

POSTANOWENIE
z dnia 6 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 6 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.02.2019 r.** przez wykonawcę **SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Regionalne projekty wdrożeniowe – krajowy system zarządzania ruchem drogowym na sieci TENT-T Etap 1” (numer referencyjny O.K.A.D-3.2413.7.2019).

przy udziale wykonawcy **Polittraffic Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Kapsch Telematic Services Spółka z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Siemens Mobility Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.** działający na terytorium RP przez swój oddział **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce, ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. **nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

do postanowienia z dnia 6 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 295/19

Zamawiający – Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Regionalne projekty wdrożeniowe – krajowy system zarządzania ruchem drogowym na sieci TENT-T Etap 1” (numer referencyjny O.K.A.D-3.2413.7.2019).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.02.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplementie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 028 – 062423.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Jednocześnie w ramach przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

W dniu **08.02.2019 r.** zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu i Zamawiający zamieścił treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.02.2019 r.** w formie elektronicznej za pomocą ePUAP przez wykonawcę **SPRINT S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** wobec postanowień SIWZ, w tym wobec projektu umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 471 kc, art. 473 § 1 kc poprzez określenie w § 19 ust. 5 umowy odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych na zasadzie ryzyka;
2. Art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 471 kc, art. 473 § 1 kc poprzez określenie w §12 ust. 25 umowy, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienia w przekazaniu środków europejskich lub za ich nieprzekazanie z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego;
3. Art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 471 kc, art. 473 § 1 kc poprzez określenie w pkt 8 preambuły do umowy obowiązku złożenia oświadczenia, że jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy spowoduje utratę dofinansowania, skutki takiej utraty obciążać będą Wykonawcę;
4. Art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 487 § 2 kc poprzez określenie w § 19 ust. 19 umowy rażąco wygórowanych, niezasadnionych oraz nieproporcjonalnych do wysokości potencjalnej szkody kar umownych, należnych Zamawiającemu niezależnie od winy wykonawcy;
5. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 647 kc i art. 643 kc poprzez:
 - a. określenie w § 8 ust. 18, 19, 21 umowy, iż podstawą do dokonania odbiorów częściowych i końcowego jest brak jakichkolwiek uwag, nawet nieistotnych tj. tych, które nie uniemożliwiają dokonania odbioru;
 - b. określenie w § 8 ust. 28 umowy, iż stwierdzenie w trakcie odbioru nieprawidłowości nie uniemożliwiających odbioru nie rodzi obowiązku dokonania odbioru przez Zamawiającego, a jedynie możliwość w tym zakresie;
6. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt 9.3, str. 57 OPZ Tabela 4) nierealnych i niezasadnionych w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego czasów naprawy błędów: krytycznych oraz istotnych;
7. art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc poprzez dopuszczenie w § 19 ust. 7, 8 i 9 umowy kumulacji kar umownych;
8. art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc poprzez dopuszczenie w § 12 ust. 8 i § 19 ust. 8, ust. 19 pkt 4) umowy do podwójnego karania wykonawcy z tego samego tytułu;
9. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak określenia w § 2 ust. 9 umowy terminu do upływu którego wykonawca ma się wstrzymać z realizacją umowy w związku z opóźnieniem w realizacji Centralnego Projektu Wdrożeniowego;
10. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak podania w SIWZ informacji umożliwiających dokonanie oceny, czy i w jakim zakresie możliwe jest wykorzystanie do realizacji zamówienia infrastruktury Zamawiającego;
11. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak określenia w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie realizacji opcji nr 1 i 3.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie zmian SIWZ (odpowiednio w odniesieniu do każdej części zawartymi w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania został dotrzymany i zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu **19.02.2019 r.** Zamawiający opublikował na stronie internetowej kopię odwołania.

1. W dniu 21.02.2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca **Politrafic Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. M.Z. – radcę prawnego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20.02.2019 r. podpisanego przez p. T.P. – Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji spółki. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 20.02.2019 r.

2. W dniu 21.02.2019 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

1. W dniu 21.02.2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca **Kapsch Telematic Services Spółka z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. J.S. – radcę prawnego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19.02.2019 r. podpisanego przez p. M.C. – członka Zarządu oraz p. J. Ż. – prokurenta uprawnionych do łącznej reprezentacji spółki. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 21.02.2019 r.

