



Warszawa, dnia 21.07.2020 r.

Znak sprawy: WZP/WI/U-332-1/20

Adresat
(wszyscy Wykonawcy)

Zawiadomienie o unieważnieniu przedmiotowego zamówienia

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia technicznego dla posiadanego serwera kasetowego firmy IBM FlexSystem i macierzy dyskowej firmy IBM Flex V7000” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-1/20)

Działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, z późn. zm.; dalej ustawa P.z.p.) Zamawiający, Mazowiecka Jednostka Wdrażania Programów Unijnych (dalej Zamawiający) unieważnia przedmiotowe zamówienie na „Świadczenie usług wsparcia technicznego dla posiadanego serwera kasetowego firmy IBM FlexSystem i macierzy dyskowej firmy IBM Flex V7000” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-1/20), w związku z faktem, iż Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu uchylił się od zawarcia umowy na warunkach określonych w dokumentacji postępowania, a ponowny wybór oferty w przedmiotowym postępowaniu byłby niemożliwy z uwagi na fakt, że w postępowaniu złożona została tylko jedna oferta.

Uzasadnienie:

Zamawiający w dniu 17 lutego 2020 r., działając na podstawie art. 92 ustawy P.z.p., poinformował Wykonawców, że w przedmiotowym zamówieniu na „Świadczenie usług wsparcia technicznego dla posiadanego serwera kasetowego firmy IBM FlexSystem i macierzy dyskowej firmy IBM Flex V7000” (nr sprawy: WZP/WI/U-332-1/20) postanowił, jako najkorzystniejszą wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę, IT Solution Factor Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa (oferta nr 01; dalej Wykonawca).

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: Cena (60% – max 60 pkt), Czas reakcji – priorytet krytyczny (20% – max 20 pkt), Czas naprawy – priorytet krytyczny (20% – max 20 pkt). Wykonawca zaproponował najkorzystniejszy bilans wszystkich wskazanych w SIWZ kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego spośród Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu złożono jedną ofertę. Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu żadnego Wykonawcy oraz nie odrzucił żadnej oferty Wykonawców. Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty Wykonawcy w związku z faktem, iż oferta zawierała lub mogła zawierać rażąco niską cenę.

Zamawiający przewidywał zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w związku z faktem, iż zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie, tj. zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (email), z zastrzeżeniem art. 183 ustawy P.z.p.

W dniu 11 marca 2020 r. Zamawiający przesłał do Wykonawcy jednostronnie podpisaną umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia, wraz z prośbą o jej podpisanie przez Wykonawcę oraz odesłanie do siedziby Zamawiającego.



W dniu 25 marca 2020 r. Wykonawca, poinformował Zamawiającego, że „(...) w stosunku do urządzeń zaoferowanych przez IT Solution Factor w ramach niniejszego Postępowania, których producentem jest IBM, z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy, nie będzie możliwości pobierania nowych aktualizacji lub poprawek ze strony Wykonawcy lub producenta oprogramowania w okresie obowiązywania wsparcia technicznego (...)”. Wykonawca przedstawił również oświadczenie producenta, firmy IBM, w którym wskazano, że „(...) IBM ogłosił zakończenie serwisowania maszyn typ 4939 wycofanych z produkcji i sprzedaży. Decyzja została podyktowana przede wszystkim zakończeniem cyklu życia tych urządzeń oraz ograniczoną możliwością pozyskania części zamiennych”.

Możliwość pobierania ze strony Wykonawcy lub producenta sprzętu oprogramowania w okresie obowiązywania wsparcia technicznego była jednym z wymagań Zamawiającego opisanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ – I. Usługi wsparcia technicznego ust. 2 pkt 3. Z treści złożonych oświadczeń wynika, że przedmiot zamówienia nie mógł zostać zrealizowany zgodnie z warunkami wskazanymi przez Zamawiającego.

