Sygn. akt: KIO 1593/20
Sygn. akt: KIO 1625/20

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. oraz w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez:

A. wykonawcę Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 1593/20;

B. wykonawcę PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 1625/20;

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20;

B. wykonawcy Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20;

C. wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20;

D. wykonawcy Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20;

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20:

1. umarza postepowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1a, 1c, 1e, 1f, 1g, 2c, 2d, 2f i 2g w odwołaniu;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu oznaczonego numerem 1b w odwołaniu i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez

określenie w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości Modyfikacji Punktów Kontrolnych, jakie wykonawca zobowiązany będzie zrealizować w ramach wynagrodzenia umownego za Usługę Utrzymania Punktów Kontrolnych, ze szczególnym uwzględnieniem Modyfikacji Punktów Kontrolnych obejmujących wprowadzenie tymczasowych lub trwałych zmian w konstrukcji nośnej Punktów Kontrolnych oraz obejmujących prace niezbędne do wykonania dla umożliwienia przejazdu pojazdów nienormatywnych;

2.2. zarzutu oznaczonego numerem 2a w odwołaniu w zakresie dotyczącym możliwości wielokrotnego nakładania kary umownej za to samo zdarzenie na podstawie § 24 ust. 14 pkt 1 Istotnych Postanowień Umowy i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie w treści § 24 ust. 14 pkt 1 lit. c IPU, że kara, o której mowa w tym postanowieniu, nie obejmuje przypadków wymienionych w § 24 ust. 14 pkt 1 lit a i b IPU;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Ministerstwo Finansów w części 2/5 oraz odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 3/5 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego Ministerstwa Finansów na rzecz odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20:

1. umarza postepowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 w odwołaniu oraz w zakresie zarzutu oznaczonego nr 2 w odwołaniu w części odnoszącej się do wskazanych w załączonej do odwołania Tabeli żądań modyfikacji dotyczących następujących postanowień SIWZ:

- w odniesieniu do postanowień OPZ: pkt. 5.5, pkt 5.14. d), k), l) oraz m), pkt 8.2, pkt 8.3 a), pkt 9.7 k), pkt 9.8.a), pkt 10, pkt 15.1;

- w odniesieniu do postanowień załącznika nr 2 do OPZ - Sprzęt: pkt 2, pkt 2.7, pkt 2.9, pkt. 2.12, pkt 2.17, pkt 2.20, pkt 2.25, pkt 3.10, pkt 3.20, pkt 6.1, pkt 6.2, pkt 6.4;

- w odniesieniu do postanowień IPU: § 5 ust. 3, § 24 ust 2, § 24 ust. 9, § 27 ust. 5 pkt 7, § 24 ust. 14 pkt 5;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 odwołującego 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: .....

Sygn. akt: KIO 1593/20

Sygn. akt: KIO 1625/20

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

Zamawiający - Ministerstwo Finansów (Minister właściwy do spraw finansów publicznych wstąpił z mocy prawa w stosunki prawne Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy

o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2020 r. poz. 1087) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej" (numer ref. BDG.ZPB.230.35.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 126-308547. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn akt KIO 1593/20

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 1" lub „Kapsch") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ"), w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oraz Istotnych Postanowień Umowy („IPU"). Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 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 przedmiotowego zamówienia, co znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia Odwołującemu dokonanie prawidłowej kalkulacji i złożenie oferty w postępowaniu i może mieć wpływ na sporządzenie w postępowaniu nieporównywalnych ofert, w szczególności poprzez:

a) 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 funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" w sposób powodujący niepewność co do rzeczywistej długości tego terminu i sprzeczny z pozostałymi postanowieniami SIWZ i treścią oferty składanej przez wykonawców,

b) brak precyzyjnego zdefiniowania w pkt. 10, 15 i 16 OPZ usług Modyfikacji, Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych oraz różnic pomiędzy zakresami tych usług, co powoduje brak pewności co do tego, jakie usługi (w jakiej ilości i jakim zakresie)

wchodzą rzeczywiście w skład Przedmiotu Zamówienia, a w szczególności jakie

czynności i w jakiej ilości objęte są ryczałtowym wynagrodzeniem,

c) brak precyzyjnego wskazania w SIWZ (w szczególności w pkt. 4.2 OPZ), jaka liczba Pasów Poboru Opłat w poszczególnych Miejscach Poboru Opłat będzie przedmiotem usługi dostosowania istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS (pkt 8 OPZ), co sprawia, że Przedmiot Zamówienia pozostaje niedoprecyzowany, a to uniemożliwia kalkulację oferty przez wykonawców i czyni składane oferty nieporównywalnymi,

d) brak udostępnienia szczegółowych informacji dotyczących systemu ANPRS PL, co uniemożliwia kalkulację oferty i nakłada na wykonawców ryzyka niemożliwe do skwantyfikowania na etapie ofertowania,

e) nieprecyzyjne wskazanie zakresu możliwych do zlecenia prac w zakresie oznakowania

Sieci Dróg Płatnych (pkt. 21 OPZ), co uniemożliwia skalkulowanie oferty,

f) wskazanie w § 4 ust. 3 pkt. 11 IPU na ogólny obowiązek wykonawcy opracowywania

analiz, opracowań, zestawień i porównań według nieznanych na obecnym etapie

wytycznych i wymagań Zamawiającego i bez doprecyzowania zakresu tego obowiązku, jak również bez wskazania zasad ustalania wytycznych i wymagań przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, co uniemożliwia identyfikację zakresu

niezbędnych prac i kalkulację oferty oraz nakłada na wykonawców ryzyka niemożliwe do skwantyfikowania na etapie ofertowania

g) sprzeczne wskazanie w § 11 ust. 4 IPU oraz pkt. 9.18 OPZ terminu, w jakim

wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia Plan Czynności Utrzymania;

2. naruszenie art 5 i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego

i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można

przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, w szczególności wobec

nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania Przedmiotu Zamówienia przez Zamawiającego oraz ukształtowanie IPU w sposób, który przewiduje rażąco

niewspółmierną wysokość kar umownych do wartości Przedmiotu Zamówienia, w szczególności poprzez:

a) ukształtowanie w § 24 ust. 14 pkt. 1 lit. a IPU niewspółmiernej do wysokości

wynagrodzenia kary umownej w wysokości 200.000 PLN za jeden dzień opóźnienia dla jednej lokalizacji oraz jednego dostosowania w zw. z § 27 ust. 5 pkt. 7 IPU, który pozwala na odstąpienie od umowy, kiedy kary umowne przekroczą 200.000 PLN oraz § 27 ust. 15 i § 27 ust. 16, które pozwalają na wypowiedzenie umowy w takim przypadku, a także § 24 ust. 14 lit. a, b oraz c IPU poprzez ukształtowanie umowy w sposób pozwalający na wielokrotne nakładanie kary umownej za to samo zdarzenie, a także ukształtowanie w § 24 ust. 2 IPU odpowiedzialności wykonawców z tytułu kar umownych na zasadzie ryzyka,

b) nałożenie na wykonawców w § 12 ust. 3 IPU nieproporcjonalnie długiego (6 lat) okresu gwarancji oraz nakazanie stosowania tego terminu w § 12 ust. 9 IPU również w przypadku, gdy elementy pozyskiwane od innych producentów są objęte krótszym okresem gwarancji, a także wskazanie w § 12 ust. 5 IPU krótkiego (5 dni) termin na wykonanie napraw gwarancyjnych (dodatkowo ograniczonego w pkt. 4.2.16 Załącznika Nr 2 do OPZ), a także objęcia gwarancją udzielaną przez wykonawcę również elementów przedmiotu umowy wykonywanych przez Zamawiającego (Dokumentacja Umowna),

c) przyznanie w pkt. 22.4 OPZ Zamawiającemu nieograniczonego czasu na akceptację Dokumentacji, co naraża wykonawcę na niedotrzymanie terminów umownych i związaną z tym odpowiedzialność kontraktową oraz prowadzi do sprzecznej z prawem nierówności stron umowy,

d) wskazanie w § 27 ust. 5 pkt. 6 IPU, jako przestanki odstąpienia od umowy, wydania wyroku lub postanowienia zakazującego, choćby tymczasowo, korzystanie z SPOE KAS bez uregulowania w sposób proporcjonalny konsekwencji związanych takim odstąpieniem, tj. obowiązku zapłaty należnego wynagrodzenia dla wykonawcy w takim przypadku,

e) wskazanie w § 8 ust. 15 IPU, że dla osiągnięcia Kamienia Milowego „Budowa i uruchomienie nowych punktów" niezbędne jest podpisanie protokołów odbioru bez wad i usterek, pomimo wprowadzenia w IPU kategorii Wad Nieistotnych,

f) nałożenie na wykonawcę w § 16 ust. 19 IPU obowiązku zapewnienia w umowie zawieranej z Podwykonawcą możliwości dokonania cesji praw i obowiązków z tejże umowy na Zamawiającego (z jednoczesnym umożliwieniem dokonania przez Zamawiającego dalszej cesji praw i obowiązków na Następczego Wykonawcę) oraz przyznanie Zamawiającemu nieproporcjonalnie długiego (mając na uwadze terminy realizacji Przedmiotu Zamówienia) czasu na zgłoszenie zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo (30 dni),

g) nieprecyzyjne wskazanie w § 25 oraz w § 10 ust. 9 IPU uprawnienia Zamawiającego do wykonania prac w ramach wykonania zastępczego, bez jednoznacznego wskazania, czy skorzystanie przez Zamawiającego z tej instytucji może mieć miejsce

jedynie w przypadku zwłoki wykonawcy czy też w przypadku opóźnienia wykonawcy, co stwarza ryzyko, że wykonawca obciążony zostanie ryzykami (i skutkami ryzyk) pozostających poza jego kontrolą.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie 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 funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" jako „20 tygodni od wydania Instrukcji",

2. precyzyjne rozróżnienie w OPZ usług Modyfikacji i Przebudowy Punktów Kontrolnych ze

wskazaniem, że Modyfikacje oznaczają jedynie drobne zmiany w zakresie konfiguracji Punktów Kontrolnych (bez ingerencji w ich konstrukcje nośne) oraz wskazanie limitu tak zdefiniowanych Modyfikacji Punktów Kontrolnych objętych ujętym w ofercie ryczałtowym wynagrodzeniem oraz precyzyjne wskazanie, że za dodatkowe (ponad wskazane limity) usługi Modyfikacji i Przebudowy Punktów Kontrolnych wykonawca otrzyma dodatkowe wynagrodzenie,

3. precyzyjne wskazanie w SIWZ (w szczególności w pkt. 4.2 OPZ), jaka liczba Pasów Poboru Opłat w poszczególnych Miejscach Poboru Opłat będzie przedmiotem usługi dostosowania istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS (pkt 8 OP2) (ze wskazaniem konkretnych lokalizacji i ilości Pasów w danej lokalizacji),

4. 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 ,

5. wskazanie, że zakres możliwych do zlecenia prac w zakresie oznakowania Sieci Dróg Płatnych (pkt. 21 OPZ), dotyczy jedynie Punktów Kontrolnych objętych Przedmiotem Zamówienia,

6. wykreślenie § 4 ust. 3 pkt. 11 IPU lub jego jednoznaczne doprecyzowanie,

7. zmniejszenie kary umownej przewidzianej w § 24 ust. 14 pkt. 1 lit. a IPU do kwoty 50.000

PLN za opóźnienie w realizacji wszystkich zadań objętych wydaną przez Zamawiającego Instrukcją,

8. zmodyfikowanie § 27 ust. 5 pkt. 7 IPU, § 27 ust. 15 IPU oraz § 27 ust. 16 IPU, tak, aby odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie mogło nastąpić w przypadku, w którym

opóźnienia, za które nałożono kary umowne sięgają co najmniej 10 dni,

9. doprecyzowanie § 24 ust. 14 lit. a, b oraz c w sposób uniemożlwiający kilkukrotne karanie wykonawcy za to samo zdarzenie,

10. zmianę § 24 ust. 2 poprzez określenie odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie winy, a nie na zasadzie ryzyka,

11. skrócenie okresu udzielanej gwarancji do maksymalnego okresu świadczenia Usługi

Utrzymania (36 miesięcy), a w przypadku gwarancji udzielanych przez producentów poszczególnych elementów - do okresu, na jaki producent danego elementu udziela gwarancji oraz wydłużenie terminu realizacji poszczególnych napraw gwarancyjnych do 16 tygodni (lub wprowadzenie katalogu rodzajów zdarzeń objętych gwarancją i ich znaczenia dla możliwości funkcjonowania systemu oraz przyporządkowanie do nich realnych, uwzględniających realia rynkowe i operacyjne, terminów reakcji), a także usunięcie z zakresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę elementów przedmiotu umowy tworzonych przez Zamawiającego (Dokumentacja Umowna w zakresie, w jakim dostarczana lub opracowywana jest przez Zamawiającego),

12. wskazanie w pkt. 22.4 OPZ, że Zamawiający zobowiązany jest do akceptacji lub zgłoszenia uwag do przedstawionej Dokumentacji w terminie nie dłuższym niż 10 Dni Roboczych,

13. wskazanie, iż w przypadku odstąpienia od umowy w sytuacji uregulowanej w § 27 ust. 5 pkt. 6 IPU zastosowanie mają zasady określone w art. 644 Kodeksu cywilnego,

14. wskazanie w § 8 ust. 15 IPU, że dla osiągnięcia Kamienia Milowego „Budowa i uruchomienie nowych punktów" wystarczającym jest zgłoszenie gotowości do dokonania odbioru, a nie podpisanie protokołów odbioru, lub, alternatywnie, podpisanie protokołów odbioru bez Wad Istotnych,

15. wykreślenie w § 16 ust. 19 IPU słów „z jednoczesnym umożliwieniem dokonania przez Zamawiającego dalszej cesji praw i obowiązków na Następczego Wykonawcę" oraz skrócenie terminu, w jakim Zamawiający powinien zgłosić zastrzeżenia do umowy o podwykonawstwo do 14 dni,

16. wskazanie w § 25 oraz w § 10 ust. 9 IPU uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego w przypadku zwłoki wykonawcy,

17. ujednolicenie terminu, w jakim wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia Planu Czynności Utrzymania w § 11 ust. 4 IPU oraz pkt. 9.18 OPZ (jako 60 dni od dnia podpisania umowy).

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący Kapsch w pierwszej kolejności przedstawił uwagi natury ogólnej odnoszące się do sposobu opisywania przedmiotu zamówienia, powołując się na stanowisko doktryny oraz orzecznictwo (m.in. wyroki KIO z dnia 27 grudnia 2011 t., sygn.

akt KIO 2649/11, z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 479/19, z dnia 27 maja 2019 r., sygn. akt KIO 856/19, z dna 30 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1380/18 i KIO 1384/18, z dnia 19 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 798/08, z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 1985/18, z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2030/18, z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 173/18.

W odniesieniu do zarzutu nr 1a Odwołujący wskazał, iż termin wykonania prac pn.