2. W dniu 21.02.2019 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

1. W dniu 22.02.2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca **Siemens Mobility Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. K.C. – Prezesa Zarządu oraz p. M.K. – prokurenta uprawnionych do łącznej reprezentacji spółki. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 21.02.2019 r.

2. W dniu 22.02.2019 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

1. W dniu 22.02.2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. Oddział w Polsce, ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa**. Przystąpienie zostało podpisane przez p. J. M. A. de B. działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13.07.2017 r.

2. W dniu 22.02.2019 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zgłoszenia przystąpień nastąpiło w ustawowym terminie i spełniają one pozostałe warunki formalne niezbędne dla uznania ich skuteczności. Tym samym Izba postanowiła dopuścić ww. wykonawców jako uczestników postępowania.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 05.03.2019 r. (wpływ pocztą elektroniczną w dniu 05.03.2019 r. DzK-KIO-3383/19) podpisanym przez p. M. na podstawie pełnomocnictwa – p.o. Dyrektora Oddziału działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28.02.2019 r. podpisanego przez p. T. Ż. – p.o. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad złożył oświadczenie woli wskazując, iż uwzględnić w części zarzuty zawarte w odwołaniu.

W powyższym piśmie Zamawiający zadeklarował następujący sposób modyfikacji SIWZ oraz w zakresie nieuwzględnionych zarzutów przedstawił następującą argumentację.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

Zamawiający, na podstawie przepisu art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, dalej jako „ustawa Pzp”, wnosi w formie pisemnej odpowiedź w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 18 lutego 2019 r. wniesionym przez Wykonawcę SPRINT S.A. (dalej również jako: „Sprint” lub „Odwołujący”) w postępowaniu pn. Regionalne Projekty Wdrożeniowe — Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 (dalej: „postępowanie”).

W ocenie Zamawiającego niektóre z postawionych zarzutów zasługują na uwzględnienie, co zostanie wskazane w treści niniejszego pisma, Tam gdzie Zamawiający zarzut uwzględnia wskazuje to w odpowiedzi na odwołanie. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do treści zarzutów Zamawiający podnosi jak poniżej.

UZASADNIENIE

(Zarzut nr 1)

Naruszenie przepisów Kodeksu Cywilnego (k.c.) i ustawy PZP w zakresie ustalenia w § 19 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowy („IPU”) odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych na zasadzie ryzyka.

Zamawiający uwzględnia zarzut w części.

Zamawiający uwzględnia zarzut w ten sposób, że wprowadzi odpowiednią zmianę do SIWZ poprzez zmianę zasady odpowiedzialności z zasady ryzyka na zasadę winy,

Zamawiający pozostawia niezmienną konstrukcję odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka jedynie w odniesieniu do:

a) realizacji Kamienia Milowego nr 6, oraz

b) w odniesieniu do realizacji obowiązków wykonawcy wynikających z SLA

W wyjaśnieniu należy wskazać, że generalnie oparcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka mieści się w granicach swobody umów i stanowi dozwoloną postanowieniami art. 473 § 1 kc modyfikację odpowiedzialności stron stosunku zobowiązaniowego,

Możliwość kształtowania przez Zamawiającego kar umownych, tj. podstaw i sposobu ich naliczania, wynikającą z zasady swobody umów (art. 353 § 1 k.c.) oraz możliwości umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika uzależnionej od jego winy Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała niejednokrotnie, m.in. w wyroku z dnia 2 listopada 2016 r., KIO 1959/16: „Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych! w tym zakresie, Zgodnie z art. 353 § 1 k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjony kształtuje większość *essentialiae incidentaliae negotii* przygotowując własną s.j. w. z. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależnić od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” (por. również KIO w wyrokach KIO 1959/16, KIO 2163/17).

Zamawiający zatem wskazuje, że generalnie oparcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka jest dozwolone i nie ma słuszności wykonawcy, podnosząc taki zarzut. Niemniej jednak Zamawiający złagodził zasady odpowiedzialności opierając ją na zasadzie winy, z wyjątkiem wskazanych przypadków, mających dla Zamawiającego kluczowe znaczenie.