Jednocześnie w przesłanym oświadczeniu Wykonawca złożył wniosek o zmianę warunków realizacji przedmiotu zamówienia „Wobec powyższego Wykonawca wnosi o wyrażenie zgody na wyłączenie z zakresu przedmiotu Umowy zobowiązań Wykonawcy w zakresie pobierania nowych aktualizacji lub poprawek ze strony Wykonawcy lub producenta oprogramowania IBM w okresie obowiązywania wsparcia technicznego (...)”. Wykonawca wskazał również, że „Zaistniałe zmiany miały bezsprzecznie charakter nadzwyczajny, bowiem były one racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez Wykonawcę (...) Nie sposób bowiem stwierdzić, iż [Wykonawca] mógł w jakimkolwiek zakresie przewidzieć taką zmianę w zakresie zakończenia serwisowania ww. maszyn przez producenta IBM, a tym bardziej jej zapobiec”. Powołując się na komunikaty Urzędu Zamówień Publicznych oraz dotychczasowe orzecznictwo, w tym orzecznictwo ETS, Wykonawca przedstawił interpretacje dotyczące możliwości wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 144 ustawy P.z.p. Zgodnie ze stanowiskiem Wykonawcy, zmiany miałyby charakter nieistotny, dotyczyłyby wszystkich potencjalnych uczestników postępowania, wpływałyby jedynie na niewielką część zamówienia, jak również co do zasady nie odbiegałyby od zobowiązania zawartego w ofercie (m.in. w zakresie cenowym).

Wykonawca nie dołączył do wskazanego oświadczenia przesłanej przez Zamawiającego umowy (podpisanej lub niepodpisanej).

Zamawiający w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem Wykonawcy, Panem P.S. zwrócił się z prośbą o zwrot niepodpisanych egzemplarzy umowy. Do dnia przygotowania niniejszego zawiadomienia Wykonawca nie przesłał umowy do Zamawiającego.

W dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, że „(...) nie wyraża zgody na wyłączenie z zakresu Umowy (...) zobowiązań Wykonawcy w zakresie pobierania nowych aktualizacji lub poprawek ze strony Wykonawcy lub producenta oprogramowania (...)”. W ocenie Zamawiającego „(...) wyłączenie z zakresu przedmiotu Umowy zobowiązania w zakresie pobierania nowych aktualizacji i poprawek ze strony Wykonawcy lub producenta, nie ma charakteru zmiany nieistotnej gdyż spowodowałoby, na etapie postępowania, poszerzenie kręgu podmiotów które mogłyby ubiegać się o to zamówienie. Jednocześnie, powyższe wykluczenie zgodnie z otrzymanymi przez [Zamawiającego] wycenami, powoduje zmniejszenie ceny usługi o ponad 50%”.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, w dniu 11 maja 2020 r. Wykonawca przesłał kolejne stanowisko, w którym wskazał, że zmiana zaproponowana w poprzedniej korespondencji:

- 1) nie spowodowałaby zmniejszenia ceny usług o ponad 50% jej pierwotnej wartości;
- 2) konieczność zmiany Umowy spowodowana jest okolicznościami, których działając z należytą starannością, nie można było przewidzieć na etapie składania oferty;
- 3) nie wpłynęłaby na krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego argumenty Wykonawcy wskazane w pismach z 25 marca 2020 r. oraz 17 kwietnia 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z pkt 30.3 SIWZ „Zamawiający nie przewiduje istotnych zmian do zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 2 – 6 ustawy P.z.p.”. W związku z powyższym nie istnieje możliwość wprowadzenia jakiegokolwiek zmiany do umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, który stanowi, że „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian”.

Na podstawie treści pisma Wykonawcy z dnia 25 marca 2020 r. trudno jest ustalić jednoznacznie, która z wymienionych w art. 144 ustawy P.z.p. przesłanek, w jego ocenie miałyby uzasadniać ograniczenie pierwotnie założonego świadczenia. Wykonawca wspomina jedynie o nieistotności zmiany oraz o tym, że nie mógł przewidzieć zakończenia przez firmę IBM określonego wsparcia. W związku z powyższym należy wziąć pod uwagę wszystkie te przesłanki wymienione w pkt 2 – 6, które w jakimkolwiek zakresie dotyczą sytuacji występującej w przedmiotowym postępowaniu.

Przesłanki wprowadzenia zmian wskazane art. 144 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy P.z.p. dotyczą odpowiednio realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego Wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym oraz sytuacji, w której Wykonawcę, któremu Zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy Wykonawca. Żadna ze wskazanych okoliczności nie występuje w przedmiotowym zamówieniu.

W art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. wskazano, że dopuszcza się wprowadzenie zmiany jeżeli łącznie spełnione są następujące okoliczności:

- a) zaistniała konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% pierwotnie określonej wartości zamówienia.

