Sygn. akt: KIO 3440/20

WYROK

z dnia 19 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Wojewoda Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 z odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Istotne postanowienia umowy poprzez nadanie nowego brzmienia §9 ust. 13, 14 i 15:

13.Z czynności odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół w formie pisemnej zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru - podpisany przez wszystkich członków komisji, w tym odpowiednio:

1)Protokół odbioru końcowego bez zastrzeżeń - jeżeli brak jest wad w wykonaniu przedmiotu umowy lub gdy wady zostały usunięte przez Wykonawcę w trakcie czynności odbioru do jego zakończenia;

2)Protokół odbioru końcowego z zastrzeżeniami - jeżeli w czasie odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone:

(i)wady nieistotne - Zamawiający dokona odbioru końcowego a do protokołu odbioru końcowego zostanie załączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia;

(ii)wady w jego wykonaniu, które nie kwalifikują się do usunięcia, lecz nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa - Wykonawcy przysługuje wówczas obniżone wynagrodzenie zgodnie z § 11 ust. 4 umowy;

3)Protokół stwierdzający odmowę odbioru - jeżeli w czasie odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady istotne w jego wykonaniu, a wady te nie kwalifikują się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa.

14.Jeżeli w czasie odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, Zamawiający:

1)w przypadku gdy wady istotne kwalifikują się do usunięcia i nie zostały usunięte przez Wykonawcę w trakcie czynności odbioru do jego zakończenia:

a)przerwie czynności odbioru i wyznaczy Wykonawcy termin do ich usunięcia w przypadku wystąpienia wad istotnych;

b)w przypadku nie usunięcia wad istotnych w wyznaczonym terminie zgodnie z lit. a, ma prawo naliczenia kar umownych zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 4 umowy oraz powierzenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze);

2)w przypadku gdy wady istotne nie kwalifikują się do usunięcia oraz gdy uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa - Zamawiający może wg swojego wyboru:

a)odstąpić od umowy z konsekwencjami wymienionymi w § 20 ust. 1 pkt 11 umowy, albo

b)zażądać ponownego wykonania określonych robót, wyznaczając odpowiedni termin z zastrzeżeniem prawa do naliczenia kary umownej zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 4 umowy, a po bezskutecznym upływie terminu, ma prawo odstąpienia od umowy z konsekwencjami wymienionymi w § 20 ust. 1 pkt 11 umowy.

3)w przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru końcowego a do protokołu odbioru końcowego zostanie załączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia.

15.W przypadku określonym w ust. 14 pkt 1 po usunięciu wad istotnych Strony ponawiają procedurę odbioru końcowego zgodnie z ust. 8-13.

2.Nakazuje zamawiającemu - Skarbowi Państwa – Wojewodzie Podkarpackiemu z siedzibą w Rzeszowie doprowadzenie do spójności postanowień SIWZ w zakresie odnoszącym się do nakazanych zmian wskazanych w punkcie 1.

3.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – Wojewodę Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie** w części **1/2** oraz **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w części **1/2** i:

4.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2zasądza od **Skarbu Państwa – Wojewody Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** kwotę **11 800 zł gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do**Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3440/20

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Wojewoda Podkarpacki z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Drogowego Przejścia Granicznego w Malhowicach.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-600594.

W dniu 23 grudnia 2020 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 9 ust. 14 pkt 1 lit a) załącznika nr 2 do SIWZ wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego (przerwania czynności odbioru) w każdym przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

2.art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji z uwagi na wymóg zawarty w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik do SIWZ, wykonania Zintegrowanego System Obsługi Granicy CAIFS II wraz z integracją z warstwą centralną systemu ZSOG CAIFS II, w sytuacji, gdy ze względu na konieczność integracji z już istniejącym systemem zakres ten może wykonać tylko T4B Sp. z o.o., co oznacza, że przedmiot zamówienia może wykonać tylko T4B Sp. z o.o. lub wykonawca, który nawiąże z nim współpracę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego treść § 9 ust. 13, 14 i 15 wzoru umowy narusza art. 647 Kodeksu cywilnego, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych.

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący wyjaśniał, że spółka T4B Sp. z o.o. podpisała dwie umowy z Izbą Celną w Przemyślu na modernizację Zintegrowanego Systemu Obsługi Granicy CAIFS II. Zakres pierwszej umowy obejmował wymianę i instalację nowych serwerów w kilku lokalizacjach. Przedmiotem drugiej umowy było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie rozbudowy Zintegrowanego Systemu Obsługi Granicy CAIFS II, zwanego ZSOG CAIFS II oraz wdrożenie podsystemu SOC-P w Oddziale Celnym Drogowym w Kuźnicy. T4B Sp. z o.o. dostarczyła, zainstalowała i wdrożyła aplikację użytkową będącą oprogramowaniem dedykowanym, wytworzonym na potrzeby powyższego zamówienia, skonfigurowała również elementy sprzętowe i programowe infrastruktury technicznej istniejącego Systemu, koniecznego do funkcjonowania ZSOG CAIFS II. Usługa została wdrożona w ponad 30 lokalizacjach. Prace w ramach obydwu zamówień zakończyły się w połowie grudnia 2014 r.

