

Nr sprawy: A.221.2.2019

**ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA
w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania:**

„Dostawa dwóch łodzi typu RIB i montaż silników”

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 maja 2019 r. pod nr 548253-N-2019. Ogłoszenie i specyfikacja istotnych warunków zamówienia opublikowane zostały na stronie zamawiającego www.centrumzeglarskie.pl w dniu 16 maja 2019 r.

Na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 2215, z 2019 r. poz. 53) Zamawiający - Centrum Żeglarskie, ul. Przestrzenna 19, 70-800 Szczecin, zawiadamia, że unieważnia postępowanie na realizację ww. zadania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ na skutek błędu popełnionego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje, na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE

Zgodnie z treścią 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.



Zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia. Wynika on z art. 29. ust. 1 PZP, który mówi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 140. ust. 1 PZP Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym w art.140 ust. 3 PZP poczynione jest zastrzeżenie, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 PZP. Jest to jeden z powodów, dla których opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny, gdyż bez takiego precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia nie da się precyzyjnie określić zakresu świadczenia wykonawcy.

Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 6 PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że, na podstawie art. 24aa PZP, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza przekazał na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 maja 2019 odpis z KRS, wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat, dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw oraz Raport z badań PRS łodzi S-5200 (Moduł Aa wystawiony 16.05.2007 i Moduł A1 wystawiony 24.04.2019)

Ponieważ z przedstawionych dokumentów nie wynikało jednoznacznie czy (1) oferowane łodzie S-5200 spełniają wymagania Zamawiającego określone w siwz, a dotyczące masy łodzi bez wyposażenia i silnika oraz czy (2) wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający dnia 3 czerwca 2019 zwrócił się do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy PZP o uzupełnienie dokumentów. Pierwsza strona pisma Zamawiającego poświęcona była pierwszej z podniesionych kwestii, a druga strona poświęcona była kwestii drugiej. Zaznaczyć należy, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 jest wezwaniem jednokrotnym. Nie wolno drugi raz wzywać do wyjaśnień w tej samej sprawie. Ponadto „Możliwość uzupełniania dokumentów, jaką stwarza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co do zasady nie dotyczy wytwarzania nowych dokumentów po upływie terminu składania ofert”(wyrok KIO z 8 marca 2016 r., sygn. akt KIO261/16).

W toku badania dokumentów przekazanych przez wykonawcę na wezwanie w trybie art.26 ust. 3, wśród których były m.in. zdjęcia z ważenia łodzi, przekazane przez wykonawcę w celu wykazania, że oferowany produkt spełnia wymagania siwz, Zamawiający zorientował się, że przygotowany przez niego opis przedmiotu zamówienia nie był dość jednoznaczny. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 września 2017 (sygn. akt KIO 1869/17) wskazała, że „Zamawiający w przypadku powzięcia informacji od wykonawcy bez względu na formę i czas

jej wniesienia, jest zobowiązany ją przeanalizować i ocenić". Ze względu na skomplikowaną sytuację prawną i faktyczną Zamawiający wystąpił dnia 17 czerwca 2019 do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgody takie zostały wyrażone dnia 18 czerwca 2019 roku. Analiza obowiązujących przepisów PZP i orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w podobnych sprawach, przeprowadzona przez Zamawiającego, wykazała, że po otwarciu ofert Zamawiający nie ma możliwości sanacji swojego błędu w opisie przedmiotu zamówienia i, zważywszy na charakter tego błędu, nie ma możliwości kontynuowania postępowania, a jedynym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania ze względu na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sytuacji takiej dotyczy m.in. wyrok KIO z 10 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 616/14) w związku z unieważnieniem postępowania z powodu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 PZP polegającego na opisie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. KIO w przytoczonym wyroku uznała wadliwy opis za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. **„Opis przedmiotu zamówienia powinien być bowiem dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego. Precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia ma zapobiec w przyszłości ewentualnej różnicy zdań między stronami umowy, tj. zamawiającym a wykonawcą w toku realizacji przedmiotu zamówienia, chociażby co do tego produkt o jakich parametrach jest przedmiotem świadczenia wykonawcy”.**