Zarówno z treści pisma Wykonawcy, jak również z pisma firmy IBM nie wynika wprost od kiedy zaprzestano określonego wsparcia. Istniała zatem możliwość, że zakończenie wsparcia dla urzędzeń posiadanych przez Zamawiającego nastąpiło przed dniem 5 lutego 2020 r., co prowadzi do wniosku, że zarówno Zamawiający tworząc dokumentację postępowania, jak i Wykonawca przygotowując ofertę, mogli uzyskać taką informację. Tymczasem, stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. okoliczności powodujące konieczność zmiany umowy (świadczenia) nie tylko nie mogły istnieć w chwili składania oferty, ale także przy zachowaniu należytej staranności Wykonawca nie mógł przewidzieć, że zaistnieją one także po dacie złożenia oferty. W tym kontekście warto zauważyć, że firma IBM już wcześniej informowała powszechnie, że przestanie wspierać swój produkt przy czym wydaje się, że od profesjonalnego podmiotu w ramach owej staranności można by oczekiwać, że przed złożeniem oferty zorientuje się on u innego dostawcy usług (np. IBM) czy w okresie trwania umowy będzie on wspierać określony produkt.

Z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę nie wynika jednoznacznie, że nie mógł on przewidzieć, iż firma IBM przestanie wspierać swój produkt. Z treści dokumentów wynika jedynie, że na chwilę obecną go nie wspiera. Zamawiający ustalił (na etapie rozpoznawania zastrzeżeń Wykonawcy), że na stronie producenta urzędzeń znajdowała się informacja, iż zakończenie wsparcia dla tych urzędzeń, które posiada Zamawiający nastąpi w dniu 31 grudnia 2019 r. (informacja z artykułu zamieszczonego w lipcu 2018 r.). Z powyższego wynika, że zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca mieli możliwość zapoznania się z tą informacją. Fakt, iż Zamawiający również nie zapoznał się ze wszystkimi okolicznościami mającymi wpływ na przebieg i realizację przedmiotowego postępowania tym bardziej świadczy, że postępowanie powinno zostać unieważnione.

Kontynuując analizę przesłanek umożliwiających wprowadzenie zmian do umowy należy zauważyć, iż Ustawodawca wskazał, że wartość zmiany wprowadzonej na podstawie powyższego przepisu nie może przekraczać 50% pierwotnej wartości zamówienia. Wykonawca zaoferował realizację zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania za całkowitą kwotę w wysokości 104.550,00 zł brutto. W przesyłanej korespondencji Wykonawca wskazywał, że wartość zamówienia po wprowadzeniu zmian wynikających z oświadczenia firmy IBM nie przekroczy 50% tej wartości. Na potrzeby niniejszego pisma Zamawiający ponownie dokonał rozeznania rynku (pierwotnie przeprowadzonego pod koniec 2019 r.).

Zamawiający ustalił, że przedmiotowe zamówienia mogłoby zostać zrealizowane za kwotę 36.067,53 zł brutto, o ile Zamawiający wyraziłby zgodę na zmianę zapisów nakładających na Wykonawcę obowiązek współpracy z producentem urządzeń, firmą IBM. Jak widać wartość umowy po rezygnacji z części usług, które mógł świadczyć jedynie producent lub ich świadczenie wymagało jakiejś formy współpracy z producentem urządzeń uległa zmniejszeniu o ok. 75%, gdzie ustawa dopuszcza jedynie zmianę mniejsza niż 50%.

To sprawia, że nie ma możliwości wprowadzenia zmiany na podstawie przesłanki wskazanej w art. 144 ust. 1 pkt 3.

Przesłanka zmiany umowy opisana w art. 144 ust. 1 pkt 6 dotyczy zmian całkowitej wartości umowy. Wykonawca w korespondencji podkreślił, że zmiana w nie wpływa na wysokość wynagrodzenia. Tym samym z zasady nie można skorzystać ze wskazanych okoliczności.