Zamawiający wskazuje, że realizacja Kamienia Milowego nr 6, tj. przekazania systemu, zrealizowanego od podstaw i utrzymywanego przez wykonawcę następczemu wykonawcy lub Zamawiającemu ma dla Zamawiającego na tyle istotny charakter, że uzasadniona pozostaje podwyższona odpowiedzialność wykonawcy w tym przypadku, oparta na zasadzie ryzyka. Zamawiający bowiem, tworząc system zarządzania ruchem drogowym j oddając taki system *de facto* „w zarząd” wykonawcy, nie może sobie pozwolić na ewentualną przerwę w działaniu systemu i zobowiązany jest w najlepszy możliwy sposób zabezpieczyć płynność działania systemu,

Analogicznie jest w przypadku realizacji obowiązków wykonawcy w dotrzymaniu SLA Zamawiający zobowiązany jest zabezpieczyć w najlepszy możliwy sposób niezakłócone oraz poprawne działanie systemu, co jest warunkowane również sprawną reakcją na pojawiające się błędy. W ocenie Zamawiającego taki właśnie rezultat może zostać zapewniony poprzez wprowadzenie w tym zakresie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka. Zamawiający zwraca jednocześnie uwagę, że wychodząc naprzeciw zarzutom Odwołującego, dokonał zarówno wydłużenia czasu naprawy błędów, jak i dokonał zmniejszenia wysokości kar umownych z tytułu naruszenia warunków SLA (o czym szerzej niżej), a zatem z punktu widzenia wykonawcy odpowiedzialność taka uległa złagodzeniu.

W obu tych przypadkach Zamawiający pozostawia zatem odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka.

(Zarzut nr 2)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy Pzp poprzez wyłączenie w § 12 ust. 25 IPU odpowiedzialności Zamawiającego w przypadku opóźnienia w przekazaniu środków europejskich lub za ich nieprzekazanie z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego.

Zamawiający uwzględni zarzut.

Zamawiający wprowadzi odpowiednią zmianę do SIWZ poprzez usunięcie § 12 ust. 25 IPU.

(Zarzut nr 3)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez określenie w pkt. 8 preambuły do IPU obowiązku złożenia oświadczenia, że jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy spowoduje utratę dofinansowania, skutki takiej utraty obciążać będą wykonawcę.

Zamawiający uwzględni zarzut,

Zamawiający wprowadzi odpowiednią zmianę do SIWZ poprzez usunięcie ostatniego zdania z pkt. 8 Preambuły.

(Zarzut nr 4)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy Pzp poprzez określenie rażąco wygórowanych, niezasadnionych oraz nieproporcjonalnych do wysokości potencjalnej szkody kar umownych, należnych Zamawiającemu niezależnie od winy wykonawcy.

Zamawiający uwzględni zarzut w części, tj. w zakresie kar umownych wskazanych w § 19 ust. 18 (po dokonaniu wykreślenia § 19 ust. 8 IPU, zmianie uległa numeracja ustępów § 19) pkt 1 lit a) i b), w § 19 ust. 18 pkt 2), pkt 6), pkt 8), pkt 11) i pkt 12) IPU, dokonując ich zmniejszenia.

Zamawiający na wstępie zwraca uwagę, że już w odpowiedzi na zarzut nr 1 wyjaśnił, że wprowadzi modyfikację w IPU zgodnie z którą podstawową zasadą odpowiedzialności będzie zasada winy a nie zasada ryzyka. Odwołujący zdaje się łączyć kwestię „wygórowania” kar umownych z tym, że ich nałożenie dodatkowo może mieć miejsce niezależnie od zawinienia wykonawcy. W tym zakresie zarzut ten jest nieaktualny, gdyż Zamawiający zmodyfikował w tym zakresie IPU pozostawiając odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jedynie w odniesieniu do wybranych przypadków

Zamawiający wskazuje, że kary określone w IPU (§ 19 ust. 18 i 5 19 ust. 11) zostały określone prawidłowo, zgodnie z zasadą swobody umów i w żaden sposób nie można ich określić jako rażąco wygórowanych, niezasadnionych oraz nieproporcjonalnych. Co więcej, Zamawiający, pomimo braku takiego obowiązku, wprowadził umownie limit kar możliwych do naliczenia wykonawcy w trakcie realizacji Umowy, stąd zarzut wykonawcy należy uznać za niezasadny.