„Dostosowanie Miejsca Poboru Opłat w ramach MS PO A2 i MS PO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS" określony jako „Start Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS" jest zdarzeniem przyszłym i niezdefiniowanym. Zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie pkt. 4 Załącznika Nr 5 do OPZ jest wobec tego sprzeczne z założeniami SIWZ i powoduje niepewność po stronie wykonawców co do tego, w jakim terminie prace objęte tym punktem harmonogramu powinny być rzeczywiście wykonane. Odwołujący Kapsch zauważył, że zgodnie z definicją wskazaną w § 1 ust. 2 pkt. 22 IPU, warunki i termin dostosowania MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS Zamawiający wskaże w Instrukcji (zgodnie z definicją Instrukcji przewidzianą w IPU). Z kolei w formularzu oferty wykonawcy mają zadeklarować czas realizacji wydanej Instrukcji dla danego Punktu Kontrolnego, a wskazany przez wykonawców termin stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. Jednocześnie pkt. 8.1 OPZ wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest do dostosowania MPO zgodnie z harmonogramem określonym w Załączniku nr 5 do OPZ. Jeśli więc przewidziany w Załączniku nr 5 do OPZ harmonogram w pkt. 4 referuje do innego sposobu obliczania terminu realizacji prac, niż poprzez odesłanie do terminu wskazanego w wydawanej przez Zamawiającego Instrukcji (poprzez wskazanie nieznanej dziś daty zdarzenia przyszłego), to zdaniem Odwołującego w praktyce może okazać się, że termin na dokonanie dostosowania MPO jest dużo krótszy (np. w skrajnym przypadku Instrukcja zostanie wydana przez Zamawiającego na dzień przed startem Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS). Takie ukształtowanie SIWZ powoduje niepewność co do rzeczywistej długości tego terminu i sprzeczne z postanowieniami SIWZ i oferty składanej przez wykonawców. W ocenie Odwołującego Kapsch termin na dostosowanie MPO powinien być określony zgodnie z SIWZ i ofertą, tak jak w innych punktach harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 5 do OPZ (jako 20 tygodni od wydania przez Zamawiającego Instrukcji). W przeciwnym wypadku, mając na uwadze wysokość kar umownych i nakładanie ich na zasadzie ryzyka, nie jest możliwe skalkulowanie przez wykonawców oferty i skwantyfikowanie ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 1b Odwołujący 1 wskazał, iż pkt. 10 OPZ definiuje Modyfikacje Punktów Kontrolnych w sposób bardzo szeroki. Zgodnie z nim Modyfikacja Punktów

Kontrolnych oznacza zarówno dokonanie zmiany usytuowania poszczególnych Elementów

istniejącego Punktu Kontrolnego, jak i złożone i kosztowne wprowadzanie tymczasowych lub trwałych zmian w konstrukcji nośnej Punktów Kontrolnych, czy też prace niezbędnych do wykonania dla umożliwienia przejazdu pojazdów nienormatywnych. Wszystkie te prace, których ilości i zakresu nie można obecnie przewidzieć (brak jest w OPZ i IPU limitu takich Modyfikacji, jakie Zamawiający może zlecić) mają być objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Odwołujący zauważył, że IPU wprawdzie w pkt. 15.8 wprowadza limit trzech usług Rozbudowy

i Przebudowy Punktów Kontrolnych, jednak wobec braku czytelnego rozróżnienia pomiędzy definicją Modyfikacji Punktu Kontrolnego i Rozbudowy i Przebudowy Punktu Kontrolnego (również w kontekście pkt. 16 OPZ, który dotyczy Przebudowy Punktu Kontrolnego, a w pkt. 16.1 odwołuje się do Modyfikacji Punktu Kontrolnego) istnieje ryzyko, że zlecane przez Zamawiającego zmiany (w tym również dotyczące konstrukcji nośnej, a zatem zasadnicze zmiany konstrukcyjne) traktowane będą przez Zamawiającego jako usługa Modyfikacji, za które wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie. Odwołujący wskazał, iż w obecnym brzmieniu OPZ Modyfikacje nie ograniczają się jedynie do drobnych zmian skoro obejmują również elementy konstrukcyjne. Nie sposób też przewidzieć ile ich będzie, a do tego pozostają one poza kontrolą wykonawcy (np. nie da się ustalić ilości przejazdów ponadnormatywnych, które mogą wymagać znacznych zmian). W skrajnym przypadku Zamawiający może zlecić dowolną ilość trwałych lub tymczasowych zmian w konstrukcji nośnej, a Wykonawca nie otrzyma za nie wynagrodzenia, co może doprowadzić nawet do utraty płynności finansowej przez wykonawcę i tym samym ogłoszenie upadłości. Zwrócić w tym kontekście należy bowiem uwagę również na § 15 ust. 3 IPU, zgodnie z którym wynagrodzenie stanowi całość kosztów wykonawcy. W ocenie Odwołującego tak ukształtowany OPZ uniemożliwia więc skalkulowanie oferty, a także nakłada na wykonawców (nieproporcjonalne) ryzyka, których zakres jest obecnie niemożliwy do przewidzenia, a przez to narusza przepisy ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego 1, aby oferta mogła być skalkulowana (a złożone oferty porównywalne, w przeciwnym bowiem wypadku każdy z wykonawców przyjmie inne założenia dla kalkulowania ceny) Modyfikacja Punktu Kontrolnego powinna obejmować jedynie zmiany usytuowania poszczególnych Elementów (nie będących elementami nośnymi lub konstrukcyjnymi) istniejącego Punktu Kontrolnego, a maksymalna ilość takich Modyfikacji, jakie Zamawiający może zlecić w ramach oferowanego wynagrodzenia powinna być zdefiniowana. Wszelkie inne prace powinny być traktowane jako Przebudowa lub Rozbudowa Punktu Kontrolnego i - poza trzema przypadkami objętymi wynagrodzeniem zgodnie z pkt. 15.8 OPZ, w przypadku zlecenia dodatkowych Modyfikacji, Przebudowy czy Rozbudowy Punktów Kontrolnych wykonawca powinien za takie prace otrzymać wynagrodzenie. W ocenie Odwołującego takie prace mogłyby być też traktowane jako opcja. Odwołujący 1 podkreślił, że takie precyzyjne zdefiniowane zakresu usług objętych

Przedmiotem Zamówienia w praktyce (skoro oferenci nie będą musieli brać pod uwagę nieznanych i nieograniczonych ryzyk kalkulując ofertę) może przyczynić się do tego, że oferowane ceny będą niższe, a zatem będzie to korzystniejsze z perspektywy dyscypliny finansów publicznych.

Odnosząc się do zarzutu nr 1c Odwołujący Kapsch podniósł, iż częścią Przedmiotu Umowy jest dostosowanie istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS (pkt 8 OPZ). Jak wskazano w pkt. 4.2 OPZ, dostosowaniu będą podlegały wszystkie MPO wyszególnione w Załączniku nr 4. Jednakże Zamawiający dopiero na etapie realizacji Zamówienia określi liczbę Pasów Poboru Opłat, które będą podlegały dostosowaniu. Takie ukształtowanie SIWZ powoduje, że wykonawcy powinni w kalkulacji oferty uwzględnić dostosowanie wszystkich 123 Pasów Poboru Opłaty, jednak w praktyce Zamawiający może zlecić dostosowanie (teoretycznie) tylko 1 lub 2 Pasów. Uniemożliwia to kalkulację oferty, w szczególności przypisanie kosztów stałych i zmiennych dla tej części Przedmiotu Zamówienia, skoro nie jest znany przynajmniej minimalny zakres zamówienia, który ponad wszelką wątpliwość będzie zrealizowany. W istocie bowiem, Zamawiający każe sobie wycenić całość przedmiotu zamówienia jako zamówienie podstawowe, a w praktyce okazuje się, że to zamówienie jest swego rodzaju „opcją", gdyż Zamawiający dopiero w trakcie realizacji zamówienia (po zawarciu umowy) wskaże rzeczywisty i ostateczny przedmiot przewidziany do realizacji, za który wykonawcy zapłaci stosowne wynagrodzenie. Wykonawca nie ma w momencie kalkulacji oferty żadnych wskazówek jaki „minimalny" zakres będzie podlegał realizacji, gdyż decyzja w tym względzie jest pozostawiona w całości uznaniu Zamawiającego. W ocenie Odwołującego 1 takie ukształtowanie SIWZ jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp powinno uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji za uzasadnione należy uznać oczekiwanie wykonawcy, że opis przedmiotu zamówienia będzie zawierał przejrzyste postanowienia dotyczące zakresu ilościowego planowanego zamówienia. Nie można przyjąć, że wykonawca dokonana wyceny oferty w sytuacji, w której nie jest znany jej zakres. Odwołujący wskazał, iż zamawiający określając w opisie przedmiotu zamówienia wyłącznie maksymalną ilość dostaw w ramach zamówienia publicznego działa w sposób sprzeczny z wyrażoną wyżej zasadą (przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 2346/16 oraz z dnia 11 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 33/07. Odwołujący zauważył także, że ustawa Pzp przewiduje instytucje pozwalające Zamawiającemu osiągnąć uzasadniony cel, jakim jest zorganizowanie zamówienia najpierw w mniejszym zakresie, przewidując jednak możliwość jego późniejszego

ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp uprawnienia do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w ramach zamówień uzupełniających i dodatkowych. Powołał się m.in. na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 roku, sygn. KIO 2394/14. W ocenie Odwołującego ustawa Pzp zawsze wymaga oznaczenia minimalnego poziomu zamówienia. Również wspomniane wyżej instrumenty prawne pozwalające na kształtowanie zamówień w sposób elastyczny nie przewidują w tym względzie dowolności po stronie Zamawiającego. Minimalne określenie rozmiaru zamówienia stanowi element niezbędny dla zachowania stanu równowagi kontraktowej pomiędzy stronami, a także dla dokonania przez wykonawcę wyceny oferty. Tym samym, Zamawiający powinien co najmniej wskazać, w jakich lokalizacjach na jakiej ilości pasów modyfikacje będą przeprowadzone i są częścią zamówienia, zaś pozostałe, co do których nie ma takiej pewności objąć prawem opcji. Tylko tak sformułowany zakres zamówienia pozwoli wykonawcom na złożenie rzetelne wycenionych i porównywalnych ofert.

Uzasadniając zarzut nr 1d Odwołujący Kapsch wskazał, że SIWZ w wielu miejscach odnosi się do integracji z systemem ANPRS PL. Zgodnie z pkt. 6.4 OPZ, proces i szczegółowy zakres integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL zostanie uzgodniony bezpośrednio z Zamawiający lub podmiotem trzecim wyznaczonym przez Zamawiającego na etapie realizacji Zamówienia. Z kolei pkt. 7.2 OPZ wskazuje, że Wykonawca jest odpowiedzialny za dostarczenie i instalację oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania sprzętu i urządzeń w ramach Systemu ANPRS PL na zasadach określonych w pkt. 6 OPZ. Do systemu ANPRS PL odwołuje się także pkt. 15.2 OPZ, wskazując, że w ramach świadczenia URIP obowiązkiem Wykonawcy jest montaż skonfigurowanego sprzętu elektronicznego i elektroenergetycznego zakupionego przez Wykonawcę w ramach Umowy lub, jeśli będzie to miało miejsce, otrzymanego od Zamawiającego lub innych podmiotów trzecich wskazanych przez Zamawiającego, odpowiedzialnych za działanie pozostałych komponentów SPOE KAS. Wykonawca jest zobowiązany do wsparcia Zamawiającego lub podmiotów obsługujących SPOE KAS przy konfiguracji sprzętu, bezpośrednio w Punkcie Kontrolnym. Zdaniem Odwołującego Kapsch, takie ukształtowanie SIWZ nie pozawala na identyfikację wszystkich zadań i ryzyk związanych z Przedmiotem Zamówienia oraz skalkulowanie oferty. 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. Ze względu na udział podmiotów trzecich, proces ten pozostaje w dużej mierze poza kontrolą wykonawcy, (udział podmiotów trzecich ma miejsce również w procesie zdalnego testowania w czasie rzeczywistym w celu potwierdzenia prawidłowości montażu Elementów IP oraz poprawności funkcjonowania interfejsów Systemu, gdzie zgodnie z § 11 ust. 3 IPU termin testów wyznaczany będzie wykonawcy przez Zamawiającego lub wskazany przez Zamawiającego

nieznany obecnie podmiot trzeci). Jednocześnie wykonanie opisanych powyżej czynności jest

konieczne do osiągnięcia Kamienia Milowego i uzyskania wynagrodzenia, a wszelkie opóźnienia w tym zakresie obciążają wykonawcę (w postaci obowiązku zapłaty kar umownych na zasadzie ryzyka, a także możliwości odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy przez

Zamawiającego). Brak informacji szczegółowych nie pozwala na właściwe oszacowanie oferty (zasoby osobowe, koszty, czas etc.). Jednocześnie Odwołujący 1 zwrócił uwagę na § 7 ust. 5 IPU, zgodnie z którym wszelka odpowiedzialność za przekroczenie terminu realizacji Kamienia Milowego spoczywa na wykonawcy. Bez udostępnienia szczegółowych informacji dotyczących systemu ANPRS PL kalkulacja oferty nie jest zatem możliwa.

W zakresie zarzutu nr 1e w odwołaniu wskazano, iż zgodnie z pkt. 21.1 OPZ wykonawca zobowiązany jest na zlecenie Zamawiającego wykonać oznakowanie Sieci Dróg Płatnych w przypadku takiej konieczności. Za takie prace zgodnie z pkt. 21.7 OPZ nie przysługuje

dodatkowe wynagrodzenie. Zdaniem Odwołującego 1 obecnie brzmienie OPZ nie precyzuje,

że chodzi jedynie o oznakowanie w odniesieniu do Punktów Kontroli stanowiących Przedmiot Zamówienia. Może one dotyczyć więc całej istniejącej w Polsce kilkuset kilometrowej sieci

dróg płatnych. Brak określenia precyzyjnie przedmiotu zamówienia nie pozwala na właściwe

przygotowanie i złożenie oferty.

W przedmiocie zarzutu nr 1f Odwołujący 1 wskazał, iż w § 4 ust. 3 pkt. 11 IPU sformułowano ogólny obowiązek opracowywania przez wykonawcę analiz, opracowań, zestawień i porównań według wytycznych i wymagań Zamawiającego (które jak należy rozumieć są czymś innym, niż Dokumentacja Umowna, o której mowa w § 4 ust. 3 pkt. 10).

Nie jest możliwe w oparciu o SIWZ ustalenie zakresu takiego obowiązku, potrzebnego czasu

na jego realizację i niezbędnych nakładów prac. Uniemożliwia to rzetelne skalkulowanie tego obowiązku w ramach składanej oferty, a tym samym takie ukształtowanie IPU narusza ustawę Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nr 1g Odwołujący Kapsch podniósł, iż przygotowany przez Zamawiającego SIWZ zawiera sprzeczne postanowienia odnośnie terminu, w jakim wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia Plan Czynności Utrzymania. W § 11 ust. 4 IPU wskazano, że wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu, w terminie 14 dni od dnia zawarcia Umowy plan wszystkich przeglądów w postaci Planu Czynności Utrzymania. Natomiast w pkt. 9.18. OPZ wskazano, że wykonawca przedłoży Plan Czynności Utrzymania Zamawiającemu nie później jak 60 dni od dnia podpisania Umowy. Zdaniem Odwołującego konieczne jest wyeliminowanie tej sprzeczności przez Zamawiającego i ujednolicenie przywołanych powyżej postanowień SIWZ poprzez wskazanie, jako terminu na przedłożenie Planu Czynności Utrzymania, 60 dni od daty podpisania umowy.

Uzasadniając zarzuty oznaczone nr 2 odwołania, Odwołujący Kapsch przedstawił wywody natury ogólnej w zakresie kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, powołując się na wyroki KIO z dnia 8 listopada 2018 sygn. KIO 2196/18, 2197/18, z dnia 27 marca 2014 roku, sygn. KIO 487/14, z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. KIO 2280/16, z dnia 10 maja 2019 roku, sygn. KIO 693/19, KIO 694/19 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2019 roku, sygn. XXIII Ga 1023/19.

