

Olsztyn, dnia 07.07.2020 r.

Wg rozdzielnika

Dotyczy: postępowania znak: ZSCHIO.341.3.2020 o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami art. 39-46 ustawy o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 pn: Dostawa wyposażenia, pomocy edukacyjnych oraz sprzętu elektronicznego w ramach projektu pn. Nowe rozwiązania-nowe perspektywy.

ZAWIADOMIENIE O POWTÓRZENIU CZYNNOŚCI I UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W CZĘŚCI 1

Zamawiający, działając na podstawie art. 181 ust.2 oraz 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2018.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” informuje, **że w dniu 07.07.2020 r.**, na skutek wniesienia informacji do zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Alchem Grupa Sp. z o.o., ul. Polna 21, 87-100 Toruń, dokonał powtórzenia czynności badania ofert oraz unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. **dostawa wyposażenia, pomocy edukacyjnych oraz sprzętu elektronicznego w ramach projektu pn. Nowe rozwiązania-nowe perspektywy**, na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Po wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawca ABChem Agnieszka Busler, ul. Janowicza 19, 10-686 Olsztyn w **dniu 06.07.2020 r.** poinformował Zamawiającego, iż oferty wykonawców LABINDEX s.c. Marcin Grzelka, Michalis Stambuldzys, ul. Nutki 3-5, 02-785 Warszawa, Alchem Grupa Sp. z o.o., ul. Polna 21, 87-100 Toruń powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2e ustawy Pzp. Przedmiotową informację zamawiający potraktował jako informację o czynności niezgodnej z ustawą, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Firma ABChem Agnieszka Busler podniosła, iż

*oferta firmy Labindex- **Poz. 27 Turbidymetr mobilny** – podany przez oferenta numer HI 9829-02 wskazuje, że oferent zaoferował niezgodnie skonfigurowane urządzenie w stosunku do wymagań Zamawiającego z SIWZ (pkt. 27.3) tj. Zamawiający wymagał sondę **przewodności/mętności** zgodną z ISO 7027 z funkcją pozyskiwania danych. Zaproponowany przez firmę Labindex turbidymetr o numerze HI 9829-02 wskazuje, że wyposażony jest on w sondę z pamięcią pomiarów i pomiarem pH/ORP, EC, tlen rozpuszczony, °C bez wymaganego pomiaru mętności. Poza tym zaoferowany przez firmę Labindex numer katalogowy nie zawiera w zestawie:*

- naczynia do kalibracji długiego
- roztworu kalibracyjnego 0 FNU
- roztworu kalibracyjnego 20 FNU
- roztworu kalibracyjnego 200 FNU

Zgodnie z zapisami &III pkt. 4 ppkt. 6 SIWZ: „Wykonawca w ofercie wskaże producenta i model oferowanych urządzeń i produktów, tak, aby w sposób jednoznaczny można było zidentyfikować parametry oferowanych urządzeń i produktów. Brak podania w załączniku nr 1A-1Bdo SIWZ w pkt. 1 tabela: nazwy producenta i pełnego oznaczenia oferowanego sprzętu w sposób stosowany przez producenta i pozwalający jednoznacznie stwierdzić zgodność oferowanego sprzętu z określonymi w SIWZ wymogami lub linku do strony internetowej zawierającej kartę techniczną oferowanych urządzeń i produktów (w zależności od wymagań wskazanych w załączniku) skutkować może odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ) na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wymagane dane są wskazane w formularzach ofertowych.”

Firma Labindex przytoczyła w swojej ofercie numer Hanny Instruments HI 9829-02, co jednoznacznie wskazuje na konkretną konfigurację urządzenia, które to jest niezgodne z zapisami SIWZ. Zamawiający nie może „domniemywać” zawartości oferty, tylko zgodnie z zapisami z SIWZ, musi jednoznacznie stwierdzić zgodność oferowanego sprzętu z wymaganiami. **Brak informacji w ofercie dotyczącej konkretnych numerów katalogowych oferowanego wyposażenia dodatkowo uniemożliwia Zamawiającemu zidentyfikowanie oferowanego produktu, a tym samym zweryfikowanie przez Zamawiającego spełnienia przez oferowany produkt wymaganych w SIWZ**