Właścicielem systemu jest co prawda Ministerstwo Finansów (jak to wskazano w pkt 14.1 części opisowej projektu wykonawczego 08.Teletechnika) jednak kwestia własności nie jest wystarczająca od strony informatycznej do przeprowadzenia integracji danego przejścia granicznego z całym systemem. W ramach integracji konieczne jest stworzenie architektury sprzętowej i programowej zgodnej z „know-how" twórcy systemu. Wskazać należy, że „know-how" w tym zakresie obejmuje kwestie dotyczące architektury systemu, tj. protokoły komunikacji, typy baz danych, typy i nazwy zmiennych systemowych, protokoły szyfrowania, zmienne i listy sygnałów, typy raportów, pełne wymagania, kody źródłowe, nieskompilowane programy, i wiele innych a tym „know-how" dysponuje wyłącznie twórca systemu i którym nie dysponują inne podmioty funkcjonujące na tym rynku. Konieczne jest również zainstalowanie oprogramowania będącego własnością intelektualną twórcy systemu.

Jednocześnie czynności dotyczące systemu i integracji mogą zostać przeprowadzone przez podmiot, który nie jest wykonawca robót budowlanych i który dysponuje odpowiednią wiedzą informatyczną oraz odpowiednią wiedzą informatyczną w zakresie oprogramowania i urządzeń sieciowych. Powoduje to, że zasadnym jest wydzielenie tych czynności do osobnego zamówienia analogicznego jak w przypadku wcześniejszego zamówienia na zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie rozbudowy systemu ZSOG CAIFS II, a które wykonane zostało przez T4B Sp. z o.o., a którego elementem nie było wykonanie robot budowlanych w zakresie wybudowania przejść granicznych a miało charakter dostawy rozwiązania informatycznego poprzez stworzenie platformy programowo sprzętowej spełniającej wymagania Ministerstwa Finansów.

Do postępowania odwoławczego w dniu 31 grudnia 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący".

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc oddalenie go w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego odbiorów bezusterkowych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 stycznia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa Drogowego Przejścia Granicznego w Malhowicach. Szczegółowe informacje dotyczące wykonania ww. robót budowlanych zawiera Dokumentacja projektowa, zamieszczona w oddzielnym pliku na stronie internetowej https://zamowienia.gov.pl w postępowaniu w zakładce „Załączniki".

Zgodnie z pkt 14.1 części opisowej PW - Teletechnika znajdującym się w Projekcie wykonawczym 08. Branża techniczna *Projektowane przejście graniczne będzie traktowane jako nowa lokalizacja w ramach funkcjonującego w Służbie Celnej systemu ZSOG CAIFS II (Właścicielem systemu jest Ministerstwo Finansów). W związku z tym, zostan wdrożone podsystemy warstwy lokalnej ZSOG CAIFS II: SOC-O wykonana ma być integracja z warstwą centraln systemu - analogicznie do pozostałych lokalizacji, w których system już funkcjonuje. W celu umożliwienia wdrożenia systemu zamieszczono wymogi dostarczenia przez Wykonawcę odpowiedniej infrastruktury sprzętowej, która wcześniej zostanie zaakceptowana przez SCS: (…) Dostarczona infrastruktura będzie kompatybilna z systemem ZSOG CAIFS I Specyfikacje serwerów, magazynu danych oraz rozwiązania techniczne zastosowane w modułach OCR na etapie ofertowania i przed dostawą muszą być skonsultowane z komórką IT Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie. Nie przewiduje się projektowania infrastruktury, w celu obsłużenia której wymagane byłyby jakiekolwiek zmiany w systemie ZSOG CAIFS II.*

Zgodnie z pkt 1.3 System Sterowania Ruchem i Blokady Przejścia części opisowej PW- Teletechnika zestawienie materiałów znajdującym się w Projekcie wykonawczym 08. Branża techniczna wymieniono m.in. następujące elementy: oprogramowanie systemowe przechwytywania danych z serwerów automatycznego odczytu OCR do serwerów systemu SOC-O (pkt 23), SERWER Replikacji (pkt 39), SERWER SOC-O (pkt 40), SERWER OCR (pkt 42), Tes oprogramowania LAN SOC-O dla komputerów stacjonarnych (pkt 50).