W zakresie zarzutu nr 2a powołano się także na Raport UZP, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. KIO 980/18, KIO 983/18, z dnia 18 maja 2015 roku, sygn. KIO 897/15, z dnia 27 marca 2014 roku, sygn. KIO 487/14 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2016 roku, sygn. IV CSK 674/15. Odwołujący podniósł, iż wskazana w § 24 ust. 14 pkt. 1 lit. a IPU kara jest niewspółmierna do wysokości wynagrodzenia (200.000 PLN za jeden dzień opóźnienia dla jednej lokalizacji oraz jednego dostosowania), w szczególności w zw. z § 27 ust. 5 pkt. 7 IPU, który pozwala na odstąpienie od umowy, kiedy kary umowne przekroczą 200.000 PLN oraz § 27 ust. 15 i § 27 ust. 16, które pozwalają na wypowiedzenie umowy w takim przypadku. Jednocześnie § 24 ust. 14 lit. a, b oraz c pozwala na wielokrotne nakładanie kary za to samo zdarzenie (niedochowanie terminu, opóźnienie w usunięciu usterek i nieterminowe wykonanie zobowiązania niepieniężnego, którym powyższe zdarzenia również są). Jednocześnie IPU przewiduje w § 24 ust. 2, że kary umowne mogą być nakładane na wykonawcę na zasadzie ryzyka i niezależnie od jego winy. Takie ukształtowanie kar umownych, zdaniem Odwołującego, powoduje, że na wykonawcę przerzucone zostaje ryzyko związane z sytuacjami, które pozostają poza jego racjonalnymi możliwościami kontroli. W szczególności, wykonawca może być karany za trudności związane z realizacją Przedmiotu Zamówienia, które są spowodowane działaniami lub zaniechaniami Zamawiającego lub podmiotów, z którymi to wyłącznie Zamawiający pozostaje w relacjach kontraktowych. Odwołujący wskazał, iż możliwość nałożenia na wykonawcę kar umownych na zasadzie ryzyka, tj. niezależnie od stopnia jego winy stanowi istotne naruszenie zasady swobody umów. Powołał się w tym zakresie na ww. Raport UZP oraz wyrok SN z dnia 17 czerwca 2016 roku, sygn. IV CSK 674/15. W ocenie Odwołującego, takie ukształtowanie i PU rodzi po stronie wykonawcy wysokie ryzyko poniesienia szkody (kary umownej i utraty Zamówienia), nawet bez jego winy. W związku z powyższym, karanie wykonawcy, nawet za zdarzenia, za które nie ponosi on odpowiedzialności, stanowi naruszenie przepisów dotyczących zasady swobody umów oraz zasad współżycia społecznego, dlatego Odwołujący wniósł o zmianę tego postanowienia i wprowadzenie odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie winy, a nie na zasadzie ryzyka. Nadto, zdaniem Kapsch przewidziana w IPU kara umowna jest znacząco

wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz jest nieadekwatna do wagi naruszeń, mając w szczególności na uwadze dodatkowo postanowienia IPU, który umożliwiają Zamawiającemu dochodzenie odszkodowania za poniesioną szkodę w kwocie przekraczającej wysokość kar umownych. Sprzeczne z naturą stosunku prawnego jest także zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie kar umownych, które pozwalana Zamawiającemu na odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie w przypadku opóźnienia w wymiarze jednego dnia. W jego ocenie konieczne jest zmodyfikowanie § 27 ust 5 pkt. 7 IPU, § 27 ust. 15 IPU oraz § 27 ust 16 IPU, tak, aby odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie mogło nastąpić w przypadku, w którym opóźnienia, za które nałożono kary umowne, sięgają co najmniej 10 dni. W przeciwnym

wypadku i przy tak jak w IPU ukształtowanym reżimie odpowiedzialności, instytucje odstąpienia i rozwiązania umowy należy uznać za ukształtowane nieproporcjonalnie do potrzeb Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 2b Odwołujący Kapsch wskazał, iż ukształtowany w IPU i SIWZ zakres obowiązków gwarancyjnych również narusza zasadę swobody umów, a przez to również przepisy ustawy Pzp. Przede wszystkim w § 12 ust. 3 IPU przewidziano zbyt długi (6 lat) okres gwarancji. Taki termin jest sprzeczny z warunkami rynkowymi. Ponadto w § 12 ust. 9 IPU Zamawiający przewiduje, że 6 letnia gwarancja ma obejmować również elementy Przedmiotu Zamówienia pozyskiwane od innych producentów, nawet w przypadku, gdy sam producent udziela krótszej gwarancji. Oznacza to również, że tak szeroki zakres gwarancji (zgodnie z § 12 ust. 8 IPU zakres gwarancji obejmuje nie tylko wady przedmiotu umowy ale także czynniki zewnętrzne, w tym zniszczenie, przypadkowe uszkodzenie czy akty wandalizmu) obowiązywałby również po okresie świadczenia przez wykonawcę usługi Utrzymania, gdy nie ma on już żadnego wpływu na sposób użytkowania dostarczonych elementów. Tak długi okres gwarancji ma też wpływ na płatność wynagrodzenia; § 21 ust. 11 IPU wskazuje, że 30% wartości należytego zabezpieczenia wykonania umowy zostanie zwrócone dopiero po upływie okresu gwarancji, a zatem po sześciu latach od odbioru Przedmiotu Zamówienia. Jednocześnie Odwołujący 1 zauważył, że § 12 ust. 5 IPU przewiduje krótki (5 dni) termin na wykonanie napraw gwarancyjnych. Dodatkowo Załącznik Nr 2 do OPZ w pkt. 4.2.16 stanowi, że w przypadku, gdy Wykonawca w okresie gwarancyjnym nie usunie zgłoszonej wady, usterki lub awarii w czasie 24 godzin od zgłoszenia (lub nie zastosuje urządzenia zastępczego), Zamawiający zastrzega sobie prawo do zlecenia usunięcia wady, usterki lub awarii innemu podmiotowi, a kosztami obciąży Wykonawcę. Tymczasem w wielu przypadkach dokonanie naprawy w tak krótkim czasie może nie być możliwe (zwłaszcza przy tak szeroko ukształtowanym zakresie odpowiedzialności gwarancyjnej). Jeśli więc Zamawiający oczekuje tak szerokiego zakresu gwarancji, terminy na dokonanie napraw

gwarancyjnych wymagają urealnienia.

Rozwiązaniem alternatywnym do zaproponowanego w odwołaniu terminu 16 tygodni na realizację napraw gwarancyjnych mogłoby być w ocenie Odwołującego wprowadzenie katalogu rodzajów zdarzeń objętych gwarancją i ich znaczenia dla możliwości funkcjonowania systemu (ze względu na ich krytyczność) oraz przyporządkowanie do nich realnych, uwzględniających realia rynkowe i operacyjne, terminów reakcji. Przykładowo wskazał, że w przypadku napraw dotyczących elementów konstrukcyjnych i nośnych praktyka pokazuje, iż terminy ustalane z oddziałami Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w celu zajęcia pasa i wykonana naprawy to około 7 dni, przy czym zgodnie z obowiązującymi normami prawnymi, tj. Kodeksem postępowania administracyjnego organy te mają na wydanie decyzji 1 miesiąc a w skomplikowanych sprawach nawet 2 miesiące. Nie licząc czasu potrzebnego na samą naprawę już z tej tylko przyczyny wymaganie wykonania prac w ciągu 5 dni jest nierealne i niemożliwe do spełnienia. Co do zasady dla elementów konstrukcyjnych termin realizacji prac powinien być analogiczny jak na przebudowę Punktu Kontrolnego, czyli co najmniej 16 tygodni. Nie ma bowiem możliwości wykonania napraw konstrukcji czy fundamentów szybciej. Potwierdzeniem tego jest, iż Zamawiający w ramach już obowiązującej umowy dotyczącej infrastruktury SPOE KAS, w tym Punktów Kontroli, w rozumieniu KAS, akceptuje termin 16 tygodni na wykonanie prac o podobnym zakresie, obejmujących m.in.: a) budowę nowej

lokalizacji infrastruktury przydrożnej, uwzględniając w tym także konstrukcję nośną, b) udział w testach i uruchomieniu nowej infrastruktury przydrożnej, c) usunięcie istniejącej, dotychczasowej infrastruktury przydrożnej, d) Utylizację Elementów usuniętej infrastruktury przydrożnej. Odwołujący wskazał, iż powyższa umowa została zawarta w wyniku ogłoszenia

o zamówieniu opublikowanym w Dz. U. UE 2018/S 161-368544 z dnia 23.08.2018 r., zaś opisane powyżej warunki zostały przewidziane w punkcie 14 stosownego Opis przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący 1 wskazał, że na przedmiot umowy składają się również elementy dostarczane przez Zamawiającego. Takim elementem, zgodnie z definicją zawartą w § 1 ust. 2 pkt. 7 IPU jest Dokumentacja Umowna, która może być opracowywana lub dostarczana przez strony IPU, a zatem także przez Zamawiającego. Oczekiwanie świadczenia gwarancyjnego w zakresie elementów umowy dostarczonych przez samego Zamawiającego zdaje się być sprzeczne naturą relacji powstałej na gruncie udzielonej gwarancji. Stąd z zakresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę należy usunąć elementy przedmiotu umowy

tworzone lub dostarczane przez Zamawiającego (Dokumentacja Umowna w zakresie, w jakim dostarczana lub opracowywana jest przez Zamawiającego).

W zakresie zarzutu nr 2c Odwołujący 1 podniósł, iż zgodnie z pkt. 22.4 OPZ Zamawiający ma „co najmniej 10 Dni Roboczych” na weryfikację Dokumentacji przekazanej

przez Wykonawcę i ma prawo do kilkukrotnego wnoszenia uwag do złożonej przez

Wykonawcę Dokumentacji. Brak jest jednak wskazania granicy czasowej, do jakiej Zamawiający powinien swoje uwagi zgłosić. Jednocześnie takie limity czasowe nałożono na wykonawcę, który zgodnie z pkt. 22.3 OPZ powinien uwzględnić uwagi Zamawiającego i przekazać poprawiony Dokument w terminie maksymalnym „do 10 Dni Roboczych". Takie

ukształtowanie SIWZ stanowi w ocenie Odwołującego 1 nieuzasadnioną i niezgodną z prawem

nierówność stron. Ponadto, brak wskazania limitów czasowych, w jakich Zamawiający powinien dokonać oceny przedstawianej przez wykonawcę dokumentacji uniemożliwia planowanie harmonogramu prac i stanowi potencjalnie źródło kar umownych za opóźnienia, skoro - jak wykazano powyżej - nakładane są na wykonawcę na zasadzie ryzyka. Odwołujący 1 zwrócił także uwagę na § 7 ust. 5 IPU, zgodnie z którym wszelka odpowiedzialność za przekroczenie terminu realizacji Kamienia Milowego spoczywa na wykonawcy. Tymczasem oczekiwanie na reakcję Zamawiającego skraca wynikający z pkt. 16.2 OPZ czas przewidziany w Instrukcji na realizację danej usługi. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający również powinien mieć maksymalnie 10 Dni Roboczych na weryfikację Dokumentacji.

W zakresie zarzutu nr 2d Odwołujący Kapsch zauważył, że w § 27 ust. 5 pkt. 6 IPU przewidziano możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku, gdy zostanie wydany wyrok lub postanowienie zakazujące, choćby tymczasowo, korzystanie z SPOE KAS. Przedmiotowa przesłanka odstąpienia dotyczy przyczyn, które nie leżą po

stronie wykonawcy. Jest ona związana ze sposobem ukształtowania systemu przez

Zamawiającego - Skarb Państwa. W konsekwencji wykonawca nie powinien ponosić

finansowych konsekwencji takiego zdarzenia. Stąd w takim przypadku zastosowanie powinny znaleźć co najmniej zasady określone w art. 644 kodeksu cywilnego (uzyskanie pełnego wynagrodzenia pomniejszonego jedynie o to co wykonawca zaoszczędził nie realizując całości zamówienia). Takie zasady określać powinny IPU. Odmienne rozwiązania oznaczają przerzucenie na wykonawcę ryzyka, które nie powinno go obciążać, w szczególności uniemożliwiając mu uzyskanie wynagrodzenia i pokrycie kosztów realizacji usługi (dzieła). Odwołujący 1 wskazał na wyrok SN z dnia 26 stycznia 2001 r., sygn. II CKN 365/00, z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. IV CK 294/02 oraz stanowisko doktryny odnoszące się do art. 644 k.c.

Uzasadniając zarzut nr 2e Odwołujący Kapsch podniósł, iż w § 8 ust. 15 IPU wskazano, że dla osiągnięcia Kamienia Milowego „Budowa i uruchomienie nowych punktów konieczne jest podpisanie protokołu odbioru bez jakichkolwiek wad i usterek. Powiązana z tym jest również zapłata wynagrodzenia. W szczególności z § 15 ust. 13 pkt. 1 IPU wynika, że również w przypadku Wad Nieistotnych wynagrodzenie nie zostanie wypłacone. Jednocześnie IPU zasadnie z perspektywy praktyki kontraktowej wprowadza kategorię Wad Nieistotnych,

a zatem takich, które nie uniemożliwiają użytkowania Punktu Kontrolnego (i które wykonawca

powinien w stosownym terminie usunąć). Oznacza to, że Punkt Kontrolny może być użytkowany, a jednocześnie wykonawca nie jest uprawniony do uzyskania wynagrodzenia. Takie ukształtowanie warunków IPU jest niezasadne i narusza zasady współżycia społecznego. Prawidłowym i słusznym z punktu widzenia praktyki kontraktowej zdaniem Odwołującego 1 powinno być przyjęcie zasady, że aby Kamień Milowy został osiągnięty wystarczającym jest zgłoszenie gotowości do odbioru przez wykonawcę (mając na uwadze ilość elementów związanych z Przedmiotem Umowy, których kontrola pozostaje całkowicie poza wykonawcą). Alternatywnie, wystarczającym dla osiągnięcia Kamienia Milowego powinno być podpisanie protokołów odbioru bez Wad Istotnych (a nie bez jakichkolwiek wad).

W odniesieniu do zarzutu nr 2f, Odwołujący Kapsch podniósł, iż w § 16 ust. 19 IPU na wykonawcę nałożono obowiązek zapewnienia w umowie zawieranej z Podwykonawcą możliwości dokonania cesji praw i obowiązków z tejże umowy na Zamawiającego (z jednoczesnym umożliwieniem dokonania przez Zamawiającego dalszej cesji praw i obowiązków na Następczego Wykonawcę). Taki zapis w praktyce może okazać się niemożliwy do zrealizowania. Trudno bowiem oczekiwać, że podwykonawca chętnie zawrze umowę z prawem cesji na np. konkurenta lub inny podmiot, który obecnie nie jest mu znany. Takie ukształtowanie warunków IPU jest niezasadne i narusza zasady współżycia społecznego. Odwołujący 1 dodał, że IPU przyznaje również Zamawiającemu nieproporcjonalnie długi (mając na uwadze terminy realizacji Przedmiotu Zamówienia) czas na zgłoszenie zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo (30 dni). Oznacza to

w praktyce cztery tygodnie oczekiwania na decyzję Zamawiającego, co mając na uwadze terminy realizacji Instrukcji wynikające z SIWZ i oferty konsumuje znaczną część czasu na prowadzenie prac objętych Zamówieniem. W ocenie Odwołującego, o ile Zamawiający chce mieć wpływ na treść umów o podwykonawstwo i nie zamierza zrezygnować z tego uprawnienia, termin ten powinien zostać skrócony do 14 dni. Taki czas wydaje się wystarczający do zajęcia stanowiska przez Zamawiającego odnośnie treści projektu umowy o podwykonawstwo.

W zakresie zarzutu nr 2g Odwołujący 1 wskazał, iż w § 25 oraz w § 10 ust. 9 IPU zawarto uprawnienia Zamawiającego do wykonania prac w ramach wykonania zastępczego. Postanowienia te nie wskazują jednak jednoznacznie czy skorzystanie przez Zamawiającego z tej instytucji może mieć miejsce jedynie w przypadku zwłoki wykonawcy czy też w przypadku opóźnienia. Dodatkowo, w § 25 IPU znajdują się błędne odesłania do § 13 (zamiast 10) IPU. Odwołujący 1 podniósł, iż prawo cywilne rozróżnia wyraźnie instytucje zwłoki i opóźnienia w spełnieniu świadczenia. Aktualne, nieprecyzyjne brzmienie IPU stwarza ryzyko, że wykonawca obciążony zostanie ryzykami (i skutkami ryzyk) pozostających poza jego kontrolą.

W ocenie Odwołującego, nomenklatura używana przez Zamawiającego w IPU wymaga wobec

tego odpowiedniego ujednolicenia, a sięgnięcie przez Zamawiającego po instytucję wykonania zastępczego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku pozostawania przez wykonawcę w określonej zwłoce ze spełnieniem świadczenia.