parametrów. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień firmy Labindex, iż pod oferowanym modelem Wykonawca oferuje urządzenie wraz z wymaganymi przez Zamawiającego sondami i czujnikami jest sprzeczne z zapisami SIWZ, bowiem nadal nie pozwala na jednoznaczne sprawdzenie zgodności oferowanego sprzętu z określonymi w SIWZ wymaganiami (brak wskazania konkretnych modeli i numerów katalogowych oferowanych sond i czujników). Poza tym, w konfiguracji urządzenia określonego numerem HI 9829-02 nie ma sondy dokonującej pomiaru mętności, zatem nie ma również w zestawie roztworów kalibracyjnych, które były wymagane w SIWZ. Z korespondencji przesłanej Państwu przez przedstawiciela firmy Hanna Instruments wyraźnie wynika, że numer przytoczony przez firmę Labindex nie zawiera w komplecie sondy do pomiaru mętności. Przypisane przez oferenta „elektrody” mogą również oznaczać elektrody jonoselektywne, które również były wymagane w SIWZ. Natomiast, podanie przez Wykonawcę numerów katalogowych po terminie składania ofert prowadzi do niedopuszczalnych między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2018 r., KIO 1065/18). Wobec powyższego odrzucenie oferty jest zasadne i konieczne.

Poza tym firma Labindex w **poz. 17 – nefelometr** również zaproponowała niekompletne urządzenie, czego Zamawiający nie sprawdził. Zaproponowany model TURB 430IR zawiera samo urządzenie tj. nefelometr z zestawem kalibracyjnym (0,02 – 10,0 – 1000 ntu), 2 pustymi kuwetami, ściereczką, 4 bateriami AA. Opcjonalnie: stacja dokująca labStation, pakiet akumulatorów (w załączeniu karta katalogowa). Zamawiający wymagał w SIWZ oraz w późniejszych zmianach (odpowiedzi na pytania z dnia 05.06.2020) urządzenia wraz z oprogramowaniem LSData oraz z przesyłaniem danych pomiarowych z urządzenia do komputera poprzez Labstation zgodnie z DPL (GLP) lub moduł zasilania/USB. Przytoczony przez oferenta model TURB 430IR nie zawiera w komplecie ani wymaganego oprogramowania (nefelometr wraz z oprogramowaniem LSdata w zestawie posiada inny numer katalogowy tj. TURB 430IR set) ani Labstation ani modułu zasilania/USB. Są to elementy dodatkowego wyposażenia, które w ofercie firmy Labindex nie zostały wymienione w formularzu ofertowym, co świadczy jednoznacznie, że nie zostały zaoferowane. Nefelometr TURB 430IR w podstawowej konfiguracji posiada złącze RS232, ale nie zawiera modułu zasilającego/USB ani Labstation, które było wymagane przez Zamawiającego. Brak informacji w ofercie dotyczącej konkretnych numerów katalogowych oferowanego wyposażenia dodatkowego uniemożliwia Zamawiającemu zidentyfikowanie oferowanego produktu, a tym samym zweryfikowanie przez Zamawiającego spełnienia przez oferowany produkt wymaganych w SIWZ parametrów. Natomiast, podanie przez Wykonawcę numerów katalogowych po terminie składania ofert prowadzi do niedopuszczalnych między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2018 r., KIO 1065/18).