Z uwagi na charakter projektu, który polega na powierzeniu wykonawcy zaprojektowania systemu od podstaw, a następnie jego utrzymywania, co z kolei oznacza oddanie w ręce wykonawcy w dużym stopniu kontroli nad projektem, w słusznym interesie Zamawiającego leży zbudowanie narzędzi umownych, zwłaszcza kar umownych, które pozwolą na skuteczne egzekwowanie od wykonawcy należytej realizacji Umowy. W związku ze wskazanym charakterem i skomplikowaniem projektu oraz przyznaniem wykonawcy wiodącej roli w kierowaniu projektem, uzasadnione jest ponoszenie przez wykonawcę ryzyka opóźnień w projekcie, którym sam zarządza,

(Zarzut nr 5)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy Pzp poprzez określenie w § 8 ust. 18, 19, 21 IPU, iż podstawą odbiorów częściowych i końcowego jest brak jakichkolwiek uwag (nawet nieistotnych) oraz poprzez określenie w § 8 ust. 28 IPU, że po stronie zamawiającego nie leży obowiązek odbioru w przypadku stwierdzenia uwag nie uniemożliwiających odbioru. Zamawiający nie uwzględni zarzutu.

1. Zamawiający uznaje zarzut za bezpodstawny. Zapisy umowy mieszczą się w ramach zasady swobody umów. Z uwagi na wagę i skomplikowany charakter systemu KSZRD w interesie Zamawiającego jest, aby co do zasady odbiór był dokonywany przy braku uwag do wykonania przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie w umowie wprost obowiązku odbioru przedmiotu zamówienia (co podnosi Odwołujący) byłoby działaniem na szkodę Zamawiającego. Należy bowiem zwrócić uwagę, że otworzyłyby to drogę do niekończących się sporów w zakresie każdego odbieranego elementu systemu. Z dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, że w większości przypadków, wykonawca będzie bowiem utrzymywał, że ewentualne uwagi Zamawiającego nie dotyczą kwestii, które uniemożliwiają działanie systemu. Z tego względu Zamawiający uznaje za niezbędne, aby co do zasady obowiązek odbioru dotyczył tylko i wyłącznie sytuacji nie zgłaszania żadnych uwag. Zamawiający zleca wykonanie określonych prac i finansuje je z pieniędzy publicznych. Musi zatem zadbać aby wynagrodzenie było wypłacane w sytuacji należytego wykonywania umowy przez wykonawcę.

2. Zamawiający jednocześnie wskazuje, że w interesie Zamawiającego leży odebranie systemu. Zatem logiczne jest, że Zamawiający nie będzie blokował odbioru w przypadku stwierdzenia uwag nieistotnych, Z tego właśnie względu wprowadzono § 8 ust. 28 -30 IPU, które umożliwiają odbiór warunkowy systemu w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przedmiotu odbioru, które nie uniemożliwiają odbioru. Stanowi to swego rodzaju gwarancję dla wykonawcy, że w okolicznościach stwierdzenia wad nieistotnych Zamawiający będzie takich odbiorów dokonywał. Co więcej, podkreślenia wymaga, że dokonanie przez Zamawiającego odbioru warunkowego stanowi, zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 10 IPU, podstawę do wystawienia przez wykonawcę faktury VAT na kwotę stanowiącą równowartość 80% wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację danego Kamienia Milowego, (pomniejszonego o otrzymaną zaliczkę, jeśli została udzielona). W ocenie Zamawiającego taka konstrukcja postanowień IPU tym bardziej pozostawia zarzut Odwołującego niezasadnym.

Podkreślenia jednak wymaga, że Zamawiający stoi zdecydowanie na stanowisku, że to po stronie Zamawiającego powinna spoczywać ocena (i decyzja), czy wady odbieranego produktu podlegają kwalifikacji jako istotne czy jako nieistotne.

Ponadto umknął uwagi wykonawcy fakt, że przedmiotem zamówienia nie są jedynie roboty budowlane, a zatem postanowienia odbiorowe sformułowane umownie znajdują zastosowanie do każdego z elementów składających się na przedmiot zamówienia. Z tego względu przytaczane na str. 7 odwołania Odwołującego orzecznictwo odnoszące się stricte do robót budowlanych nie jest adekwatne w świetle okoliczności sprawy.