Sygn akt KIO 1625/20

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 2" lub „PolCam") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 5b w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp,
2. art 29 ust 1 i 2 w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp,
3. art. 31 ust. 2 ustawy Pzp,
4. art 31d. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
5. art 36 ust. 1 pkt 13) w zw. z art 29 ust 2 oraz art 7 ust 1 ustawy Pzp
6. art 37 ust. 6 w zw. z art.7 ust. 1 ustawy Pzp,
7. art 41 pkt 1), 3), 4) oraz 10) ustawy Pzp,
8. art 43 ust 2a ustawy Pzp,

wskazując, iż powyższe zarzuty obejmują:

1. połączenie zamówienia polegającego na robotach budowlanych z dostawami i usługami w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz zakresu prac uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w zakresie celu ustalonego przez Zamawiającego przez podmioty będące małymi lub średnimi przedsiębiorcami;

2. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający oszacowanie zakresu prac oraz kosztów poprzez zastrzeżenie określenia liczby realizacji nowych punktów kontrolnych oraz liczby pasów ruchu do modernizacji w istniejących punktach poboru opłat, a tym samym, przy założeniu istnienia kosztów ogólnych bez względu na ilość budowanych nowych punktów kontrolnych oraz pasów ruchu do modernizacji, uniemożliwienie precyzyjnego oszacowania ceny oferty. Zamawiający nie udostępnił wraz z SIWZ wyników analizy, która została przeprowadzona w celu ustalenia nowych punktów kontrolnych. Zamawiający nie udostępnił specyfikacji interfejsu wymiany danych z systemem ANPRS PL oraz systemem SPOE KAS, co uniemożliwia oszacowanie kosztów implementacji tych interfejsów, a tym samym złożenie konkurencyjnej oferty. Zamawiający określił istotne postanowienia umowy w sposób rażąco naruszający proporcjonalność, formułując odpowiedzialność za ryzyka, na które wykonawca nie ma wpływu w sposób dalece

wykraczający poza zasadę równego traktowania stron umów oraz sprawiedliwości społecznej,

3. brak przekazania wykonawcom programu funkcjonalno-użytkowego jasno i precyzyjnie opisującego specyfikę oraz wymagania dotyczące konstrukcji i prac budowlanych będących przedmiotem zamówienia wraz z odpowiednią dokumentacją projektową, co uniemożliwia precyzyjne, jednakowe dla każdego z wykonawców podejście do szacowania ceny oferty,

4. brak zapewnienia jednakowego dostępu do informacji posiadanych przez podmioty, które dotychczas były lub są operatorami punktów poboru opłat, które mają być zmodernizowane i doposażone w sprzęt zapewniający realizację kontroli poboru opłat. Zamawiający ograniczył dostęp do dokumentacji technicznej punktów poboru opłat niezbędnej do oszacowania kosztów i sporządzenia konkurencyjnej oferty. Zamawiający oprócz ograniczenia zastosował ograniczenie czasowe, w praktyce prowadząc do sytuacji, w której dostęp do dokumentacji technicznej punktów poboru opłat będzie wynosił jedynie kilkanaście dni, co ze względu na ogromny zakres i objętość w praktyce uniemożliwi

precyzyjne oszacowanie ceny oferty,

5. opis kryteriów oceny ofert uniemożliwiający określenie liczby punktów dla niektórych wykonawców posiadających specyficzne rozwiązania, które w kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" nie klasyfikują się w zakresie ilości kategorii pojazdu przedstawionego przez Zamawiającego,

6. określenie sposobu uzyskania informacji o charakterze poufnym w sposób utrudniający dostęp do tej informacji oraz w sposób nieuprawniony opóźniając jego udostępnienie,

7. niepoprawne określenie w ogłoszeniu o zamówieniu: a) nazwy Zamawiającego, b) adresu strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia, c) określenie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie kodu głównego CPV (79941000 Usługi pobierania opłat), który nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu i nie jest tożsamy z zakresem niniejszego postępowania, d) terminu składania ofert oraz adresu, na który oferty muszą zostać wysłane,

nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert w sytuacji wskazanej w art. 41 ust. 2a ustawy Pzp prowadzące do braku możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący 2 wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu wyodrębnienia zakresu zamówienia polegającego na robotach

budowlanych do osobnego postępowania i pozostawienie w niniejszym postępowaniu jedynie dostawy i usługi niezbędne do realizacji celu, który Zamawiający opisał w ogłoszeniu o zamówieniu;

2. nakazanie Zamawiającemu:

a) wprowadzenia modyfikacji do SIWZ w zakresie opisanym w Załączniku nr 1 do
20

niniejszego odwołania;

b) przekazania wykonawcom specyfikacji integracji w zakresie wymiany danych z systemem ANPRS PL;

c) przekazania wykonawcom specyfikacji integracji w zakresie wymiany danych z systemem SPOE KAS;

d) przekazania wykonawcom raportu z analizy, na podstawie którego określono lokalizacje nowych punktów kontrolnych.

e) wskazania jednoznacznie ilości nowych punktów kontrolnych, które mają zostać zrealizowane oraz modernizacji pasów ruchu w punktach poboru opłat

3. w przypadku nieuwzględnienia żądania opisanego w pkt 1, nakazanie Zamawiającemu

przekazanie programu funkcjonalno-użytkowego zawierającego precyzyjne wymagania i oczekiwania dot. obiektów oraz robót budowlanych;

4. nakazanie Zamawiającemu ustalenie dostępu do informacji mających charakter poufny, do których Zamawiający ograniczył dostęp w III SIWZ, pkt 4.2 w sposób zapewniający dostęp

do ich treści przez min. 60 dni przed terminem składania ofert;

5. nakazanie Zamawiającemu określenie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" w sposób zapewniający możliwość przyznania punktów ofercie wykonawcy, którego system umożliwia określenie liczby możliwych do

zidentyfikowania kategorii pojazdu mieszczącej się poza wskazanym w SIWZ zakresem;

6. nakazanie Zamawiającemu ustalenie sposobu dostępu do informacji mających charakter poufny w sposób zapewniający równe traktowanie w zakresie terminu oraz metod udostępniania tych informacji, a także możliwości sprawnej i efektywnej analizy i przeszukiwania;

7. nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiednich do stanu faktycznego modyfikacji zapewniających równy dostęp do aktualnych i precyzyjnych, niebudzących wątpliwości

informacji o Zamawiającym, przedmiocie zamówienia, miejscu otwarcia ofert, adresu strony

internetowej, na której dostępna jest SIWZ;

8. nakazanie Zamawiającemu ustalenia terminu składania ofert w dacie nie krótszej niż 60 dni od daty, w której możliwe było zapoznanie się z pełną treścią SIWZ wraz z jej wszystkimi załącznikami;

9. w przypadku, gdyby zdaniem Izby spełnienie żądań odwołującego powodowało brak

faktycznej możliwości prowadzenia postępowania w obecnej postaci - nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania oraz jego powtórzenie z uwzględnieniem

żądań Odwołującego.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący PolCam wskazał, iż Zamawiający w ogłoszeniu

o zamówienie wskazał cel jego realizacji jako „zapewnienie możliwości realizacji stacjonarnej

kontroli prawidłowości uiszczenia Opłaty Elektronicznej w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej KAS.". Jednocześnie Zamawiający w OPZ str. 12, pkt 9.7 c) określił wymogi dotyczące usług utrzymania: „umożliwienie Zamawiającemu wykorzystania konstrukcji nośnych lub źródeł zasilania Punktów Kontrolnych do innych celów i zapewnianie właściwej obsługi i asysty przy prowadzeniu robót na konstrukcjach nośnych lub związanych z przebudową przyłączy energetycznych, w celu zapewnienia nieprzerwanego działania Punktów Kontrolnych i uniknięcia powstania uszkodzeń; w tym celu Zamawiający każdorazowo zgłosi Wykonawcy potrzebę wykorzystania konstrukcji nośnych lub źródeł zasilania wykonania prac, a Wykonawca w ciągu 7 dni przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia wymagania techniczne oraz plan robót, w celu zapewnienia nieprzerwanego działania i uniknięcia powstania uszkodzeń Punktów Kontrolnych". Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający określił ramy organizacyjne oraz formalne (odniesione w IPU) umożliwiające realizację różnych instalacji na konstrukcji nośnych Punktów Kontrolnych. Ergo oznacza to, że takie same ramy formalno-organizacyjne mogłyby być elementem osobnego zamówienia na konstrukcje nośne, które mogłyby być wykorzystane dla zamówienia. Obszar kompetencji niezbędny do realizacji celu zamówienia ogranicza się do dedykowanych systemów analizy oraz rozpoznawania pojazdów, tablic rejestracyjnych, systemów klasyfikujących. Rynek tego typu rozwiązań, zwłaszcza w obszarze MŚP nie obejmuje zbyt wielu podmiotów, które jednocześnie łączą rozwój i wdrażanie tego typu rozwiązań z dziedziny inteligentnych systemów transportowych oraz usługi budowlane. Odwołujący 2 wskazał na opracowanie dostępne na stronie UZP, gdzie wskazano, iż „W preambułach do dyrektyw UE dotyczących udzielania zamówień publicznych (2014/24UE oraz 2014/25UE) wskazano, że ich celem jest ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych i że wynika to z polityki UE wobec MSP w tym strategii „Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu". Stosowanie prawa krajowego w zgodności z takim celem dyrektyw jest obowiązkiem każdego zamawiającego.” Zdaniem Odwołującego 2 nie sposób odnaleźć ducha tej preambuły w sytuacji, gdy Zamawiający łączy dwa przedmioty zamówienia, które mogą być udzielone w osobnych postępowaniach w jeden, jednocześnie powodując, że dostęp do takiego połączonego zakresami postępowania jest dużo bardziej ograniczony, niż gdyby były prowadzone osobno.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący PolCam podniósł, iż w przypadku niniejszego postępowania nie można twierdzić, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający wszystkim wykonawcom złożenie ofert opierających się na tych samych informacjach - bowiem wykonawcy obecnie utrzymujący punkty poboru opłat posiadają informacje daleko bardziej precyzyjne niż zawarte w OPZ. Mają do nich dostęp przez dłuższy

okres, co pozwala na bardziej precyzyjną analizę, mając na uwadze ewentualną objętość dokumentacji technicznej MSPO A2 i A4 do której dostęp został ograniczony pozostałym wykonawcom. Odwołujący 2 podniósł także, iż Zamawiający wymaga od wykonawcy określenia ceny jednostkowej we wszystkich przypadkach dostaw i usług, nie określając jednoznacznie jakie ilości zamówi po podpisaniu umowy. Biorąc pod uwagę, iż w każdym z przypadków ceny jednostkowej należy ująć koszty ogólne, które występują bez względu na ilości może dojść do sytuacji niedoszacowania jak i przeszacowania ceny oferty. Jednocześnie sytuacja ta prowadzi do niezgodności z regulacjami ustawy Pzp dotyczącymi ustalania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający bowiem ustalił warunki udziału tak, aby wykonawcy legitymowali się zdolnością finansową na poziomie 12 min zł. W przypadku, gdyby Zamawiający zdecydował się na zlecenie realizacji jednego punktu kontrolnego oraz modernizacji zerowej ilości pasów ruchu (do czego jest uprawniony obecnymi postanowieniami SIWZ), warunek ten byłby zbyt wygórowany. Zamawiający nie przekazując specyfikacji integracji z systemami ARPNS PL oraz SPOE KAS z jednej strony działa wbrew równemu traktowaniu wykonawców - bowiem podmiot posiadający relacje z wykonawcą tych systemów jest w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców. Z drugiej strony Zamawiający nie zapewnia wykonawcom odpowiednio precyzyjnych informacji, w których posiadaniu jest, a które są niezbędne do oszacowania kosztów i ryzyka związanych z realizacją tych integracji. Zamawiający określając lokalizacje nowych punktów kontrolnych dokonał analizy, która musiała obejmować obecny stan możliwości kontroli na sieci dróg płatnych oraz docelowy model realizacji poboru opłat wraz z szacowaniem efektywności i szczelności systemu, która jest funkcją m.in. kontroli. Zamawiający nie podzielił się tą analizą co stanowi kolejny przypadek ograniczenia dostępu do informacji mających wpływ na przygotowanie oferty, zwłaszcza w zakresie szacunku kosztów i ryzyka.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu Odwołujący PolCam podniósł, iż zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia na roboty budowlane, których wynikiem ma być wybudowanie obiektu budowlanego podlegającego regulacjom ustawy Prawo budowlane powinny zostać przeprowadzone przy wykorzystaniu programu funkcjonalnego, którego Zamawiający nie udostępnił wykonawcom. Niemożliwe lub dalece utrudnione jest zatem prawidłowe, porównywalne, zapewniające konkurencję złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu bowiem różni wykonawcy mogą mieć różne wizje dotyczące konstrukcji wsporczych, przy czym może się okazać, że nie do końca odpowiadają one oczekiwaniom Zamawiającego - co będzie możliwe do stwierdzenia dopiero po udzieleniu zamówienia na etapie jego realizacji.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający postanowieniami SIWZ,

str 52 pkt 4.2 ograniczył dostęp do dokumentacji technicznej MSPO A2 i MSPO A4, która jest

niezbędna do oszacowania kosztów realizacji modernizacji pasów ruchu na punktach

manualnego poboru opłat na płatnych odcinkach autostrad A2 i A4. Poza ograniczeniem związanym z koniecznością podpisania zobowiązania do poufności Zamawiający wskazał, iż dokumenty te zostaną udostępnione wykonawcom nie wcześniej niż jedenastego dnia od

opublikowania SIWZ. Działanie Zamawiającego w tym zakresie jest w ocenie Odwołującego niezrozumiałe w kontekście celu takiego działania, jak i niezgodne z postanowieniami art. 7 ust 1 ustawy Pzp, bowiem stawia wykonawców obecnie operujących na MSPO lub podmioty wykonujące MSPO w przeszłości, w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców. Jednocześnie Odwołujący 2 zauważył, że ewentualna objętość dokumentacji MSPO A2 i A4 jest zbyt duża, aby możliwe było jej przeanalizowanie w minimalnym terminie dopuszczonym ustawą. Powyższe okoliczności Odwołujący wskazał również jako uzasadniające żądanie wskazane w pkt 6.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania wskazano, iż Zamawiający ustalając kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" pominął możliwość przyznania jakiejkolwiek ilości punktów dla systemów umożliwiających określenie liczby możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdu mieszczącej się poza wskazanym w SIWZ zakresem. Tym samym wykonawca, którego system zapewnia identyfikację 1,2,3,4 lub 15 kategorii pojazdów nie otrzyma żadnych punktów.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 Odwołujący PolCam zwrócił uwagę, iż doszło do zmiany

Zamawiającego w trakcie postępowania, co powoduje zamieszanie z terminami oraz brakiem jednoznaczności co do informacji objętych ogłoszeniem. Rozbieżność ze stanem faktycznym uniemożliwia prawidłowe liczenie terminów przewidzianych na wniesienie odwołania oraz wyjaśnień dotyczących SIWZ.

Uzasadniając zarzut nr 8 Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony skrócił termin składania ofert wyznaczając go poniżej minimalnego dopuszczalnego art. 43 ust 2a terminu 40 dni od daty opublikowania SIWZ. Korzystając z art. 37 ust. 6 Zamawiający pozbawił się możliwości skracania terminu składania ofert. Jednocześnie Odwołujący wskazał iż, mając na uwadze ewentualną objętość i zawartość dokumentacji technicznej MSPO A2 i MSPO A4, uwzględniając czas na analizę tej dokumentacji, termin na składanie ofert powinien zostać wyznaczony na 60 dni od daty możliwego uzyskania dokumentacji technicznej MSPO A2 i A4.

Do odwołania załączono tabelę zawierającą żądania co do zmian SIWZ, w której Odwołujący przedstawił treść kwestionowanych postanowień IPU i OPZ oraz propozycje w zakresie ich zmiany. Tabela odnosiła się do postanowień OPZ: pkt 4.1 a), pkt 4.2, pkt 5.5,

pkt 5.10 tiret 4, pkt 5.13, pkt 5.14. d), f), k), l), m), o), p), pkt 6.1, pkt 6.4, pkt 7.5, pkt 8.2, pkt

8.3 a), pkt 9.1, pkt 9.7 k), pkt 9.8.a), pkt 10, pkt 11.6, pkt 15.1; do postanowień załącznika nr 2 do OPZ - Sprzęt: pkt 2, pkt 2.7, pkt 2.9, pkt. 2.12, pkt 2.13, pkt 2.17, pkt 2.20, pkt 2.25, pkt

2.31, pkt 3.9 tiret 4, pkt 3.10, pkt 3.11, pkt 3.14, pkt 3.20, pkt 6.1, pkt 6.2, pkt 6.4 oraz do

postanowień IPU: § 5 ust. 3, § 5 ust. 6, § 8 ust. 10, § 8 ust. 19, § 10 ust. 3, § 10 ust. 9 pkt 1, § 24 ust 2, § 24 ust. 8, § 24 ust. 9, § 24 ust. 14 pkt 5, § 27 ust. 5 pkt 1 i § 27 ust. 5 pkt 7.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 6 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań w całości.

W zakresie odwołania Kapsch, odnosząc się do żądania Odwołującego dotyczącego zdefiniowania w pkt 4 Załącznika nr 5 do OPZ 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 wydania Instrukcji", Zamawiający wskazał, iż w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał stosownej modyfikacji, w której sporny zapis otrzymał brzmienie: „12 tygodni od dnia podpisania umowy."

W zakresie żądania dotyczącego precyzyjnego rozróżnienie w OPZ usług Modyfikacji i Przebudowy Punktów Kontrolnych, Zamawiający zauważył, iż w ramach Modyfikacji (pkt 10 OPZ) Zamawiający wskazał, że zakres prac obejmuje czynności związane z tymczasową konfiguracją Punktu Kontrolnego związaną z TOR, jak również przejazdem nienormatywnym etc. Tym samym charakter Modyfikacji jest incydentalny (na okres trwania ww. czynności). Zamawiający nie jest w stanie oszacować dokładnej ilości takich Modyfikacji z uwagi na czynniki losowe, takie jak, np.: zmiana dat przebudów dróg krajowych nieprzewidziane TOR w ramach już istniejących, ilości przejazdów nienormatywnych. W zakresie Przebudowy, Odbudowy, Utylizacji i Usuwania Punktów Kontrolnych, Zamawiający każdorazowo będzie wydawał Instrukcję Modyfikacji Punktów Kontrolnych („IMPK"). Zamawiający podkreślił, iż nie będzie to pismo analogiczne jak w zakresie Modyfikacji. Ponadto, charakter IMPK dotyczy trwałych zmian konstrukcji, lokalizacji Punktu Kontrolnego czy też jego dalszego funkcjonowania. Zamawiający w pkt 15.8 OPZ wskazał, iż w trakcie trwania umowy przewiduje nie więcej niż 3 ww. Instrukcje.

