

Sygn. akt: KIO 2373/16

WYROK
z dnia 2 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawcę – **Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorska 12A (02-673 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Powiat Kłobucki**, ul. Rynek im. Jana Pawła II 13 (42-100 Kłobuck),

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Intergraph Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Intergraph Polska Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiat Kłobucki, Starostwo Powiatowe w Kłobucku w trybie przetargu nieograniczonego na *wdrożenie Zintegrowanego Systemu Działalności wraz z pozyskaniem danych do świadczenia e-usług oraz dostawą niezbędnego sprzętu komputerowego i szkoleniami użytkowników 10 JST z obszaru Powiatu Kłobuckiego* (nr sprawy IR.272.1.13.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 7 grudnia 2016 r., 2016/S 236-430868, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca – Intergraph Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 16 grudnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2373/16).

Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu 7.12.2016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 36aa ust. 1 Ustawy oraz art. 96 ust. 11 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podziału zamówienia na części pomimo, iż zamówienie jest podzielne, a nie ma uzasadnienia dla utrzymania jednolitości zamówienia, co w konsekwencji utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom z sektora małych średnich przedsiębiorstw i narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz poprzez podział przedmiotu zamówienia na części oraz określenie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów wyboru wykonawców poszczególnych części zamówienia, ocenianych odrębnie na podstawie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert właściwych dla danej części zamówienia. Zamówienie powinno być podzielone na trzy części: zadanie 1 – Zakup, instalacja i konfiguracja sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem systemowym i bazodanowym.; zadanie 2 – Przygotowanie i wdrożenie mechanizmów i narzędzi do świadczenia e-Usług publicznych za pomocą platformy ePUAP; zadanie 3 – szkolenie dla pracowników 10 JST.

Interes we wniesieniu odwołania wykonawca uzasadniał tym, iż brak podziału zamówienia na części uniemożliwia mu, jako przedstawicielowi sektora małych i średnich przedsiębiorstw, udział w przedmiotowym postępowaniu, co naraża go na utratę szansy na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący przywołał brzmienie znowelizowanego przepisy art. 36aa ust. 1 Ustawy Pzp stanowiący, o tym że *Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części*, a także motyw 78 preambuły do dyrektywy klasycznej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014

r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE), wskazujący, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu tego przepisu jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w rynku zamówień publicznych, co ma na celu zwiększenie konkurencji między wykonawcami. Znowelizowany przepis art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp wskazuje, że w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający ma ustawowy obowiązek podziału zamówienia na części w sytuacji, gdy taki podział jest możliwy i nie ma wystarczającego uzasadnienia dla utrzymania jego jednolitości. Swoje stanowisko opierał między innymi na opinii prawnej UZP poświęconej zagadnieniu unikania podziału zamówienia na części.

Sam zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy części, co ma wskazywać na jego podzielny charakter i możliwość realizacji przez różnych wykonawców, zgodnie z ich głównym profilem działalności gospodarczej.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego pismem z dnia 12.12.2016 r. o informację, czy został sporządzony protokół zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części i w jaki sposób zostało to uzasadnione pomimo, że świadczenie jest podzielne. Do wniesienia odwołania Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi. Kwestia podzielności świadczenia była podnoszona w dotychczasowym orzecznictwie KIO poświęconym podziału zamówienia na części (przykładowo sygn. akt KIO 694/13). Zaniechanie podziału zamówienia na części uchybia zasadzie konkurencyjności poprzez uniemożliwienie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie zarzutów.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęta została

treść siwz w części związanej z zakresem zamówienia koniecznym do zaoferowania w ofercie, ustalenie czy wykonawca będzie mógł złożyć ofertę samodzielnie, czy też z udziałem innego podmiotu, wpływa na jego sytuację faktyczną i prawną. Stwierdzenie w podstawie zarzutów, iż obecny opis przedmiotu zamówienia nie tworzy warunków dla uczciwej konkurencji pozwala uznać, iż odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez doprowadzenie do kształtu postanowień, przy których będzie miał możliwość przygotowania konkurencyjnej oferty i uzyskania zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podtrzymanych zarzutów.

