Sygn. akt: KIO 1960/20

WYROK
z dnia 15 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 września 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 sierpnia 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Skarb Państwa, Ministra Finansów, w imieniu którego działa i postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zdefiniowanie w pkt 4 Załącznika Nr 5 do OPZ (Harmonogram dla nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowania MPO) terminu wykonania prac „Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS jako „20 tygodni od dnia podpisania umowy" oraz uwzględnienie niniejszej zmiany we wszystkich dokumentach postępowania o udzielnie zamówienia, gdzie termin ten występuje;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego**: Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części ½ sumy kosztów oraz** Zamawiającego**: Skarb Państwa, Ministra Finansów, w imieniu którego działa i postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne w Warszawie w części ½ sumy kosztów i:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od Zamawiającego **Skarb Państwa, Ministra Finansów, w imieniu którego działa i postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne w Warszawie** na rzecz odwołującego **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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:
……

Sygn. akt KIO 1960/20

UZASADNIENIE

Dnia 17 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 182 ust 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Kapsch Telematic Services Spółka**
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej" prowadzi Zamawiający – **Skarb Państwa, Minister Finansów, w imieniu którego działa i postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 126-308547 w dniu 2 lipca 2020 r.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego, polegającej na określeniu treści ogłoszenia o zamówieniu, a także treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ"), w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oraz Istotnych Postanowień Umowy („IPU") stanowiących część SIWZ.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 5 k.c., art. 353(1) k.c. i art. 387 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób nakładający na wykonawcę spełnienie świadczenia niemożliwego poprzez zdefiniowanie w pkt. 4 Załącznika Nr 5 do OPZ (Harmonogram dla nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowania MPO) terminu wykonania prac „Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkc Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS jako 12 tygodni od dnia zawarcia umowy, co jest terminem w jakim obiektywnie wykonanie zamówienia nie jest możliwe,
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia
w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niejasnych i niewyczerpujących określeń oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie on wykonać w ramach zamówienia, co znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia Odwołującemu dokonanie prawidłowej kalkulacji i złożenie oferty w postępowaniu i może mieć wpływ na sporządzenie nieporównywalnych ofert, w szczególności poprzez brak udostępnienia szczegółowych informacji dotyczących systemu ANPRS PL, co uniemożliwia kalkulację oferty i nakłada na wykonawców ryzyka niemożliwe do skwantyfikowania na etapie ofertowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1.zdefiniowanie w pkt. 4 Załącznika Nr 5 do OPZ (Harmonogram dla nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowania MKO) terminu wykonania prac „Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkc Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" jako „20 tygodni od wydania Instrukcji',
2.udostępnienie wykonawcom szczegółowych informacji dotyczących systemu ANPRS PL, w szczególności protokołu komunikacji wraz z wymogami, w tym zakresu danych jakie ANPRS ma pozyskiwać z Punktów Kontrolnych oraz częstotliwości ich pozyskiwania, a także innych elementów wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty
w postępowaniu. Z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, złożenie rzetelnie przygotowanej i skalkulowanej oferty jest obecnie istotnie utrudnione lub wręcz niemożliwe, co naraża Odwołującego na ryzyko utraty możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania w dniu 6 sierpnia 2020 roku, z którą to datą Zamawiający opublikował zmiany SIWZ będące przedmiotem odwołania. Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu merytorycznej części odwołania podano, że 2 lipca 2020 roku
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o zamówieniu
z pierwotnym wskazaniem jako Zamawiającego Skarbu Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego; w efekcie zmian legislacyjnych Zamawiającym obecnie jest Skarb Państwa - minister właściwy do spraw finansów publicznych. Tego samego dnia, na stronie internetowej Zamawiającego opublikowany został także SIWZ dotyczący zamówienia.