Centrum Żeglarskie jako Zamawiający użyło w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania **„Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch gotowych do użycia łodzi typu RIB wraz z wyposażeniem”.** Nie wskazało jednak dostatecznie jasno w pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia pt. "Specyfikacja techniczna", co w realiach niniejszego postępowania, jest gotową do użycia łodzią, a co tylko jej wyposażeniem. Oglądając zdjęcia z ważenia kadłuba i tuby pneumatycznej, opisane jako „zdjęcia z pomiarów wagi łodzi” wykonane na użytek toczącego się postępowania przez oferenta, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, Zamawiający zorientował się, że przedmiot zamówienia w toczącym się postępowaniu nie został opisany w dostatecznie jasny sposób. Trudno uznać, że konstrukcja bez kozła i konsoli jest gotową do użycia łodzią. Skoro jednak takie zdjęcia z „z pomiarów wagi łodzi” bez konsoli i kozła pojawiły się w realiach niniejszego postępowania, to oczywisty wniosek może być tylko jeden. Zamawiający popełnił błąd polegający na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, a zdjęcia są dowodem na to, że sformułowanie „masa łodzi bez silnika i wyposażenia: do 400 kg;” nie było w realiach niniejszego postępowania dostatecznie jasne. Różne odpowiedzi na pytanie, czy kozioł, miejsce pracy sternika, i konsola z kierownicą, to wyposażenie łodzi, czy, na gruncie niniejszego postępowania, jej części składowe, bez których nie ma jeszcze łodzi, o której mowa w opisie przedmiotu zamówienia, mogą prowadzić u różnych wykonawców do złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż będą to oferty „na co innego”. Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny i jednoznaczny, żeby nie było miejsca na żadne interpretacje, które w przypadku różnych wykonawców,



mogłyby być różne. Szeroka interpretacja zwrotu „łódź gotowa do użycia” i jednocześnie „wąska” interpretacja słowa „wyposażenie” mogła też skutkować tym, że oferent, który mógłby złożyć ofertę przy jasnym określeniu przedmiotu zamówienia, nie złożył jej, będąc przekonany, że jego produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż jest zbyt ciężki, np. ze względu na wagę odbojnicy. Zamawiający powinien być jasno zdefiniować czy przy określaniu „masy łodzi bez silnika i wyposażenia” należy brać pod uwagę masę samego kadłuba i tuby, jak to uczynił oferent, czy też masę łączną kadłuba, tuby, dwuosobowego kozła i oddzielnej konsoli jakich wymaga Zamawiający oraz innych elementów, bez których nie można mówić o istnieniu gotowej do użycia łodzi. Zamawiający powinien też przeprowadzić wyraźną granicę pomiędzy tym co jest łodzią gotową do użycia, a co tylko jej wyposażeniem, tzn. które konkretnie elementy powinny być brane pod uwagę przy określaniu parametru wagi istotnego ze względu na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.” Żeby to jednak stwierdzić opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny, wolny od jakichkolwiek interpretacji, tak aby przedstawione dokumenty można było ocenić na zasadzie „spełnia-nie spełnia”.

W tym kontekście na uwagę zasługuje wyrok KIO z 25 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1869/17), w którym to Izba oceniając realia badanego postępowania wskazała na fakt, że: „W rozpoznawanym przypadku może pojawić się zarzut, że wykonawcy mogli składać oferty, godząc się na wykonanie przedmiotu zamówienia nieprzydatnego zamawiającemu lub nie w pełni przydatnego, generując u zamawiającego powstanie zbędnych kosztów”. W wyroku tym Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP jest obligatoryjne jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego: „Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem w oparciu o którą umowa, w sprawie zamówienia publicznego, podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy (...) Wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z powyższego przepisu wynika, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w taki, który zapewnia, że **wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.(...)**

Z powyższych przepisów wynika, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. Jeżeli więc, tak jak ma to miejsce w rozpoznawanej sprawie, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to miał obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.”

Zważywszy na powyższe Zamawiający zdecydował o unieważnieniu postępowania i zwrocie wadium oferentom.

DYREKTOR
Krzysztof Łobodziec