Odnosząc się do żądania w zakresie wskazania liczby Pasów Poboru Opłat, Zamawiający wskazał, iż w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał modyfikacji treści pkt 4.2 OPZ poprzez usunięcie zapisu „Zamawiający na etapie realizacji Zamówienia określi liczbę Pasów Poboru Opłat, które będą polegały dostosowaniu" oraz modyfikację pkt 8.2 OPZ który otrzymał niniejsze brzmienie: „Pasy Poboru Opłat objęte dostosowaniem zostały wskazane w Załączniku nr 4 do OPZ".

W zakresie żądania udostępnienia 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, Zamawiający wskazał, iż wszystkie informacje dotyczące rodzaju danych przekazywanych do Systemu ANPRS PL zostały wskazane w Załączniku nr 2 do OPZ, zatem żądanie jest bezprzedmiotowe.

W zakresie żądania dotyczącego wskazania, że zakres możliwych do zlecenia prac w zakresie oznakowania Sieci Dróg Płatnych (pkt 21 OPZ), dotyczy jedynie Punktów Kontrolnych objętych Przedmiotem Zamówienia, Zamawiający podniósł, iż w dniu 05 sierpnia 2020 r. dokonał modyfikacji zapisów SIWZ poprzez usunięcie zapisów dotyczących oznakowania Sieci Dróg Płatnych, tj. pkt 21 OPZ oraz ust. 26.3 pkt 5 lit. c IPU - przez co przedmiotowe żądanie nie stanowi sporu pomiędzy stronami.

Odnosząc się do żądania wykreślenia § 4 ust. 3 pkt. 11 IPU lub jego jednoznaczne doprecyzowanie, Zamawiający podniósł, iż kwestionowane opracowania mają dotyczyć Przedmiotu Umowy. Zamawiający wskazał, iż jest to obowiązek informacyjny.

Zamawiający wskazał również, iż modyfikacją z dnia 5 sierpnia 2020 r. usunął rozbieżności w zakresie terminu, w jakim wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia Plan Czynności Utrzymania poprzez zmianę w § 11 ust. 4 IPU, zgodnie z którą zapis otrzymał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu, w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy plan wszystkich przeglądów w postaci Planu Czynności Utrzymania. Zatwierdzenie Planu Czynności Utrzymania przez Zamawiającego nastąpi zgodnie z pkt 22 OPZ". Niniejsze czyni zadość żądaniu Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu nr 2a odwołania Kapsch, Zamawiający podniósł, iż w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał stosownej modyfikacji czyniącej zadość ww. żądaniu, tj. zmniejszył sporną karę umowną z 200.000 PLN do kwoty 50.000 PLN. Ponadto, Zamawiający w ww. modyfikacji dokonał usunięcia pkt 24 ust. 2 IPU odnoszącego się do możliwości nakładania kar umownych na wykonawcę na zasadzie ryzyka i niezależnie od jego winy. Odnosząc się do pozostałych żądań, w ocenie Zamawiającego Odwołujący w sposób nieprawidłowy dokonuje interpretacji postanowień umowy dotyczących kar umownych oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy czy tez uprawnienia do wypowiedzenia umowy. Okoliczności, o których mowa w § 27 ust. 5 pkt 7 IPU, § 27 ust. 15 i 16 IPU dotyczą uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy oraz uprawnienia do wypowiedzenia umowy. Oznacza to tyle, iż w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w przywołanych postanowieniach umowy, Zamawiający rozważy możliwość odstąpienia od umowy czy też jej wypowiedzenia. Czynności nie następują automatycznie, lecz każdorazowo wymagają analizy czy skorzystanie przez Zamawiającego z powyższych uprawnień leży w jego interesie. Zamawiający wskazał, iż będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, na podstawie § 27 ust. 5 pkt 7 IPU w sytuacji, gdy łączna wartość kar umownych naliczonych lub możliwych do naliczenia Wykonawcy na podstawie § 24.14. pkt 1) przekroczy kwotę 200 000,00 złotych (słownie złotych: dwieście tysięcy). Zamawiający zmodyfikował postanowienia IPU, w ten sposób, iż kara umowna, o której mowa w § 24.14. pkt 1) została obniżona do wysokości 50.000, 00 zł. Z tego względu argumentacja Odwołującego w obecnym stanie faktycznym nie może zasługiwać na aprobatę.

Odnosząc się do zarzutu oraz żądań Odwołującego w zakresie ukształtowania w IPU oraz SIWZ zakresu obowiązków gwarancyjnych w sposób naruszający zasadę swobody umów oraz przepisy ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, iż jest on w pełni uprawniony do określenia zakresu w jakim gwarancja jest mu niezbędna. Ustawa Pzp nie określa zasad szczególnych dotyczących gwarancji lub rękojmi i nie precyzuje okresu na jaki można ich żądać. Okres gwarancji wynika z praktyk rynkowych. To Zamawiający jako gospodarz postępowania jest najlepiej zorientowanym podmiotem jaki okres oraz zakres gwarancji jest realny i adekwatny do Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający zauważył, iż umowa gwarancji jest niejako pochodną umowy w sprawie zamówienia publicznego, a długość okresu gwarancji uzasadniona jest specyfiką Przedmiotu Zamówienia niniejszego postępowania. Co więcej zgodnie z art. 353^1 KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Podkreślenia wymaga, że stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Powyższe oznacza, że warunki gwarancji jakości mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem art. 577 k.c. ma charakter dyspozytywny. O zakresie gwarancji i świadczeń z niej wynikających decyduje treść umowy gwarancyjnej. Zamawiający przywołał stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11.

W zakresie żądania dotyczącego wskazania w pkt. 22.4 OPZ, że Zamawiający zobowiązany jest do akceptacji lub zgłoszenia uwag do przedstawionej Dokumentacji w terminie nie dłuższym niż 10 Dni Roboczych, Zamawiający wskazał, iż w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał modyfikacji ww. zapisu OPZ, który otrzymał brzmienie: „Zamawiający ma 10 Dni Roboczych na weryfikację Dokumentacji przekazanej przez Wykonawcę, chyba, że termin dla danego Dokumentu jest inaczej wskazany w niniejszym OPZ." - co czyni zadość żądaniu

Odwołującego.

Następnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący 1 zażądał również wskazania, iż w przypadku odstąpienia od umowy w sytuacji uregulowanej w § 27 ust. 5 pkt. 6 IPU zastosowanie mają zasady określone w art. 644 Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślił, iż wszystkie okoliczności pozwalające na odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego zostały szczegółowo określone w § 27 ust. 5 IPU. Niemniej jednak, zgodnie z § 31 ust. 3 IPU - w zakresie nieuregulowanym Umową, zastosowanie mają przepisy prawa polskiego, w tym ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, 1495, z 2020 r. poz. 875).

Odnośnie żądania wskazania w § 8 ust. 15 IPU, że dla osiągnięcia Kamienia Milowego „Budowa i uruchomienie nowych punktów" wystarczającym jest zgłoszenie gotowości do dokonania odbioru, a nie podpisanie protokołów odbioru, lub, alternatywnie, podpisanie protokołów odbioru bez Wad Istotnych - Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego 1. Kamień Milowy jest bezpośrednio powiązany z osiągnięciem pewnego rezultatu. Wady nieistotne mogą jednak wpływać na sposób spełnienia świadczenia. Zamawiający wymaga zapewnienia ciągłości usługi a tylko odbiór bez jakichkolwiek wad i usterek gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, w tym przypadku Punktu Kontrolnego.

Odnosząc się do zarzutu oraz żądań w zakresie § 16 ust. 19 IPU, w którym na wykonawcę nałożono obowiązek zapewnienia w umowie zawieranej z Podwykonawcą możliwości dokonania cesji praw i obowiązków z tejże umowy na Zamawiającego (z jednoczesnym umożliwieniem dokonania przez Zamawiającego dalszej cesji praw i obowiązków na Następczego Wykonawcę) Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje zapisy w obecnym brzmieniu. Wyjaśnił, iż celem takiego zapisu jest konieczność zachowania ciągłości wykonywanych prac przez Podwykonawcę, w przypadku gdy Wykonawca przestałby je wykonywać - co naraziło by Zamawiającego na niepowetowaną szkodę. Odnosząc się natomiast do kwestii zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy podwykonawczej, Zamawiający wskazuje, że nie jest to termin nieproporcjonalny, a jest on konieczny dla Zamawiającego do zweryfikowania postanowień umów podwykonawczych. Tym samym wniósł o oddalenie zarzutu.

W kontekście żądania przez Odwołującego wskazania w § 25 oraz w § 10 ust. 9 IPU uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego w przypadku zwłoki wykonawcy, Zamawiający podniósł, iż w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał stosownej modyfikacji § 25 ust. 1 IPU, który otrzymał brzmienie: „W razie opóźnienia Wykonawcy trwającego dłużej niż 7 dni Zamawiający jest uprawniony do wykonania tych prac, z którymi Wykonawca opóźnił się, na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskania zgody Sądu" oraz § 25 ust. 2 IP U poprzez dodanie zdania: „Zamawiający przed samodzielnym wykonaniem prac lub zleceniem ich wykonania przez podmiot trzeci, wezwie Wykonawcę do poprawy w terminie 3 dni od wezwania." Zamawiający wyjaśnił, iż dokonał modyfikacji postanowień umownych w ten sposób, iż postanowienia umowne tj. § 25 oraz w § 10 ust. 9

IPU stanowią wzajemne uzupełnienie oraz są ze sobą spójne. Zamawiający dookreślił termin opóźnienia Wykonawcy w realizacji prac, po upływie którego Zamawiający uprawniony będzie do realizacji prac w ramach instytucji wykonania zastępczego. Ponadto wprowadzono zmianę polegającą na tym, iż przed potwierdzeniem do realizacji na rzecz podmiotu trzeciego określonych prac, Wykonawca zostanie wezwany do ich poprawienia w terminie 3 dni od dnia wezwania. Oznacza to tyle, iż umowa gwarantuje Wykonawcy ciągłość prac, o ile Wykonawca skorzysta z uprawnienia co do możliwości poprawienia ewentualnych nieprawidłowości stwierdzonych przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wprowadzona przez niego modyfikacja ww. postanowień umowy czyni bezprzedmiotowym ww. zarzut.

W zakresie ujednolicenia terminu, w jakim wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu do zatwierdzenia Planu Czynności Utrzymania w § 11 ust. 4 IPU oraz pkt 9.18 OPZ (jako 60 dni od dnia podpisania umowy), Zamawiający wskazał, iż w świetle zmiany z dnia 5 sierpnia 2020 r. przychylił się do żądania, a sporny zapis otrzymał brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu, w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy plan wszystkich przeglądów w postaci Planu Czynności Utrzymania. Zatwierdzenie Planu Czynności Utrzymania przez Zamawiającego nastąpi zgodnie z pkt 22 OPZ". Powyższe czyni zadość żądaniu Odwołującego.

W odniesieniu do odwołania PolCam Zamawiający wskazał, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu nr 2.1, w którym Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu wyodrębnienia zakresu zamówienia polegającego na robotach budowlanych do osobnego postępowania i pozostawienie w niniejszym postępowaniu jedynie dostaw i usług niezbędnych do realizacji celu, który Zamawiający opisał w ogłoszeniu o zamówieniu,

Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, budowa oraz utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (dalej jako: „SPOE KAS"). Poprzez Punkt Kontroli należy rozumieć kompleksowy zespół elementów infrastruktury drogowej funkcjonującej na odcinkach dróg płatnych objętych obowiązkiem uiszczenia opłaty elektronicznej, o której mowa w art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, umożliwiający zainicjowanie rejestrowania danych pojazdu w celu kontroli poboru opłaty elektronicznej. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji poniżej wskazanych zadań składających się na przedmiot niniejszego zamówienia: Projekt, budowa i uruchomienie nowych Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci Dróg Podstawowych; Dostosowanie istniejących miejsc poboru opłat (dalej jako: „MPO") funkcjonujących na płatnych odcinkach autostrad państwowych A2 (dalej jako: „MSPO A2") i A4 (dalej jako: „MSPO A4") do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS; Świadczenie w imieniu i na rzecz

Zamawiającego, bez jakichkolwiek opóźnień lub przerw, usługi utrzymania punktów kontrolnych dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych Punktów Kontrolnych na MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4. Realizacja ww. zadań przez wykonawcę umożliwi realizację stacjonarnej kontroli prawidłowości uiszczenia opłaty elektronicznej w SPOE KAS w formie bazowej, tj. z możliwie najmniejszą ingerencją w obecnie obowiązujące umowy na utrzymanie infrastruktury Elektronicznego Systemu Poboru Opłat oraz umowy na utrzymanie MSPO A2 i MSPO A4. Zamawiający podkreślił, iż powyższe czynności stanowią jednolitą całość, a w konsekwencji nie było możliwe dokonanie podziału zamówienia na części. Wskazania wymaga, iż niezrealizowanie jednego z ww. zadań w skutek np. braku wyboru wykonawcy uniemożliwiałby realizację całości zamówienia lub poniesienia przez Zamawiającego niewspółmiernych kosztów związanych z integracją rozwiązań dostarczonych przez różnych wykonawców. Ponadto, przedmiot zamówienia został opisany w sposób zapewniający możliwie najszerszy dostęp dla wszystkich zainteresowanych wykonawców. Zamawiający jednocześnie wskazał, iż zgodnie z literalnym brzmieniem art. 36aa ustawy Pzp ustawa nie nakłada obowiązku podziału zamówienia na części, pozostawiając decyzji zamawiającego o tym, czy zamówienie podzielić na części oraz co do sposobu tego podziału, zatem kwestia podziału zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. W świetle powyższej konstatacji, Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego. Zamawiający dokonał kompleksowej analizy w ocenie uzasadnionych potrzeb oraz korzyści, jakie przyniesie brak podziału zamówienia. Zatem niniejszy zarzut winien podlegać oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 2, Zamawiający wskazał, iż wszelkie informacje dotyczące rodzaju danych przekazywanych do Systemu ANPRS PL zostały wskazane w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, zatem podnoszone kwestie przestały być sporne między stronami.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, iż zgodnie z odpowiedzią podsekretarza stanu w Ministerstwie Infrastruktury i Rozwoju na interpelację nr 22526 w sprawie zasadności instalowania bramownic systemu ViaToll z pominięciem przepisów Prawa budowlanego Punkt Kontrolny nie jest obiektem budowlanym, a urządzeniem bezpieczeństwa ruchu drogowego: „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad pismem z dnia 18 marca 2011 r. (znak: GDDKiA-DPP-PPP3-JKi-647/2011) zwróciła się do Departamentu Rynku Budowlanego i Techniki Ministerstwa Infrastruktury o ujednolicającą interpretację przepisów w związku z instalacją bramownic i urządzeń systemu KSPO (krajowy system poboru opłat). W korespondencji tej GDDKiA przedstawiła stanowisko, że instalowane elementy systemu KSPO są "urządzeniami bezpieczeństwa i organizacji ruchu (...). Do urządzeń organizacji ruchu należą znaki i tablice tekstowe zmiennej treści montowane na

bramownicach. Na tego samego typu bramownicach montowane są urządzenia do poboru opłat, które GDDKiA klasyfikuje jako podsystem zarządzania ruchem" Powyższe pismo zostało przekazane w dniu 21 marca 2011 r. do GUNB, który w odpowiedzi z dnia 22 marca 2011 r. stwierdził, że zdaniem GUNB bramownice oraz urządzenia wchodzące w skład systemu są urządzeniami bezpieczeństwa ruchu drogowego, o których mowa w 1 pkt 4 rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych

warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. Nr 220, poz. 2181, z późn. zm.). W związku z tym urządzenia te nie są obiektami budowlanymi ani urządzeniami budowlanymi, a wykonanie ich nie stanowi robót budowlanych i nie podlegają one regulacjom ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Mając na uwadze powyższe stanowisko GUNB, dyrektor Departamentu Rynku Budowlanego i Techniki Ministerstwa Infrastruktury pismem z dnia 22 marca 2011 r. poinformował GDDKiA, że w ocenie departamentu - w stanie faktycznym zaprezentowanym przez generalną dyrekcję - bramownice oraz urządzenia wchodzące w skład systemu KSPO są urządzeniami bezpieczeństwa ruchu drogowego, o których mowa w § 1 pkt 4 rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach, w związku z tym nie maja charakteru obiektów ani urządzeń budowlanych i nie podlegają regulacjom ustawy Prawo budowlane." W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego przepisy ustawy Pzp ani ustawy Prawo budowlane nie mają w danej materii zastosowania, zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do przedłożenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Ponadto Zamawiający podkreślił, iż Punkt Kontrolny jest wyłączony z reżimu uzyskania pozwolenia na budowę oraz konieczności zgłoszenia.