Zgodnie z wyrokiem z dnia 16 grudnia 2016r., KIO 2234/16 – rozszerzenie nazwy przedmiotu oferty nie może być potraktowane jako oczywista omyłka pisarska ani inna omyłka, gdyż zmiana powodowałaby istotną zmianę w treści oferty. Podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot (zgodnie z wytycznymi Zamawiającego) stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten sposób oświadcza wykonawca co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest z parametrami określonymi przez Zamawiającego. Poz. 18 Lepkościomierz- oferent zaproponował urządzenie producenta: Ika, model: Rotavisc HI-VI II. Model ten nie spełnia wymogu zakresu pomiarowego. Zamawiający wymagał zakres pomiarowy: 1,6 – 3.200.000 dPas/P. Zaproponowany przez firmę Alchem lepkościomierz firmy Ika posiada zakres pomiarowy 800-320.000.000 mPas, co po zamianie jednostek na dPas daje zakres od 8 – 3.200.000 dPas, który jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego (dolna wartość 8 > 1,6). W załączeniu karta katalogowa firmy Ika. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień firmy Alchem jest sprzeczne z zapisami z SIWZ, tj: Wykonawca w ofercie wskaże producenta i model oferowanych urządzeń i produktów, tak, aby w sposób jednoznaczny można było zidentyfikować parametry oferowanych urządzeń i produktów. Brak podania w załączniku nr 1A-1Bdo SIWZ w pkt. 1 tabela: nazwy producenta i pełnego oznaczenia oferowanego sprzętu w sposób stosowany przez producenta i pozwalający jednoznacznie stwierdzić zgodność oferowanego sprzętu z określonymi w SIWZ wymogami lub linku do strony internetowej zawierającej kartę techniczną oferowanych urządzeń i produktów (w zależności od wymagań wskazanych w załączniku) skutkować może odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ) na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wymagane dane są wskazane w formularzach ofertowych.” Na podstawie przypisanego modelu w formularzu ofertowym jasno wynika, że lepkościomierz Rotavisc HI-VI II posiada niezgodny z SIWZ zakres pomiarowy: 800-320.000.000 mPas, co po zamianie jednostek na dPas daje zakres od 8 – 3.200.000 dPas, który jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego (dolna wartość 8 > 1,6). Na potwierdzenie powyższego przesyłamy kartę katalogową z parametrami technicznymi zaoferowanego lepkościomierza (załącznik Karta_charakterystyki_ROTAVISC_hi-vi_II_Complete – parametr zaznaczony na czerwono). Z przesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz oświadczenia firmy Ika Poland jasno wynika, że aby zmierzyć niskie lepkości należy użyć **zestawu Elvas, czyli przystawki do pomiaru niskich lepkości**. Jednakże sam wiskozymetr w wersji podstawowej (bez dodatkowych przystawek) mierzy lepkość w zakresie 8 – 3.200.000 dPas. W formularzu ofertowym firma Alchem nie zaproponowała niniejszej przystawki (brak podania numeru katalogowego lub modelu), co jednoznacznie wskazuje, że został zaproponowany lepkościomierz w wersji podstawowej, w której zawiera on zestaw wrzecion dających możliwość pomiaru lepkości w zakresie minimalnym 800mPas (8 dPas). W załączeniu karta katalogowa - załącznik SP set-2 – parametr zaznaczono na czerwono. Podanie przez Wykonawcę numerów katalogowych po terminie składania ofert

proceeds to inadmissible between the Buyer and the Contractor negotiations concerning the submitted offer (vide judgment of the Regional Court of Wrocław of June 14, 2018, KIO 1065/18). Moreover, in the case of measurement of viscosity by the Elvas probe, which the representative of the Ika Poland company proposed, the Rotavisc HI-VI II does not meet the next requirement contained in the SIWZ, namely the required accuracy of $\pm 1\%$ of the full measurement scale (pkt. 18.3 SIWZ). According to the data on the producer's website, when using the Elvas probe (for measurement of low viscosity) the measurement accuracy (FSR Full Scale Range tłum. pełna skala pomiarowa) is $\pm 2\%$, below the link to the website and in the attachment a suitable characteristic card of the Elvas probe (attachment Karta_charakterystyki_przystawki_ELVAS-1 – parameter marked in red): <https://www.ika.com/pl/Produkty-Lab-Eq/Wiskozymetry-csp-279/ELVAS-1-Dane-techniczne-cptd-25000390/>

However, the Alchem company did not provide the catalog number or the model of the probe, therefore it should be interpreted that it did not propose it, and the Rotavisc HI-VI II does not meet the requirements contained in the SIWZ. Providing data identifying the offered subject (according to the Buyer's requirements) constitutes the submission of an offer for this subject, in this way the contractor declares what he offers, simultaneously declaring that the offered subject is consistent with the parameters defined by the Buyer.