Z datą 6 sierpnia 2020 roku Zamawiający opublikował zmiany SIWZ, w szczególności dotyczące pkt. 4 Załącznika Nr 5 do OPZ (Harmonogram dla nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowania MPO), gdzie jako termin wykonania prac pn. „Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" wskazano „12 tygodni od podpisania umowy". W ocenie Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia jest jednak niemożliwy do spełnienia.

W ramach opublikowanych zmian Zamawiający dokonał również pewnych zmian
w postanowieniach odsyłających do kwestii integracji z systemem ANPRS PL
(w szczególności pkt. 6.1, 6.3 i 6. 4 OPZ). Zmiany te w ocenie Odwołującego nadal jednak nie pozwalają na ustalenie zakresu obowiązków wykonawcy w postępowaniu.

Zarzut 1

Ukształtowanie dokumentacji przetargowej, tak jak w postępowaniu, narusza art. 5 oraz art. 387 k.c, ponieważ nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania świadczenia niemożliwego, jak również narusza zasadę wyrażoną w art. 353 (1) k.c, albowiem sprzeczne jest z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany. Sformułowane przez Zamawiającego postanowienia IPU naruszają wskazane powyżej reguły.

W pkt. 4 Załącznika Nr 5 do OPZ (Harmonogram dla nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowania MKO) jako termin wykonania prac pn. „Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" wskazano pierwotnie „Start Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS". Te niedookreślony i nieznany termin w zmodyfikowanym SIWZ Zamawiający określił jako
„12 tygodni od podpisania umowy".

Termin 12 tygodni jest terminem nierealnym. Realizacja tak określonego zadania wymaga okresu co najmniej 5, a być może, w określonych przypadkach, nawet 7 miesięcy. Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe uzasadnienie, oparte na wyliczeniach bazujących na doświadczeniu i know how Odwołującego. Uzasadnienie to ma charakter poufny i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. W uzasadnieniu rozpisano
w punktach jakie czynności są niezbędne do wykonania prac, jakie są kolejne etapy tych prac, jakie prace w ramach poszczególnych etapów należy wykonać i jak Odwołujący szacuje czas niezbędny na ich wykonanie na okres od 5 do 7 miesięcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że alternatywą byłoby podejście zbliżone do zastosowanego przez Zamawiającego w innym prowadzonym postępowaniu,
tj. 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". W przywołanym postępowaniu wymagania dotyczące wdrożenia systemu ANPR na MSPO są istotnie bardziej racjonalne (33 tygodnie jako wymóg obowiązkowy, 27 tygodni jako najwyżej punktowany zadeklarowany czas, dla 123 pasów dla 21 lokalizacji MPO).

Zarzut 2

SIWZ w wielu miejscach odnosi się do integracji z systemem ANPRS PL.

W ramach opublikowanych zmian, Zamawiający dokonał również pewnych zmian
w postanowieniach odsyłających do kwestii integracji z systemem ANPRS PL
(w szczególności pkt. 6.1, 6.3 i 6. 4 OPZ). Nadal jednak brak jest wystarczających informacji, pozwalających ocenić, co stanowi przedmiot zamówienia i jakie są oczekiwania Zamawiającego.

Zgodnie ze zmienionym pkt. 6.1 OPZ wykonawca jest zobowiązany do zaprojektowania oraz wdrożenia Punktów Kontrolnych w sposób umożliwiający zbieranie danych określonych w Załączniku nr 2 do OPZ, w celu ich późniejszego przekazania do Systemu ANPRS PL w sposób niezakłócający jego funkcjonowania. Zamawiający na etapie realizacji Umowy uzgodni z wykonawcą szczegóły interfejsu wymiany danych pomiędzy Punktami Kontrolnymi a Systemem ANPRS PL na podstawie wymogów określonych
w Załączniku nr 2 do OPZ (pkt. 6.4 OPZ).

