofertę na zamienniki mógłby złożyć ofertę na produkty oryginalne producentów i w ten sposób wszystkie oferty byłyby porównywalne. Wybór produktu oryginalnego lub zamiennego gdyby Zamawiający nie nakazał w zapisie pod tabelą asortymentowo – cenową bezwzględnie zaoferowania produktów oryginalnych, w kontekście zapisów SWZ należałoby jedynie do świadomego wyboru Wykonawcy, co dałoby możliwość porównania ofert zgodnie z wymogami. Wykonawca wówczas miałby szansę wyboru czy oferuje produkty oryginalne, a przez to i wyższą cenę oferty, czy produkty zamienne z niższą o połowę ceną, mając świadomość, że inni Wykonawcy mogą zaoferować produkty zamienne – tańsze.

Niejasność i nieprecyzyjność Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, który nakazał wbrew zapisom SWZ i przepisów w tym zakresie zaoferowanie jedynie produktów oryginalnych, spowodował, iż złożono w efekcie oferty nieporównywalne, a wada opisu przedmiotu zamówienia (postępowania) w kontekście wymogów co do produktów równoważnych ma zasadniczy wpływ na jego wynik. Wada postępowania polegająca na wykluczających się zapisach dokumentów postępowania naruszyła także zasadę równego traktowania Wykonawców i inne przesłanki z art. 16, pkt 1 i 2 pzp, bowiem mogła mieć wpływ na decyzje Wykonawców, co do chęci i możliwości złożenia ich ofert w postępowaniu, wobec braku faktycznej wiedzy co do rodzaju asortymentu jaki mógł zostać zaoferowany. Bezwzględny nakaz Zamawiającego zaoferowania produktów oryginalnych, w kontekście chociażby zapisów SWZ mógł wprowadzić Wykonawców w błąd i wpłynąć na decyzję o złożeniu przez nich ofert. Wykonawcy dysponujący produktami równoważnymi wobec nakazu Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, dotyczącego zaoferowania wyłącznie produktów oryginalnych mogli zmienić swoją decyzję o złożeniu oferty, która zgodnie z tym, czego wymagał Zamawiający, nie spełniałaby warunków postępowania w tym zakresie.

Wada jaką obarczone jest postępowanie w związku z powyższą sytuacją jest wadą niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie postępowania.

Komisja Przetargowa w przypadku uzasadnienia unieważnienia postępowania na mocy przesłanki z art. 255, pkt 6) podziela w pełni stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku KIO 1343/21 z dnia 11 czerwca 2021r., tj:

„ (...) Zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17). Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mogłyby być art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z art. 99 ust. 1 Pzp, który ustanawia wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia (...)”.

Słuszność postulowanej czynności unieważnienia w analizowanym stanie faktycznym potwierdza także niniejszy pogląd orzecznictwa KIO, zgodnie z którym: „*Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 p.z.p. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić*” / vide: wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2022 roku, sygn. akt KIO 909/22 /.

Konstatacja powyższa znajduje skonkretyzowanie w innym orzeczeniu, zgodnie z którym: „*Nie jest bowiem możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*” / wyrok KIO z dnia 7 marca 2023 roku, sygn. akt KIO 497/23 /.

Podobnie za innym wyrokiem: „*Niemożność dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 p.z.p. Wybór oferty najkorzystniejszej, prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest bowiem wynikiem postępowania samym w sobie i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (co wynika z definicji art. 2 pkt 7a p.z.p.)*” / wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 roku, sygn. akt KIO 883/16 /.

Jeśli zaś chodzi o dodatkowe uzasadnienie dla niemożności pozostawienia bez adekwatnej reakcji ze strony Zamawiającego analizowanego uchybienia (w kontekście zdarzeń przyszłych, dotyczących w szczególności istnienia w takim przypadku ryzyka unieważnienia umowy zawartej w wyniku tak przeprowadzonego postępowania), godzi się podnieść, że: „*Aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie, stosując przesłankę art. 255 pkt 6 p.z.p. musimy mieć do czynienia z wadą postępowania. Dodatkowo jednak nie może to być jakiegokolwiek naruszenie przepisów p.z.p., ale takie, które powoduje, że nie jest możliwe zawarcie w tym postępowaniu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*” / wyrok KIO z dnia 4 listopada 2021 roku, sygn. akt KIO 3041/21 /.

Podsumowując, w świetle powyższych okoliczności zarówno faktycznych, jak i mając na względzie przytoczony, utrwalony pogląd orzecznictwa KIO, unieważnienie niniejszego postępowania jest koniecznym, jak i jedynym uzasadnionym do podjęcia na obecnym etapie działaniem ze strony Zamawiającego.

Niniejsze zawiadomienie, w dniu 17-07-2024r. zostało przesłane do Wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w zakresie pakietu nr 3 w niniejszym postępowaniu. Przesłanie nastąpiło za pomocą skrzynki mailowej na stronie prowadzonego postępowania, <https://platformazakupowa.pl/pn/szpitaletczewskiesa>

Zawiadomienie to zostało jednocześnie udostępnione na stronie prowadzonego postępowania pod powyższym adresem.

Zatwierdzam:

Kierownik Zamawiającego - Maciej Bieliński