(Zarzut nr 6)

Naruszenie przepisów ustawy PZP poprzez określenie w pkt. 9.3, str. 57 OPZ Tabela 4 nierealnych i nieuzasadnionych czasów naprawy błędów.

Zamawiający uwzględni zarzut,

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że dokona odpowiedniej modyfikacji IPU w zakresie wydłużenia czasów naprawy błędów krytycznych poprzez wydłużenie czasu naprawy błędów krytycznych do 720 minut od chwili zgłoszenia oraz wydłużenie czasu naprawy błędów istotnych do 1440 minut od chwili zgłoszenia, a także zwiększenie dopuszczalnej miesięcznej niedostępności systemu.

(Zarzut nr 7)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez dopuszczenie w § 19 ust. 7, 8, 9 IPU kumulacji kar umownych.

Zamawiający uwzględni zarzut w części, tj. w zakresie § 19 ust. 8 IPU, który zostanie usunięty z IPU.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu jako niezasadnego.

Zamawiający ponownie wskazuje, że określone w IPU postanowienia dotyczące sposobu naliczania kar umownych mieszczą się w granicach swobody kontraktowej określonej w art. 353 1 k.c. Zamawiający nie zgadza się również z argumentacją Odwołującego, jakoby postanowienia § 19 ust. 7 i 9 miały stanowić o kumulacji kar umownych. Ponownego podkreślenia wymaga, że z uwagi na charakter projektu, który polega na powierzeniu wykonawcy zaprojektowania systemu od podstaw oraz utrzymywania systemu, co z kolei oznacza oddanie w ręce wykonawcy w dużym stopniu kontroli nad projektem, w słusznym interesie Zamawiającego leży zbudowanie narzędzi umownych, zwłaszcza kar umownych, które pozwolą na skuteczne egzekwowanie od wykonawcy należytej realizacji Umowy.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia sprawiedliwości kontraktowej wydaje się pomijać, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Izby, Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest gospodarzem tego postępowania, który może dogodnie dla siebie, w ramach swobody umów, kształtować warunki umowy dotyczącej zamówienia publicznego, zaś równowaga stron tej umowy zostaje na gruncie p.z.p. ograniczona. Potwierdzeniem powyższego podejścia jest np. wyrok KIO 1582/17, w którym Izba stwierdziła, że „Izba stoi na stanowisku, iż „w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353 1 K.c.) podlega, modyfikacji / specyficznemu ograniczeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy P.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego” (np. wyrok KIO 283/14). Na gruncie ustawy P.z.p. dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę, Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową, ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął min. Sad Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż „błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.”

Podobnie Izba orzekała np. w wyrokach: KIO 1959/16, KIO 145/18, KIO 173/18, KIO 2394/14,

Ponadto, w orzecznictwie Izby podkreślano, że odwołanie wykonawcy od treści SIWZ nie może stanowić narzędzia zmierzającego do kształtowania przez Wykonawcę warunków umowy, gdyż Izba zajmuje się w postępowaniu wywołanym odwołaniem jedynie zgodnością czynności lub zaniechań zamawiającego z przepisami prawa zamówień publicznych. Odwołanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być natomiast traktowane, jako rodzaj niedozwolonego (przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353 1 K.c.) pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Izba nie jest też organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy też całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem czynności zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca ustanowionego w ustawie Pzp” (wyrok KIO 767/14).

Dlatego też, w oparciu o powyżej przytoczone stanowisko Izby, Zamawiający wskazuje, że podniesiony zarzut w nieuwzględnionej części jest pozbawiony podstaw, jako zmierzający do nieuprawnionego ograniczenia zasady swobody umów, która pozwala Zamawiającemu ukształtować umowę w sposób zapewniający mu dogodne dla niego zrealizowanie zamówienia.

(Zarzut nr 8)

Naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy Pzp poprzez dopuszczenie w § 12 ust. 8 i § 19 ust. 8 i § 19 ust. 19 pkt. 4 IPU do podwójnego karania z tego samego tytułu.

Zamawiający częściowo uwzględni zarzut — w zakresie § 19 ust. 8 IPU, który zostanie usunięty z umowy.