Dalej Zamawiający, odnosząc się do zarzutu nr 4 i 6 odwołania PolCam, wskazał, iż w pkt 4.2 SIWZ (s. 52) szczegółowo opisał sposób pozyskania informacji w zakresie dokumentacji technicznej MSPO A2 i MSPO A4, który jest jednakowy dla wszystkich zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem podmiotów. Zamawiający, w dniu 27 lipca 2020 r. udostępnił niniejszą dokumentację wszystkim podmiotom, które zgodnie z dyspozycją pkt 4.2.2. SIWZ (s. 52) złożyły wymagane oświadczenia w przedmiocie zobowiązania do zachowania poufności zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego, tj. Formularz DP.9). W świetle powyższego, nie sposób jest uznać, iż Zamawiający w jakikolwiek sposób stawia w pozycji uprzywilejowanej, w stosunku do pozostałych wykonawców, podmioty obecnie operujące na MSPO lub wykonujące MSPO w przeszłości. Ponadto, odnosząc się do żądania ustalenia dostępu do informacji mających charakter poufny, do których Zamawiający ograniczył dostęp w III SIWZ, pkt 4.2 w sposób zapewniający dostęp do ich treści przez min.

60 dni przed terminem składania ofert, Zamawiający wskazał, iż w dniu 23 lipca 2020 r.,

wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, dokonał modyfikacji terminu składania ofert z dnia 5 sierpnia 2020 r. na dzień 24 sierpnia 2020 r. Zdaniem Zamawiającego ww. zarzut winien podlegać oddaleniu.

Odnosząc się do zarzut nr 5 Zamawiający podkreślił, iż w pkt 5.3 SIWZ (s. 19), zostało

wprost wskazane, iż w zakresie kryterium pn. „Skuteczność określenia kategorii pojazdu", w przypadku wskazania w formularzu oferty wartości procentowej mniejszej niż 90% i liczbowej mniejszej niż 5, Zamawiający uzna, że oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia i zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższy zapis czyni zadość żądaniom Odwołującego, a zatem przedmiotowy zarzut utracił charakter sporny.

W zakresie zarzutu nr 7 Zamawiający wskazał, iż w dniu 23 lipca 2020 r. dokonał

modyfikacji SIWZ, która czyni zadość żądaniom Odwołującego w zakresie ww. zarzutu, tj. określił: nazwę Zamawiającego, adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia, termin składania ofert oraz adresu, na który

oferty muszą zostać wysłane. Ponadto, w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał zmiany SIWZ w zakresie określenia przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie kodu głównego CPV, tj. 48313100-6 System odczytu optycznego. Powyższe zmiany dokonane przez Zamawiającego w pełni korelują z żądaniami Odwołującego, zatem zarzut jest bezprzedmiotowy.

W odniesieniu do zarzutu nr 9 Zamawiający wskazał, iż zgodnie ze zmianą z dnia 23 lipca 2020 r., w której Zamawiający dokonał przedłużenia terminu składania ofert z dnia 5 sierpnia na dzień 24 sierpnia 2020 r. minimalny ustawowy 40-dniowy termin liczony od daty opublikowania SIWZ został zachowany. Niemniej jednak, odnosząc się do żądania Odwołującego w zakresie przedłużenia ww. terminu do 60 dni od daty możliwego uzyskania dokumentacji technicznej MSPO A2 i A4 Zamawiający wskazał, iż nie przychyla się do tego żądania. Jednakże wychodząc naprzeciw wykonawcom dokonał przedłużenia terminu składania ofert 0 16 dni względem pierwotnego terminu. Niniejszym jest on w pełni adekwatny do potrzeb wykonawców oraz w zupełności wystarczający do rzetelnego przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo Zamawiający w załączeniu przedstawił tabelę obrazującą, jakich zmian

dokonał Zamawiający w treści SIWZ w dniu 5 sierpnia 2020r. w związku z zarzutami podniesionymi przez Odwołującego PolCam.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania, zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego:

a) wykonawcę Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie - w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20;

b) wykonawcę Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie - w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 oraz KIO 1625/20;

c) wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie - w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 oraz KIO 1625/20;

oraz po stronie Zamawiającego:

d) wykonawcę Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy VITRONIC Machine Vision Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20. Zgodnie z art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z kolei zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby. Jak wynika z powyższych przepisów zasadą jest, że zgłoszenie przystąpienia wnoszone w postaci elektronicznej powinno zostać wniesione w sposób wynikający z § 5 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego. W ocenie składu orzekającego odstąpienie od tego wymogu możliwe jest wyłącznie w drodze wyjątku, w przypadku wystąpienia uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiają doręczenie dokumentu w określony w rozporządzeniu sposób. Przyczyny takie mogą wynikać przede wszystkim z problemów technicznych jak nagła awarii systemu informatycznego czy platformy wykorzystywanej do doręczeń, w tym przypadku platformy e-PUAP (por m.in. wyrok NSA z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt II FSK 937/17). Wykonawca VITRONIC przesłał zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego za pośrednictwem poczty e-mail, zamiast za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Urzędu Zamówień Publicznych, jednocześnie w żaden sposób nie wyjaśniając dlaczego skorzystał z innego kanału komunikacji, niż dedykowany dla tej czynności w przepisach rozporządzenia wykonawczego. W konsekwencji wniesione w ten sposób przystąpienie Izba uznała za nieskuteczne.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż zarówno Odwołujący Kapsch w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20, jak i Odwołujący PolCam w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20, jako wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz deklarujący potencjał do jego realizacji, wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z dokonaną na posiedzeniu w dniu 17 sierpnia 2020 r. modyfikacją stanowisk

procesowych i wycofaniu części zarzutów przez Odwołujących, Izba umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1a, 1c, 1e, 1f, 1g, 2c, 2d, 2f i 2g w odwołaniu, zaś postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20 w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 w odwołaniu oraz w zakresie zarzutu oznaczonego nr 2 w odwołaniu w części odnoszącej się do wskazanych w załączonej do odwołania Tabeli żądań modyfikacji dotyczących następujących postanowień SIWZ: w odniesieniu do postanowień OPZ: pkt. 5.5, pkt 5.14. d), k), l) oraz m), pkt 8.2, pkt 8.3 a), pkt 9.7 k), pkt 9.8.a), pkt 10, pkt 15.1; w odniesieniu do postanowień załącznika nr 2 do OPZ - Sprzęt: pkt 2, pkt 2.7, pkt 2.9, pkt. 2.12, pkt 2.17, pkt 2.20, pkt 2.25, pkt 3.10, pkt 3.20, pkt 6.1, pkt 6.2, pkt 6.4; w odniesieniu do postanowień IPU: § 5 ust. 3, § 24 ust 2, § 24 ust. 9, § 27 ust. 5 pkt 7, § 24 ust. 14 pkt 5. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku (pkt I.1 oraz II.1).

Izba w sprawach o sygn. akt KIO 1593/20 i KIO 1625//20 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacji. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (tj. w odwołaniach, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie Przystępującego Sprint

Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie, pismach procesowych obu Odwołujących, oraz złożonych w obu sprawach pisemnych replikach Zamawiającego na ww. pisma procesowe), a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 i 17 sierpnia 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez

Zamawiającego, w zakresie zarzutów i żądań, które nie zostały przez Odwołujących wycofane, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotowe postępowanie obejmuje zaprojektowanie, budowa i utrzymanie Punktów

Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej. Ogłoszenie o zamówieniu oraz treść SIWZ zostały opublikowane w dniu 2 lipca 2020 r. Pierwotny termin składania ofert ustalony został na dzień 5 sierpnia 2020 r. SIWZ zawierała cztery części: I - warunki ogólne oraz formularze pomocnicze, II - warunki szczególne (WSZ), III - opis przedmiotu zamówienia (OPZ), IV - istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (IPU). Zamawiający wskazał, iż wszystkie części należy czytać łącznie i traktować jako wzajemnie uzupełniającą się całość.

W części II SIWZ - Warunki szczególne („WSZ") Zamawiający określił m.in. kryteria

oceny ofert. Zgodnie z pkt B.1 WSZ ustalono cztery kryteria oceny ofert, w tym kryterium

„Skuteczność określenia kategorii pojazdu" o wadze 20%. Zgodnie z pkt B.8.3 WSZ ocena w zakresie ww. kryterium zostanie dokonana na podstawie wypełnionego formularza ofertowego i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej skuteczności określenia kategorii pojazdu oraz liczby możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów. Zaproponowana w ofercie wartość procentowa skuteczności określenia kategorii pojazdu oraz liczby możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów będzie obowiązywała w ramach realizacji przedmiotu Umowy w zakresie spełnienia wymaganego poziomu skuteczności określenia kategorii pojazdu oraz liczby możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 20 punktów. Punkty w ramach kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" zostaną przyznane w następujący sposób:

- dla skuteczności od 90 do 91%: przy ilości kategorii pojazdów od 5 do 9 - 0 punktów; przy ilości kategorii pojazdów od 10 do 14 - 1 punkt; przy ilości kategorii pojazdów > 15 - 2 punkty;

- dla skuteczności od 92 do 93%: przy ilości kategorii pojazdów od 5 do 9 - 4 punkty; przy ilości kategorii pojazdów od 10 do 14 - 5 punktów; przy ilości kategorii pojazdów > 15 - 6 punktów;

- dla skuteczności od 94 do 96%: przy ilości kategorii pojazdów od 5 do 9 - 8 punktów; przy ilości kategorii pojazdów od 10 do 14 - 8 punktów; przy ilości kategorii pojazdów > 15 - 10 punktów;

- dla skuteczności od 97 do 98%: przy ilości kategorii pojazdów od 5 do 9 - 12 punktów; przy

ilości kategorii pojazdów od 10 do 14 - 13 punktów; przy ilości kategorii pojazdów > 15 - 14 punktów;

- dla skuteczności >98%: przy ilości kategorii pojazdów od 5 do 9 - 16 punktów; przy ilości kategorii pojazdów od 10 do 14 - 18 punktów; przy ilości kategorii pojazdów > 15 - 20 punktów.

W pkt 5.3 Formularza ofertowego zawarto wymagającą uzupełnienia deklarację o treści:

„w zakresie kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" oświadczam, że Wykonawca, którego reprezentuje deklaruje wartość procentową skuteczności prawidłowości

określenia kategorii pojazdu równą.....% (należy wpisać deklarowaną wartość procentową)

oraz liczbę możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów równą..... (należy wpisać

wartość liczbową) od daty podpisania Umowy." Zamawiający zawarł także następującą adnotację: „Uwaga! Kryterium oceny ofert - w przypadku braku podania powyższych informacji, oferta Wykonawcy otrzyma zero (0) punktów w ramach kryterium , a Wykonawca będzie związanym minimalną wartością procentową wynoszącą 90% dla skuteczności określenia kategorii pojazdu i wartością liczbową wynoszącą 5 dla liczby możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów. W przypadku wskazania w formularzu oferty wartości procentowej mniejszej niż 90% i liczbowej mniejszej niż 5, Zamawiający uzna, że oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp."

Zgodnie z Częścią III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia zamówienie obejmuje: projekt, budowę i utrzymanie 19 nowych lokalizacji kontrolnych infrastruktury przydrożnej (Punktów Kontroli) na drogach publicznych objętych obowiązkiem uiszczenia Opłaty Elektronicznej; dostawę urządzeń kontrolnych na potrzeby instalacji w obrębie infrastruktury Manualnego Systemu Poboru Opłat funkcjonującego na państwowych odcinkach autostrad płatnych A4 Wrocław - Sośnica i A2 Konin - Stryków. Zgodnie z pkt 3.4 OPZ Usługa Utrzymania Punktów Kontrolnych dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych Punktów Kontrolnych na MPO w ramach MSPOA2 i MSPOA4 świadczona będzie przez Wykonawcę od dnia ich odbioru przez Zamawiającego przez okres 36 miesięcy.

W Części III SIWZ Zamawiający określił m.in. sposób udostępnienia załączników do opisu przedmiotu zamówienia (pkt. 4.2). Zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 37 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający nakłada na Wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru niektórych informacji udostępnianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zastrzegając jako poufne, i nie udostępniając na stronie internetowej Zamawiającego załączników: Dokumentacja techniczna MSPO A2; Dokumentacja techniczna MSPO A4. Środkiem mającym na celu ochronę poufnego charakteru informacji jest złożenie przez Wykonawcę oświadczenia w przedmiocie zobowiązania do zachowania poufności zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego (Formularz DP.9.). Dokumenty objęte poufnością zostaną udostępnione, po złożeniu przez Wykonawcę zobowiązania do zachowania poufności podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane do reprezentowania Wykonawcy. Wykonawcy, który złoży ww. zobowiązanie o zachowaniu poufności w ciągu 10 dni od opublikowania SIWZ, dokumenty objęte poufnością zostaną udostępnione 11-go dnia od opublikowania SIWZ. Wykonawcom, którzy zgłoszą się w terminie późniejszym, ww. dokumenty będą udostępniane na bieżąco, aż do dnia poprzedzającego dzień otwarcia ofert. Ww. Oświadczenie należy złożyć za pośrednictwem Platformy zakupowej, o której mowa w części I SIWZ podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z pkt 5.1 Części III SIWZ Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym: a) wszystkie koszty, opłaty, wydatki Wykonawcy, b) wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów, w tym podatek od towarów i usług.

W załączniku nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ") wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS). Zamówienie obejmuje: Projekt, budowę i utrzymanie nowych Punktów Kontrolnych na Sieci Podstawowej SPOE KAS, Projekt, dostosowanie i utrzymanie istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS.

Zgodnie z pkt 4 OPZ przedmiot zamówienia obejmuje:

1. Projekt, budowa i uruchomienie nowych Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci

Dróg Podstawowych, w tym:

a) Liczbę oraz lokalizację nowych Punktów Kontrolnych Zamawiający określi na etapie realizacji Zamówienia. Planowana ilość oraz lokalizacja nowych Punktów Kontrolnych została wyszczególniona w Załączniku nr 6 do OPZ.

b) Zaprojektowanie Punktów Kontrolnych stanowiących jedną z metod kontroli prawidłowości uiszczenia Opłaty Elektronicznej przez pojazdy i zespoły pojazdów o DMC powyżej 3,5 tony i autobusów niezależnie od ich masy na Sieci Dróg Płatnych

Systemu w ramach SPOE KAS (pkt. 5 OPZ) w terminie przedstawionym w Załączniku nr 5.

c) Integracja Punktów Kontrolnych z System ANPRS PL (pkt. 6 OPZ).

d) Dostarczenie i instalacja konstrukcji, sprzętu, urządzeń i Oprogramowania umożliwiającego prawidłowe funkcjonowanie Punktów Kontrolnych (pkt. 7 OPZ).

e) Skuteczne uruchomienie Punktów Kontrolnych na Sieci Dróg Podstawowych w ramach SPOE KAS w terminie przedstawionym w Załączniku nr 5.

2. Dostosowanie istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS (pkt 8 OPZ), w tym:

a) Dostosowaniu będą podlegały wszystkie MPO wyszególnione w Załączniku nr 4, Zamawiający na etapie realizacji Zamówienia określi liczbę Pasów Poboru Opłat, które będą podlegały dostosowaniu.

b) Wykonanie projektu dostosowania istniejących MPO do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS w terminie określonym w Załączniku nr 5.

c) Dostosowanie zgodnie z terminami określonymi w Załączniku nr 5 MPO do wymagań określonych w pkt 5 OPZ, aby stanowiły one integralną część SPOE KAS.

3. Świadczenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, bez jakichkolwiek opóźnień lub przerw,

Usługi Utrzymania Punktów Kontrolnych dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych Punktów Kontrolnych na MPO w ramach MSPOA2 i MSPOA4 (pkt. 10 OPZ).

4. Opracowanie i przekazanie Zamawiającemu Planu Przekazania Infrastruktury Przydrożnej

SPOE KAS, a następnie jego wykonanie poprzez skuteczne Zwrotne Przekazanie Infrastruktury Przydrożnej SPOE KAS Następczemu Wykonawcy, Zamawiającemu lub podmiotowi trzeciemu przez niego wskazanemu, zgodnie z OPZ, w tym w szczególności z pkt 27 OPZ.