Zgodnie z §9 ust. 13-15 Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Istotne postanowienia umowy:

13.*Z czynności odbioru końcowego sporządzony zostanie protokół w formie pisemnej zawierający wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru – podpisany przez wszystkich członków komisji, w tym odpowiednio:*

1)Protokół odbioru końcowego bez zastrzeżeń – jeżeli brak jest wad w wykonaniu przedmiotu umowy lub gdy wady te zostały usunięte przez Wykonawcę w trakcie czynności odbioru do jego zakończenia;

2)Protokół odbioru końcowego z zastrzeżeniami – jeżeli w czasie odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady w jego wykonaniu, które nie kwalifikują się do usunięcia, lecz nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa – Wykonawcy przysługuje wówczas obniżone wynagrodzenie zgodnie z § 11 ust. 4 umowy;

3)Protokół stwierdzający odmowę odbioru – jeżeli w czasie odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady w jego wykonaniu, a wady te nie kwalifikują się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa.

14.Jeżeli w czasie odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, Zamawiający:

1)w przypadku gdy wady kwalifikują się do usunięcia i nie zostały usunięte przez Wykonawcę w trakcie czynności odbioru do jego zakończenia:

a)przerwie czynności odbioru i wyznaczy Wykonawcy termin do ich usunięcia;

b)w przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie zgodnie z lit. a, ma prawo naliczenia kar umownych zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 4 umowy oraz powierzenia usunięcia wad podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze);

2)w przypadku gdy wady nie kwalifikują się do usunięcia oraz gdy uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem lub obowiązującymi przepisami prawa – Zamawiający może wg swojego wyboru:

a)odstąpić od umowy z konsekwencjami wymienionymi w § 20 ust. 1 pkt 11 umowy, albo

b)zażądać ponownego wykonania określonych robót, wyznaczając odpowiedni termin z zastrzeżeniem prawa do naliczenia kary umownej zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 4 umowy, a po bezskutecznym upływie terminu, ma prawo odstąpienia od umowy z konsekwencjami wymienionymi w § 20 ust. 1 pkt 11 umowy.

15.W przypadku określonym w ust. 14 pkt 1 po usunięciu wad Strony ponawiają procedurę odbioru końcowego zgodnie z ust. 8-13.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec Przystępującego T4B Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, stwierdzając, że interes w zgłoszeniu przystąpienia jest interesem szerszym, niż interes we wniesieniu odwołania, który ustawodawca wyraźnie zawęził do ochrony dość skonkretyzowanej możliwości uzyskania zamówienia. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego, przystępujący zwiększy swoją szansę na uzyskanie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że zarzut nr 1 odwołania podlega uwzględnieniu. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w wyrokach Sądu Najwyższego, z których wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W tym zakresie Odwołujący powołał wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; z dnia 7 kwietnia 1998 r., II CKN 673/97; z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12.

Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiejkolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie.

W dalszej kolejności Izba uznała, że również zarzut nr 2 odwołania podlega oddaleniu. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w zakresie dokumentacji projektowej w branży teletechnicznej jest nieprecyzyjny i w zasadzie niejako skazuje wykonawcę na współpracę z T4B Sp. z o.o. W przypadku właściwego opisu zamówienia część elementów systemowych tj. serwery mogłaby być pozyskana od innych podmiotów niż T4B, co nie jest możliwe. W sytuacji gdy T4B Sp. z o.o. nie zgodzi się na współpracę z danym podmiotem to taki podmiot nie będzie w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia a skoro nie będzie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia to tym samym zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Izba podnosi, że podział zamówienia na części jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Mając na uwadze możliwe konsekwencje w dostępie do zamówienia, decyzja o tym, że zamówienie nie będzie dzielone, przy postawionym zarzucie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podlegać powinna ocenie w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego. W niniejszej sprawie, cel zamówienia, jakim jest kompleksowa budowa przejścia granicznego, powoduje, że niecelowe byłoby wyłączanie części związanej z integracja systemu CAIFS IINadto, Odwołujący nie udowodnił, że integracji z już istniejącym systemem może dokonać tylko Przystępujący, tym bardziej, że sama instalacja, a nie wytworzenie oprogramowania nie wymaga udziału Przystępującego skoro właścicielem systemu jest Ministerstwo Finansów, co potwierdza pismo Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie, które wskazuje, że prawa autorskie należą do Ministerstwa Finansów i IAS w Rzeszowie, a właściciel systemu jest również w posiadaniu kodów źródłowych, choć zgodnie z postanowieniami w OPZ nie przewiduje się projektowania infrastruktury, w celu obsłużenia której wymagane byłyby jakiekolwiek zmiany w systemie ZSOG CAIFS II. Zatem zarówno instalacja oprogramowania i baz danych w warstwie lokalnej, jak i jego integracja z warstwą centralną systemu nie wymaga udziału ani zgody Przystępującego.

Ponadto, Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp niepowinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (vide: wyrok KIOz dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16).

Dodatkowo Izba wskazuje, że jest związana zarzutami, a Odwołujący nie podnosił w odwołaniu kwestii związanych z niewystarczającym uzasadnieniem podziału zamówienia na części wskazanym w protokole postępowania. Dopiero na rozprawie argumentował, że ww. uzasadnienie jest ogólne i lakoniczne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……..……..