Zamawiający uznaje w pozostałym zakresie zarzut za bezpodstawny. Zapisy umowy mieszczą się w ramach zasady swobody umów. W tym miejscu Zamawiający ponownie odwołuje się do całości argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na Zarzut 7 (powyżej).

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że zgodnie z § 12 ust. 8 IPU w przypadku niedotrzymania terminu realizacji Kamienia Milowego nr 1 lub Kamienia Milowego nr 2 albo nie przedstawienia Zamawiającemu dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom biorącym udział w realizacji tych Kamieni Milowych/ Zamawiający jest uprawniony do podjęcia decyzji o utracie przez Wykonawcę prawa do korzystania z zaliczkowego sposobu rozliczania wynagrodzenia dla wszystkich lub wybranych Kamieni Milowych objętych zaliczkowym systemem wynagradzania.

Wskazujemy, że niezrozumiałe jest traktowanie uprawnienia Zamawiającego do zaprzestania udzielania wykonawcy zaliczek (na realizację dalszych części zamówienia) jako „podwójnego karania” w zestawieniu z ewentualnym nałożeniem na wykonawcę kary umownej z tytułu niedotrzymania realizacji Kamienia Milowego. Kwestia utraty zaliczkowania nie może być utożsamiana z karą umowną, nie powoduje bowiem w żaden sposób obowiązku zapłaty przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, Wykonawca w ten sposób traci jedynie pewien przywilej. Z tego względu zarzut w tym zakresie uznajemy za bezpodstawny.

Zgodnie z § 19 ust. 19 pkt. 4 — wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu niewykonania Przekazania Systemu w wysokości 20% kwoty brutto wynagrodzenia za realizację Kamienia Milowego nr 6. Jednocześnie Zamawiający w tym postanowieniu wskazał, że dla uniknięcia wszelkich wątpliwości Strony potwierdzają, że niezależnie od powyższego Wykonawca traci uprawnienie do żądania wynagrodzenia z tytułu realizacji Kamienia Milowego nr 6. Zatem wykonawca zostaje obciążony karą umowną za niewykonanie Przekazania Systemu, a brak wynagrodzenia z tego tytułu jest logiczną konsekwencją niewykonania takiego zobowiązania. Trudno oczekiwać, że wykonawca miałby otrzymać wynagrodzenie za niewykonanie danej części umowy. Zatem w żadnym razie nie można utożsamiać tego skutku umownego z karą umowną. Z tego względu zarzut również w tym zakresie uznajemy za bezpodstawny.

(Zarzut nr 9)

Naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez brak określenia terminu, do upływu którego wykonawca ma się powstrzymać z realizacją umowy, w związku z opóźnieniem w realizacji Centralnego Projektu Wdrożeniowego.

Zamawiający uwzględni zarzut,

Zamawiający wprowadzi odpowiednią zmianę do SIWZ poprzez wskazanie maksymalnego terminu, do którego taki obowiązek wykonawcy powinien być realizowany.

(Zarzut nr 10)

Naruszenie przepisów PZP poprzez brak podania w SIWZ informacji umożliwiających dokonanie oceny, czy i w jakim zakresie możliwe jest wykorzystanie w realizacji zamówienia infrastruktury Zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględni zarzutu.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z § 4 ust. 12 IPU „W sytuacji, jeśli do prawidłowej realizacji Umowy Wykonawca będzie chciał wykorzystać elementy infrastruktury Zamawiającego, wystąpi z odpowiednim wnioskiem do Zamawiającego. Po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego Wykonawca nabywa uprawnienie do używania elementów infrastruktury Zamawiającego wskazanych we wniosku. Po stronie Wykonawcy pozostaje odpowiedzialność za przeprowadzenie testów użyteczności tych elementów oraz poprawności ich funkcjonowania, w przypadku rozpoczęcia korzystania z nich na potrzeby realizacji niniejszej Umowy”,

Zatem w zakresie infrastruktury należącej do Zamawiającego nie ma przeszkód, aby wykonawca ją wykorzystał. Zgoda Zamawiającego ma w tym przypadku charakter formalny i jedynie szczególne okoliczności - które trudno w tym momencie przewidzieć mogły by spowodować, że Zamawiający w konkretnym przypadku nie mógłby udzielić takiej zgody,