5. Świadczenie Usługi Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych (pkt 15 OPZ).

W punkcie 6 OPZ przedstawiono informacje odnośnie integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL. Zgodnie z pkt 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 przeprowadzenia integracji z Systemem ANPRS PL w sposób niezakłócający prawidłowości ich funkcjonowania. Zgodnie z pkt 6.2 Poprzez zakłócenie prawidłowości funkcjonowania SPOE KAS lub Systemu ANPRS PL należy rozumieć wynikające z przebiegu integracji zmniejszenie wydajności, zwiększenie awaryjności lub brak możliwości kontroli prawidłowości uiszczania Opłaty Elektronicznej

w ramach SPOE KAS lub Systemie ANPRS PL. Zgodnie z pkt 6.3. Integracja z Systemem ANPRS PL umożliwi rzetelną weryfikację prawidłowości uiszczenia Opłaty Elektronicznej przez użytkowników na Sieci Dróg Płatnych, w tym poprzez realizację wymagań i transfer danych określonych w Załączniku nr 2 do OPZ. Zgodnie z pkt 6.4. Proces i szczegółowy zakres integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL zostanie uzgodniony bezpośrednio z Zamawiający 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.

Zgodnie z pkt 9.7 OPZ Utrzymanie Punktów Kontrolnych (UPK) obejmuje między innymi: a) przeprowadzanie Modyfikacji Punktów Kontrolnych zgodnie z pkt 10 OPZ. Zgodnie zaś z pkt 9.8 OPZ w ramach UPK Wykonawca zobowiązany jest: a) Modyfikować Punkty Kontrolne zgodnie z pkt 10. Do Modyfikacji Punktów Kontrolnych odnosi się szczegółowo pkt 10 OPZ. Wskazano tam m.in., iż: 10.1. Jeśli Wykonawca widzi potrzebę dokonania Modyfikacji Punktów Kontrolnych lub zachodzi konieczność, o czym Wykonawca może zostać również powiadomiony przez Zamawiającego, dokonania Modyfikacji PK z uwagi na zmianę organizacji ruchu w jego obszarze lub zmianę układu drogowego, a także wszelkich robót drogowych utrzymaniowych, remontowych, które to zmiany miałyby wpływ na prawidłową i ciągłą kontrolę prawidłowości uiszczania Opłaty Elektronicznej, Wykonawca zobowiązany jest spełnić poniższe wymagania. Każda zidentyfikowana przez Wykonawcę konieczność Modyfikacji PK wymaga akceptacji Zamawiającego. Wykonawca każdorazowo jest zobowiązany do przedstawienia rekomendacji związanych z proponowaną Modyfikacją PK wraz ze wskazaniem możliwej optymalizacji kosztów i możliwych ulepszeń i usprawnień w Punktach Kontrolnych oraz świadczonych Usługach, związanych z wdrożeniem danej Modyfikacji PK. Zgodnie z pkt 10.2 Modyfikacja Punktów Kontrolnych oznacza: a) dokonanie zmiany usytuowania poszczególnych Elementów istniejącego Punktu Kontrolnego przy zachowaniu pełnej współpracy z Zamawiającym przy pracach niezbędnych do konfiguracji zmian w SPOE KAS, b) montaż dodatkowych Elementów na istniejącym Punkcie Kontrolnym, a w przypadku gdy jest to konieczne, również wprowadzanie tymczasowych lub trwałych zmian w konstrukcji nośnej Punktów Kontrolnych, przy czym zmiany te muszą zostać zaakceptowane przez Zamawiającego, c) wykonywanie czynności lub zapewnienie asysty technicznej

w przypadkach wskazanych przez Zamawiającego, niezbędnych do wprowadzenia zmian lub modernizacji związanych z Elementami Punktów Kontrolnych, w tym w szczególności zmian przebiegu przyłączy energetycznych oraz w przypadku prac niezbędnych do wykonania dla umożliwienia przejazdu pojazdów nienormatywnych. Zgodnie z pkt 10.5. Wykonawcy za jakiekolwiek prace realizowane w ramach Modyfikacji Punktów Kontrolnych, również w zakresie wprowadzenia trwałych lub tymczasowych zmian w konstrukcji nośnej, nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Z kolei w pkt 15 OPZ odniesiono się do Usług Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych (URIP). Wskazano, iż świadczenie URIP obejmuje zaprojektowanie, dostarczenie, wybudowanie oraz instalację nowego Punktu Kontrolnego, zapewnienie wsparcia podmiotów obsługujących SPOE KAS w szczególności Zamawiającego i wykonanie niezbędnych prac montażowych przy konfiguracji danego Punktu Kontrolnego, w związku z Przebudową Punktu Kontrolnego, Odbudową Punktu Kontrolnego ale również Usuwaniem oraz Utylizacją Elementów Punktu Kontrolnego. Świadczenie URIP ma być realizowane od dnia startu Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej KAS do Końca świadczenia Usług określonych w Umowie (pkt 15.1). Zgodnie z pkt 15.8 Wykonawcy za jakiekolwiek prace realizowane w ramach URIP nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. W ramach niniejszej Umowy Zamawiający zakłada realizację nie więcej niż 3 URIP w okresie obowiązywania Umowy. W pkt 16 OPZ odniesiono się szczegółowo do Przebudowy Punktów Kontrolnych. Zgodnie z pkt 16.23 Przebudowa Punktu Kontrolnego może być konieczna m.in. z uwagi na: a) zidentyfikowaną występującą kolizję Punktu Kontrolnego z robotami drogowymi, inwestycjami realizowanymi przez innych wykonawców, w uzgodnieniu z zarządcą drogi, b) rozbudowę lub przebudowę Drogi Płatnej, c) zmianę układu drogowego, które to działania będą miały wpływ na poprawne funkcjonowanie SPOE KAS. Z kolei zgodnie z pkt 16.24 Przebudowa Punktu Kontrolnego oznacza: a) budowę nowego Punktu Kontrolnego, uwzględniając w tym także konstrukcję nośną, b) udział w testach i uruchomieniu przy ścisłej współpracy z Zamawiającym oraz innymi podmiotami trzecimi wskazanymi przez Zamawiającego, jeśli będzie to konieczne, c) usunięcie istniejącego, dotychczasowego Punktu Kontrolnego (w zakresie, jaki został wskazany w IMPK), dopiero po uruchomieniu nowego Punktu Kontrolnego, ale nie później niż w ciągu 14 dni od uruchomienia nowego Punktu Kontrolnego (termin ten może zostać skrócony do 7 dni w IMPK lub na odrębny wniosek Zamawiającego), d) Utylizację Elementów usuniętego Punktu Kontrolnego w zakresie uzgodnionym z Zamawiającym zgodnie z pkt 19.

Część IV SIWZ stanowią Istotne Postanowienia Umowy. Zgodnie z definicją wskazaną w § 1 (pkt 7 tabeli) „Dokumentacja Umowna, Dokumentacja Projektowa, Dokumentacja,

Wykonawcę, Podwykonawcę lub Podwykonawcę Dalszego lub wspólnie przez Strony w ramach realizacji Umowy i na potrzeby Umowy, w tym wszelkie jej modyfikacje. Pod pojęciem Dokumentacji Projektowej należy rozumieć zarówno Dokumenty opracowane w związku z realizacją Umowy, jak również Dokumenty opracowane niezależnie od realizacji Umowy, jeżeli zostały dostarczone na podstawie Umowy.

W § 12 IPU uregulowano kwestie dotyczące gwarancji, wskazując:

1. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na prawidłowe wykonanie całego Przedmiotu Umowy oraz działanie Punktów Kontrolnych SPOE KAS, a także niezależnie od tego, na poszczególne Elementy Punktów Kontrolnych SPOE KAS dostarczone przez Wykonawcę i Dokumentację Umowną, na zasadach określonych poniżej.

2. Gwarancja udzielana jest w ramach wynagrodzenia określonego w Umowie. Wykonawcy nie przysługuje jakiekolwiek dodatkowe wynagrodzenie z tytułu świadczenia Gwarancji.

3. Gwarancja zostaje udzielona na okres 6 lat dla wszystkich elementów Przedmiotu Umowy - od dnia dokonania ich odbioru lub zatwierdzenia.

4. W ramach udzielonej gwarancji Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wszelkich wad i awarii, które ujawniły się w Przedmiocie Umowy, w tym Infrastrukturze Przydrożnej SPOE KAS lub jej Elementach, a także w Dokumentacji Umownej w trakcie trwania gwarancji oraz zostały zgłoszone w trakcie trwania gwarancji, chociażby ich usunięcie miało nastąpić po terminie, o którym mowa w niniejszym postanowieniu.

5. Wykonawca w ramach gwarancji jest zobowiązany do naprawienia wszystkich elementów Przedmiotu Umowy, w tym Punktów Kontrolnych SPOE KAS lub ich Elementu, który objęty jest wadą, w terminie 5 Dni Roboczych od dnia wykrycia wady/awarii. Jeżeli naprawa nie jest możliwa, Wykonawca zobowiązany jest do wymiany wadliwego elementu Przedmiotu Umowy, w tym Punktów Kontrolnych lub Elementu PL, który objęty jest wadą, w ww. terminie.

6. Gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień Zamawiającego wynikających z przepisów prawa o rękojmi, a Zamawiający jest uprawniony do wykonywania uprawnień z tytułu rękojmi niezależnie od dochodzenia swoich praw z tytułu gwarancji. Okres rękojmi za wady jest równy okresowi gwarancji wskazanemu w ust. 12.4. Umowy.

7. Zamawiający nie jest zobowiązany do wydania elementu Przedmiotu Umowy, w tym Punktów Kontrolnych SPOE KAS, w tym jakiegokolwiek jego Elementu, a także Dokumentacji Umownej w celu świadczenia przez Wykonawcę gwarancji. Wszelkie wady będą usuwane przez Wykonawcę w miejscu ujawnienia się wady, chyba że okaże się to niecelowe.

8. Gwarancja nie ogranicza się tylko do wady tkwiącej w Przedmiocie Umowy, Punkcie

Kontrolnym SPOE KAS, w tym w jego Elemencie, a także w Dokumentacji Umownej, lecz obejmuje także przyczyny zewnętrzne, w szczególności wynikające z nieprawidłowego Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS, nieprawidłowego korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, wykonanych napraw awarii wynikających z przypadkowego uszkodzenia, zniszczenia, aktów wandalizmu bądź Siły Wyższej. W przypadku wykonanych napraw lub usunięcia awarii PK wynikających z przypadkowego uszkodzenia, zniszczenia, aktów wandalizmu bądź Siły Wyższej, Wykonawca może otrzymać zwrot poniesionych kosztów, jeśli zaistnieją ku temu przesłanki określone w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a ubezpieczycielem Punktów Kontrolnych.

9. Niezależnie od postanowień niniejszego paragrafu, w zakresie produktów dostarczanych przez Wykonawcę, a jednocześnie których producentem nie jest Wykonawca, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu standardowe dokumenty gwarancyjne producenta na Przedmiot Umowy, Punkty Kontrolne SPOE KAS lub ich Elementy lub Dokumenty, z chwilą ich odbioru przez Zamawiającego. (...).

Zgodnie z § 15 ust. 1 IPU całkowite maksymalne wynagrodzenie za należyte wykonanie= Przedmiotu Umowy, nie przekroczy kwoty netto [.] zł (słownie złotych: [.]) plus podatek VAT [.], co stanowi łącznie kwotę [.] zł (słownie złotych: [.]). W § 15 ust. 2 wskazano, iż na kwotę określoną powyżej składają się: 1) maksymalne wynagrodzenie za projekt, budowę i uruchomienie nowych Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci Dróg Podstawowych - kwota netto [.] plus VAT co stanowi kwotę brutto [.], 2) maksymalne

wynagrodzenie za projekt, dostosowanie istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS - kwota netto [.] plus VAT co stanowi kwotę brutto [.], 3) świadczenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, bez jakichkolwiek opóźnień lub przerw, Usługi Utrzymania Punktów Kontrolnych dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych Punktów Kontrolnych na MPO w ramach MSPOA2 i MSPOA4, w tym świadczenie Usługi URiP - kwota netto [.] plus VAT co stanowi kwotę brutto [.]. Zgodnie z § 15 ust. 3 IPU Wynagrodzenie określone w ust. 15.1. stanowi całość wynagrodzenia Wykonawcy w związku z realizacją Umowy, w tym realizacji poszczególnych obowiązków Wykonawcy na gruncie Umowy i Załączników stanowiących jej integralną część, w tym za przeniesienia autorskich praw majątkowych i udzielenia licencji, udzielenia gwarancji (wynagrodzenie ryczałtowe). Wykonawcy nie przysługują żadne inne roszczenia w stosunku do Zamawiającego, w szczególności zwrot kosztów podróży oraz zakwaterowania członków Personelu Wykonawcy, czy też zwrot jakichkolwiek innych, dodatkowych kosztów czy nakładów ponoszonych przez Wykonawcę związanych z realizacją Umowy.

W § 23 IPU uregulowano odpowiedzialność wykonawcy. Wskazano m.in., iż Wykonawca

ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy na zasadach opisanych w niniejszej Umowie, a w zakresie nieuregulowanym Umową, na zasadach ogólnych przewidzianych w przepisach prawa, w szczególności w Kodeksie cywilnym. Odpowiedzialność Wykonawcy realizującego Umowę w formie konsorcjum ponoszona jest solidarnie przez członków konsorcjum (ust. 1). W § 24 IPU odnoszącym się do kar umownych wskazano m.in.: 24 ust.1 Na zasadach określonych poniżej, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych za przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań niepieniężnych z Umowy. 24 ust. 2. Kary umowne mogą zostać nałożone na Wykonawcę niezależnie od zaistnienia jego winy oraz niezależnie od stopnia jego winy (w tym także niezależnie od winy osób, którymi posłużył się przy wykonaniu zamówienia), co oznacza, że kary umowne oznaczają odpowiedzialność Wykonawcy na zasadzie ryzyka. 24 ust. 3. Naliczenie kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego od Wykonawcy odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych. 24 ust 4. Kary umowne są od siebie niezależne i mogą zostać nałożone przez Zamawiającego za każdy przypadek naruszenia Umowy odrębnie.

Zgodnie z § 24 ust. 14 Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy oraz żądania od niego zapłaty następujących kar umownych m.in.: z tytułu nienależytego wykonania Projektu, budowy i uruchomienia nowych Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci Dróg Podstawowych oraz dostosowanie istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS:

a) z tytułu niedochowania przez Wykonawcę terminów wskazanych w Załączniku nr 5 do OPZ - w wysokości 200.000,00 złotych (słownie złotych: dwieście tysięcy), za każdy rozpoczęty dzień niedochowania terminu w stosunku do każdego nowego Punktu

Kontrolnego lub dostosowanego Punktu Kontrolnego;

b) w przypadku opóźnienia w usunięciu wad, usterek stwierdzonych przy odbiorze lub

podczas procedury zatwierdzania wskazanej w pkt 24 OPZ w stosunku do pierwotnego

terminu określonego przez Zamawiającego - w wysokości 50.000,00 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt tysięcy), za każdy rozpoczęty dzień niedochowania terminu,

c) z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego - w wysokości 50.000,00 zł (słownie złotych: pięćdziesiąt tysięcy) za każdy dzień niedochowania terminu lub za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Zgodnie z § 27 ust. 5 pkt 7 IPU Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy łączna wartość kar umownych naliczonych lub możliwych do naliczenia Wykonawcy na podstawie ust. 24.14. pkt 1) przekroczy kwotę 200 000,00 złotych (słownie złotych: dwieście tysięcy).

Zamawiający w dniu 23 lipca 2020 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności w zakresie odnoszących się do danych identyfikujących Zamawiającego. Przedłużono także termin składania ofert do 21 sierpnia 2020 r.

Następnie Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2020 r. dokonał licznych modyfikacji

postanowień SIWZ, w tym m.in. zmienił:

- pkt. 6.1 załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ nadając mu brzmienie: „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;

- pkt 6.2. załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ nadając mu brzmienie: „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."

- pkt 6.3. załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ nadając mu brzmienie „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 załącznika nr 1 do SIWZ - OPZ nadając mu brzmienie „Proces i szczegółowy zakres integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL zostanie uzgodniony bezpośrednio z Zamawiający 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."

- § 24 ust. 2 IPU - poprzez jego usunięcie;

- § 24 ust 14 pkt 1 lit. a) IPU nadając mu brzmienie: „z tytułu niedochowania przez Wykonawcę terminów wskazanych w Załączniku nr 5 do OPZ - w wysokości 50.000,00 złotych (słownie złotych: pięćdziesiąt tysięcy), za każdy rozpoczęty dzień niedochowania terminu w stosunku do każdego nowego Punktu Kontrolnego lub dostosowanego Punktu Kontrolnego."