Zmienione postanowienia OPZ nie wyjaśniają jednak dalej szeregu istotnych kwestii, które niezbędne są dla prawidłowego skalkulowania oferty (a tym samym nie mogą być przedmiotem uzgodnień z Zamawiającym lub wskazanym przez niego podmiotem na późniejszym etapie realizacji zamówienia). Brak jest dokumentacji źródłowej systemu ANPRS PL (w szczególności protokołu komunikacji wraz z wymogami), a zatem nie jest możliwe ustalenie zakresu niezbędnych do wykonania prac i czasu potrzebnego na ich realizację.

W szczególności należy wskazać tu na konieczność uzupełnienia przez Zamawiającego dokumentacji

przetargowej o informacje, będące odpowiedzią na następujące pytania:
1.Jaki jest wymagany przez Zamawiającego sposób zabezpieczenia przesyłanych danych?
2.Jaka baza danych będzie odbierała przesyłane dane?
3.Jaką ilość danych można przesłać do systemu ANPRS, aby nie zakłóciło to jego pracy? (Informacja ta jest m.in. konieczna w świetle wymagań określonych w *Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 6.1 i 6.2)*.
4.Czy dane będą przesyłane do systemu bazodanowego? Jeżeli tak to do jakiego?
5.Czy dane powinny posiadać cyfrowy podpis celem weryfikacji autentyczności danych? Jeżeli tak, to jaki jest wymagany poziom bezpieczeństwa klucza szyfrującego dla certyfikatu?
6.Czy jest wymagane, aby dane były przesyłane szyfrowanym kanałem, takim jak np. tunel VPN? Jeżeli tak, to kto dostarczy serwer VPN ?
7.Czy zestaw danych przejazdu opisany w wymaganiach Zamawiającego powinien być wysyłany jako archimum.zip. czy jako oddzielne pliki?
8.Ponadto w pkt. 3.10 Załącznika nr 2 „Sprzęt" znajduje się wymóg:
„3.10. Wykonawca w ramach Zamówienia dostarczy i wdroży w ramach infrastruktury technicznej udostępnionej przez Zamawiającego, aplikację webową pozwalającą na graficzną prezentację ostatnich przekazanych do zasobu sieciowego zdjęć z kamer poglądowych w rozbiciu na poszczególne Punkty Kontrolne oraz kierunek jazdy. Sposób realizacji wymagania zostanie uzgodniony z Zamawiającym na etapie realizacji Zamówienia".

Aplikacja ta, ma pracować na zasobach Zamawiającego, czyli zapewne
z wykorzystaniem systemu ANPRS. Bez podania przez Zamawiającego szczegółów tego systemu nie ma możliwości, by dobrze oszacować, co trzeba przygotować w ramach tej „aplikacji webowej", a co za tym idzie - kosztów z tym związanych. Odrębną kwestię stanowią dane wrażliwe (pojazd z widocznym numerem rejestracyjnym, czyli praktycznie każdy przejeżdżający po urządzeniem kontrolnym), których poziomy autoryzacji w aplikacji powinny być odpowiednio zabezpieczenia. Bez danych szczegółowych o systemie ANPRS zaprojektowanie i oszacowanie kosztów takiego zabezpieczenia nie jest możliwe.

Takie ukształtowanie SIWZ nie pozawala na identyfikację wszystkich zadań i ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia oraz skalkulowanie oferty. Bez udostępnienia powyżej wskazanych szczegółowych informacji dotyczących systemu ANPRS PL kalkulacja oferty nie jest zatem możliwa.

Mając powyższe argumenty na uwadze, odwołanie w ocenie Odwołującego jest
w pełni zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący Kapsch jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz deklarujący potencjał do jego realizacji, wykazał interes
w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.
Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie opisu w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy
w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**(dalej jako „Przystępujący" lub „Aldesa")**.** Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający
w Załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia, zmodyfikował treść punktów od 6.1. do 6.4. Zgodnie z nowym brzmienie:

6.1. Wykonawca, jako profesjonalny podmiot posiadający doświadczenie
w budowaniu i utrzymaniu systemów poboru lub kontroli opłat drogowych lub inteligentnych systemów transportowych, jest zobowiązany do bieżącego wskazywania Zamawiającemu wszelkich ryzyk mogących mieć wpływ na osiągnięcie poszczególnych Kamieni Milowych oraz jest zobowiązany do zaprojektowania oraz wdrożenia Punktów Kontrolnych w sposób umożliwiający zbieranie danych określonych w Załączniku nr 2 do OPZ, w celu ich późniejszego przekazania do Systemu ANPRS PL w sposób niezakłócający jego funkcjonowania.

6.2. Poprzez zakłócenie prawidłowości funkcjonowania Systemu ANPRS PL należy rozumieć zmniejszenie wydajności lub zwiększenie awaryjności Systemu ANPRS PL wskutek przekazania danych w sposób niezgodny wymogami określonymi w Załączniku nr 2 do OPZ lub niezgodny z ustalonymi przez Wykonawcę i Zamawiającego zasadami określonymi na etapie realizacji Umowy.

6.3. Zamawiający na etapie realizacji Umowy uzgodni z Wykonawcą szczegóły interfejsu wymiany danych pomiędzy Punktami Kontrolnymi a Systemem ANPRS PL na podstawie wymogów określonych w Załączniku nr 2 do OPZ.

6.4. Proces i szczegółowy zakres integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL zostanie uzgodniony bezpośrednio z Zamawiającym lub podmiotem trzecim wyznaczonym przez Zamawiającego na etapie realizacji Zamówienia, w celu dochowania wszelkich zasad bezpieczeństwa, w tym bezpieczeństwa pozyskiwanych i gromadzonych danych, oraz zapewnienia prawidłowości funkcjonowania kontroli za pośrednictwem Punktów Kontrolnych i swobodnego przepływu danych. Prace i zakres integracji będzie obejmował przynajmniej współpracę w zakresie:

a) instalacji pojedynczego Punktu Kontrolnego w Systemie ANPRS PL pozwalającej na zarządzanie i kontrole poprawności jego funkcjonowania z poziomu Systemu ANPRS PL,

b) weryfikacji poprawności transferu danych z Punktu Kontrolnego do Systemu ANPRS PL oraz poleceń z Systemu ANPRS PL do Punktu Kontrolnego.

Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za działania lub zaniechania leżące po stronie Zamawiającego lub podmiotu trzeciego wyznaczonego przez Zamawiającego.

W *Załączniku nr 5 do OPZ – Harmonogram Lp 4 kol. 3*- Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS Zamawiający wprowadził termin wykonani określając go jako 12 tygodni od dnia podpisania umowy.

Wprowadzone zmiany stały się podstawą złożenia odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 1 i odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 2, w przypadku merytorycznego rozpoznania – o jego oddalenie.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie – w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1, dotyczącego określenia terminu na wykonanie etapu dostosowania miejsc poboru opłat do pełnienia roli punktów kontrolnych dla SPOE KAS.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba uznała, iż nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Poddając analizie zarzut nr 1 Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, przedstawiony został przez Odwołującego materiał dowodowy, potwierdzający zasadność zarzutu. Odwołujący po pierwsze w załączniku nr 1 do odwołania (objętym tajemnicą przedsiębiorstwa) rozpisał i uzasadnił jaki czas niezbędny jest na wykonanie poszczególnych etapów prac opisanych w SIWZ. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawca Aledsa wskazali i udowodnili istnienie co najmniej kilku obiektywnych uwarunkowań, które czynią wykonanie prac w terminie nakreślonym przez Zamawiającego nierealnym lub przynajmniej wysoce utrudnionym. Złożono korespondencję mailową (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) z podmiotami trzecimi, z którymi pracę potencjalnie zamierza podjąć Odwołujący przy realizacji przedmiotu zamówienia. Z materiału tego płynie jedna teza natury generalnej, mianowicie w czasie założonym przez Zamawiającego nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tej części. Propozycje wykonania poszczególnych etapów prac przez podmioty te nieznacznie różniły się między sobą, ale wszyscy oni zakładali czas o wiele dłuższy niż wyznaczył Zamawiający. Dodatkowo Aldesa złożyła kilka oświadczeń dostawców komponentów do systemu, z których wynikało, że czas oczekiwania na dostawę tych komponentów w ilości oczekiwanej przez Zamawiającego zajmie około ¾ okresu wyznaczonego przez Zamawiającego na realizację zamówienia w tej części. Jeżeli producent zakłada na dostawę kluczowych elementów systemu 8 do 10 tygodni, trudno przyjąć za realny do wykonania pozostałych czynności czas 2 tygodni, zwłaszcza jeżeli obejmuje ten okres fazę projektową, fazę uzyskania pozwoleń, uzgodnień z podmiotami trzecimi i fazę testów przed odbiorem prac. Nawet jeżeli przyjąć, że w ciągu tych 8 tygodni prace będą toczyły się równolegle, to zamontowanie, uruchomienie i przetestowanie urządzeń na punktach zajmie więcej niż 2 tygodnie.