Jednocześnie Zamawiający stoi na stanowisku, że prawidłowo i w sposób należyty przedstawił wykonawcom informacje w zakresie infrastruktury. Fakt, że podmioty, które wykonały tę infrastrukturę w ramach realizacji wcześniejszych zamówień, mają wiedzę i doświadczenie na ten temat, której źródłem jest kontrakt i wykonane prace w żaden sposób nie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego. Oczywistym jest, że podmiot który brał udział w tworzeniu infrastruktury ma wiedzę, której inny podmiot posiadać nie może i na co ani Zamawiający ani jakakolwiek inna osoba trzecia nie ma wpływu,

Zamawiający w związku z tym — zgodnie z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji - udostępnia podmiotom zainteresowanym udziałem w przetargu dokumentację powykonawczą, inwentaryzację modułów wdrożeniowych rozproszonych oraz plan rozmieszczenia modułów rozproszonych. Warto zauważyć, że dokumenty te nie stanowią formalnie dokumentacji postępowania, a zostały udostępnione między innymi po to, aby wyrównać szansę pomiędzy oferentami - jako źródło wiedzy w tym przedmiocie. Zamawiający nie dysponuje inną dokumentacją w tym zakresie, nie dysponuje „informacją”, „inwentaryzacją” czy innym dokumentem z którego wynika - jak chciałby tego odwołujący — które „elementy istniejącej infrastruktury są możliwe do wykorzystania”, czy informacje „co do stanu tej infrastruktury”. Przypominamy, że zgodnie z § 4 ust. 12 IPU zdanie ostatnie to po stronie Wykonawcy w ramach jego obowiązków umownych pozostaje odpowiedzialność za przeprowadzenie testów użyteczności zastanej infrastruktury, którą chciałby wykorzystać do realizacji umowy, uwzględniając sam sposób realizacji umowy w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zatem to wykonawca ma ocenić w ramach realizacji umowy, czy i w jakim zakresie wykorzystać infrastrukturę Zamawiającego. Obowiązek ten wykonawca odpowiednio wycenił w ofercie czego Zamawiający jest świadomy.

Analogicznie jak powyżej, przedstawia się sytuacja w przypadku infrastruktury nie należącej do Zamawiającego, wskazujemy że zgodnie z § 4 ust. 31 IPU po stronie Wykonawcy spoczywa obowiązek uzyskania wszelkich decyzji, pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień (w tym uzgodnień z Zamawiającym), zgłoszeń itp., w celu realizacji prac i należytego

funkcjonowania CZR i Systemu, W celu realizacji Umowy Zamawiający udostępni Wykonawcy posiadaną dokumentację wykonawczą sieci telekomunikacyjnej w zakresie odpowiadający przedmiotowi zamówienia Umowy, w tym kanałów technologicznych, kabli teletransmisyjnych, urządzeń sieciowych, oraz systemów teleinformatycznych posiadanych przez Zamawiającego, realizujących zadania związane z ruchem oraz utrzymaniem sieci drogowej, przy czym Zamawiający zastrzega, że dokumentacja ta nie stanowi dokumentacji Postępowania.

Zamawiający wyjaśnia, że nie wyklucza możliwości skorzystania z infrastruktury należącej do podmiotów trzecich np. konstrukcji wsporczych, takich jak Główny Inspektor Transportu Drogowego (GITD), w tym istniejących bramownic czy innych elementów infrastruktury przydrożnej. Zamawiający zaznacza jednak, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w związku z czym pozyskanie niezbędnych zgód, decyzji, itp. w celu realizacji zadania, w tym od stron trzecich leży po stronie Wykonawcy.

W tym miejscu należy dodać, że charakter zamówienia jako „zaprojektuj i wybuduj” był przedmiotem dyskusji i orzeczenia w sprawie KIO 2241/18, która dotyczyła prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na Centralny Projekt Wdrożeniowy, realizowanego równoległe do postępowania na RPW (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.11.2018 r.). W tym miejscu Zamawiający przytacza fragment uzasadnienia wyroku (str. 23), w którym Izba stwierdziła:

