

N/znak: ZOZ.II/ZP/46/2021

Chełmno, dnia 16.07.2021 r.

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem zamówienia jest: „Sukcesywna dostawa środków dezynfekcyjnych dla ZOZ w Chełmnie”, nr post. 12/2021.

Na podstawie art. 259 oraz art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwana dalej: PZP), zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pakiecie nr 6.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający pismem z dnia 06.07.2021 r. zwrócił się do wykonawcy Medilab Firma Wytwórczo –Usługowa Sp. z o.o. o wyjaśnienia odnośnie zaoferowanego produktu w poz. 1 pakietu nr 6 Phago'Scope APA, czy zawiera w swym składzie Diazaadamantany. Wykonawca wyjaśnił, iż preparat Phago'Scope APA został zaoferowany jako preparat równoważny, zgodnie z dopuszczaniem Zamawiającego wynikającego z rozdziału V pkt 3 SWZ. Na potwierdzenie powyższego wykonawca załączył zestawienie równoważnych preparatów spełniających wymagania na bazie kwasu nadoctowego.

Uzasadnienie prawne:

Art. 255 pkt 6 PZP.

W obowiązującym stanie prawnym art. 99 ust. 5 PZP brzmi: „Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jednak samo dopuszczenie równoważności przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia „lub równoważne” niewiele daje, gdy przychodzi do sporządzenia oferty równoważnej, czy do oceny oferty złożonej jako równoważnej. Wszystko dlatego, że samo wskazanie „lub równoważny” w opisie przedmiotu zamówienia jest niewystarczające, gdyż ani wykonawca, ani zamawiający nie wiedzą, co jest równoważne, jakie parametry, właściwości danego produktu, jak to udowodnić i jak to ocenić. Wobec powyższego nowym obowiązkiem zamawiającego, wprowadzonym ustawą PZP, jest określenie kryteriów w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 PZP), czego zamawiający nie uczynił. Powyższe potwierdza m.in. Wyrok KIO z 8 listopada 2019r. (sygn. akt KIO 2125/19) „(...) niezbędnym jest jasne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów, dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Brak takiego określenia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowane przez nich produkty spełniają wymagania zamawiającego – w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych urządzeń do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego – co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Zaś z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych

oczekiwać równoważności przez zamawiającego, powoduje brak możliwości oceny i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji”. Analiza dokumentacji złożonej przez wykonawcę, wykazała, iż zawarte w SWZ zapisy są niejednoznaczne i nieprawidłowe, co mogło wprowadzić w błąd, jak również mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję. Tym samym nie jest możliwy wybór wykonawcy zamówienia, co stanowi niemożliwą do usunięcia wadę na tym etapie postępowania. W rezultacie, brak możliwości zweryfikowania równoważności może prowadzić do nabycia przez zamawiającego środków niekompatybilnych z istniejącą myjnią.

W związku z powyższymi okolicznościami w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania w zw. z art. 99 ust. 5 PZP), przy czym były to błędy w postępowaniu o istotnym znaczeniu, wpływającym na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, które są podstawą do unieważnienia postępowania. Naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia bowiem jest ono związane z innym zakończonym już postępowaniem oraz innym stosunkiem prawnym z podmiotem trzecim. W obecnym momencie wada jest nieusuwalna. Co istotne wada postępowania (błędy opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do gwarancji od podmiotu trzeciego) skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W przypadku procedury określonej w art. 255 PZP nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obciążonej nieważnością bezwzględną¹, np. z przyczyn określonych w art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego („Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna”).

Należy wskazać, że wyżej wskazana gwarancja nie jest to gwarancja wynikająca z przedmiotowego przetargu i sporządzonego w jego ramach projektu umowy, lecz innego stosunku prawnego wiążącego Zamawiającego z podmiotem trzecim. Co istotne, doszło do sprzeczności opisu przedmiotu zamówienia z faktycznymi i prawnymi możliwościami zamawiającego. Jak wskazuje wyrok KIO z 27.5.2020 r. (sygnatura akt: KIO 605/20) niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przesłanek spełnienia warunków podmiotowych zamówienia może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania.

Utrata gwarancji jest przy tym czynnikiem o charakterze prawnym, który wpływa na wadliwość stosunku prawnego i może powodować nieważność umowy na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego. Zawarcie i wykonanie przedmiotowej umowy spowoduje utratę gwarancji i tworzy związane z tym ryzyko zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Należy bowiem pamiętać, że rezygnacja z wiarygodności wynikającej z gwarancji przez jednostkę sektora finansów publicznych nie może być zupełnie dowolna. Jednostki te powinny kierować się w swojej działalności finansowej zasadami celowości, oszczędności i działania dla dobra finansów publicznych. z art. 5 (ust. 1 pkt 2) Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 Nr 14, poz. 114, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 289 ze zm) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest: ”niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia”. Świadome przyczynienie się do utraty gwarancji na sprzęt będący w posiadaniu zamawiającego stanowi ostatnie z zachowań wskazanych w cytowanym przepisie. Istnieje więc związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wystąpieniem wady przedmiotowego postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

W konsekwencji braku uwzględnienia powyższych okoliczności zamawiający musiałby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2021

nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Jak wskazuje wyr. KIO z 10.1.2013 r. (sygnatura akt: KIO 2899/12) w odniesieniu do tego typu sytuacji: „zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadziłyby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe, czy nawet nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Przyznanie kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów PZP”.

Zachodzą więc wszelkie podstawy do stwierdzenia, iż postępowania jest obarczone wadą nieusuwalną i niemożliwą do usunięcia na rozważanym etapie. Zamawiający nie mógł uzupełnić treści ogłoszenia i SWZ w zakresie warunków udziału przez wskazanie jakich zezwoleń i kryteriów dla towaru wymaga od wykonawcy. Wykonawcy również nie mogą uzupełnić złożonych ofert ponad dokumenty wymagane. Brak jednoznacznej informacji o tym jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie reakcja wykonawców wskutek tego zaniechania mogłaby wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania (tak m.in. wyr. z 11.2.2013 r., KIO 224/13). Zaniechania zamawiającego spowodowały rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawiły decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym skutkowało to wadą postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatoryjną przesłankę unieważnienia przetargu.

W świetle powyższego, wobec popełnienia przez zamawiającego błędu w opisie przedmiotu zamówienia polegającego na nieprawidłowym zastosowaniu art. 99 ust. 5 PZP zasadne jest unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6.

Zgodnie z art. 260 ust. 2 PZP informacja o unieważnieniu, zostanie niezwłocznie udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Otrzymują:

1. Jakub Marek Gieruszczak, Spyker
2. Medilab Firma Wytwórczo –Usługowa Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 60, 15-531 Białystok