Nie odpowiadała rzeczywistości argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący nie uwzględnił dla poszczególnych etapów wykonywania prac przy założeniu współpracy z operatorami odcinków dróg, zarządcami dróg, innymi podmiotami trzecimi, z którymi współpracuje Zamawiający. Zdecydowana większość etapów wykonawczych prac (pkt 4 do 7 Załącznika nr 1 do odwołania) takie właśnie założenie przewiduje.

Zdaniem Izby nie jest również właściwe czynienie zarzutu wykonawcy, iż dla wykonania pewnych czynności przewiduje on czas maksymalny (w granicach określonych przez samego Zamawiającego). Nie wiedzieć czemu Wykonawca ma zakładać, że uzgodnienia i stanowisko Zamawiającego uzyska wcześniej, w sytuacji, gdy sam Zamawiający zostawił sobie dłuższy okres na podjęcie decyzji. Działania Wykonawcy przy konstruowaniu oferty, sporządzaniu kalkulacji, układaniu harmonogramu mają charakteryzować się realnością założeń, sumiennością kalkulacji i szacowania możliwych do wystąpienia ryzyk, a nie nadmiernym optymizmem.

Zamawiający wskazywał, że przedstawiony przez Odwołującego harmonogram działań jest tylko jedną z wielu możliwych do zaplanowania i przeprowadzenia opcji wykonania zamówienia. Zaznaczono, że dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego pokazują, że możliwe jest jednoczesne wykonywanie prac, w innej sekwencji niż przestawił to Odwołujący. Niestety, na powyższą okoliczność i poparcie swoich twierdzeń Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, ograniczając się do ogólnych twierdzeń przedstawionych w treści odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie. Co prawda, Zamawiający powoływał się na doświadczenie z innego prowadzonego postępowania, sam jednak przyznał, iż termin na wykonanie zadania przy mniejszym zakresie przedmiotowym określony został na 15 tygodni. Nie bez znaczenia pozostaje w ocenie Izby okoliczność, że po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca zainteresowany postępowaniem, który popierałby stanowisko, iż możliwe jest wykonanie zakresu objętego przedmiotem zamówienia w 12 tygodni.

Z drugiej strony dwóch wykonawców, profesjonalistów, z dużym doświadczeniem w realizacji kontraktów obejmujących podobny przedmiot zamówienia, zgodnie twierdziło, że takie określenie terminu wykonania czyni przedmiot zamówienia niemożliwym do realizacji.

Co także warte dostrzeżenia, choć Zamawiający podkreślał, że możliwa jest inna sekwencja wykonania przedmiotu zamówienia, z krótszymi okresami poszczególnych etapów, to zdecydowano, iż postępowanie prowadzone będzie w formule „zaprojektuj i wybuduj". Jeżeli Zamawiający uważał, że na bazie wcześniejszych doświadczeń własnych znana mu i sprawdzona formuła prowadzenia inwestycji o podobnym rozmiarze, jest właściwsza, gwarantuje sprawniejsze wykonanie prac, mógł wybrać tryb podstawowy.

