

MINISTERSTWO EDUKACJI NARODOWEJ

DEPARTAMENT EKONOMICZNY

DE-WZP.261.19.2017.3.RB

Warszawa, 15 września 2017 r.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę trzech serwerów na potrzeby Ministerstwa Edukacji Narodowej – postępowanie nr DE-WZP.261.19.2017.RB

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” Zamawiający informuje Wykonawców, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy unieważnił przedmiotowe postępowanie z powodu wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 02-03-2017 sygn. KIO 281/17 *Postępowanie winno podlegać unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Za wadę niemożliwą do usunięcia należy uznać tylko taką wadę, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w prawie zamówień publicznych. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. (...). Podstawa unieważnienia całego postępowania może zachodzić w szczególności, kiedy jeszcze przed otwarciem ofert zaistnieje wada postępowania, a mimo to oferty zostaną otwarte. Taka sama sytuacja dotyczy treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli błędna treść postanowień uniemożliwia złożenie poprawnej oferty to postępowanie winno być unieważnione, **gdyż po otwarciu ofert treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlega zmianie.***

W załączniku nr 1A do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zatytułowanym „Tabela techniczna zamówienia” (na stronie 20 SIWZ) w wierszu 13 tabeli dot. komponentu „Oprogramowanie” dwóch serwerów pod wirtualizację Zamawiający określił omyłkowo wymaganie w następujący sposób: „Zamawiający posiada oprogramowanie Veeam do realizacji

*kopii zapasowych ze swojej infrastruktury serwerowej. Wraz z serwerem muszą być dostarczone licencje na 2 fizyczne procesory Veeam Backup & Replication w wersji Standard dla środowiska VMware. Licencje muszą być objęte 36 **letnim** wsparciem producenta z prawem do aktualizacji do najnowszych wersji". Omyłka polegała na zastąpieniu słowa „miesięcznym” słowem „letnim”. W efekcie tej nieumyślnej pomyłki (stwierdzonej po upływie terminu składania ofert i otwarciu jedynej złożonej oferty) wymagania określone w SIWZ nie były możliwe do spełnienia dla Wykonawców. Nie wpłynęła żadna oferta spełniająca to wymaganie. Jedyna oferta, która wpłynęła – firmy **IT arte Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Warszawie, przy ul. Kiedacza 56/55, pomimo, iż zawierała deklarację spełnienia tego wymogu – nie mogła go de facto spełnić i nie spełniała. W toku postępowania w dniu 13 września 2017 roku, Zamawiający wezwał, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, Wykonawcę IT arte Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień i potwierdzenie, że jego oferta obejmuje dostawę powyżej wymienionych licencji wraz z 36 letnim wsparciem producenta z prawem do aktualizacji do najnowszych wersji. W tym samym dniu Wykonawca udzielił odpowiedzi stwierdzając, iż wszystkie zaoferowane w ofercie urządzenia i licencje zawarte w ofercie są objęte 36 miesięcznym okresem wsparcia producenta z prawem do aktualizacji do najnowszych wersji. Informując jednocześnie, iż producent oprogramowania Veeam nie pozwala na sprzedaż dłuższego wsparcia niż 5 lat. Zatem postępowanie obarczone jest wadą – wymagany produkt jest niedostępny na rynku. Wady tej nie można usunąć, gdyż zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy, jedynie przed upływem terminu składania ofert w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Omyłkowy zapis siwz dotyczący wymaganego okresu licencji mógł spowodować naruszenie zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 oraz w art. 29 ust. 2 ustawy, a w szczególności zasadę uczciwej konkurencji. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że postawienie tego wymogu mogło spowodować brak możliwości złożenia oferty przez część potencjalnych wykonawców, z uwagi na brak możliwości spełnienia ww. wymogu. Wskazując na powyższe, zauważyć należy, że w świetle orzecznictwa KIO *Przejawem naruszenia uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego dostawcę, wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają ubieganie się niektórych wykonawców o udzielenie zamówienia, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi i znajdują uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach.* (tak wyrok KIO z dnia 2017-04-19, sygnatura: KIO 607/17 publ. LEX nr 2284259). Jak wskazano wyżej wymagany okres licencji stanowił omyłkę Zamawiającego i nie stanowił obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Tym samym powyżej wskazana omyłka mogła wpłynąć na krąg wykonawców składających ofertę. Biorąc powyższe pod uwagę, gdyby doszło do zawarcia umowy w takim postępowaniu, Prezes Urzędu mógłby na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy wystąpić do sądu o unieważnienie takiej umowy. Zatem powyższy błąd zawarty w SIWZ mógł mieć wpływ na wynik postępowania i ograniczyć konkurencję. Zamawiający nie miał zamiaru zakupić wsparcia na tak długi okres. Ponadto w ocenie Zamawiającego zakup taki byłby również niecelowy, gdyż wymagany okres istotnie przekraczałby okres cyklu życia produktu, do którego wsparcie producenta z prawem do aktualizacji do najnowszych wersji jest zamawiane.*

W doktrynie i orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, iż Zamawiający może skorzystać z przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wiążąc go jednocześnie z art. 146 ust. 6 ustawy (tak np. wyrok KIO z dnia 29-08-2016 sygnatura: KIO 1522/16). Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający zobowiązany był orzec jak w sentencji i unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Należy również wskazać, iż nawet w przypadku, gdyby przedmiotowe postępowanie nie zostało unieważnione z powodu wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, należałoby je unieważnić, gdyż sam Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 września 2017 roku, stwierdził jednoznacznie, iż jego oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, tym samym oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy a w konsekwencji postępowanie i tak byłoby unieważnione z uwagi na brak oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy).