Sygn. akt: KIO 2255/20

WYROK
z dnia 21 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Członkowie: Aleksandra Patyk
Anna Packo
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 września 2020 r.** przez wykonawcę **Kapsch Telematic Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów,**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kapsch Telematic Services 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 wykonawcę **Kapsch Telematic Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) 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:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt: KIO 2255/20

UZASADNIENIE

W dniu 10 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Kapsch Telematic Services sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Ministerstwu Finansów (dalej „**Zamawiający**") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie, wykonanie, implementacja, obsługa oraz utrzymanie systemu poboru opłat za przejazd od pojazdów lekkich metodą elektroniczną z wykorzystaniem automatycznej identyfikacji numerów rejestracyjnych pojazdów (Videotolling) na płatnych państwowych odcinkach autostrad A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica" (dalej „**Postępowanie**"):

1)art. 93 ust. 1 pkt 6) p.z.p. poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo niewystąpienia przesłanek określonych w tym przepisie, warunkujących uznanie czynności unieważnienia za skuteczne;
2)art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c. poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji, polegające na prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania, pomimo, iż plany w przedmiocie zmian legislacyjnych dotyczących systemu poboru opłat były mu znane przez okres trwania Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny złożonych w Postępowaniu ofert, które nie podlegają odrzuceniu, w tym oferty Odwołującego; a także zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentu: Raport Roczny KSPO 2017 za okres sprawozdawczy 01.01.2017 - 31.12.2017 (sporządzony w wykonaniu umowy z dnia 2 listopada 2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat zawartej między Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad i Konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG z siedzibą w Wiedniu, Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Texel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), celem przeprowadzenia dowodu na okoliczność liczby transakcji realizowanych rocznie na odcinkach autostrad A2 Konin-Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica, szczegółowo opisanej w pkt 81 niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że dnia 2 stycznia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 001-000493 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pn. „Zaprojektowanie, wykonanie, implementacja} obsługa oraz utrzymanie systemu poboru opłat za przejazd od pojazdów lekkich metodą elektroniczną z wykorzystaniem automatycznej identyfikacji numerów rejestracyjnych pojazdów (Videotolling) na płatnych państwowych odcinkach autostrad A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica", numer referencyjny zamówienia: BDG.ZPB.230.89.2019. Złożenie ofert miało miejsce 6 marca 2020 roku. Kolejno, Zamawiający przystąpił do procedur opisanych w p.z.p., tj. m.in. wezwał poszczególnych wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, po czym na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p. wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (Polcam Systems sp. z o.o.), do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w toku badania, czy wykonawca Polcam Systems sp. z o.o. spełnia warunki udziału w Postępowaniu okazało się jednak, że wykonawca ten nie był w stanie wykazać spełniania warunków udziału, co zostało także potwierdzone przed Krajową Izbą Odwoławczą. W konsekwencji Zamawiający finalnie wykluczył Polcam Systems sp. z o.o. z Postępowania i odrzucił jego ofertę. W związku z powyższym, oferta Odwołującego znalazła się na pierwszej pozycji pod względem kryteriów oceny ofert i winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Mimo to, 31 sierpnia 2020 roku, Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6) p.z.p. unieważnia Postępowanie.

Szczegółowe uzasadnienie zarzutów Zarzut numer 1:

Odwołujący wskazał, że nie podziela zasadności decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania. Unieważnienie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego musi być, i jest, instytucją w swojej naturze zupełnie wyjątkowa, co potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 16 lipca 2019 roku, sygn. akt.: KIO 1212/19.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 6) p.z.p., dla skuteczności unieważnienia postępowania zamawiający musi wykazać, że wystąpiła istotna zmiany okoliczności (przesłanka nr 1), która powoduje, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (przesłanka nr 2), czego nie można było wcześniej przewidzieć (przesłanka nr 3). Wszystkie ww. trzy przesłanki muszą wystąpić łącznie. W ocenie Odwołującego z treści decyzji Zamawiającego o

unieważnieniu Postępowania nie wynika, że ziściły się wszystkie ww. przesłanki łącznie, a tym samym nie wynika, że Zamawiający był uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt. 6) p.z.p.

Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności:

Zdaniem Odwołującego mając na uwadze treść informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 28 sierpnia 2020 r. w niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, że wystąpiła „istotna zmiana okoliczności', w szczególności nie wykazał, że „istotną zmianę okoliczności' stanowi zdarzenie w postaci wejścia w życie ustawy z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw. Znaczenie pojęcia istotnej zmiany okoliczności na gruncie wspomnianego przepisu zostało nakreślone przez Izbę m.in. w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 99/16, KIO 110/16. Zdaniem Odwołującego zmiana okoliczności będzie istotna tylko wtedy, gdy już z chwilą zaistnienia wpłynie w sposób bezpośredni na uwarunkowania prowadzenia postępowania lub wykonania zamówienia, czyli będzie istotna o tyle, o ile będzie bezpośrednio powiązania z przedmiotem i terminem wykonania zamówienia. Potwierdza to także wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 593/17.

W ocenie Odwołującego wejście w życie ustawy z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw (dalej „**Ustawa**") nie uniemożliwia dalszego prowadzenia Postępowania lub wykonania zamówienia, a jedynie zmienia właściwość organów państwowych w ramach tej samej struktury administracji publicznej Skarbu Państwa, uprawnionych do dalszego prowadzenia Postępowania. W konsekwencji, nie można przyjąć, że okoliczność ta stanowi kategorię obiektywną, ściśle powiązaną z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Nie odnosi się ona w istocie do samego zamówienia, lecz jedynie do wskazania jednostki Skarbu Państwa formalnie właściwej w zakresie jego udzielenia.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wykazał, w szczególności nie przytoczył żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów Ustawy, który zakazywałby, bądź ograniczałby realizację zamówienia na zasadach przewidzianych w dotychczasowym Postępowaniu. Ustawa regulując działania Krajowej Administracji Skarbowej („**KAS**") w zakresie realizacji systemu poboru opłat nie uniemożliwia prowadzenia Postępowania lub wykonania zamówienia z zastosowaniem rozwiązania videotoiling. Co więcej, Ustawa jednocześnie nowelizuje art. 13j ust. 2 ustawy o drogach publicznych wprowadzając w nim wprost możliwość poboru opłat z wykorzystaniem technologii automatycznego rozpoznawania tablic (co zakłada yideotolling). Na mocy tej nowelizacji, w stosunku do poboru opłaty za przejazd autostradą z wykorzystaniem technologii automatycznego rozpoznawania tablic, nie znajdują zastosowania przepisy art. 13i ust. 1 i 3 ustawy o drogach publicznych, które ustanawiają wymagania technologiczne dla systemów poboru opłat (przewidujące stosowanie określonych rozwiązań, w tym lokalizacji satelitarnej). Okoliczność ta, bez wątpienia wskazuje na to, że wejście Ustawy nie tylko nie uniemożliwiło realizacji usługi videotolling ale wprost taką usługę przewidywało. Ta, tak doniosła okoliczność, została całkowicie przemilczana przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania.

Dalej Odwołujący wskazał, iż „istotna zmiana okoliczności" musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania, co potwierdza orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1093/16. Podobnie jak w przypadku elementu „powiązania z przedmiotem i terminem wykonania zamówienia", wejściu w życie Ustawy nie można przypisać także cechy okoliczności trwałej, nieodwracalnej i zewnętrznej wobec Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że poprzednia zmiana legislacyjna nakierowana na zmianę organu administracji rządowej odpowiedzialnego za pobór opłaty elektronicznej oraz opłaty za przejazd autostradą miała miejsce w czasie nieodległym, tj. w roku 2018 (vide: ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. z 2018 r. poz. 12). Na mocy powołanej ustawy doszło do przekazania kompetencji Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do Głównego Inspektora Transportu Drogowego. Uwzględniając zmiany wprowadzone Ustawą (przeniesienie kompetencji z GITD na Ministra Finansów - KAS), tylko na przestrzeni ostatnich dwóch lat, trzy różne organy państwowe w ramach Skarbu Państwa, zostały wyposażone w kompetencję do poboru opłaty elektronicznej oraz opłaty za przejazd autostradą. Bazując tylko na powyższym doświadczeniu należy stwierdzić, że wejście w życie Ustawy nie posiada cechy okoliczności trwałej i nieodwracalnej.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że pomimo wprowadzenia niedawnej zmiany, która obowiązuje od 1 lipca 2020 r. (vide: Ustawa), doniesienia prasowe wskazują na wysokie prawdopodobieństwo rekonstrukcji Rządu RP jeszcze w tym roku, co może spowodować kolejną zmianę w zakresie organu administracji państwowej odpowiedzialnego za pobór opłaty elektronicznej oraz opłaty za przejazd autostradą. W przypadku ziszczenia się takiego scenariusza wydarzeń, podążając jednocześnie za logiką prezentowaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu zaskarżonej czynności, należałoby dojść do przekonania, że kolejne statio fisci będzie uprawnione do przyjęcia kolejnej koncepcji w zakresie realizacji poboru opłaty za przejazd autostrada płatną opartej na jeszcze innej koncepcji niż obecnie deklarowana (pozycjonowanie geo-satelitarne), bądź też wprost do powrotu do realizacji systemu videotolling. Jest zatem oczywistym, że takie postępowanie godziłoby w zasadę pewności prawa, uczciwej konkurencji oraz zasad współżycia społecznego.

Zdaniem Odwołującego w kontekście wpływu zmian ustawowych na proces udzielania zamówienia publicznego podnieść również należy, że ustawodawca co do zasady chroni wykonawców przed negatywnymi konsekwencjami zmian w prawie. Dobitnym potwierdzeniem takiego stanowiska jest regulacja zawarta w art. 142 ust. 5 p.z.p. Na gruncie interpretacji powołanego przepisu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w wyroku z dnia z dnia 16 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 413/15), że stroną, która powinna ponieść finansowe konsekwencje zmian legislacyjnych powinna być strona Zamawiającego. Konsekwentnie, skoro zamawiający powinien pokryć koszt wykonania zamówienia poniesiony wskutek zmiany prawa przewidującej np. podwyższenie minimalnego wynagrodzenia za pracę, tym bardziej zamawiający powinien ponieść konsekwencje w zakresie zmiany właściwości funkcjonalnej statio fisci lub zmiany wewnętrznej koncepcji sposobu realizacji zadania publicznego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 593/17.

Zdaniem Odwołującego założenia nowej koncepcji poboru opłat przewidziane w Ustawie nie zostały jeszcze przesadzone w sposób ostateczny i mogą ulegać zmianie. Wprost z oficjalnych komunikatów Ministerstwa Finansów dostępnych na stronie internetowej ministerstwa wynika, że „obecnie trwają prace nad szczegółami koncepcji", a „najwcześniejszy możliwy termin zaprzestania poboru opłaty za przejazd autostradą w sposób manualny to 4 kwartał 2021 r." Zamawiający nie dysponuje zatem w obecnej chwili ostateczną i precyzyjną koncepcją poboru opłaty za przejazd autostradą płatną bez wykorzystania manualnego systemu poboru opłat.

dowód: wydruk z portalu Ministerstwa Finansów z 31 sierpnia 2020 r. (https://www.aov.Dl/web/finanse/ministerstwo-finansow~Dracuie-nad-likwidacia-szlabanow- na-panstwowych-autostradach - załącznik numer 4 do odwołania.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, mając na uwadze, że Ustawa nie przesądza, że niemożliwym jest pobór opłat z zastosowaniem videotollingu, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia okoliczności, która już w chwili obecnej, w sposób trwały i nieodwracalny, uniemożliwiałaby prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia w

oparciu o dotychczasowe założenia. Zmiana musi stanowić także okoliczność zewnętrzna wobec stron postępowania odwoławczego. Tym samym nie może ona być wynikiem działania zamawiającego. Przekonanie to wynika z interpretacji samego pojęcia zmiany oraz dostrzeżenia celu wspomnianego przepisu, którym jest dopuszczenie zakończenia postępowania bez udzielenia zamówienia wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach. Umożliwienie zamawiającemu samodzielnego kreowania podstaw unieważnienia postępowania stałoby w sprzeczności z tym założeniem. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., sygn. akt IV Ca 527/11.
Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie zgodnie z informacją o unieważnieniu postępowania zmianę okoliczności stanowić ma wejście w życie wcześniej wspomnianej Ustawy. W postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Skarb Państwa działający poprzez swoje statio fisci - Ministra Finansów (a poprzednio przez GITD nie można uznać, że czynności organów państwa podjęte w toku trybu ustawodawczego stanowiły okoliczność zewnętrzna wobec Zamawiającego.
Pomimo, że uchwalenie Ustawy zostało dokonane w sferze imperium przez inny organ niż występująca w niniejszym postępowaniu statio fisci, wciąż nie można zaprzeczyć stwierdzeniu, że było to działanie podjęte przez podmiot będący jednocześnie Zamawiającym, ti. Skarb Państwa (tożsamy w kontekście sfery imperium z samym państwem - Rzeczpospolita Polska. Przyjęcie przeciwnego założenia oznaczałoby uznanie, że administracja rządowa, która wszak swoją legitymację czerpie z poparcia większości parlamentarnej, uprawniona jest do manipulowania systemem zamówień publicznych poprzez rzeczywiste inicjowanie zmian w prawie, pozwalających na arbitralne unieważnianie postępowań w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 6) p.z.p. Wniosek ten jest tym bardziej słuszny, iż z oficjalnych informacji dotyczących procesu ustawodawczego wynika, że w pracach nad Ustawą czyny udział brał Szef KAS Pani Magdalena Rzeczkowska.
Odwołujący wskazał, że gruncie zasady demokratycznego państwa prawnego, o której mowa jest w art. 2 Konstytucji RP, nie do przyjęcia jest konkluzja, zgodnie z którą działania parlamentu realizowane w porozumieniu z rządem stanowiłyby podstawę do arbitralnego unieważnienia każdego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez przyjmowanie ustaw zmieniających strukturę administracji publicznej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1967/16. Zdaniem Odwołującego w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że zmiana zadań organów administracji, wprowadzona nowo uchwalona Ustawa została spowodowana przez nieprzewidywalne okoliczności zewnętrzne wobec szeroko pojmowanego Skarbu Państwa. Z tego względu należy uznać, że zmiana ta była w pełni zależna od decyzji Zamawiającego i w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 93 ustęp 1 pkt. 6) p.z.p.. tym bardziej, że - jak wykazano powyżej - to kolejna zmiana właściwości organu państwowego dokonywana w tym obszarze w ostatnim czasie.
Wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym:
Odwołujący wskazał, że interes publiczny jest pojęciem niezdefiniowanym w prawie. Jak wskazano w literaturze (Wilczyńska Aleksandra, Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „Przegląd Prawa Handlowego" nr 2009/6), „interes" można określić jako potrzebę, czyli dążenie (pragnienie) do osiągnięcia korzyści, która jest w stanie umożliwić danemu podmiotowi przetrwanie i rozwój w danym środowisku społecznym. Interes publiczny na gruncie p.z.p. "nie powinien być utożsamiany z interesem samego zamawiającego, ale należy go rozumieć jako cel samego postępowania, który to cel w swym założeniu ma zaspokajać konkretnie wskazane potrzeby konkretnego ogółu, tj. określonej społeczności, grupy mieszkańców, grupy zawodowej itp. Sama zaś zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny i uniemożliwiający, a nie jedynie utrudniający realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, jednocześnie zmiany tej zamawiający nie mógł być w stanie przewidzieć, nie mógł się jej spodziewać, a dodatkowo zmiana ta ma charakter trwały i nieusuwalny" (Andała-Sępkowska Justyna, Interes publiczny a unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, LEX).
Odwołujący wskazał, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa interes publiczny to zatem: (i) korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 roku), (ii) to potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców charakteryzującej się jakąś wspólną cechą, np. koniecznością dojazdu do miejsca pracy (KIO/UZP 262/08), (iii) interes określonej grupy społecznej, pracowniczej, która może funkcjonować w normalnych standardowych warunkach również dzięki realizacji czy też poprzez realizację określonych dostaw, czy usług albo też robót budowlanych (KIO/UZP 1555/09), (iv) szeroki katalog okoliczności i wartości, które leżą u podstaw potrzeby realizacji przedmiotu umowy o zamówienie publiczne. W szczególności należy wskazać w tym miejscu na takie potrzeby, jak: ochrona zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodom w majątku będącym własnością publiczną czy rozwój infrastruktury. Zawsze jednak interes publiczny musi mieć charakter obiektywny, a zatem nie może być w żadnym przypadku utożsamiany z interesem zamawiającego. Innymi słowy powołując się na tą przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien wykazać, że cel, jaki zamierzał osiągnąć prowadząc postępowanie nie jest już celem zaspokajającym potrzeby społeczne. Z punktu widzenia unieważnienia Postępowania i możliwości skorzystania z przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. decydujące znaczenie mają zatem potrzeby ogółu, a nie interes Zamawiającego, czy zmiany jego koncepcji w zakresie sposobu zaspokajania danego interesu publicznego w toku Postępowania. To zatem realizacja przedsięwzięcia jako takiego musi godzić w interes publiczny, który nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego (I. Skubiszak-Kalinowska, Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, „Zamówienia Publiczne" 2009/10).
Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodu, iż udzielenie zamówienia w formule przewidzianej w Postępowaniu godzić będzie w interes publiczny, a wręcz przeciwnie. Zamawiający wskazał w informacji o unieważnieniu kilka elementów, które w jego ocenie uzasadniają przesłankę interesu publicznego. Wszystkie te argumenty należy uznać za chybione.
Przede wszystkim - jak już wskazywano - zmiany ustawowe, do których odwołuje się Zamawiający nie sprawiają, jakoby zastosowanie elektronicznego poboru opłat z wykorzystaniem videotollingu stawało się niemożliwe lub wręcz zabronione, jak zdawałoby się sygnalizować uzasadnienie unieważnienia. Z pewnością system videotolling również może z powodzeniem realizować funkcje nakreślone w znowelizowanej ustawie o drogach publicznych, co wprost wynika z intencji ustawodawcy, który wprowadzając ostatnią nowelizację ustawy o drogach publicznych przewidział możliwość istnienia systemów opartych na technologii ARTR (ANPR), czyli właśnie videotoilingu. Dodany tą nowelizacją art. 13j ust. 2 ustawy o drogach publicznych wskazuje, iż jednym z systemów poboru opłaty może być pobór tej opłaty z wykorzystaniem technologii automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych.
Nie ustała też potrzeba wprowadzenia i usprawnienia systemu elektronicznego poboru opłat i związany z tym interes publiczny. Ten interes publiczny, który definiować można jako (i) potrzebę efektywnego i szczelnego systemu poboru

opłat, (ii) udrożnienie ruchu na drogach płatnych oraz (iii) integracja systemu służącego do poboru opłaty z innymi systemami administracji państwowej, czy systemami wykorzystywanymi przez koncesjonariuszy na autostradach koncesjonowanych, nie przestał istnieć. Realizacja tych elementów, mimo wejścia w życie Ustawy, nadal pozostaje w interesie Państwa, jak i jego obywateli, w szczególności użytkowników dróg. Przeciwnie zatem, unieważnienie Postępowania jest w tym kontekście sprzeczne z interesem publicznym. Przedłuża bowiem w czasie korzystanie z obecnego systemu na autostradach płatnych, który to system jest mniej korzystny dla użytkowników dróg, powoduje szkody społeczne i finansowe po stronie Skarbu Państwa oraz użytkowników, a także sprawia, że realizacja wdrożenia zdecydowanie wydajniejszego systemu elektronicznego poboru opłaty za przejazd autostradą (Videotolling) zostaje po raz kolejny odsunięta w czasie (być może na bardzo odległy czas, skoro póki co Zamawiający referuje do przyszłych koncepcji).

Odwołujący wskazał, że obecna koncepcja objęta Postępowaniem nie uniemożliwia też integracji z innymi systemami wykorzystywanymi przez administrację państwową. Co więcej, przedmiot zamówienia obejmuje zlecenie wykonania Integracji Systemu videotolling z Nowym Krajowym Systemem Poboru Opłat (Prawo Opcji 1) (vide: pkt 2.2 lit. b) IPU) Wykonawcy składający oferty nie mogą natomiast ponosić konsekwencji tego, że organy Państwa nie współpracują ze sobą w wystarczającym stopniu.

Zdaniem Odwołującego argumenty wskazane przez Zamawiającego to argumenty nie tyle wskazujące na brak interesu publicznego, a jedynie na inna możliwość zaspokojenia tego interesu (inna koncepcie, która Zamawiający chciałby realizować). Nic nie stało jednak na przeszkodzie, aby Zamawiający w przeszłości oparł postępowanie na takiej, innej równoległej koncepcji. Skoro jednak zdecydował się na wybór określonego rozwiązania, a interes publiczny wciąż istnieje w tym zakresie, nie może powoływać się na ta przesłankę, aby obecnie Postępowanie unieważnić. Odwołujący wskazał, że i te argumenty dotyczące odmiennej koncepcji realizacji przedmiotu Postępowania są chybione. Zasadnicza większość celów wskazanych przez Zamawiającego jako rzekome usprawiedliwienie odpadnięcia interesu publicznego, z powodzeniem zapewnione może być również przez system yideotolling. W ocenie Odwołującego nie jest więc tak, że tylko nowa koncepcja poboru opłat doprowadzi do zmniejszenia zatorów z uwagi na brak konieczności zatrzymania pojazdów w MPO w celu uiszczenia opłaty za przejazd w MSPO oraz brak konieczności zatrzymania pojazdów uiszczających opłatę elektroniczną oraz opłatę za przejazd metodą elektroniczną, tj. przejazd będzie realizowany w sposób płynny przy zmniejszeniu prędkości do poziomu zapewniającego bezpieczny przejazd przez pas poboru opłat, yideotolling pozwala na dokładnie to samo. Proces opracowania i uszczegóławiania ogłoszonej koncepcji, a następnie jej wdrożenia wymaga czasu. Przez ten czas, zamiast korzystać ze zwiększającego bezpieczeństwo i zmniejszającego zatory systemu yideotolling, użytkownicy dróg nadal narażeni będą na stanie w korkach na autostradach.

Nieprawdą jest też twierdzenie Zamawiającego, iż nowa koncepcja poboru opłat nie będzie wymagała skomplikowanej i kosztownej integracji SPOE KAS z MSPO. Jak przyznaje Ministerstwo Finansów szczegóły koncepcji nie są dziś znane więc trudno oszacować wielkości kosztów integracji. Z pewnością, najważniejszy jest tu czas wdrożenia i integracji, co w ocenie Odwołującego jedynie dla lokalizacji A2 i A4 potrwa co najmniej rok do trzech lat. W tym czasie użytkownicy dróg będą nadal stać w korkach, ponosić związane z tym koszty paliwa, emitować spaliny szkodzące środowisku. Raz też jeszcze należy wskazać należy, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie i konsekwentnie wskazuje, że interes publiczny to nie ekonomiczny interes zamawiającego a realizacja potrzeby danej społeczności.

Zamawiający twierdzi, że dzięki nowej koncepcji poboru opłat nie będzie wymagane ponoszenie kosztów wdrożenia i utrzymania systemu videotolling oraz jego integracji z MSPO, z obecnym ESPO w technologii DSRC, a także kosztów integracji systemu videotolling ze SPOE KAS. Raz jeszcze wskazać należy, że interes publiczny to nie ekonomiczny interes zamawiającego. Zgodnie z Ustawą obecny system będzie działał do czasu rezygnacji użytkowników z niego. Obecny system jest dla przedsiębiorcy bezkosztowy z perspektywy zasad nabywania urządzeń lub jego obsługi. Nowy system to nowe koszty dla przedsiębiorcy transportowego, bo on sam musi wyposażyć kierowców w urządzenia i obsługę operatora, za co w pełni zapłaci. Jak wiec taki system ma być popularny wśród przedsiębiorców transportowych i ma szybko zniknąć obecny system viaTOLL znacznie korzystniejszy finansowo dla przedsiębiorców?

Zdaniem Odwołującego chybiony jest argument Zamawiającego, iż nowa koncepcja poboru opłat pozwoli na zastosowanie jednego systemu kontroli prawidłowości uiszczenia opłaty elektronicznej oraz opłaty za przejazd, w tym na bardziej precyzyjne niż obecne określenie kategorii zespołu pojazdów i skuteczniejszą kontrolę poprzez zastosowanie bardziej adekwatnych rozwiązań. Postępowanie dotyczy poboru opłaty, a nie kontroli jej poboru. Skuteczność kontroli nie zależy od systemu pobierania opłaty, ale od sposobu kontrolowania wniesienia tej opłaty. Trudno w tym kontekście zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż nowa koncepcja poboru opłat umożliwi objęcie poborem opłat odcinków autostrad obecnie niewyposażonych w MPO, bez konieczności ich budowy, a zatem nowa koncepcja poboru opłat pozwoli na nieponoszenie kosztów rozbudowy i utrzymania MSPO i infrastruktury towarzyszącej. Tak docelowo być może będzie, choć zapewne zdarzy się to za kilka lat. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie by system videotolling umożliwiał pobór opłat bez budowy MPO/MSPO z wykorzystaniem już istniejącej infrastruktury na autostradach. Zdaniem Odwołującego „łatwość korzystania" przywołana przez Zamawiającego to subiektywna opinia Zamawiającego na temat rozwiązania, które nie istnieje. Trudno mówić o łatwości nowego rozwiązania w kontekście „biletu autostradowego", który trzeba będzie gdzieś fizycznie kupić i przy zakupie podawać którędy chce się jechać. Jest to dalekie od „łatwości", a tym bardziej innowacyjności.

W ocenie Odwołującego nie jest też prawdą, iż dzięki nowej koncepcji poboru opłat nie będzie obowiązku zakupu i montażu urządzeń pokładowych przez użytkowników pojazdów lekkich. W nowym systemie każdy użytkownik będzie musiał mieć w pojeździe urządzenie pozwalające na geo-lokalizację, chociażby smartfon (nie wiemy jak to będzie w przypadku zakupu „biletu autostradowego", bo ten element pozostaje na etapie koncepcji). W przypadku videotolingu nie ma konieczności posiadania w trakcie jazdy pojazdem żadnego urządzenia. W aplikacji (obecnie istniejącej) Autopay można dodać dowolny pojazd, nie będąc jego właścicielem. Daje to możliwość zarejestrowania pojazdu osoby, która nie musi posiadać smartfona i konta w aplikacji.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, argument, iż dzięki nowej koncepcji poboru opłat możliwa będzie łatwa zmiana kategorii pojazdu w SPOE KAS w przypadku podłączenia do pojazdu lekkiego przyczepy i uiszczenie opłaty zgodnie z kategorią pojazdu w jednym systemie. Ponownie, jest to odrębna kwestia systemu kontroli, który musi zostać wdrożony zarówno dla jednego, jak i drugiego rozwiązania (oba systemy mogłyby korzystać z tego samego systemu kontroli). W systemie videotolling też można „jednym kliknięciem" zmienić kategorię pojazdu. To, że Zamawiający nie przewidział tego w unieważnionym Postępowaniu nie może obciążać wykonawców.

Błędnie wywodzi Zamawiający, iż nowa koncepcja poboru opłat zapewni otwartość na interoperacyjność na poziomie krajowym, we współpracy z koncesjonariuszami, tj. możliwość objęcia jednolitym systemem poboru opłaty za przejazd również odcinków autostrad koncesyjnych. W rzeczywistości jest wręcz odwrotnie. Systemy videotollingu istnieją już na

dwóch z trzech koncesyjnych odcinków autostrad, a na trzecim jest w planie ich wprowadzenie. Realizacja niniejszego postępowania pozwoliłaby na praktycznie bezkosztową integrację z systemami poboru opłat z wykorzystaniem technologii rozpoznawania tablic. Rejestracje w aplikacji Autopay (czy też Skycash, czyli w drugiej istniejącej obecnie na rynku aplikacji umożliwiającej wnoszenie opłat z wykorzystaniem videotollingu) umożliwi korzystanie ze wszystkich płatnych autostrad w Polsce, gdzie jest możliwość wnoszenia opłat z wykorzystaniem videorejestracji. Skarb Państwa nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów, nie musi tracić czasu na żadne ustalenia dot. sposobu rozliczania opłat, itp. a koncesjonariuszami. W przypadku NKSPO/SPOE KAS nie ma żadnej gwarancji, że koncesjonariusze będą chcieli współpracować. Nie mają bowiem takich obowiązków kontraktowych. Można wręcz powiedzieć, że w przypadku odcinków koncesyjnych jedyna realna możliwość wprowadzenia jednolitego systemu to videotolling, aż do czasu zakończenia ostatniej koncesji, to jest roku 2037.

Na korzyści wprowadzenia systemu videotolling, jak i sposobu realizacji interesu publicznego który, jak wskazano, nie przestał istnieć, wskazywały również wielokrotnie organy Państwa. Informując o pracach nad rozwojem systemu videotolling na autostradzie A1 w odpowiedzi na interpelację nr 28491 w sprawie dotychczasowej działalności i planów na przyszłość z dnia 28 stycznia 2019 r. Minister Infrastruktury wskazał, że: „Decyzja o zastosowaniu tej formy płatności została podjęta w celu usprawnienia przejazdu na koncesyjnym odcinku autostrady A1 w okresie wakacyjnym. Wprowadzenie tego rozwiązania zwiększyło komfort i skróciło czas uiszczania opłaty, pozwalając tym samym zmniejszyć zatory w ruchu na bramkach w okresie największego natężenia wakacyjnych podróży". dowód: odpowiedź na interpelację nr 28491 (http://www.seim.aov.ol/seim8.nsf/intemelaciaTresc.xsD?documentld=304F14FC4EC7BF0 0C1258391004B4921&view~1 o) - załącznik numer 5 odwołania.

Podobnie w odpowiedzi z dnia 17 października 2019 r. na interpelację nr 33438 w sprawie kosztów korzystania z autostrad Minister Infrastruktury wskazał, iż „oprócz odcinka autostrady A1 Gdańsk- Toruń rozwiązanie oparte na videotolingu tj. automatycznym rozpoznawaniu tablic rejestracyjnych pojazdów w powiązaniu z aplikacją obsługującą płatności oraz możliwością przejazdu bez konieczności zatrzymywania się i uiszczania opłaty zostało również wprowadzone w dniu 17 lipca 2019 r. na odcinku koncesyjnym autostrady A4 Katowice - Kraków zarządzanym przez Stalexport Autostradę Małopolską S.A.". Natomiast na autostradzie A1 „wprowadzone rozwiązanie polega na automatycznym rozpoznawaniu tablic rejestracyjnych pojazdów bez konieczności zatrzymywania się i uiszczania opłaty (videotolling). Największą zaletą prowadzonego rozwiązania jest zwiększenie przepustowości na bramkach, w szczególności w PPO Rusocin i Nowa Wieś w okresie wakacyjnym. Na zjeździe przejeżdża do 3 razy więcej pojazdów niż przy tradycyjnym sposobie zapłaty, tj. maks, 600 samochodów na godzinę. Z kolei na wjeździe na autostradę ruch jest dwukrotnie szybszy niż przy tradycyjnym sposobie otwarcia bramki , tj. do700 samochodów na godzinę" dowód:odpowiedź na interpelację nr 33438 (http://orka2.sejm.gov.ol/iNT8.nsf/klucz/ATTBH7HC3/%24FILE/i33438-o1.pdf) - załącznik numer 6 do odwołania.

Zdaniem Odwołującego pisząc, iż rozwiązanie oparte na videotollingu jest nieadekwatne do nowej koncepcji poboru opłat i nie będzie mogło być wykorzystane zgodnie z przyjęta koncepcją poboru opłat. Zamawiający sam przyznaje, że w istocie rzeczy nie doszło do zmiany w zakresie interesu publicznego, a jedynie do zmiany koncepcji Zamawiającego co do możliwego sposobu jego realizacji. Jak najbardziej rozwiązanie videotlling nadaje się jako rozwiązanie typu „free flow" i z punktu widzenia użytkownika jest tak samo dobre (jeśli nie lepsze).

Zamawiający powołuje się również na fakt, że obecnie zawarte umowy na obsługę manualnego poboru opłat wygasają w listopadzie 2021 r., a zgodnie ze strategią szefa KAS nie będzie zasadne ich przedłużenie. Przede wszystkim jest to odwołanie się do zdarzeń przyszłych na moment unieważnienia Postępowania, a nie zmian w zakresie interesu publicznego, które pojawiły się w chwili obecnej (zwłaszcza, że fakt wygaśnięcia umów Zamawiającemu jest od dawna znany). Zgodnie z cytowanymi już publicznymi zapowiedziami nowy system poboru opłat będzie stworzony nie wcześniej niż z końcem 2021 roku, choć i ta data wydaje się nie być pewna. Dowodem, że zastąpienie obecnego, manualnego systemu poboru opłaty za przejazd autostradą, przez system przewidywany przez Zamawiającego może nie nastąpić od 1 grudnia 2021 r. (z dniem 30 listopada 2021 r. wygasa umowa nr 208/2019 na „Świadczenie Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd oraz Usługi Utrzymania MSPO na odcinku autostrady A4 Wrocław-Sośnica") jest okoliczność, iż przedstawiciele Zamawiającego już w chwili obecnej wystosowują pytania do wykonawcy z powołanej wyżej umowy, dotyczące potrzeby modernizacji manualnego systemu poboru opłaty za przejazd autostradą na odcinku autostrady A4 Wrocław-Sośnica w związku z wygaśnięciem umowy nr 208/2019. Należy zatem przyjąć, że pomimo zapowiedzi wprowadzenia systemu z końcem 2021 roku, Zamawiającego już teraz prowadzi prace analityczne dotyczące zakresu i nakładów koniecznych dla utrzymania sprawności operacyjnej manualnego systemu poboru opłaty za przejazd autostradą na odcinku autostrady A4 Wrocław-Sośnica po dniu 30 listopada 2021 r. Dowód: wiadomość e-mail M.D-K., Głównego Specjalisty w Wydziale Manualnego Poboru Opłat Departamentu Poboru Opłat Drogowych w Ministerstwie Finansów z dnia 2 września 2020 r. (godz. 23:37) - załącznik numer 7 do odwołani

Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazał, że poszukiwanie informacji dotyczących koniecznych nakładów modernizacyjnych w kontekście najbliższego okresu, tj. do listopada 2021 r., byłoby niecelowe z powodu posiadania przez Zamawiającego zakontraktowanej usługi utrzymania tego systemu w rzeczonym okresie.

Wskazuje wreszcie Zamawiający, iż istotnym elementem zamówienia na videotolling jest integracja z istniejącymi MSPO A2 i MSPO A4, w celu zautomatyzowania podnoszenia szlabanów, podczas gdy z uwagi na planowaną likwidację barier ruchomych ta część zamówienia stałaby się bezprzedmiotowa. Znów jest to subiektywna opinia Zamawiającego. Przede wszystkim, w pierwszej kolejności trzeba bowiem najpierw ten nowy system zbudować. Jednocześnie system videotolling może działać zarówno ze szlabanami, jak i bez.

Jeśli więc Zamawiający dziś dochodzi jedynie do wniosku, że mógł pewne elementy dodatkowo przewidzieć lub uwypuklić w Postępowaniu, nie może to usprawiedliwić unieważnienia Postępowania, zwłaszcza na tak zaawansowanym etapie, tym bardziej że, jak wykazano powyżej, wszystkie te okoliczności mógł bez problemu przewidzieć w warunkach przedmiotowego zamówienia.

Jeśli zaś potrzeba zmiany jest wynikiem niemożności porozumienia się organów państwowych, to tym bardziej konsekwencji takiej niemożności wykonawca ponosić nie może. Skądinąd zaś zalety systemu ANPRS (Automatyczny System Rozpoznawania Numerów Rejestracyjnych) dostrzegała też wreszcie jeszcze niedawno Krajowa Administracja Skarbowa dowód: informacja KAS o uruchomieniu systemu ANPRS PL (asset Dublisher/2UWI/content/kas-uruchomila-svstem-rozDoznawania-numerow-reiestracvinvch-anDrs-DI?rBdirect=httDS%3A%2F%2Fmf-arch2.mf.qov.DI%2Fweb%2FbiD%2Fkraiowa-administracia-skarbowa%2Fwiadomosci%2Faktualnosci%3FD o id%3D101 INSTANCE 2UWI%26p p lifecvcle%3D0%26p p state%3Dnormal%26p p mode%3Dview%26p o co id%3Dcolum Oz2%26P P col count%3D1%26 101 INSTANCE 2UWI advancedSearch%3Dfalse%26 1 01 INSTANC

2UWI kevwords%3D%26 101 INSTANCE 2UWI deita%3D1Q%26 101 INSTANCE 2UWI cur%3D38%26 101 INSTAN 2UWI andQperator%3Dtrue) załącznik numer 8 do odwołania.
W ocenie Odwołującego niestaranność Zamawiającego nie może być traktowana jako interes publiczny uprawniający zamawiającego do unieważnienia postępowania. Jak wskazano w doktrynie, „okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 nie mogą być sytuacje, które są następstwem błędnych decyzji podjętych przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania lub w postępowaniu, a także niedbalstwa lub niezachowania wymaganej staranności w przygotowaniu lub prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" (Nowicki Józef Edmund, Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2019). Takie stanowisko przyjęto również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r. sygn. IX Ga 30/08 „powołując się na tą przesłankę unieważnienia, Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Należy więc przyjąć, że inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby Zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na wykonanie zamówionej inwestycji nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Tym samym, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że na skutek zmiany okoliczności, których nie można było przewidzieć, inwestycja nie leży w interesie publicznym, gdyż jak słusznie wskazuje Wykonawca, miał on możliwość wykrycia błędu już na wstępnym etapie przygotowywania dokumentów." Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. sygn. KIO/734/11 wskazała, iż „okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie mogą być sytuacje, które mają swoje źródło w błędnych decyzjach Zamawiającego podjętych w toku postępowania, za które ponosi on odpowiedzialność, w szczególności gdy wynika to z braku dochowania należytej staranności w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. mogą być jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności, do których z całą stanowczością nie można zaliczyć błędów popełnionych przez Zamawiającego w fazie przygotowania postępowania." Ponadto Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r. sygn. KIO 304/13, z dnia 19 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2526/18.
Zdaniem Odwołujący za niedopuszczalną uznać należy sytuację, w której Zamawiający de facto unieważnia Postępowanie „wyłącznie z tego powodu, iż zmienił - a w zasadzie dopiero być może zmieni w jeszcze nie do końca sformułowany sposób - koncepcie wykonania przedmiotu zamówienia" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2011 r. sygn.. KIO 2047/11T Gdyby uznać, że takie działanie jest dopuszczalne, to właściwie trzeba byłoby przyjąć, że każde postępowanie można przerwać argumentując to bliżej niesprecyzowanym interesem publicznym. Tymczasem, „zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. KIO 1500/15).
W ocenie Odwołującego nie może też jako uzasadnienie zmiany interesu publicznego służyć podnoszona przez Zamawiającego kwestia postępu technologicznego. Szczegółowo wyjaśniła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 1001/14 991/14. Wskazano w nim zasadnie, iż „stały postęp technologiczny i zwiększające się zastosowanie w różnych obszarach życia codziennego systemów elektronicznych w miejsce manualnych jest okolicznością powszechnie znaną. (...) "istotna zmiana okoliczności" jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż "nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357(1) k.c., tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych. Takich cech nie ma akceptacja wszczęcia prac związanych z opracowaniem i wdrożeniem elektronicznego systemu poboru opłat wyrażona w normalnym toku prac administracji rządowej". W orzeczeniu tym, wydanym w zbliżonym stanie faktycznym, albowiem dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy Miejsc Poboru Opłat na płatnym odcinku autostrady A4 Wrocław - Sośnica w zakresie robót budowlano-montażowych i infrastruktury do poboru opłat oraz zarządzanie kontraktem pn. Zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy Miejsc Poboru Opłat na płatnym odcinku autostrady A4 Wrocław - Sośnica w zakresie robót budowlano - montażowych i infrastruktury do poboru opłat, izba przyznała, iż „cel dla którego zamawiający zamierzał udzielić obu zamówień nie odpadł. Zmianie uległa jedynie koncepcja systemu, a sama zmiana koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia nie uzasadnia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 P.z.p". Nadto „interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego, zwłaszcza, że zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na tezę, że po wdrożeniu systemu elektronicznego poboru opłat system manualny zostanie zdemontowany (oba systemy nie będą wykorzystywane równolegle). Brak jest też podstaw do przyjęcia, że rezygnacja z możliwości uzyskania wpływów do budżetu z opłat wnoszonych przez kierowców, bezpośrednio po wykonaniu umów przez odwołujących, jest dla finansów publicznych mniej korzystna, niż czerpanie opłat za pośrednictwem systemu elektronicznego, który znajduje się w fazie opracowania koncepcji.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołuje się na wydarzenia przyszłe, tj. ewentualne nieprzedłużenie umów na obsługę manualnego poboru opłat, przyszły system poboru opłat opartych o geo - lokalizacje etc., tymczasem dla zastosowania art. 93 ust 1 pkt 6 p.z.p. nieodzowne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie jedynie powstała możliwość jej wystąpienia w nieokreślonej przyszłości. Tymczasem a realne potrzeby (korzyści) społeczne (usuniecie zatorów na autostradach, etc.) definiujące realny interes społeczny nie są zaspokajane. Na tle powyższego orzeczenia warto również wskazać, że w sprawie budowy elektronicznego systemu poboru opłat zamawiający publiczny raz już zmieniał swoją koncepcie. Czynił to również powołując się na zmiany ustawowe w zakresie podmiotu odpowiedzialnego i konieczność rozwoju technicznego i integracji z systemami teleinformatycznymi administracji państwowej. Uczynił to unieważniając poprzedni przetarg na udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd" numer DPR. DPR-2.2413.6.2016.DZR. 34 pismem Zastępcy Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 18 stycznia 2018 r. sygn KZP- 18/2018/ ale wtedy, w uzasadnieniu unieważnienia również podkreślano, że trwający przetarg nie jest w interesie publicznym. Zamawiający powołał się przy tym także na uzasadnienie nowelizacji ustawy o drogach publicznych, wskazując, że jej celem miała być „docelowa optymalizacja kosztów jego funkcjonowania w perspektywie długofalowej" oraz „wyższa standaryzacja rozwiązań, w tym możliwości rozwoju KSPO i jego integracji z innymi systemami teleinformatycznymi w celu zapewnienia efektywniejszego wykonywania zadań administracji publicznej". Realizacji interesu publicznego w tym zakresie miało służyć obecne Postępowanie.
Dowód: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania - pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 18 stycznia 2018 r. (znak: DPR.DPR2-2.2413.6.2016) - załącznik numer 9 do odwołania

W ocenie Odwołującego argumentacja Zamawiającego wskazuje w rzeczywistości jedynie na zmianę koncepcji sposobu realizacji przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Nie wystąpiły żadne okoliczności, które wskazywałyby na to, że postępowanie nie leży w interesie publicznym, a wręcz przeciwnie dalsze prowadzenie Postępowania i wykonanie przedmiotowego zamówienia jak najbardziej jest konieczne do zaspokojenia interesu publicznego. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r. sygn. KIO 686/15.
Odwołujący wskazał również na finansowa korzyść Skarbu Państwa i użytkowników we wdrożeniu systemu yideotollina. Przyjmując bowiem, że rocznie na odcinkach autostrad A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica przeprowadza się około 27.000.000 transakcji, koszty Skarbu Państwa i użytkowników autostrad związane z przeprowadzeniem transakcji za pomocą manualnego systemu poboru opłat przedstawiają się następująco:
- koszt czasu spędzonego w jednym punkcie poboru opłat: 27.000.000 x 2,64 zł (średni koszt czasu spędzonego w jednym punkcie poboru opłat w systemie manualnym wynosi 2,64 zł);
- koszt zużytego paliwa: 27.000.000 x 0,2 zł (średni koszt paliwa zużytego w jednym punkcie poboru opłat w systemie manualnym wynosi 0,2 zł);
- koszt emisji spalin: 27.000.000 x 0,05 zł (średni koszt emisji zanieczyszczeń do środowiska wynikający z jednego zatrzymania w punkcie poboru opłat wynosi 0,05 zł),
co łącznie stanowi o koszcie w wysokości około 78.030.000 zł rocznie.
Dowód: raport: ANALIZA MOŻLIWYCH SCENARIUSZY ROZWOJU SYSTEMU POBIERANIA OPŁAT ZA KORZYSTANIE Z AUTOSTRAD W POLSCE sporządzony przez Audytel S.A. w dniu 29 kwietnia 2014 r. składany na okoliczność wysokości średnich kosztów: (i) czasu spędzonego w jednym punkcie poboru opłat w systemie manualnym, (ii) paliwa zużytego w jednym punkcie poboru opłat w systemie manualnym oraz (iii) emisji zanieczyszczeń do środowiska wynikający z jednego zatrzymania w punkcie poboru opłat- załącznik numer 10 do odwołania.
Dowód: Raport Roczny KSPO 2017 za okres sprawozdawczy 01.01.2017 - 31.12.2017 (sporządzony w wykonaniu umowy z dnia 2 listopada 2010 r. na zaprojektowanie, dostawę oraz obsługę Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych oraz Manualnego Systemu Poboru Opłat zawartej między Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad i Konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG z siedzibą w Wiedniu, Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Texel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) wymagany na okoliczność wykazania liczby transakcji realizowanych rocznie na odcinkach autostrad A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica.
W ocenie Odwołującego wdrożenie systemu videotolling pozwoliłoby na trzykrotne zwiększenie przepustowości miejsc poboru opłaty za przejazd (vide: cytowana wyżej odpowiedź Ministra Infrastruktury z dnia 17 października 2019 r. na interpelację nr 33438 w sprawie kosztów korzystania z autostrad). Oznacza to, że całkowite koszty wykonania umowy z Wykonawcą na realizację projektu videotolling (w tym wdrożenie i 57 miesięcy operacji), mając na uwadze ceny przedstawione w złożonej ofercie, mogłyby się zwrócić, nawet przy stosunkowo niewielkim zainteresowaniu korzystaniem z tego systemu ze strony użytkowników, już w drugim roku działania tego systemu, a w przypadku dużego zainteresowania użytkowników, już w pierwszym roku eksploatacji. Powyższe świadczy o wysokiej opłacalności zrealizowania zamówienia, pomijając dodatkowe, niemierzalne w pieniądzu korzyści, jak zwiększenie bezpieczeństwa korzystania z autostrad, zwiększenie przepustowości autostrad, zmniejszenie obciążenia dróg niższej kategorii, pozyskanie nowoczesnej technologii, ochrona środowiska naturalnego.
Wystąpienie okoliczności, której nie można było przewidzieć
Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w informacji o unieważnieniu postępowania, jakoby wystąpiły okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć. W pierwszej kolejności, Odwołujący wskazał, że gotowy poselski projekt ustawy wpłynął do Sejmu 24 kwietnia 2020 r., co oznacza, że prace nad nim musiały być prowadzone znacznie wcześniej. W związku z tym, sam fakt złożenia ww. projektu ustawy w Sejmie nie można świadczyć i dowodzić o braku wiedzy Zamawiającego, co do planów wprowadzenia zmian w systemie poboru opłat, ponieważ zmiany te ściśle związane są z postępowaniami prowadzonymi przez niego, w tym, w szczególności z Postępowaniem objętym niniejszym odwołaniem.
Dlatego też, Odwołujący nie daje wiary twierdzeniom Zamawiającego, jakoby dopiero w dacie przekazania projektu ustawy do Sejmu, powziął informację o planach KAS w przedmiocie strategii poboru opłaty za przejazd, tym bardziej, że podczas obrad Komisji infrastruktury mającej miejsce 29 kwietnia 2020 r., sekretarz Stanu w Ministerstwie Finansów, jednocześnie szef KAS Pani Magdalena Rzeczkowska jednoznacznie na to wskazała. Z wypowiedzi szefa KAS: „Dzień dobry. Szanowna Komisjo, szanowny panie przewodniczący, szanowna pani poseł, chciałam tez podziękować panu posłowi za tę współpracę. Może to osobliwe, aie jednak, jeżeli szef KAS przejmuje pewne obowiązki, jest taka propozycja, to trudno żebyśmy nie dyskutowali na temat tego, jak będziemy w stanie poradzić sobie z tymi obowiązkami" jednoznacznie wywnioskować można, iż KAS aktywnie uczestniczyła w przygotowywaniu nowych rozwiązań dotyczących poboru opłat. Podobnie wypowiedział się przedstawiciel posłów wnioskodawców, który wskazał „chciałbym jeszcze serdecznie podziękować wszystkim pracownikom, w szczególności pani minister z resortu finansów, za taką bardzo dobrą współpracę przy opracowywaniu tego projektu ustawy". Link do pełnej treści posiedzenie znajduje się pod następującym adresem: http://seim. aov. p!/Seim9. nsf/biuletvn.x$o ?documentId~F1 D29CDEB5C3D 7CDC125856200 463905, Dowód: wydruk stenogramu z posiedzenia Komisji Infrastruktury z 29 kwietnia 2020 r. - załącznik numer 11 do odwołania.
W związku z tym, z wypowiedzi powyżej wymienionych przedstawicieli nie można wywnioskować, że projekt ustawy i tym samym projekt zmian w systemie poboru opłat, był znany przedstawicielom Zamawiającego dopiero w dniu jego wniesienia do rozpoznania. Co więcej, w ocenie Odwołującego opracowanie tak istotnych rozwiązań, mających wpływ na finanse publiczne, nie może mieć miejsca przez przypadkowe osoby czy też podmioty, bez przeprowadzenia stosownych konsultacji z odpowiadającym za te kwestie organem. Takie rozumienie zdaje się potwierdzać choćby fakt, że przy okazji złożonego w lutym 2019 roku projektu zmiany ustawy o drogach publicznych, dotyczącego w szczególności poboru opłat, jednoznacznie wskazano na konieczność przeprowadzenia stosownych konsultacji z szefem KAS przy opracowywaniu nowych rozwiązań. Zgodnie bowiem z brzmieniem uzasadnienia do tego projektu (strona 1 uzasadnienia), wskazano, że „w trakcie realizacji projektu Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat uznano za konieczne zapewnienie odpowiedniej wymiany niektórych danych z innymi jednostkami publicznymi, np. z Krajową Administracją Skarbową (...)". Dowód: uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o drogach publicznych - | załącznik numer 12 do odwołania.
Ponadto, wskazać należy, że 14 sierpnia 2019 r., Prezes Rady Ministrów wydał zarządzenie zmieniające zarządzenie w sprawie Komitetu Sterującego do spraw Elektronicznego Poboru Opłat, odpowiadającego za koordynację działań podmiotów zaangażowanych w proces przygotowania, budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. W skład przedmiotowego Komitetu powołani zostali przedstawiciele poszczególnych organów, w

tym m.in. Główny Inspektor Transportu Drogowego i jego zastępca oraz Szef KAS i jego zastępca. W związku z tym, biorąc pod uwagę fakt, iż członkowie Komitetu wskazani zostali przez Prezesa Rady Ministrów, zobligowani są oni uczestniczyć we wszelkich kwestiach związanych z systemem poboru opłat w Polsce. Szczegółowy zakres działania Komitetu, określony został w § 2, który wskazuje na następujące zadania Komitetu: 1) określanie kierunku prowadzonych prac mających na celu przygotowanie, budowę, wdrożenie, eksploatację i rozwój Elektronicznego Systemu Poboru Opłat; 2) koordynowanie i monitorowanie prac projektowych i koncepcyjnych mających na celu przygotowanie, budowę, wdrożenie, eksploatację i rozwój Elektronicznego Systemu Poboru Opłat; 3) opracowywanie propozycji działań w zakresie przygotowania, budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Elektronicznego Systemu Poboru Opłat; 4) wydawanie wytycznych i przedstawienie założeń niezbędnych dla przygotowania, budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Elektronicznego Systemu Poboru Opłat; 5) monitorowanie postępów w realizacji przygotowania, budowy, wdrożenia, eksploatacji i rozwoju Elektronicznego Systemu Poboru Opłat; 6) wspieranie działań prowadzących do zwiększenia współpracy oraz zakresu przekazywanych informacji między Elektronicznym Systemem Poboru Opłat a Systemem Elektronicznego Nadzoru Transportu SENT; 7) wspieranie działań prowadzących do zwiększenia współpracy oraz zakresu przekazywanych informacji między Elektronicznym Systemem Poboru Opłat a Krajowym Systemem Zarządzania Ruchem KSZR. Dowód: zarządzenie numer 125 Prezesa Rady Ministrów z 14 sierpnia 2019 r. zmieniające zarządzenie w sprawie Komitetu Sterującego do spraw Elektronicznego Systemu Poboru Opłat - załącznik numer 13 do odwołania.
W związku z powyższym, do obowiązków Komitetu Sterującego należy uzgadnianie wszelkich kwestii związanych z Elektronicznym Systemem Poboru Opłat, a więc w szczególności tych, które mają zostać objęte zmianami ustawowymi. Do obowiązków m.in. Głównego inspektora Transportu Drogowego oraz szefa KAS, należy współdziałanie w tym zakresie, dlatego też, Odwołujący nie daje wiary twierdzeniom Zamawiającego, jakoby wszelkie zmiany objęte poselskim projektem ustawy, poznał dopiero 24 kwietnia 2020 r., tym bardziej, że zgodnie z § 6 zarządzenia „posiedzenia Komitetu odbywają się nie rzadziej niż raz w miesiącu".
Zdaniem Odwołującego mając powyższe na uwadze, nie ma możliwości, aby zarówno Główny Inspektor Transportu Drogowego, jak również Szef KAS nie posiadali wiedzy co do planów związanych z elektronicznym systemem poboru opłat. Ztych też względów, w ocenie Odwołującego nie wypełniła się przesłanka wystąpienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć. Zamawiający na stronie 3 uzasadnienia swojej decyzji wspomina, że ustalając przedmiot zamówienia, nie wziął pod uwagę m.in. istnienia aplikacji SENT-GEO. Wskazać należy, że plany wprowadzenia systemu bazującego na geolokalizacji istniały już od dawna i nie były okolicznością nieprzewidywalną w chwili ogłoszenia o zamówieniu na videotolling.
System monitorowania przewozu został uruchomiony na podstawie przepisów ustawy z 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów. Tym samym, podmioty gospodarcze zostały zobligowane do zgłaszania do rejestru zgłoszeń SENT przewozów towarów tzw. „wrażliwych", dokonywanych po drogach publicznych i sieci kolejowej. Kolejno, zmianą ww. ustawy, która weszła w życie 1 października 2018 r. do systemu monitorowania przewozu zostały wprowadzone zmiany polegające na obowiązku przekazywania danych geolokalizacyjnych środków transportu przewożących te towary. W związku z tym, argument Zamawiającego o braku wiedzy w przedmiocie aplikacji SENT - GEO w momencie przygotowywania specyfikacji zamówienia, jest całkowicie chybiony. Jak wynika z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 7 sierpnia 2019 r. w sprawie wyznaczenia podmiotu świadczącego usługi w zakresie projektowania systemu teleinformatycznego służącego do poboru opłaty elektronicznej i kontroli prawidłowości uiszczenia tej opłaty oraz określenia zakresu usług realizowanych przez ten podmiot, podmiotem odpowiedzialnym za funkcjonowanie i rozwój systemu poboru opłat stał się Instytut Łączności - Państwowy Instytut Badawczy. Ponadto, brzmienie przedmiotowego rozporządzenia, jak również uzasadnienie do niego, jednoznacznie określają, iż planowane było odejście od dotychczasowych metod poboru opłat, poprzez stworzenie całkowicie Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat. Zgodnie z brzmieniem tego uzasadnienia „powołana powyżej ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r., której zasadnicza część weszła w życie w dniu 4 stycznia 2018 r., uprawniła Głównego Inspektora, do rozpoczęcia procesu mającego na celu bezpieczne i efektywne przejęcie KSPO od Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad oraz Konsorcjum Kapsch. Powyższe działania pozwoliły na pełną ocenę jego funkcjonowania, w wyniku której stwierdzono, że dalszy rozwój Systemu w świetle aktualnych uwarunkowań, w tym przyszłej współpracy z interesariuszami, jest nieuzasadniony ekonomicznie (m.in. występuje tzw. dług technologiczny). Dodatkowo należy wskazać, że powierzenie zadania nadzoru nad KSPO Głównemu Inspektorowi, oprócz obniżenia kosztów jego obsługi i utrzymania, miało m.in. na celu maksymalne wykorzystanie potencjału technologicznego KSPO oraz informacyjnego dla potrzeb realizacji działań statutowych Głównego Inspektora, jak również wsparcie innych działań realizowanych przez organy państwowe, w tym m.in. przez Krajową Administrację Skarbową. Mając na uwadze szeroko rozumiany interes Skarbu Państwa uznano, że uzasadnione jest zastąpienie istniejącego KSPO nowym Systemem. Pozwoli to na zoptymalizowanie kosztów jego funkcjonowania i usprawnienie obsługi użytkowników oraz umożliwi dążenie do realizacji funkcjonalności oczekiwanych przez interesariuszy, przy jednoczesnym nadzorze nad całością Systemu przez organ administracji centralnej". Dowód: uzasadnienie do projektu rozporządzenia z 7 sierpnia 2019 r. w sprawie wyznaczenia podmiotu świadczącego usługi w zakresie projektowania systemu teleinformatycznego służącego do poboru opłaty elektronicznej i kontroli prawidłowości uiszczenia tej opłaty oraz określenia zakresu usług realizowanych przez ten podmiot - załącznik numer 14 do odwołania
105.Ponadto, zgodnie z treścią tego samego uzasadnienia, celem wprowadzenia Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat jest m.in. budowanie potencjału krajowego niezależnego od podmiotów prywatnych, co jest uzasadnione choćby z uwagi na fakt, że Instytut Łączności - Państwowy Instytut Badawczy był zaangażowany w budowę aplikacji SENT - GEO i posiada umocowanie prawne (autorskie prawa majątkowe) do wykorzystania zastosowanych w nim rozwiązań, w związku z czym, podmiot ten jest jedynym uprawnionym do projektowania systemu teleinformatycznego. Dowód: uzasadnienie do projektu rozporządzenia z 7 sierpnia 2019 r. w sprawie wyznaczenia podmiotu świadczącego usługi w zakresie projektowania systemu teleinformatycznego służącego do poboru opłaty elektronicznej i kontroli prawidłowości uiszczenia tej opłaty oraz określenia zakresu usług realizowanych przez ten podmiot - załącznik numer 14 do odwołania.
W ocenie Odwołującego istnienie powyższej aplikacji było powszechnie wiadome na rynku. Już w 2018 roku Dyrektor wspomnianego powyżej Instytutu Łączności Pan J.Ż. wskazywał, że nowy system opierał się będzie na oprogramowaniu SENT, stworzonym przez ten podmiot na zlecenie KAS. Link do wypowiedzi znajduje się pod następującym adresem: znikna-bramki.html. a artykuł stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Dowód: notatka prasowa z 14 listopada 2018 r.- załącznik numer 15 do odwołania.
W tym samym czasie, tj. w listopadzie 2018 r. ówczesny Minister Cyfryzacji Pan M.Z. również wypowiadał się o planach wprowadzenia zmian w systemie poboru opłat przewidujących rezygnację z manualnego systemu, wskazując jednocześnie na zamiar wykorzystywania systemu SENT. Cytując tę wypowiedź, Minister Cyfryzacji zaznaczył, że