Przedmiot zamówienia dotyczy wdrożenia Zintegrowanego Systemu Działalności wraz z pozyskaniem danych do świadczenia e-usług oraz dostawą niezbędnego sprzętu komputerowego i szkoleniami użytkowników. Zamawiający określił minimalne lub równoważne parametry dla sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem systemowym, stanowiących stronę sprzętową dla tworzonego rozwiązania IT integrowanego z platformami ePUAP i SEKAP. Zamawiający w załączniku do protokołu postępowania wskazał powody niedokonania podziału zamówienia na części, zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy, opisane w pięciu podpunktach. Zamawiający wskazał, iż podział zamówienia na części spowoduje rozmycie się odpowiedzialności za cały zintegrowany system informatyczny stworzony na wspólnej platformie i przenoszenia odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami poszczególnych części. Może również spowodować trudności techniczne w konfiguracji dostarczonego sprzętu bez uwzględnienia parametrów systemu dziedzinowego i reguł komunikacji ze stworzonym systemem informacji przestrzennej. Może również doprowadzić do ograniczenia konkurencji dla zadania nr 2, narażać Zamawiającego na ryzyko poniesienia kosztów i wydłużenia realizacji projektu. W rozdziale 4.10 OPZ określone zostały wymagania dotyczące wydajności i pojemności, w tym głównych jego składowych: oprogramowania i sprzętu, pozwalające jego dostosowanie do ilości przetwarzanych danych, liczby użytkowników oraz liczby transakcji przy zachowaniu zapasu zakładającego wzrost obciążenia systemu w przyszłości.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia, jego charakter i cele postawione dla tego projektu Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36aa ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy nie potwierdził się. Zasadniczo wywody Odwołującego opierały się na wykładni przepisu art. 36aa ust. 1 oraz motywu dyrektywy klasycznej 2014/24/UE z dnia 26

lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, stanowiącego wytyczną podziału zamówienia na części. Odnośnie wykładni przepisu krajowego Izba uznała, iż nie nakłada on bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowi natomiast o uprawnieniu zamawiającego do podziału zamówienia i nie zawiera wprost obowiązku wyjaśniania przez Zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika natomiast z normy ujętej w art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania. W niniejszej sprawie Zamawiający nie naruszył żadnego z tych przepisów, gdyż decyzja o tym, aby nie dzielić zamówienia na części została przez niego omówiona w załączniku do protokołu. Mając na uwadze, iż stanowiący podstawę dla tego obowiązku przepis art. 36aa ust. 1 Ustawy nie określa w jakich przypadkach Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, decyzja w tym zakresie pozostawiona jest autonomicznej woli Zamawiającego, który kieruje się w tym zakresie swoim potrzebami, w szczególności mając na uwadze zakres przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zakres zamówienia uzasadniał udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy, który przyjmie na siebie odpowiedzialność za ryzyko niepowodzenia projektu, a dokonanie podziału zamówienia na części mogłoby to ryzyko przenieść na Zamawiającego i w konsekwencji uczynić niemożliwym osiągnięcie celu zamówienia publicznego. Prowadzony wywód Odwołującego co do możliwości egzekwowania obowiązków od wykonawców realizujących poszczególne części nie był przekonujący z tej przyczyny iż stanowił dowolną hipotezę możliwych scenariuszy realizacji zamówienia. Równie prawdopodobnym byłby taki scenariusz, w którym nie złożono by ofert na wszystkie części zamówienia, co czyniłoby wykonanie części z nich niecelowym lub niemożliwym. Gdyby bowiem nie udało się wyłonić dostawcy urządzeń, stanowiących element sprzętowy tworzonej platformy, to również prace związane z wdrożeniem mechanizmów i narzędzi do świadczenia usług nie byłyby możliwe do przeprowadzenia. Również hipoteza prezentowana przez Zamawiającego o tym, że wykonawcy mogliby uniknąć odpowiedzialności z uwagi na trudności z jednoznacznym ustaleniem przyczyn błędów w działaniu platformy, wydaje się być logiczną i możliwą so wystąpienia przy kilku wykonawcach, których łączny efekt prac decyduje o prawidłowym działaniu platformy. W świetle powyższego, decyzja o tym, aby całość zamówienia została zrealizowana przez jednego wykonawcę była w pełni uzasadniona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....