„Biorąc pod uwagę, że Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia na realizację zadania w formule „zaprojektuj i wybuduj” to uprawniony jest do przerzucenia na wykonawcę kwestii uzgodnień i porozumień z innymi niż Zamawiający zarządcami dróg (analogicznie z wszelkimi innymi podmiotami — przyp. Zamawiającego). Jest to o tyle uzasadnione, że z natury formuły „zaprojektuj i wybuduj” wynika pewien stopień ogólności opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający określa ogólne założenia oraz podstawowe parametry, natomiast wszelkie szczegóły techniczne ujawniane są dopiero na etapie fazy projektowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem przed tą fazą Zamawiający nie zna wszystkich danych technicznych i założeń konstrukcyjnych zrealizowanego zamówienia)”.
Izba poczyniła w związku z tym (oddalając zarzuty) również dalszą generalną uwagę, z której wynika, że w związku z tym, że wykonawca ma znaczną swobodę w zaproponowaniu sposobu realizacji zamówienia, nie może on domagać się szczegółowych informacji (lub dokumentów, uzgodnień etc.) od Zamawiającego, tam gdzie Zamawiający nie może ich udzielić, gdyż oczekuje, że będzie to należało do obowiązków wykonawcy, Izba stwierdziła: (str. 24 uzasadnienia wyroku):

„Formuła „zaprojektuj i wybuduj” obliuguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią „z góry” przewidzieć, jakie prace będą wykonywać i jakie koszty będą związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia, z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Konsekwencją dla Zamawiającego są oczywiście wyższe ceny w składanych ofertach/ ale również zminimalizowanie ryzyka wystąpienia utrudnień przy realizacji przedmiotu zamówienia związanych z ujawnieniem ewentualnych błędów projektowych. Ponadto z formułą „zaprojektuj i wybuduj” związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy, jakie rozwiązania techniczne przyjmie wybrany wykonawca”.

Zatem, w związku z formułą, w jakiej realizowane jest zamówienie, KIO potwierdziła, że dopuszczalne jest przewidzenie w umowie, że to po stronie Wykonawcy leży decyzja o wykorzystaniu/niewykorzystaniu istniejącej infrastruktury, w zależności od szczegółowych rozwiązań technicznych zaproponowanych przez Wykonawcę w toku prac projektowych i możliwości technicznych istniejącej infrastruktury oraz uzyskanie w tym zakresie niezbędnych uzgodnień, decyzji etc.

Zatem konsekwentnie bezpodstawne jest żądanie z odwołania (str. 11 lit. wprowadzenie do umowy postanowień, w oparciu o które Zamawiający będzie wspólnie z wykonawcą ponosił odpowiedzialność za możliwość pozyskania od podmiotów trzecich „ofert” od podmiotów, które wykonały infrastrukturę, względnie od podmiotów, których ta infrastruktura jest własnością. Jest to obowiązek wykonawcy, który wycenia on w ofercie.

(Zarzut nr 11)

Naruszenie przepisów PZP poprzez brak określenia w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w zakresie realizacji Opcji nr 1 i Opcji nr 3.

Zamawiający uwzględni zarzut.

Zamawiający wyjaśnia, że dokona zmiany SIWZ w zakresie opisu prawa opcji. Jednocześnie wyjaśnia, że przy realizacji prawa opcji, w tym Opcji nr 1 i Opcji nr 3, Wykonawca realizując zlecenie w ramach prawa opcji ma stosować w sposób odpowiedni postanowienia Umowy (w tym, wymagania zawarte w OPZ), które określają zasady realizacji zamówienia podstawowego w stosownym zakresie, za wyjątkami, które zostały wyraźnie wskazane w OPZ (dot. Opcji 3),

W związku z powyższym Zamawiający wnosi jak na wstępie.

W związku z oświadczeniem zawartym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 05.03.2019 r. Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego (mającym miejsce w dniu 06.03.2019 r.) złożył następujące oświadczenie woli.

Odwołujący w związku z uwzględnieniem części zarzutów przez Zamawiającego składa oświadczenie woli o cofnięciu odwołania w poniższym zakresie.

Odwołujący cofa w pozostałym nieuwzględnionym zakresie zarzut nr 1 i 4, co do zarzutu nr 5 Odwołujący cofa ten zarzut w całości, co do zarzutu nr 7 w pozostałej nieuwzględnionej części Odwołujący cofa ten zarzut. Analogiczne oświadczenie Odwołujący składa w przypadku zarzutu nr 8, wycofując również zarzut nr 10.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3a zdanie drugie ustawy Pzp zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....