„Kierowca, który nie jest kierowcą ciężarówki, będzie obsługiwany przez aplikację. Jeżeli wszystko dobrze pójdzie, to będziemy mogli zrezygnować z manualnego systemu poboru opłat na drogach. Albo przynajmniej ograniczyć go do jednego pasa na drodze dla kierowców, którzy nie będą mieli tej aplikacji". Pełna wypowiedź znajduje się pod następującym linkiem: https://auto.dziennik.pl/droqi/artvkulv/585272.kongres-590-zaqorski- minister-cvfrvzacii.html oraz stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Dowód: notatka prasowa z 15 listopada 2018 r. - załącznik numer 16 do odwołania.
W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego. Zamawiający już od 2017 roku posiadał niezbędne informacje co do kierunku zmian w systemie poboru opłat oraz planów organów państwowych co do dalszego jego kształtu. Jest to koleiny dowód potwierdzający fakt, iż plany te powinny być znane Zamawiającemu znacznie wcześniej, a wiec przed 24 kwietnia 2020 r.. a mimo to. zdecydował się on na ogłoszenie Postępowania 2 stycznia 2020 roku. Wskazać należy, że brak możliwości przewidzenia takiej okoliczności musi mieć charakter obiektywny, dający się zauważyć nie tylko przez samego zamawiającego, ale również przez każdy podmiot z zachowaniem należytej staranności.
Zamawiający w informacji o unieważnieniu Postępowania, nie wykazał w żaden sposób istnienia tej przesłanki. Powołał się jedynie na sam fakt uchwalenia Ustawy. W ocenie Odwołującego, takie ogólnikowe wskazanie, że zaszły okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć nie może stanowić podstawy unieważnienia Postępowania. Odwołujący powołał się orzeczenie KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2526/18.
W ocenie Odwołującego zamawiający ma obowiązek wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy opiera się na okolicznościach wiadomych tylko i wyłącznie jemu, iż okoliczności te zaistniały i wpisują się one w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. (wyrok KIO z 7 lipca 2016 r., sygn. akt.: KIO 1093/16). W zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający nie wykazał także, że okoliczność uchwalenia Ustawy stanowi okoliczność niemożliwa do przewidzenia.
Zarzut numer 2:
Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w uzasadnieniu zarzutu numer 1 okoliczności, w szczególności wiedzę Zamawiającego co do planów wprowadzenia Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat, w ocenie Odwołującego, Zamawiający prowadząc przez 8 miesięcy Postępowanie naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Jak Odwołujący już wspominał na wstępie niniejszego odwołania, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 stycznia 2020 r. W dalszej kolejności, Zamawiający podejmował czynności zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wezwał wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, itd. 26 maja 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium. W związku z wniesionymi przez Polcam Systems sp. z o.o. oraz Odwołującego odwołaniami, 9 czerwca 2020 roku odbyła się przed Krajową Izbą Odwoławczą rozprawa.
Kolejno, 17 czerwca 2020 roku wykonawca Polcam Systems sp. z o.o. został wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona, co stało się przedmiotem jego odwołania. Rozprawa w kwestii wykluczenia go z postępowania odbyła się 5 sierpnia 2020 roku i w jej wyniku, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za prawidłowe działania Zamawiającego. 16 lipca 2020 roku (zatem już w chwili obowiązywania Ustawy), Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, do dnia 18 września 2020 r., co Odwołujący uczynił.
Mając powyższe na uwadze, Zamawiający, pomimo złożenia do rozpatrzenia 24 kwietnia 2020 r. poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o drogach publicznych, w dalszym ciągu prowadził Postępowanie. W żadnym momencie od dnia ukazania się ww. projektu nie formułował twierdzeń, jakoby w związku z planowanym wprowadzeniem przez KAS zmian, nie miało już ono racji bytu. Przeciwnie, aktywny jego udział podczas chociażby rozprawy, a także wezwania do przedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą i terminu ważności wadium, świadczyły o chęci kontynuowania Postępowania. Dopiero po potwierdzeniu przez Izbę, iż oferta Polcam Systems sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, co w konsekwencji skutkować winno uznaniem, że oferta Odwołującego stała się najkorzystniejsza, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania.
W ocenie Odwołującego, takie postępowanie stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i jest jednocześnie niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Prowadzenie Postępowania, pomimo złożonego w kwietniu projektu ustawy nowelizującej ustawę o drogach publicznych spowodowało po stronie Odwołującego powstanie niewspółmiernie wysokich kosztów, związanych m.in. z przygotowaniem oferty, utrzymywaniem wadium, itd.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r.).
Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: wydruk z portalu Ministerstwa Finansów z 31 sierpnia 2020 r., odpowiedź na interpelację nr 28491, odpowiedź na interpelację nr 33438, wydruk wiadomości e-mail M.D-.K., Głównego Specjalisty w Wydziale Manualnego Poboru Opłat Departamentu Poboru Opłat Drogowych w Ministerstwie Finansów z dnia 2 września 2020 r., informacja KAS o uruchomieniu systemu ANPRS PL zawiadomienie o unieważnieniu postępowania - pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 18 stycznia 2018 r. (znak: DPR.DPR2-2.2413.6.2016), raport: ANALIZA MOŻLIWYCH SCENARIUSZY ROZWO SYSTEMU POBIERANIA OPŁAT ZA KORZYSTANIE Z AUTOSTRAD W POLSCE sporządzony przez Audytel S.A. w dniu 29 kwietnia 2014 r., wydruk stenogramu z posiedzenia Komisji Infrastruktury, uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o drogach publicznych, zarządzenie numer 125 Prezesa Rady Ministrów z 14 sierpnia 2019 r. zmieniające zarządzenie w sprawie Komitetu Sterującego do spraw Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, uzasadnienie do projektu rozporządzenia z 7 sierpnia 2019 r. w sprawie wyznaczenia podmiotu świadczącego usługi w zakresie projektowania systemu teleinformatycznego służącego do poboru opłaty elektronicznej i kontroli prawidłowości uiszczenia tej opłaty oraz określenia zakresu usług realizowanych przez ten podmiot; notatkę prasową z 14 listopada 2018 r., notatkę prasową z 15 listopada 2018 r. – na okoliczności wskazane przez Odwołującego w treści odwołania; STRATEGIA POBORU OPŁATY ZA PRZEJAZD AUTOSTRADĄ PRZEZ SZEFA KRAJOWEJ ADMINIST SKARBOWEJ v. 1.3 (dalej **Strategia**"), notatkę w sprawie przyjęcia STRATEGII POBORU OPŁATY ZA PRZEJAZ AUTOSTRADĄ PRZEZ SZEFA KRAJOWEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ, pismo z 16 września 2020 r. kier projektu ustawy o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym oraz niektórych innych ustaw do uzgodnień wewnętrznych w Ministerstwie Finansów, pismo z 5 października 2020 r. z wnioskiem o wpisanie do Wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów projektu ustawy o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz niektórych innych ustaw – na okoliczności wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba dopuściła również dowód w postaci opinii Instytutu Staszica z dnia 16.10.2020 r. oraz

opinia Zespołu Doradców Gospodarczych z dnia 16.10.2020 r. na okoliczność wykazania, iż możliwa jest dalsza kontynuacja Postępowania, zapis przebiegu posiedzenia Komisji Infrastruktury nr 214 z dnia 17 lipca 2018 r., informacje prasową pt. GITD: od przejęcia systemu Viatoll do Krajowego Funduszu Drogowego wpłynęło 1,7 mld zł. – na okoliczności wskazane w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 19 października 2020 r.

Izba ustaliła, że w dniu 2 stycznia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 001-000493 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pn. „Zaprojektowanie, wykonanie, implementacja, obsługa oraz utrzymanie systemu poboru opłat za przejazd od pojazdów lekkich metodą elektroniczną z wykorzystaniem automatycznej identyfikacji numerów rejestracyjnych pojazdów (Videotolling) na płatnych państwowych odcinkach autostrad A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica", numer referencyjny zamówienia: BDG.ZPB.230.89.2019 (dalej „**Postępowanie**"). Podmiotem, który wszczął postępowanie był Główny Inspektorat Transportu Drogowego.

Przedmiotem Postępowania było:

a)zaprojektowanie Systemu Videotolling, stanowiącego dodatkową metodę uiszczenia Opłaty za Przejazd równolegle do funkcjonujących dotychczas Manualnego Systemu Poboru Opłat wskazanego w pkt. 1.1 oraz 1.2 OPZ oraz Elektronicznego Systemu Poboru Opłat wskazanego w pkt. 1.3 OPZ (pkt 3 OPZ) w ramach systemu viaTOLL;

b)Integracja Systemu Videotolling z istniejącymi systemami poboru Opłaty za Przejazd (pkt 4 OPZ);

c)Dostarczenie i instalacja sprzętu, urządzeń i oprogramowania umożliwiających prawidłowe funkcjonowanie Systemu Videotolling (pkt 5 OPZ);

d)Dostarczenie Aplikacji Klienckiej, w tym zapewnienie podłączenia i integracji z Systemem Videotolling obecnych na rynku aplikacji mobilnych do uiszczenia opłat autostradowych dostarczanych przez podmioty zewnętrzne (pkt 6 OPZ);

e)Obsługa Systemu Videotolling (pkt 7 OPZ);

f)Utrzymanie sprzętu, urządzeń i oprogramowania, w tym zapewnienie zasilania (także zasilania awaryjnego) i transmisji danych umożliwiające prawidłowe funkcjonowanie Systemu Videotolling z wyłączeniem elementów utrzymywanych przez wykonawców świadczących usługi obsługi i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat (pkt 8 OPZ);

g)Rozwój Systemu Videotolling (pkt 9 OPZ);

h)Sporządzenie kompleksowej Dokumentacji Projektowej (pkt 10 OPZ);

i)Szczegółowe raportowanie dotyczące funkcjonowania Systemu Videotolling oraz naliczonych i pobranych Opłat zgodnie z Umową (pkt 6, 7, 8, 10 oraz 11 OPZ);

j)Dokonanie skutecznego przekazania Systemu Videotolling Zamawiającemu lub następczemu Wykonawcy (pkt 11 OPZ);

k)Realizacja prawa Opcji, jeżeli Zamawiający złożył oświadczenie o realizacji prawa Opcji 1 i/lub prawa Opcji 2 na zasadach przewidzianych w Umowie i OPZ (pkt 12 OPZ).

Termin złożenia ofert upływa w dniu 6 marca 2020 r. W wyniki badania i oceny ofert, Zamawiający wykluczył Polcam Systems sp. z o.o. z Postępowania i odrzucił jego ofertę. W związku z powyższym, oferta Odwołującego znalazła się na pierwszej pozycji pod względem kryteriów oceny ofert.