Z jednej strony Zamawiający twierdzi, że nie narzuca Wykonawcom sekwencji wykonywania prac, ale z drugiej strony uważa, że ich wykonywanie jest możliwe w sposób kaskadowy. Nie można na obecnym etapie postępowania czynić zarzutu wykonawcom, że również bazując na własnych doświadczeniach w realizacji podobnych kontraktów, wypracowali oni harmonogram optymalny, gwarantujący niezakłóconą pracę i nie rodzący po ich stronie ryzyka choćby zapłaty kar umownych za niedotrzymanie wyśrubowanych terminów realizacji.

Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, że Odwołujący dąży do doprowadzenia do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla niego, niezależnie od potrzeb Zamawiającego, z pominięciem zdolności i potencjału innych wykonawców. Przecież właśnie inni wykonawcy zgodnie popierali zarzuty odwołania wskazując na nierealność ustalonych terminów. W ocenie Izby to raczej Zamawiający nie wykazał, iż takie ukształtowanie terminu jest uzasadnione szczególnymi potrzebami Zamawiającego. W tej materii nie przedstawiono ani argumentacji, ani materiału dowodowego.

Choć Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, to z uprawnienia tego nie można korzystać w

sposób nadmierny.

Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub
z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawców funkcjonujących na danym rynku oraz ciążących na nich obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Potrzeby te nie mogą jednak prowadzić do preferowania tylko jednego rozwiązania systemowego, podczas gdy na rynku dostępnych jest wiele, funkcjonalnie zbieżnych rozwiązań, które może zaoferować nieograniczony krąg wykonawców.

Izba jedynie w sposobie liczenia terminu podzieliła argumentację przedstawioną przez Zamawiającego i uznała, że możliwe jest ustalenie terminu 20 tygodni od dnia podpisania umowy. Jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie moment wydania instrukcji, nie dotyczy punktów 3 i 4 załącznika nr 5 czyli dostosowania – do punktu 4 odnosi się zarzut odwołania. Termin wydania instrukcji dotyczy punktów 1 i 2 załącznika nr 5, czyli budowy punktów kontroli w 19 lokalizacjach, co zakresem odwołania nie było objęte. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił Odwołujący. Biorąc pod uwagę powyższe, iż Izba nie jest związana treścią żądania, uznano że czyniącym zadość odwołaniu będzie wydłużenie terminu wykonania danej części zamówienia do 20 tygodni przy założeniu, że bieg terminu rozpoczyna się z momentem podpisania umowy.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu nr 2 Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej w odwołaniu.

Zamawiający kwestionował zasadność udostępnienia dokumentacji źródłowej systemu ANPRS PL, podnosząc, że kody źródłowe służą tylko do połączenia prac wykonanych przez wykonawcę z ANPRS PL i wykonawca nie musi ich na tym etapie znać. Zamawiający zwracał również uwagę, że system ten gromadzi ogromną ilość danych wrażliwych, udostępnianie protokołów komunikacji na tym etapie postępowania nie byłoby celowe. Wiele z wnioskowanych do udostępnienia elementów to kwestie dotyczące szczegółowych zasad funkcjonowania tego systemu, których ujawnienie i stworzenie określonego katalogu i zbioru danych może wpływać na bezpieczeństwo funkcjonowania systemu i państwa. Izba podziela takie stanowisko.

Zamawiający słusznie także dostrzegł, że w zmienionych punktach od 6.1 do 6.3 Załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ podkreślono, iż kluczowy jest element zbierania danych w postępowaniu. Specyfikacja wskazuje także, które dane zbierane są na punktach kontrolnych, i które dane będą musiały zostać przekazane do systemu ANPRS. Zatem wielkość zbioru do przekazania możliwa jest do określenia. W załączniku nr 2 do SIWZ określono sposób przekazania danych, jednocześnie podkreślając, że należy mieć na uwadze niezakłóconą pracę systemu ANPRS PL i wprowadzono definicję, co Zamawiający będzie uważał za zakłócenie pracy lub zmniejszenie wydajności systemu.