Zamawiający dokonał ponownej analizy całej dokumentacji postępowania i stwierdził, iż podnoszone przez Wykonawcę argumenty zasługują na uwzględnienie, lecz zupełnie z odrębnych przyczyn niż wskazane w piśmie Wykonawcy. Oprócz przytaczanych przez informację nieprawidłowości, Zamawiający stwierdził, iż sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, co powoduje, iż postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający przygotował wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1A do SIWZ, w którym należało wskazać cenę poszczególnych elementów zamówienia, oraz element identyfikujący przedmiot oferowany przez Wykonawcę poprzez wskazanie producenta i/lub modelu produktów zaoferowanych przez Wykonawcę. Wykonawcy w tabeli wskazali, zgodnie z wymogami SIWZ, nazwy producenta i /lub modelu oferowanych produktów, jednakże nie wskazali takich nazw dla dodatkowych elementów oferowanych urządzeń mogących wejść w skład kompletu danego urządzenia. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż ani w załączniku nr 1A dla części 1, ani w załączniku nr 5 **nie wskazał obowiązku podania wszystkich urządzeń wchodzących w skład kompletu. Nie podał także informacji, iż w celu osiągnięcia minimalnych parametrów technicznych określonych w SIWZ oraz w celu zwiększenia konkurencyjności, dopuszcza zastosowanie do urządzeń głównych dodatkowego wyposażenia** Powyższa sytuacja powoduje, iż zostały złożone nieporównywalne oferty, gdyż każdy z Wykonawców inaczej zinterpretował zapisy SIWZ. O powyższym świadczy pismo Wykonawcy firmy ABCChem Agnieszka Busler, ul. Janowicza 19, 10-686 Olsztyn, która podnosi, iż Wykonawcy winni podać wszystkie elementy składowe wchodzące w skład oferowanego urządzenia. Zamawiający wymagał podania nazwy producenta i modelu tylko urządzenia podstawowego, a w pozostałym zakresie oczekiwał tylko oświadczenia Wykonawcy, iż oferuje on urządzenia zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe spowodowało, iż inni Wykonawcy, którzy złożyli oferty niebędące ofertami najkorzystniejszymi podnoszą na tym etapie postępowania, iż w powyższy sposób winne zostać sporządzone wszystkie oferty. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż postępowanie ulega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na to, że postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający po ponownej analizie ofert stwierdził, iż zawarty w SIWZ opis sporządzenia oferty nie zapewnia równego traktowania Wykonawców i prowadzić może do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający równe traktowanie Wykonawców oraz uczciwą konkurencję. Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, jednakże nie miał świadomości, iż również musi wskazać, że dopuszcza także osiąganie parametrów technicznych poprzez stosowanie dodatkowych urządzeń np. przystawek. W przedmiotowym przypadku Zamawiający pomimo wskazania minimalnych parametrów technicznych, które będą umożliwiały porównanie ofert na etapie ich oceny doprowadził do stanu faktycznego, w którym parametry te spełniały tylko produkty, określonych producentów poprzez uniemożliwienie wskazania urządzeń, które zawierają dodatkowe wyposażenie. Zamawiający nie wskazał także, iż w tym przypadku podlegać będzie tylko na oświadczeniu Wykonawcy w tym zakresie. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, niewystarczające jest wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz wyrazów „lub równoważne”. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań w opisie rozwiązania równoważnego umożliwia precyzyjną ocenę



spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. W wyroku KIO 2753/11 i KIO 2760/11 z dnia 05 stycznia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zakres opisu rozwiązania równoważnego, według którego oceniana będzie równoważność, musi być zawarty w opisie przedmiotu zamówienia i nie może być on precyzowany lub ujawniany dopiero na etapie badania ofert. W wyroku KIO 1615/12 z dnia 9 sierpnia 2012r Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła natomiast, że przepis art. 29 ust. 3 „wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. Literalnie, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienia wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. **W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczanej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań.** Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach).

Zamawiający na etapie postępowania nie posiadał wiedzy, iż opis przedmiotu zamówienia oraz sporządzenia oferty jest tak sprecyzowany, iż wymogi określone przez Zamawiającego uniemożliwiają zaoferowanie urządzeń, które posiadają dodatkowe wyposażenie (urządzenia - posiadające własne numery katalogowe i oznaczenia producenta), a tym samym doprowadzi to do nieporównywalności ofert i nierównego traktowania Wykonawców.

Wykonawcy, którzy złożyli oferty zadawali wiele pytań oraz składali wnioski o zmianę parametrów technicznych, na które Zamawiający w znacznej większości wyraził zgodę. **Jednakże żaden z Wykonawców nie zadał pytania czy Zamawiający dopuści takie urządzenia, które wymagają dołączenia dodatkowych urządzeń lub wyposażenia, nie posiadając ich samodzielnie.** Jak wspomniano wyżej sytuacja ta powoduje nierówne traktowanie wykonawców i złamanie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp, która stanowi fundamentalną zasadę udzielania zamówień. Dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zasadzie nierównego traktowania wykonawców jest nie tylko niezgodne z zasadami systemu zamówień publicznych, ale również pozostaje w sprzeczności z obowiązującą zamawiającego, na podstawie przepisów o finansach publicznych, zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Należy również uznać, iż Zamawiający działał pod wpływem błędu w zakresie świadomości opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu złożenia oferty, gdyż pomimo opracowania przez osoby profesjonalnie korzystające z urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia i określenia minimalnych parametrów technicznych, jakie należy przyjąć do oceny równoważności doprowadził do sytuacji ograniczenia rynku oraz nierównego traktowania Wykonawców. Dotyczy to wprawdzie tylko kilku pozycji, jednakże ma wpływ na wynik całości postępowania w zakresie realizacji części 1. Zamawiający był błędnie przekonany, iż podjęte przez niego starania w tym zakresie zapewniły opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający realizację potrzeb zamawiającego, jak również zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający był przekonany, iż stosując zapis w załączniku nr 5 dotyczący równoważności, o którym mowa wyżej, zamówienie realizuje w sposób prawidłowy. Dopiero po otwarciu ofert i wniesionych przez jednego z Wykonawców uwagach, Zamawiający powziął informację, że jego interpretacja jest błędna i prowadzi do ograniczenia równego dostępu do zamówienia. Nie może budzić wątpliwości fakt, że gdyby zamawiający wiedział o zaistniałym błędzie, sprostowałby go na etapie udzielania odpowiedzi, co też czynił wielokrotnie wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców. Brak zapisów dotyczących możliwości zaoferowania urządzeń, które wymagają dodatkowych elementów spowodowało, niezamierzone przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji w postępowaniu. W związku z tym, iż nie jest możliwe, w toku badania i oceny ofert dokonywanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, w takim przypadku Zamawiający, co najwyżej może rozważać unieważnienie postępowania, tak jak to wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i zostało potwierdzone w ugruntowanym orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1184/12 oraz wyrok KIO z dnia 18.04 2013r. sygn. akt KIO 532/13). Ponadto zgodnie z treścią



wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 28 kwietnia 2006 r., II CA 218/06, „...wprowadzanie zmian w SIWZ dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażące naruszenie Pzp i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne.” Zamawiający poprawił przedmiotowy błąd mający bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ponownie je ogłosił. Mając powyższe na uwadze, postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, iż na tym etapie prowadzonego postępowania nie ma możliwości usunięcia wadliwych postanowień specyfikacji i udzielonych Wykonawcom odpowiedzi postępowanie zostaje unieważnione. Takie stanowisko zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 26 maja 2011 r. sygn. akt I C 371/10 (LEX nr 1714131), w którym Sąd stwierdził - „(..)Każde rażące naruszenie ustawy przy wyborze ofert prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet, jeśli nie wpłynęło w ogóle na wynik postępowania (np. dokonanie oceny ofert za pomocą dodatkowego kryterium niewskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dało taki sam rezultat, jak ocena ofert dokonana za pomocą kryteriów podanych w specyfikacji (...)). Należy też w świetle powyższych wywodów zauważyć z całą mocą, że zastosowanie konstrukcji prawnej przewidzianej w art. 93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp ma w tym konkretnym postępowaniu swe pełne usprawiedliwienie. Pamiętać, bowiem trzeba o tym, że wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć – co już wcześniej wypuklono – charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie w skutek wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do ust.1 art. 146 ustawy Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Powodowałoby to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem unieważnienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 7) ustawy Pzp. Taka wykładnia prawa prowadziłaby do błędnego wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów np. art. 189 k.p.c., czy art. 70⁵ k.c. – czego w przypadku innych wad niż określone w art. 146 Pzp ustawa nie zabrania. Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, są przesłanką unieważnienia postępowania (dla por. np. wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1733/10, LEX nr 621683). „Dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w art. 146 ust. 6 [p.z.p.], nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.” (Urząd Zamówień Publicznych, Bezskuteczność umowy zawartej z naruszeniem prawa, M.Zam.Pub. 2012/4/43-50) W wyroku KIO 1900/12 z dnia 19 września 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż „zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obciążone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. (por. KIO/849/11 z dnia 6 maja 2011). W związku z powyższą sytuacją Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie realizacji części 1.

Nie sposób także pominąć faktu, iż w przypadku uwzględnienia w całości informacji przesłanej przez firmę ABCChem Agnieszka Busler i odrzucenia ewentualnego oferty nr 2 złożonej przez Alchem Grupa Sp. z o.o., ul. Polna 21, 87-100 Toruń postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4, gdyż cena oferty najkorzystniejszej na realizację części 1 nie podlegającej odrzuceniu zamówienia przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może jej zwiększyć do ceny oferty najkorzystniejszej.

Otrzymał:

1. ABCChem Agnieszka Busler, ul. Janowicza 19, 10-686 Olsztyn,
2. LABINDEX s.c. Marcin Grzelka, Michalis Stambuldzys, ul. Nutki 3-5, 02-785 Warszawa,
3. Alchem Grupa Sp. z o.o., ul. Polna 21, 87-100 Toruń.
4. aa.

DYREKTOR
Zespołu Szkół Chemicznych
i Ogólnokształcących
mgr Iwona Godlewska