Izba ustaliła, że w dniu 1 lipca 2020 r. weszła w życie ustawa z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1087 z 2020 r.), dalej „**Ustawa**". Decyzją ustawodawcy:

a)Zmianie uległa właściwość organów administracji publicznej w zakresie poboru opłat drogowych tj. opłaty za przejazd autostradą i opłaty elektronicznej. Dotychczasowe zadania Głównego Inspektora Transportu Drogowego przejął Szef Krajowej Administracji Skarbowej, dalej „Szef KAS";

b)Szef KAS został zobowiązany do wdrożenia Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS i realizacji zadania poboru opłaty elektronicznej z jego wykorzystaniem.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 Ustawy z dniem 1 lipca 2020 r. minister właściwy do spraw finansów publicznych wstąpił we wszystkie stosunki prawne, w tym umowy i porozumienia, których podmiotem był Główny Inspektor Transportu Drogowego, w związku z wykonywaniem zadań, o których mowa w art. 13hb ust. 1 ustawy zmienianej w art. 1, i w art. 37a ustawy zmienianej w art. 2, bez względu na charakter prawny tych stosunków. Po zmianie 37a ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym Szef KAS przejął zadanie Głównego Inspektora Transportu Drogowego w zakresie opłaty za przejazd autostradą. W art. 7 ustawy zmieniającej znowelizowana została ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 505, 568 i 695) w zakresie określania nowych zadań Szefa KAS i Krajowej Administracji Skarbowej tj.:

- poboru opłaty elektronicznej na zasadach określonych w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych;
- poboru opłaty za przejazd autostradą na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym;
- podejmowania działań mających na celu wprowadzenie systemów elektronicznego poboru opłat i szerokiego zastosowania tych systemów;

W uzasadnieniu projektu Ustawy wskazano m.in., iż podstawowymi celami projektowanej ustawy są:

1)stworzenie podstaw prawnych działania Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS służącego poborowi opłaty elektronicznej opartego o technologię pozycjonowania satelitarnego;

2)umożliwienie korzystającym z dróg publicznych wyboru urządzeń służących do przekazywania danych geo - lokalizacyjnych do Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS;

3)zagwarantowanie możliwości wykorzystania bezpłatnej aplikacji mobilnej do uiszczenia opłaty elektronicznej;

4)umożliwienie przedsiębiorcom świadczącym usługi w zakresie systemów geo - lokalizacyjnych dla przedsiębiorców transportowych rozszerzenia zakresu swoich usług o możliwość obsługi w zakresie uiszczania opłaty elektronicznej;

5)przejęcie zadania poboru opłaty elektronicznej oraz opłaty za autostrady przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej w celu konsolidacji zadań administracji w obszarze poboru danin i opłat oraz ograniczenie kosztów wdrożenia nowego systemu po stronie administracji ze względu na wykorzystanie doświadczeń i komponentów technicznych systemu SENT;

6)ułatwienie korzystającym z dróg publicznych w dostosowaniu się do zmiany technologii poprzez zastosowanie mechanizmów prawnych analogicznych do wprowadzonych w ustawie z dnia 9 marca 2017 r. o systemie monitorowania drogowego i kolejowego przewozu towarów oraz obrotu paliwami opałowymi (Dz. U. z 2018 r. poz. 2332, z późn. zm.);

7)ograniczenie kosztów ponoszonych przez korzystających z dróg publicznych związany z wdrożeniem Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS dzięki wykorzystaniu już istniejących urządzeń wykorzystujących

technologię pozycjonowania satelitarnego.

W uzasadnieniu projektu Ustawy wskazano, iż w art. 13hb proponuję się by opłatę elektroniczną pobierał Szef Krajowej Administracji Skarbowej, zwany dalej „Szefem KAS", zamiast Głównego Inspektora Transportu Drogowego. Opłata będzie pobiera za pomocą systemu teleinformatycznego zwanego w ustawie „Systemem Poboru Opłaty Elektronicznej KAS". Aktualne rozwiązania technologiczne stosowane w poborze opłat są kosztowne i zbiurokratyzowane. Dlatego też dla potrzeb skutecznego poboru opłat w XXI wieku jest zasadnym wykorzystanie nowszej technologii, tj. pozycjonowania satelitarnego i transmisji danych jak metody zapewniające najbardziej skuteczną i efektywną metodę naliczania opłat za przejazd środka transportu po drodze krajowej, za który jest pobierana opłata elektroniczna.
Dalej w uzasadnieniu projektu Ustawy wskazano, że proponuje się (art. 13i) wykorzystanie do Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS, urządzeń wykorzystujących technologie pozycjonowania satelitarnego i transmisji danych, w szczególności urządzeń mobilnych z zainstalowanym oprogramowaniem, zewnętrznych systemów lokalizacyjnych oraz urządzeń pokładowych. W przypadku, gdy na rynku nie będzie wystarczającej liczby urządzeń pokładowych dostarczanych przez przedsiębiorców świadczących takie usługi, urządzenia takie będą mogły być dostarczone przez Szefa KAS.
Izba ustaliła, że w dniu 31 sierpnia 2020 roku, Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, iż na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp unieważnia Postępowanie.
Izba zważyła co następuje:
Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący– jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.
W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Izba w całości przychyla się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego.
Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.
Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmienia okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, której zastosowanie możliwe jest w ściśle określonych przypadkach. Z jednej strony ma charakter gwarancyjny w stosunku do wykonawców, z drugiej jednak strony daje zamawiającemu możliwość zakończenia postępowania, którego realizacja ma charakter niecelowy i jest nieuzasadniona z perspektywy interesu publicznego, a zamawiający takiej sytuacji nie mógł wcześniej przewidzieć. Ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga dla unieważnienia postępowania wykazania przez zamawiającego, że zostały spełnione następujące wymagania: (i) doszło do istotnej zmiany okoliczności; (ii) zmiany takiej, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć; (iii) kontynuowanie postępowanie i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym. Zdaniem Izby, Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy wykazał spełnienie *ww.* przesłanek.
Istotna zmiana okoliczności
Zdaniem Izby Zamawiający wykazał w decyzji o unieważnieniu postępowania wystąpienie istotnej zmiany okoliczności. Za taką istotne zmianę okoliczności należy uznać wejście w życiu w dniu 1 lipca 2020 r. Ustawy zgodnie z którą, decyzją ustawodawcy:

a) Zmianie uległa właściwość organów administracji publicznej w zakresie poboru opłat drogowych, tj. opłaty za przejazd autostradą i opłaty elektronicznej. Dotychczasowe zadania Głównego Inspektora Transportu Drogowego (dalej „GITD") przejął Szef KAS;
b) Szef KAS został zobowiązany do wdrożenia nowego Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS i realizacj zadania poboru opłaty elektronicznej z jego wykorzystaniem;
c) Wprowadzone zostały przepisy dotyczące poboru opłaty elektronicznej z wykorzystaniem Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS.

Zdaniem Izby ustawowa zmiana zakresu właściwości organów państwowych i stworzenie przez ustawodawcę nowych ram prawnych dla zorganizowania i wdrożenia jednolitego Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS jest istotną zmianą okoliczności.
Nie można zgodzić się z Odwołującym, że powyższe zmiany legislacyjne nie mają charakteru zewnętrznego, trwałego czy nieodwracalnego. Twierdzenia Odwołującego stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami funkcjonowania państwa, w tym wyrażoną w art. 7 Konstytucji zasadą praworządności. Ustawa, stanowi źródło prawa powszechnie obowiązującego, a władzę ustawodawczą w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sejm i Senat (art. 95 Konstytucji), nie zaś Główny Inspektorat Transportu Drogowego, czy też Ministerstwo Finansów. Organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa. Materialna definicja władzy wykonawczej nie budzi większych kontrowersji co do jej istoty. Jest to działalność polegająca na wykonywaniu zadań państwowych mających na celu realizację dobra ogólnego, interesu publicznego, które to zadania są z reguły określone przez władzę ustawodawczą w ustawach. Organy administracji centralnej, takie jak Minister Finansów mogą w granicach swoich kompetencji i uprawnień uczestniczyć w procesie legislacyjnym, jednakże o ostatecznym kształcie ustawy decyduje Sejm i Senat, działające w ramach swoich kompetencji konstytucyjnych i ustawowych. Organy władzy wykonawczej realizują zaś zadania wyznaczone przez władzę ustawodawczą. Nie sposób jest również uznać, iż akt prawa powszechnie obowiązującego, jakim jest ustawa, ma charakter nietrwały, z tego powodu, że ustawy się zmieniają na przestrzeni lat. Oznaczałoby to, że jako takie nie obowiązywałyby z uwagi na fakt, iż mogą się zmienić, a w świetle tego organy administracji publicznej również nie muszą ich stosować. Take stanowisko nie tylko stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami funkcjonowania Państwa, ale też uprawniałoby organy władzy wykonawczej do arbitralnego decydowania jakie akty prawa powszechne obowiązującego stosować, a jakie nie. To zaś, w ocenie Izby, jest niedopuszczalne. Organy administracji publicznej (jako władza wykonawcza), zobowiązane są do stosowania prawa powszechnie obowiązującego, bez względu na fakt, jak często prawo to się zmienia i jaki kształt przyjmuje (zgodnie z wolą władzy ustawodawczej).
Tym samym przyjęcie przez władzę ustawodawczą Ustawy uznać należy za okolicznością o charakterze trwałym i nieodwracalnym. Minister Finansów oraz Szef KAS jest zobowiązany podejmować działania leżące w zakresie swoich obowiązków i kompetencji, w oparciu o aktualne przepisy prawa i nie mają (wbrew twierdzeniom Odwołującego), kompetencji do zmiany przyjętych w toku ustawodawczym regulacji.

Zdaniem Izby okoliczność, iż zarówno Ministerstwo Finansów jak i Główny Inspektorat Transportu Drogowego działają jako stationes fisci Skarbu Państwa nie oznacza i nie może uzasadniać uchylenia obowiązku stosowania przez władzę wykonawczą obowiązującego prawa. W obszarze prawa publicznego państwo wyposażone jest w imperium, występuje w pozycji władczej, realizuje swoje funkcje m.in. poprzez kształtowanie systemu normatywnego. Innymi słowy, Państwo działając poprzez odpowiednie organy władzy ustala normy prawne w celu wykonywania przypisanych mu zadań w Konstytucji, w tym m.in. regulowania szeroko rozumianej sfery gospodarki. Stationes fisci stanowią państwowe lub samorządowego jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które w stosunkach cywilnoprawnych działa w ramach swoich zadań w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa. Przepisy prawa regulują przedmiot i zakres działania poszczególnych jednostek organizacyjnych. Pomimo więc, iż stationes fisci działają na rzecz i w imieniu Skarbu Państwa, ich zakres działalności i zadania regulowane są przepisami prawa wydanymi przez Państwo działające w sferze imperium tj. władzę ustawodawczą. W omawianym stanie faktycznym wolą władzy ustawodawczej było uregulowanie ustawowe zakresu kompetencji stationes fisci dotyczących poboru opłat na autostradach. Państwa działając poprzez władzę ustawodawczą określiło państwową jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za wykonanie określonych zadań. Przyjęcie, iż takie działanie Państwa w sferze imperium nie ma znaczenie bowiem wszystkie stationes fisci reprezentują Skarb Państwa jest nieprawidłowe. Stałoby bowiem w oczywistej sprzeczności z przyjętym w Konstytucji trójpodziałem władzy i uprawnieniem władzy ustawodawczej do kształtowania systemu normatywnego zmierzającego do realizacji zadań nałożonych na Państwo. W tym aspekcie niezrozumiałe dla Izby są argumenty podniesione przez Odwołującego, iż administracja rządowa uprawniona jest do manipulowania systemem zamówień publicznych poprzez rzeczywiste inicjowane zmian w prawie, pozwalających na arbitralne unieważnienie postępowania. Wniosek swój Odwołujący opiera na okoliczności, iż w pracach nad Ustawą czynny udział brał szef KAS. Jak Izba wskazała powyżej, Państwa działając w sferze imperium kształtuje poprzez władzę ustawodawczą porządek prawa. Okoliczność inicjowania danych zmian w prawie czy uczestnictwa w procesie legislacyjnym określonych osób nie ma żadnego znaczenia dla omawianej przesłanki unieważnienia. To władza ustawodawcza ostatecznie decyduje o systemie normatywnym. Udział Szefa KAS w pracach nad projektem ustawy jest dozwolonym działaniem w procesie legislacyjnym, zwłaszcza w kontekście zadań jakie władza ustawodawcza nałożyła na tą jednostkę organizacyjną poprzez Ustawę.

Również w tym kontekście błędnie Odwołujący uzasadnia, iż Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że zmiana zadań wprowadzona nową Ustawą została spowodowana przez nieprzewidywalne okoliczności zewnętrzne wobec szeroko pojmowanego Skarbu Państwa. Przyjęcie takiego stanowiska za zasadna sprowadzałoby się do absurdalnego obowiązku Zamawiającego wykazania, iż działania władzy ustawodawczej były spowodowane nieprzewidywalnym zewnętrznymi okolicznościami. Nie jest Zamawiający – działając w ramach władzy wykonawczej - uprawniony do kwestionowania działań władzy ustawodawczej, a tym bardziej do uzasadniania działań podejmowanych przez władzę ustawodawczą. Jak Izba wskazała powyżej, z obowiązującego porządku konstytucyjnego w Państwie wynika trójpodział władzy i jej odrębność. Wymaganie od Zamawiającego wykazywania źródeł i powodów decyzji podejmowanych przez władzę ustawodawczą jest, w ocenie Izby, nie tylko niemożliwe, ale i nieuprawnione.

Zdaniem Izby przyjęcie stanowiska Odwołującego, iż ustawa jest okolicznością, która ma charakter nietrwały, odwracalny i zależny od organów administracji centralnej, prowadziłoby do zakwestionowania porządku ustrojowego Rzeczypospolitej Polskiej, a zmiana ustawy nigdy nie mogłaby stanowić podstawy do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, dla żadnego podmiotu reprezentującego statio fisci. Takie stanowisko jest, w ocenie Izby, błędne i nie zasługuje na aprobatę. Wejście w życiu Ustawy stanowi nieprzewidywalną zmianę okoliczności, na co Zamawiający zasadnie powołał się w decyzji o unieważnieniu postępowania.