Odwołujący zaś nie przedstawił konstruktywnej argumentacji wykazującej okoliczności przeciwne. Izba nie neguje faktu, iż przekazanie bardziej szczegółowych danych dotyczących systemu ANPRS PL z perspektywy wykonawców byłoby pożądane i być może jest uzasadnione, niemniej aby możliwe było uwzględnienie przedmiotowego zarzutu Odwołujący winien był wykazać, że bez konkretnych, ściśle określonych informacji czy danych, nie jest możliwe dokonanie wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący Kapsch temu obowiązkowi nie sprostał. Odwołujący ograniczył się do zadania szeregu pytań bez określenia choćby kierunkowo czemu uzyskanie danych informacji ma służyć i w jaki sposób uzyskanie informacji przełoży się na możliwość złożenia prawidłowo wycenionej oferty. Nie jest z pewnością tak, że uzyskanie odpowiedzi na wszystkie pytania wpłynie na możliwość złożenia oferty, czy też z drugiej strony świadczy o błędnym opisaniu przedmiotu zamówienia. Przykładowo w pytaniu nr 5 - Czy dane powinny posiadać cyfrowy podpis celem weryfikacji autentyczności danych? Jeżeli tak, to jaki jest wymagany poziom bezpieczeństwa klucza szyfrującego dla certyfikatu?, z uwagi na charakter gromadzonych informacji, można z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością przyjąć, że konieczne są zabezpieczenia o wysokim stopniu. Wykonawca jako profesjonalista w branży bez problemu powinien zidentyfikować i oszacować takie ryzyka, a następnie wycenić je w ofercie, zwłaszcza w sytuacji, gdy posiada doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów.

Dodatkowo Zamawiający wprowadził w punkcie 6.4 zasadę, iż Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za działania lub zaniechania leżące po stronie Zamawiającego lub podmiotu trzeciego wyznaczonego przez Zamawiającego. W ocenie Izby taki zapis można odczytywać w ten sposób, że za problemy mogą powstać w toku realizacji prac na styku obu systemów Wykonawca nie będzie odpowiadał, jeżeli źródłem tych problemów będą działania lub zaniechania Zamawiającego lub podmiotu przez niego wyznaczonego a dotyczyły będą informacji o systemie ANPRS PL czy też jego działania/funkcjonowania, które nie zostały ujawnione i udostępnione przed terminem składania ofert.

Reasumując, z tych powodów, Izba uznała, że powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym
w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1.

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia zarzutów, obciążając kosztami
w 1/2 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione) oraz Odwołującego w wysokości 1/2 (zarzuty oddalone) poniesionych kosztów.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując*
w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r., sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13. Podobnie orzeczono w wyroku Sądu Okręgowego
w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego
w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r., sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty Odwołującego poniesione w tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł). Zamawiający nie zgłosił wniosku o zasądzenie na jego rzecz kosztów z tytułu zastępstwa procesowego.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **9 300 zł 00 gr** tytułem zwrotu 1/2 części kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego (wpis 15 000,00 zł oraz 3 600,00 zł koszty zastępstwa, co daje łącznie 18 600,00 zł) przy uwzględnieniu 1/2 wartości tych kosztów, bowiem zasadny okazał się jeden z dwóch rozpoznawanych na rozprawie zarzutów odwołania, a drugi z zarzutów został uznany za niezasadny. Skoro Odwołujący poniósł koszty w wysokości 18 600 zł odpowiadając jedynie do ½ ich wysokości, konieczne było zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego różnicy pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne,
o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone czy też postanowienie o odrzuceniu części odwołania lub o umorzeniu postępowania
w części. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu,
X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……