Pozostaje więc ostatnia przesłanka, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 5, czyli wykazanie, iż chodzi o zmianę nieistotną. Wnioskując z przepisu art. 144 ust. 1e ustawy a contrario można przyjąć, że zmianą nieistotną będzie zmiana, która nie zmienia ogólnego charakteru umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu (w przypadku, gdy nie podpisano jeszcze umowy w miejsce umowy pierwotnej należy podstawić ofertę, która została wybrana) i zachodzą łącznie wszystkie z następujących okoliczności:

1. zmiana nie wprowadza warunków, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu:
 - a) wzięliby lub mogliby wziąć udział inni Wykonawcy, lub
 - b) przyjęto by oferty o innej treści;
2. zmiana nie narusza równowagi ekonomicznej umowy na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie;
3. zmiana nie rozszerza lub nie zmniejsza znacznie zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy pierwotnej;
4. zmiana nie polega na zastąpieniu Wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia, nowym Wykonawcą, z wyłączeniem przypadku wymienionego w art. 144 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Pojęcie „ogólnego charakteru umowy” nie zostało precyzyjnie określone, ale można przyjąć, że jeżeli po dokonaniu zmiany umowy realizacja świadczenia będzie niezgodna z wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego, to trudno jest uznać, że zmiana taka jest nieistotna. Pomimo tego w związku z bezpieczeństwem procesowym można dodatkowo rozważyć przesłanki wynikające z innych wskazanych wyżej okoliczności. Na uwagę zasługują przede wszystkim przesłanki opisane w pkt 1 lit. a) i b) i pkt 3.

Na etapie przygotowywania przedmiotowego postępowania, jak również już po jego ogłoszeniu, Zamawiający otrzymywał informacje, iż w przypadku usunięcia lub zmodyfikowania Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz Projektu umowy w zakresie m.in. możliwości pobierania aktualizacji oprogramowania, do postępowania mogą przystąpić inni Wykonawcy, a ceny za realizację mogą być niższe od zakładanej wartości szacunkowej. Zamawiający nie wyraził zgody na wprowadzenie takich modyfikacji i tym samym zablokował możliwość złożenia oferty innym podmiotom, które zamierzałby realizować zamówienia bez udziału producenta. W ocenie Zamawiającego, współpraca z producentem urządzeń zapewnia większe bezpieczeństwo, jak również znacznie skraca czas potrzebny na dokonanie ewentualnych napraw czy wymiany części.

Oczywistym jest, że zmiana lub usunięcie wskazanych zapisów doprowadziłoby w konsekwencji do przyjęcia ofert Wykonawców, którzy nie współpracują z firmą IBM, a pomimo to mogą (lub w ich ocenie mogą) wykonywać usługi będące przedmiotem zamówienia we własnym zakresie.

Tym samym zdecydowanie potwierdza się, że zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu:

- a) wzięliby lub mogliby wziąć udział inni Wykonawcy, oraz
- b) przyjęto by oferty o innej treści.

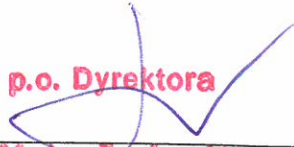
Zmniejszenie wartości zamówienia o ok. 75%, o którym wspomniano wyżej świadczy, że zakres świadczeń i zobowiązań Wykonawcy uległby znaczącym zmianom w stosunku do pierwotnych założeń, co wyklucza kolejną przesłankę umożliwiającą wprowadzenie zmian, zgodnie z którą zmiana nie rozszerza lub nie zmniejsza znacznie zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy pierwotnej.

Zamawiający uważa, że należy wziąć pod uwagę również przesłanki o innym charakterze, jak np. fakt, iż brak udziału producenta urządzeń w świadczeniu usług wsparcia prowadzi do sytuacji, w której cała odpowiedzialność za zapewnienie serwisu, wsparcia, osób, części, aktualizacji, itp. spoczywa wyłącznie na Wykonawcy. Wycofanie się producenta ze świadczeniu tego rodzaju usług dla danego sprzętu sprawa również, że nie będzie już żadnych aktualizacji oprogramowania, nawet w sytuacji, kiedy w jego bieżącej wersji pojawią się jakieś błędy lub problemy z bezpieczeństwem.

Wszystkie wskazane wyżej argumenty potwierdzają, że Zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia zmian do umowy i zobowiązany jest unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Tym samym koniecznym i zasadnym jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zgodnie z którym „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli: postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

p.o. Dyrektora



Mariusz Pienkowski
(podpis kierownika Zamawiającego
lub osoby upoważnionej)

Sprawę prowadzi:
Krzysztof Szczęsny
tel. 22 542 27 51
fax. 22 698 31 44/57
email: k.szczesny@mazowia.eu

Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych


Michał Kosior

Strona 5 z 5

Główny Specjalista


Krzysztof Szczęsny