Przesłanka dotycząca interesu publicznego

Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający wykazał, iż powyższa istotna zmiana okoliczności spowodowała, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Wskazać należy na wstępie, że ustawa Pzp nie zawiera definicji interesu publicznego. Takiej jednolitej definicji nie ma również w innych gałęziach prawa. Jak wskazał E. Modliński: „[...] ujęcie interesu publicznego w pewien jednolity system jest niemożliwe. Wymogi interesu publicznego ulegają bowiem zmianie w każdej nieomal sytuacji prawnej. [...] Pojęcie interesu publicznego jest zbyt ogólne i ulega zmianom w miarę postępu czasu. Ścisłe określenie tego pojęcia bywa wtedy nieosiągalne, gdy je prawodawca usiłuje opisać przez wskazanie na bezpieczeństwo, spokój i porządek publiczny lub ważne względy publiczne. Stąd dla każdego konkretnego stosunku ustawodawstwo sprawę oddzielnie rozstrzyga stanowiąc, jaki w danym przypadku interes publiczny odgrywa rolę i w jakim stopniu. [...]. Absolutna, wszechobejmująca definicja interesu publicznego nigdy nie będzie możliwa do skonstruowania, jako że treść tego pojęcia zależy każdorazowo od kontekstu, dyscypliny prawa i innych prawnie istotnych warunków, poza tym stosunki prawne, w których występuje kategoria interesu publicznego, są bardziej niż inne zróżnicowane ze względu na wymiar i rozmiar występowania tej kategorii (E. Modliński, Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1932, s. 13 i n.).

Nie ulega więc wątpliwości, że pojęcie interesu publicznego i ustalenie jego znaczenia musi uwzględniać kontekst użycia takiej klauzuli generalnej, dyscyplinę prawa i inne prawnie istotne warunki. W systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Zamówienia publiczne obejmują bowiem wydatkowanie publicznych pieniędzy, zaś dysponowanie pieniędzmi rodzi pytanie o prawidłowość tego procesu. A zatem przy próbie dookreślenia, o jakim interesie publicznym, a także o jakich funkcjach można mówić w wypadku zamówień publicznych, niewątpliwie konieczne jest uwzględnienie aspektu racjonalności dokonywanych wydatków na zadania publiczne przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. Przy czym zaznaczyć należy, że ustawa Pzp nie określa celu wydatków czy też zadań publicznych nałożonych na zamawiających. O tym co stanowi interes publiczny rozumiany jako realizacja zadań publicznych przesądzać będą czy to ustawowo, czy statutowo określone, czy wreszcie zlecone w drodze umowy zadania, które dany zamawiający ma realizować. Ustawa Pzp określa zaś sposób w jaki środki na tak określone zadania publiczne powinny być wydatkowane. Pomimo różnorodności celów stojących przed zamawiającymi, cechą wspólną łączącą ich jest dysponowanie środkami publicznymi, z czym wiąże się realizacja interesu publicznego w postaci ich możliwie racjonalnego wydatkowania. Przy czym owe racjonalne wydatkowanie środków publicznych musi gwarantować zachowanie uczciwej konkurencji. Ochrona uczciwej konkurencji to wartość, która służy nie tylko samym wykonawcom, ale także zamawiającym. Uczciwe zasady gry rynkowej skutkują bowiem przejrzystymi zasadami rywalizacji rynkowej, co niewątpliwie sprzyja konkurencyjności na rynku, większej liczbie

składanych ofert, a w konsekwencji ma wpływ na efektywne wydatkowanie środków publicznych.
Dalej wskazać należy, że w świetle art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pojęcie interesu publicznego musi być analizowane w kontekście konkretnego postępowania przetargowego w stosunku do którego zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu. Przedmiotem unieważnionego Postępowania było:

l)zaprojektowanie Systemu Videotolling, stanowiącego dodatkową metodę uiszczenia Opłaty za Przejazd równolegle do funkcjonujących dotychczas Manualnego Systemu Poboru Opłat wskazanego w pkt 1.1 oraz 1.2 OPZ oraz Elektronicznego Systemu Poboru Opłat wskazanego w pkt 1.3 OPZ (pkt 3 OPZ) w ramach systemu viaTOLL;
m)Integracja Systemu Videotolling z istniejącymi systemami poboru Opłaty za Przejazd (pkt 4 OPZ);
n)Dostarczenie i instalacja sprzętu, urządzeń i oprogramowania umożliwiających prawidłowe funkcjonowanie Systemu Videotolling (pkt 5 OPZ);
o)Dostarczenie Aplikacji Klienckiej, w tym zapewnienie podłączenia i integracji z Systemem Videotolling obecnych na rynku aplikacji mobilnych do uiszczenia opłat autostradowych dostarczanych przez podmioty zewnętrzne (pkt 6 OPZ);
p)Obsługa Systemu Videotolling (pkt 7 OPZ);
q)Utrzymanie sprzętu, urządzeń i oprogramowania, w tym zapewnienie zasilania (także zasilania awaryjnego) i transmisji danych umożliwiające prawidłowe funkcjonowanie Systemu Videotolling z wyłączeniem elementów utrzymywanych przez wykonawców świadczących usługi obsługi i utrzymania Manualnego Systemu Poboru Opłat (pkt 8 OPZ);
r)Rozwój Systemu Videotolling (pkt 9 OPZ);
s)Sporządzenie kompleksowej Dokumentacji Projektowej (pkt 10 OPZ);
t)Szczegółowe raportowanie dotyczące funkcjonowania Systemu Videotolling oraz naliczonych i pobranych Opłat zgodnie z Umową (pkt 6, 7, 8, 10 oraz 11 OPZ);
u)Dokonanie skutecznego przekazania Systemu Videotolling Zamawiającemu lub następczemu Wykonawcy (pkt 11 OPZ);
v)Realizacja prawa Opcji, jeżeli Zamawiający złożył oświadczenie o realizacji prawa Opcji 1 i/lub prawa Opcji 2 na zasadach przewidzianych w Umowie i OPZ (pkt 12 OPZ).

Postępowanie zostały wszczęte przez określoną jednostkę organizacyjną Państwa tj. Generalny Inspektorat Transportu Drogowego, który to podmiot w momencie wszczęcia postępowania tj. 2 stycznia 2020 r. posiadał w tym zakresie stosowane umocowanie ustawowe. To ten podmiot decydował o funkcjonowaniu systemu poboru opłat, jak również jego usprawnieniu. I to właśnie ten podmiot zadecydował o wszczęciu postępowania w celu wprowadzenia systemu Videotollingu na płatnych państwowych odcinkach autostrady A2 Konin - Stryków i A4 Bielany Wrocławskie – Sośnica, podejmując decyzję, iż ten system będzie efektywnym narzędziem do realizacji nałożonych na GITD zadań.
Izba przychyla się do stanowiska Zamawiającego, iż w świetle Ustawy, której celem jest powierzenie Szefowi KAS zadania poboru opłaty elektronicznej z wykorzystaniem Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS dostarczenie przedmiotu niniejszego postępowania prowadziłoby do powstania alternatywnego systemu automatycznego podnoszenia istniejących szlabanów, którego okres funkcjonowania wyniósłby maksymalnie 5 miesięcy (czas potrzebny na wdrożenie videotollingu, w przypadku kiedy umowa na videotolling zostałby zawarta dzisiaj - lipiec 2021 r.). Od 1 grudnia 2021 r. zasadnicza część przedmiotu postępowania stałaby się nieprzydatna, w związku z całkowitym demontażem szlabanów w ramach nowych rozwiązań poboru opłat za przejazd autostradą płatną. Realizacja przedmiotu postępowania jest, zdaniem Izby niecelowa i niezasadna, jak również prowadziłaby do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych.
Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający w świetle przepisów Ustawy będzie miał możliwość przynajmniej częściowego wykorzystania przedmiotu zamówienia, co uzasadnia kontynuowanie Postępowania. Wskazać bowiem należy, że cel unieważnionego Postępowania został określony przez Zamawiającego w SIWZ poprzez wyznaczenie zakresu zamówienia. Postępowanie zostało wszczęte w celu nabycia określonych i zidentyfikowanych dóbr służących realizacji określonych zadań określonych przez ustawodawcę. Umożliwienie częściowego wykonania przedmiotu zamówienia np. dostarczenie wyłącznie samych kamer, prowadziłoby do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych i stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że praktycznie z każdego przedmiotu zamówienia da się wydzielić fragmenty, które mogłyby być realizowane niezależnie od jego zasadniczej części. Jednak w ofercie został wyceniony cały przedmiot zamówienia, którego zasadniczym kosztem jest integracja ze znoszonym MSPO. Zmiana zakresu przedmiotu zamówienia na etapie podpisywania umowy z wykonawcą jest zdaniem Izby niedopuszczalna. Stanowiłaby bowiem niedopuszczalną zmianę SIWZ *de facto* sprowadzałaby się do zawarcia umowy na realizację czegoś innego niż pierwotnie wymagane przez Zamawiającego. Postulat Odwołującego częściowej realizacji zamówienia wymagałby rozpisania nowego postępowania przetargowego na taką część zamówienia, aby umożliwić wszystkim zainteresowanym podmiotom na równych zasadach udział w takim postępowaniu.
Zdaniem Izby bez znaczenia jest podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż Ustawa nowelizuje art. 13j ust. 2 ustawy o drogach publicznych, wprowadzając w nim wprost możliwość poboru opłat z wykorzystaniem technologii automatycznego rozpoznawania tablic. Mocą Ustawy Szef KAS otrzymał kompetencje do poboru opłaty elektronicznej za przejazd autostradami państwowymi i wolą ustawodawcy ten podmiot ma decydować o zasadach funkcjonowanie jednolitego systemu poboru opłaty elektronicznej za przejazdy autostradami państwowymi. W tym celu opracowana została Strategia, której celem jest stworzenie ram do stworzenie całościowego, nowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznej z wykorzystaniem systemu Szefa KAS, który to system oparty jest na technologii lokalizacji satelitarnej i który nie jest zintegrowany z Barierami Ruchomymi na autostradach. Jak wynika z uzasadnienia Ustawy, intencją ustawodawcy było inne uregulowanie sposobu wykonywania zadań w zakresie poboru opłaty elektronicznej, niż ma to miejsce obecnie, z wykorzystaniem systemu viaTOLL, w całości outsourcowanym do zewnętrznego wykonawcy. Wdrożenie videotollingu na zasadach określonych w unieważnionym Postępowaniu stanowiłoby zaprzeczenie celu ustawodawcy w zakresie konsolidacji poboru danin publicznych w KAS i ta okoliczność stanowi, zdaniem Izby, uzasadniony interes publicznych do unieważnienia postępowania.
Zdaniem Izby skoro wolą ustawodawcy było powierzenie wykonywania określonych zadań publicznych nowej jednostce organizacyjnej i uposażenie jej w prawo do decydowania o strategii i zasad wykonywania takich zadań publicznych w rama i w sposób określony przez ustawodawcę, to za nieuprawione byłoby wymuszenie na takiej jednostce organizacyjnej kontynuacji postępowania wszczętego przez inne statio fisci, jeśli taka kontynuacja nie leży w interesie publicznych. Z punktu widzenia interesu publicznego w zamówieniach publicznych odnoszącego się do racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi za nieracjonalne i niegospodarne uznać należałoby nałożenie na Szefa KAS obowiązku kontynuowania postępowania zainicjowanego przez inną jednostkę organizacyjną, podjętą w innych

uwarunkowaniach faktycznych i prawnych. Fakt, że Ustawa nie wyklucza możliwości poboru opłat z użyciem systemu Videotollingu czy też możliwość częściowego wykorzystania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia podnoszona przez Odwołującego, to okoliczności, które, zdaniem Izby, stanowią uzasadnienia dla ochrony indywidualnego interesu wykonawcy, jednakże ten indywidualny interes wykonawcy stoi w sprzeczności z interesem publicznym (zadaniami publicznymi) jakie ustawodawca określił w Ustawie. To nowy podmiot będzie rozliczany za prawidłową realizację zadań publicznych określonych w Ustawie, w tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych na ten cel. Podkreślić raz jeszcze należy, że ustaw Pzp nie określa celu wydatków czy też zadań publicznych nałożonych na zamawiających, lecz przede wszystkim sposób, w jaki środki powinny być wydawane. O treści tego interesu przesądza ustawa, statut czy zlecone w drodze umowy zadania, które dany zamawiający ma realizować.
Jak Izba wskazała powyżej, interes publiczny należy również analizować w świetle zasady uczciwej konkurencji rozumianej jako kształtowanie pozytywnych i przewidywalnych zachowań podmiotów działających na tym rynek, a więc również zamawiających. W analizowanym stanie faktycznym w sposób oczywisty dochodzi o rozdźwięku pomiędzy interesem wykonawcy wyrażającym się w dążeniu do wykonania zamówienia, a interesem Zamawiającego, który dąży do jego unieważnienia. Odwołujący może mieć zasadne poczucie pokrzywdzenia, obiektywnej straty finansowej, niesprawiedliwości i nieprzewidywalności działań Skarbu Państwa. Rekompensatą dla Odwołującego powyższych strat nie może być jednak nakazanie przez Izbę kontynuacji postępowania, którego prowadzenie nie leży w interesie publicznym. Nakazanie takiego działania Zamawiającemu byłoby wyrazem wyższości interesu indywidulanego wykonawcy nad interesem publicznym. W tym kontekście, interes publiczny rozumiany jako określenie potrzeb publicznych i sposobu ich realizacji został określony przez ustawodawcę w Ustawie i w uzasadnieniu do przyjętej Ustawy. Ocenie Izby może więc wyłącznie podlegać czy realizacja zadań publicznych określonych przez ustawodawcę w Ustawie może być efektywnie wdrożona poprzez nakazanie Zamawiającemu kontynuacji unieważnionego postępowania. Czy takie działanie będzie służyć realizacji celu publicznego rozumianego jako efektywne gospodarowanie środkami publicznymi w ramach systemu zamówień publicznych z poszanowaniem zasad uczuciowej konkurencji. Zdaniem Izby taki cel nie zostanie osiągnięty poprze kontynuowanie postępowania. Ustawa bowiem wprowadziła ramy prawne dla Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS, Ustawa wyznacza kierunek dla nowego systemu poboru opłat, opartego o technologię pozycjonowania satelitarnego. Szef KAS jest organem powołanym do realizacji takiego celu i określenia środków służących do jego realizacji. Zamawiający zaś zasadnie wykazał w decyzji o unieważnieniu postępowania nieracjonalność wydatkowania środków publicznych na alternatywny system poboru opłat, który byłby zlikwidowany po 4-5 miesiącach działania. Realizacja zamówienia objętego Postępowaniem (wydatkowanie 36 837 988,32 mln zł ze środków publicznych na system, którego przydatność zakończyłaby się po 4-5 miesiącach użytkowania), stałaby w jawnej sprzeczności z interesem publicznym.
Zdaniem Izby, właściwym sposobem rekompensaty dla Odwołującego poniesionych strat finansowych związanych z uczestnictwem w Postępowaniu, jeśli takie poniósł, jest droga sądowa i podnoszenie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych wobec Skarbu Państwa.
Brak możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.
W ocenie Izby Zamawiający wykazał również, iż nie było możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania. Dla zaistnienia tej przesłanki konieczne jest, aby zmiana okoliczności miała charakter zewnętrzny wobec zamawiającego i trwały, tzn. jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego. Za taką okolicznością, zdaniem Izby, należy uznać akty władzy - zarówno akty normatywne, jak i rozstrzygnięć indywidualnych (decyzje administracyjne, orzeczenia sądu.)
Zdaniem Izby Odwołujący wykazał wyłącznie, iż w tracie trwania Postępowania toczyły się rozmowy i prace legislacyjne nad ewentualnym przyjęciem zmian w zakresie systemu poboru opłat, natomiast nie wykazał, aby w momencie wszczęcia Postępowanie przez GITD istniały wiążące akty prawne czy jakiekolwiek wiążące decyzje na podstawie których zasadne byłoby przyjęcie, iż GITD miał wiedzę co do ostatecznego kształtu systemu poboru opłat przyjętego mocą Ustawy.
Zdaniem Izby przywołane przez Odwołującego okoliczności dotyczące powołania Komitetu Sterującego ds. ESPO, plany, dyskusje, spotkania, wywiady, zamierzenia i wieloletnie analizy dotyczące przyjęcia optymalnego systemu poboru opłat, nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający mógł przewidzieć termin złożenia projektu Ustawy, jej wejścia w życie oraz jej treść i przyjętych finalnie rozwiązań, których istotna korekta może mieć miejsce w toku prac parlamentarnych. Zgodnie z powołaną wcześniej zasadą legalizmu, organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa, a nie w oparciu o plany, przewidywania czy wypowiedzi medialne. Akty prawa stanowią, zdaniem Izby, nieprzewidywalna okoliczność. Ich źródłem jest bowiem organ władzy ustawodawczej, który ostatecznie decyduje o kształcie danej regulacji, terminie jej przyjęcia czy wejścia w życie. Wyrażane stanowiska czy to GITD czy Szefa KAS w trakcie procesu legislacyjnego odnoście poselskiego projektu Ustawy nie może być utożsamiane z wiedzą Zamawiającego na temat ostatecznego brzmienia Ustawy. Zwłaszcza, że projekt ustawy został złożony w dniu 24 kwietnia 2020 r., zaś postępowanie zostało wszczęte w dniu 2 stycznia 2020 r.
Odnosząc się do pozostałych argumentów zwartych w odwołaniu, co do których Izba nie odniosła się powyżej, to wskazać należy, że Izba wydaje rozstrzygnięcie w oparciu o określony stan faktyczny, określone decyzje, akty prawne. W analizowanym stanie faktycznym okolicznością bezsporną jest nowa Ustawa i Izba ma obowiązek uwzględnienia jej regulacji. To, iż być może nastąpi rekonstrukcja rządu, czy będzie przyjęte inna ustawa jest okolicznością przyszłą i niepewną, w oparciu o którą nie można rozstrzygać zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba nie jest instytucją powołaną do rekompensaty strat przedsiębiorcy poniesionych w związku z działaniem władzy ustawodawczej. Władze sądownicza posiada w tym zakresie odpowiednie uprawnienia. Co do argumentu Odwołującego, iż przedłożona przez Zamawiającego Strategia nie ma charakteru ostatecznego, to Izba wskazuje, że zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia miało wejście w życie Ustawy i wynikające z woli ustawodawcy konsekwencje związane z organizacją systemu poboru opłat. Zdaniem Izby nowy podmiot odpowiedzialny za opracowanie takiego systemu tj. Szef KAS, kierując się wytycznymi ustawodawcy ma prawo samodzielnie decydować o sposobie realizacji zadań nałożonych na niego przez ustawodawcę. W tym zakresie, Izba uznał, że dysponowanie środkami publicznymi na system alternatywny nie jest w interesie publicznych, z uwagi na przyjęty na moment wyrokowania harmonogram działań i zakładany kształt systemu. Oczywiście są to plany i założenia Szefa KAS, co nie oznacza jednak, iż należy je pominąć tylko z tego powodu. Strategia jest oparta o złożenia ustawodawcy, który wyznaczył kierunki zmian, które muszą być uwzględnione oceniając decyzję o unieważnieniu Postępowania. W ocenie Izby, to że Ustawa nie uniemożliwia czy nie zabrania kontynuowania Postępowania nie może stanowić uzasadnienia do narzucenia zamawiającemu przez Izbę obowiązku jego zakończenia. Ustawodawca nakreślił cel jaki ma zrealizować Szef KAS – budowa jednolitego systemu poboru opłat,

wskazując ramy prawne i techniczne jakie winny być wykorzystanie. Szef KAS nie może pozostać obojętny na decyzji ustawodawcy i uznać, że skoro Ustawa czegoś nie zabrania to należy to kontynuować. Interes publiczny w świetle zamówień publicznych to obowiązek Szefa KAS takiego wydatkowania środków publicznych, aby w sposób efektywny i racjonalny zrealizować potrzeby publiczne określone przez Ustawę. Izba wyjaśniła powyżej, że budowanie alternatywnego systemu poboru opłat jest nieefektywne i nieracjonalne ekonomicznie. Wskazać ponadto należy, że w swoich rozważaniach Odwołujący definiuje interes publiczny w sposób ogólny oderwany od systemu zamówień publicznych i konkretnych celów jakie miało realizować unieważnione Postępowanie, Odwołujący definiuje potrzeby publiczne wchodząc w zakres władzy ustawodawczej. Izba wyjaśniła powyżej, że znaczenie interesu publicznego należy rozpatrywać nie w sposób ogólny, ale w kontekście reżimu zamówień publicznych i konkretnego postępowania. Nie można odebrać Szefowi KAS prawa do decydowania o sposobie realizacji zadań publicznych określonych w Ustawie. To on odpowiada za efektywne wykonanie zadań publicznych określonych przez ustawodawcę. To, iż poprzednia jednostka organizacyjna przyjęła odmienny sposób realizacji nałożonych na nią zadań nie może zobowiązywać Szefa KAS to kontynuowania postępowania. Podkreślić raz jeszcze należy, że o tym co stanowi interes publiczny rozumiany jako realizacja zadań publicznych przesądza ustawa czy statut. Ustawa Pzp to narzędzie służące do wydatkowania środków publicznych w celu tak określonych przez ustawodawcę zadań publicznych. Nie można również zgodzić się z Odwołującego, iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia ze zmianą koncepcji prowadzenia postępowania. Przyjęcie takiego stanowiska za zasadne prowadziłoby do pominięcia uregulowań zawartych w Ustawie i zadań publicznych, do których wykonania ustawodawca zobowiązał Szefa KAS. Odnosząc się do argumentów Odwołującego, iż zgodnie z Ustawą art. 13ha opłata elektroniczna jest pobierana po drogach krajowych lub ich odcinkach przez pojazdy samochodowe o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony i autobusy, a zatem pojazdy tzw. ciężkie, zaś z uwagi na okoliczność, iż Postępowanie dotyczyło systemu poboru opłat od pojazdów lekkich, uznać należy, że wejście w życie Ustawy nie ma znaczenia dla unieważnionego Postępowania, to Izba wskazuje, że zgodnie z art. 13ha Ustawy opłata, o której mowa w , zwana dalej „opłatą elektroniczną", jest pobierana za przejazd po drogach krajowych lub ich odcinkach, określonych w przepisach wydanych na podstawie ust. 6. Z kolei art. 13 ust 1 pkt 3 stanowi, iż korzystający z dróg publicznych są obowiązani do ponoszenia opłat za przejazdy po drogach krajowych pojazdów samochodowych, w rozumieniu ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym, za które uważa się także zespół pojazdów składający się z pojazdu samochodowego oraz przyczepy lub naczepy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony, w tym autobusów niezależnie od ich dopuszczalnej masy całkowitej. Z kolei art. 2 pkt 33 ustawy Prawo o ruchu drogowym stanowi, że pojazd samochodowy - pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego. Mając na uwadze przywołane przepisy Izba nie widzi podstaw do uznania argumentacji Odwołującego, iż opłata elektroniczna do jakiej odwołuje się ustawodawca w art. 13 ha Ustawy odnosi się wyłącznie do pojazdów ciężkich. Przepis ten odwołuje się do art. 13 ust. 1 pkt 3, który obejmuje swoim zakresem zarówno tzw. pojazdy lekkie i ciężkie. Ustawodawca odwołał się do art. 2 pkt 33 ustawy Prawo o ruchu drogowym i wskazał jednocześnie, że za pojazdy samochodowe za które pobierana jest opłata uznaje się także pojazdy ciężkie.

W zakresie złożonych dowodów, to Izba wskazuje, że opinie złożone przez Odwołującego tj. opinia Instytutu Staszica z dnia 16.10.2020 r. oraz opinia Zespołu Doradców Gospodarczych z dnia 16.10.2020 r. stanowi opis dwóch systemów pobierania opłat, które mogłyby funkcjonować w kraju, wskazując na wady i zalety systemu opartego o geo – pozycjonowanie i systemu opartego o technologię ANPR. Zdaniem Izby dowody te nie mają znaczenia dla sprawy. Stanowią subiektywną ocenę obu systemów wyrażoną przez autorów opinii. Z uwagi na okoliczność, iż ustawodawca określił sposób i podmiot odpowiedzialny za opracowanie jednolitego systemu poboru opłat i to ustawodawca określił potrzeby publiczne i preferowany sposób ich realizacji, złożone opinie mogłyby służyć władzy ustawodawczej jako materiał do analizy potrzeb publicznych w zakresie systemu poboru opłat, w zakresie jednakże zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy nie mają znaczenia. Co do wydruku z portalu Ministerstwa Finansów z 31 sierpnia 2020 r. fhttps://www,gov.pl/web/finanse/ministerstwo-finansow-pracuie-nad-likwidacia-szlabanow-na- panstwowych-autostradach złożonego na okoliczność, iż koncepcja poboru opłat nie została jeszcze ostatecznie przesądzona, to zdaniem Izby dowód ten również nie ma znaczenia dla sprawy. Fakt, iż przedłożona Izbie Strategia nie jest wersją ostateczną, nie oznacza, iż założenia przyjęte przez Szefa KAS zawarte w Strategii należy pominąć. Raz jeszcze Izba wskazuje, że z Ustawy oraz uzasadnienia do projektu ustawy wynika jaki ustawodawca obrał model poboru opłat. To, iż szczegółowa koncepcja nie została jeszcze przyjęta nie może uzasadniać nakazanie Zamawiającemu kontynuowania postępowania. Z istniejących już ram systemu poboru opłat wynika, że alternatywny system poboru opłat, który był przedmiotem Postępowania nie wpisuje się w ramy określone przez ustawodawcę. Podobnie nie ma znaczenia dla sprawy złożona odpowiedź na interpelację nr 28491 oraz odpowiedź na interpelację nr 33438 na okoliczność wykazania, iż podejmowane były działania nad rozwojem systemu videotollingu oraz na wykazanie, iż nie doszło do zmian w zakresie interesu publicznego, a jedynie zmiany koncepcji zamawiającego. Zdaniem Izby znaczenie dla sprawy ma to, iż władza ustawodawcza określiła w Ustawie interes publiczny rozumiany jako zadania publiczne, które wykonać ma Szef KAS. Wskazała ramy nowego systemu poboru opłat. Informacje przeszłe jakie przekazywane były przez Ministra Infrastruktury nie mają znaczenia dla Izby, gdyż Izba zobowiązana jest do uwzględnienia ostatecznej decyzji określonej w Ustawie. Z podobnych przyczyn nie ma znaczenia dla sprawy informacja KAS o uruchomieniu systemu ANPRS PL Odnośnie dowodu w postaci Analizy możliwych scenariuszy rozwoju systemu poboru opłat za korzystanie z autostrad w Polsce sporządzony przez Audytel S.A. w dniu 29 kwietnia 2014 r. oraz Raport roczny KSPO za okres sprawozdawczy 01.01.2017 – 31.12.2017, to zdaniem Izby również dowody te nie maja znaczenia dla sprawy. Dokumenty mogą być użyteczne dla ustawodawcy, który definiuje potrzeby publiczne, a w omawianym stanie faktycznym również docelowy model poboru opłat. Pozostałe dowody złożone przez Odwołującego, a dotyczące braku wykazania przez Zamawiającego przesłanki dotyczącej możliwości przewidzenia istotnej zmiany okoliczności, to dowody ten nie mają znaczenia dla sprawy. Jak Izba wskazała powyżej, nie można wymagać od Zamawiającego, aby w momencie wszczęcia Postępowania posiadał wiedzę o ostatecznym kształcie czy rozwiązaniach przyjętych przez ustawodawcę. To, że prowadzone były rozmowy, analizy czy powołane komitety, w których uczestniczyli przedstawiciele Zamawiającego nie uzasadnia przypisania Zamawiającemu wiedzy, iż ustawodawca uchwali Ustawę, a tym bardziej wiedzy co do jej zapisów czy przyjętych rozwiązań.

Zdaniem Izby, Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowanie wykazał spełnienie przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. Odwołujący upatrywał naruszenia przywołanych przepisów w tym, iż plany w przedmiocie zmian legislacyjnych dotyczących systemu

poboru opłat były znany w trackie prowadzonego Postępowania, co w konsekwencji naraziło Odwołującego na starty. Jak Izba wskazała powyżej, plany zmian legislacyjnych są i będą w różnych dziedzinach życia gospodarczego, ale nie można wymagać od Zamawiającego, aby opierał swoje działania w oparciu o plany, dyskusje czy doniesienia prasowe. Poniesione przez Odwołującego straty finansowe z tytułu działań Skarbu Państwa nie mogą być rekompensowane przez Izbę poprzez nakazanie kontynuacji Postępowania. Władza sądownicza ma w tym zakresie stosowane uprawnienia, nie zaś Izba.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 972 z zm.).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……