W dniu 14 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał dalszych modyfikacji postanowień

SIWZ, m.in. zmieniając:

- Część II SIWZ (WSZ) lit. B pkt 8.3 Tabela kol.2 (wszędzie, gdzie występuje) nadając mu brzmienie „>15";

- § 27 ust. 5 pkt 7 IPU nadając mu brzmienie: „łączna wartość kar umownych naliczonych lub możliwych do naliczenia Wykonawcy na podstawie ust. 24.14. pkt 1) przekroczy kwotę 1 000 000,00 złotych (słownie złotych: milion)."

Jednocześnie termin składania ofert uległ wydłużeniu do 31 sierpnia 2020 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, które nie zostały przez Odwołujących wycofane, Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 zasługuje na częściowe uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1386/20 podlega oddaleniu w całości.

I. Sygn. akt KIO 1593/20

Izba uznała za częściowo zasadny zarzut oznaczony nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia 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 przedmiotowego zamówienia, co znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia dokonanie prawidłowej kalkulacji i złożenie oferty w postępowaniu i może mieć wpływ na sporządzenie w postępowaniu nieporównywalnych ofert. Zasadność powyższego zarzutu potwierdziła się w aspekcie wskazanym w lit. b zarzutu, odnoszącym się do usług Modyfikacji Punktów Kontrolnych, zdefiniowanych w sposób, który powoduje brak pewności co do tego, w jakiej ilości czynności wchodzące w zakres ww. Modyfikacji objęte są ryczałtowym wynagrodzeniem.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie budzi wątpliwości okoliczność, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co istotne, czynność ta nie stanowi jedynie uprawnienia zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia tak, aby odzwierciedlał jego rzeczywiste potrzeby, ale wiąże się z istnieniem po jego stronie obowiązku precyzyjnego skonkretyzowania wszelkich aspektów przedmiotu zamówienia, które zapewnią jego prawidłową realizację i które mogą wpływać na treść oferty, w tym i jej prawidłowe wycenienie. Zamawiający na gruncie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż to przede wszystkim na podstawie opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy podejmują decyzję, czy będą ubiegać się o jego udzielenie. Jak wskazuje się w orzecznictwie wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację. Ww. czynniki stanowią podstawę do kalkulacji ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia przez jego jednoznaczne i wyczerpujące określenie (por. m.in. wyrok KIO z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt KIO 1817/19). Ponadto Zamawiający jest ograniczony w swoich działaniach zarówno treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje mu opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jak i ogólnymi zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie Izby przedmiot zamówienia nie został przez Zamawiającego opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie odnoszącym się do usług Modyfikacji Punktów Kontrolnych („Modyfikacje PK"), którym poświęcono pkt 10 OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

Jak wynika z treści OPZ Modyfikacje PK wchodzą w zakres realizacji usługi Utrzymania Punktów Kontrolnych („UPK"), na co wskazuje pkt 9.7 lit. a OPZ, zgodnie z którym UPK obejmuje m.in. przeprowadzenie Modyfikacji PK zgodnie z pkt 10 OPZ oraz pkt 9.8 lit. a OPZ, zgodnie z którym w ramach UPK Wykonawca zobowiązany jest Modyfikować PK zgodnie z pkt

10. W konsekwencji Modyfikacje PK objęte są wynagrodzeniem z tytułu UPK wskazywanym w punkcie 3 Tabeli przedstawionej w Formularzu OF.1 (Formularz cenowy). W formularzu tym należy wskazać m.in. cenę za jeden miesiąc usługi UPK, a więc wysokość wynagrodzenia,

w ramach którego mieścić się będą także ewentualnie wykonane w ramach UPK Modyfikacje PK. Na gruncie dokumentów zamówienia nie budzi wątpliwości, że usługi Modyfikacji PK stanowią jeden z elementów, jakie wykonawcy muszą uwzględnić w procesie kalkulacji ceny za usługi UPK, ergo Zamawiający powinien dostarczyć wykonawcom w opisie przedmiotu zamówienia dostatecznych danych umożliwiających należyte dokonanie takiej wyceny.

Tymczasem zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek danych liczbowych mogących stanowić dla wykonawców chociażby wskazówkę co do szacowanej liczby Modyfikacji Punktów Kontrolnych, jakie mogą mieć miejsce w skali miesiąca, roku czy w pełnym okresie realizacji usługi UPK. Izba przyznała rację Odwołującemu Kapsch, że wynagrodzeniem umownym objęte zostały usługi, których ilości i zakresu na gruncie OPZ nie można przewidzieć. Brak precyzyjnego określenia skali objętych wynagrodzeniem Modyfikacji PK rodzi prawdopodobieństwo nieporównywalności złożonych ofert, jak i powoduje uzasadnione trudności w określeniu przez wykonawców ryzyka wiążącego się z koniecznymi do wykonania Modyfikacjami PK, w szczególności tymi, które wymagają od wykonawców zwiększonych nakładów sił i środków, jak Modyfikacje PK obejmujące wprowadzenie tymczasowych lub trwałych zmian w konstrukcji nośnej PK (pkt 10.2 lit. b OPZ) czy prace

związanych z demontażem i montażem elementów konstrukcyjnych PK w celu umożliwienia przejazdu pojazdów nienormatywnych (pkt 10.2 lit. c OPZ).

Izba wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne - począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie - I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO I ACa 266/19 „Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych, jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opisze przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego prezentowane w pismach procesowych i na rozprawie. Po pierwsze okoliczność, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ilości możliwych Modyfikacji PK podniesiona w odpowiedzi na odwołanie, jedynie potwierdza zasadność zarzutu odwołania. Sytuacja ta w sposób jasny pokazuje, że Zamawiający, uznając, że nie jest możliwe oszacowanie dokładnej ilości Modyfikacji PK, przerzuca na wykonawców ryzyko z tym związane. Zamawiający pominął przy tym okoliczność, że nawet w przypadku braku możliwości dokładnego, precyzyjnego oszacowania niezbędnych w okresie utrzymania Modyfikacji PK powinien on zakreślić wykonawcom przewidywane granice tego obowiązku, w szczególności określając ich górny pułap. W argumentacji Zamawiającego widoczna jest także niekonsekwencja - z jednej strony w odpowiedzi na odwołanie wskazywał on bowiem na brak możliwości oszacowania ilości Modyfikacji, z drugiej zaś strony w piśmie procesowym z dnia 14 sierpnia 2020 r. podnosił, że oszacowanie planowanych przez zarządców dróg prac na Sieci Dróg Płatnych mogących powodować czasowe zmiany organizacji ruchu potencjalnie skutkujących wprowadzeniem Modyfikacji PK jest możliwe (Zamawiający wskazał konkretne adresy stron internetowych GDDKiA, gdzie zawarto stosowne dane), a wykonawca jako profesjonalista powinien posiadać wiedzę pozwalającą mu na dokonanie takiego oszacowania we własnym zakresie Skoro zatem zdaniem Zamawiającego, na podstawie danych udostępnianych przez GDDKiA, wykonawcy mogą dokonać oszacowania liczby potencjalnych Modyfikacji, to można równie dobrze zadać pytanie, dlaczego tego rodzaju szacowania nie dokonał Zamawiający opisując przedmiot zamówienia. W ocenie Izby skoro sam Zamawiający nie dokonał analizy w zakresie faktycznej potrzeby realizacji Modyfikacji PK, to nie powinien ryzyka z tym związanego przerzucać na wykonawców, to Zamawiającego obciąża bowiem obowiązek wyczerpującego opisania przedmiot zamówienia. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawcy mogą oszacować prawdopodobną liczbę Modyfikacji PK, to ukształtowanie postanowień SIWZ w przyjęty przez Zamawiającego sposób w dalszym ciągu naraża ich na potencjalne ryzyko w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy okaże się, że faktyczna liczba Modyfikacji PK istotnie wzrośnie w stosunku do dokonanych szacunków, z uwagi na przyczyny, których w momencie szacowania wykonawcy przewidzieć nie mogli.

Ryzyka istniejącego po stronie wykonawców nie niwelują także twierdzenia Zamawiającego, jakoby Modyfikacje PK miały mieć charakter incydentalny. To, że Modyfikacji przypuszczalnie może nie być dużo nie powoduje, że nie stanowią one czynnika cenotwórczego. Jak podnosił Odwołujący Kapsch, co znalazło potwierdzenie w treści pkt 10.2 OPZ, w zakres Modyfikacji wchodzą nie tylko drobne, techniczne prace dotyczące zmiany usytuowania poszczególnych elementów PK nie będących elementami nośnymi czy konstrukcyjnymi, ale także trwałe i tymczasowe zmiany konstrukcji nośnych czy prace

związane z demontażem i montażem Punktów Kontrolnych niezbędne do zapewnienia możliwości przejazdów ponadnormatywnych. Zamawiający zresztą nie kwestionował podnoszonej przez Odwołującego Kapsch okoliczności, że Modyfikacje PK mogą obejmować także prace o dużym znaczeniu, jak zasadnicze zmiany konstrukcyjne. Z kolei argumentacja Zamawiającego, że wysokość skrajni bramownic przyjęta dla Punktów Kontrolnych jest wyższa niż ustalona we właściwym rozporządzeniu, co powinno eliminować problemy przejazdów ponadnormatywnych, nie została poparta szerszą argumentacją, w tym na przykład informacjami czy dowodami, które potwierdzałyby, że prawdopodobieństwo tego rodzaju przejazdów wobec wyższego usytuowania skrajni bramownic jest znikome. Słusznie wskazywał Odwołujący, że dalej mogą mieć miejsce przejazdy pojazdów powyżej przyjętej wysokości, kiedy bramownice trzeba będzie podnosić. Zresztą potwierdza to sama

dokumentacja postępowania, pomimo bowiem ustalenia wysokości skrajni na poziomie 5,5m Zamawiający zawarł w zakresie Modyfikacji PK także prace związane z umożliwieniem przejazdów nienormatywnych, a zatem musiał widzieć taką faktyczną potrzebę.

Zamawiający nie podał w OPZ ani szacunkowych danych co do ilości Modyfikacji PK, ani nie określił ich maksymalnej liczby. W ocenie Izby informacje w zakresie maksymalnej liczby Modyfikacji PK, jakie wykonawca będzie zobowiązany wykonać w toku realizacji przedmiotu zamówienia w ramach wynagrodzenia przewidzianego za usługi UPK jest informacją istotną z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, mającą wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich realnego poziomu w cenie oferty, co w efekcie może prowadzić również do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że określenie maksymalnej liczby Modyfikacji PK może wymagać dokonania stosownej analizy przez Zamawiającego i nakładu pracy, analizę taką Zamawiający powinien był bowiem przeprowadzić kształtując opis przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nawet ewentualne trudności, jakie powstaną po stronie Zamawiającego w związku z rozstrzygnięciem Izby, nie zwalniają go z konieczności realizacji obowiązków nałożonych na niego na gruncie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i nie uprawniają go do przerzucania na wykonawców ryzyka związanego z realizacją w ramach zamówienia Modyfikacji PK.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości Modyfikacji Punktów Kontrolnych, jakie wykonawca

zobowiązany będzie zrealizować w ramach wynagrodzenia umownego za Usługę Utrzymania

Punktów Kontrolnych, ze szczególnym uwzględnieniem Modyfikacji Punktów Kontrolnych obejmujących wprowadzenie tymczasowych lub trwałych zmian w konstrukcji nośnej Punktów Kontrolnych oraz obejmujących prace niezbędne do wykonania dla umożliwienia przejazdu pojazdów nienormatywnych.

Celem wyjaśnienia Izba wskazuje, iż powyższe rozstrzygnięcie nie pozbawia Zamawiającego możliwości ustalenia różnych limitów Modyfikacji Punktów Kontrolnych dla poszczególnych rodzajów tych Modyfikacji wyszczególnionych w punkcie 10.2 lit a - c OPZ. Siłą rzeczy szacowana ilość Modyfikacji PK w zależności od ich zakresu zapewne będzie różnić się na etapie realizacji zamówienia. Powyższe rozstrzygnięcie nie uniemożliwia Zamawiającemu także dokonania ewentualnych zmian w odniesieniu do samego zakresu Modyfikacji Punktów Kontrolnych (np. poprzez wyłączenie z tego zakresu części prac), co nie wpływa jednak na to, że maksymalna liczba Modyfikacji PK objętych wynagrodzeniem za UPK powinna zostać dookreślona. Zamawiający może przewidzieć również mechanizmy umożliwiające mu zlecenie Modyfikacji PK ponad ustalony limit za dodatkowym wynagrodzeniem, tudzież ewentualną możliwość dokonania zmian umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie na przedmiotowe Modyfikacje. Działania Zamawiającego w powyższym zakresie pozostają już jednak poza oceną Izby w niniejszym postępowaniu.

Za częściowo zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art 5 i art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany. Zarzut ten znalazł potwierdzenie w zakresie ukształtowania postanowień § 24 ust. 14 pkt 1 IPU w sposób, który umożliwia zakwalifikowanie jednego zdarzenia pod kilka przypadków naliczenia kar umownych wskazanych w lit. a) - c) tego postanowienia (zarzut nr 2a).

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. T akie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W myśl art. 353^1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powyższe przepisy znajdują zastosowanie w postepowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych na mocy odesłania zawartego w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej oraz odesłania zawartego w art. 139 ustawy Pzp, wedle którego do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Co prawda w przypadku postanowień umowy w sprawach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje Zamawiający, co do zasady przeważa nad interesem wykonawców, a ryzyko Zamawiającego uznaje się za przewyższające normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej występujące w przypadku umów zawieranych między dwoma przedsiębiorcami, niemniej nie oznacza to, że swoboda Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych jest nieograniczona. Jak podnosi się w orzecznictwie ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^1 k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 10 maja 2019 r., sygn. akt KIO 693/19). Postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegają ocenie co do zgodności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować oraz zgodności z zasadami współżycia społecznego, a ocena taka dokonywana jest w szczególności przez pryzmat rozkładu ryzyk kontraktowych, ekwiwalentności świadczeń czy proporcjonalności uprawnień zamawiającego w stosunku do rzeczywistej potrzeby ochrony jego interesów.

Izba za słuszne uznała stanowisko Odwołującego Kapsch, iż treść § 24 ust. 14 pkt 1 IPU rodzi wątpliwości interpretacyjne. W ocenie Izby sposób skonstruowania tego postanowienia nie pozwala na proste i jednoznaczne przyporządkowanie przypadków nienależytego wykonania Projektu, budowy i uruchomienia nowych Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci Dróg Podstawowych oraz dostosowania istniejących MPO w ramach MSPO A2 i MSPO A4 do możliwości pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS do poszczególnych sytuacji określonych w literach a) - c) tego postanowienia. Wynika to z faktu, że zakres przypadków objętych lit. c) stanowi de facto katalog otwarty i obejmuje „każdy dzień niedochowania terminu" jaki i „każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego". W katalogu przypadków wskazanych w § 24 ust. 14 pkt 1 lit. c IPU mieszczą się zatem również sytuacje określone w lit. a i b tego postanowienia. W konsekwencji nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, że przedmiotowe postanowienia odnoszą się do różnych stanów faktycznych, skoro przypadki wskazane w lit. a i b są konsumowane przez postanowienia § 24 ust. 14 pkt 1 lit. c. Jakkolwiek domyślać się można, że intencją Zamawiającego było rozróżnienie tych przypadków, to powyższe nie wynika z literalnego brzmienia zaskarżonego postanowienia i wymaga doprecyzowania w taki

przypadków naliczenia kar umownych, a tym samym wyeliminować ryzyko istniejące po stronie wykonawców co do możliwości obciążenia ich kara umowną na podstawie dwóch różnych postanowień umownych. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że po wprowadzonych modyfikacjach, wysokość kar umownych we wszystkich tych przypadkach jest taka sama (wszak uprzednio istotnie się ona różniła). Zauważyć należy, że taki sposób ukształtowania § 24 ust. 14 pkt 1 IPU rodzi po stronie wykonawców niepewność, co do tego, na podstawie którego z postanowień umownych mogą zostać obciążenia karą umowną, jak i ryzyko czy nie zostaną obciążeni więcej niż jedną kara umowną za to samo zdarzenie. Takie działanie z kolei byłoby nieproporcjonalne do wagi uchybienia, jak i nieuzasadnione ochroną interesów Zamawiającego jako dysponenta środków publicznych, na co zwracał uwagę Odwołujący Kapsch.

Abstrahując od okoliczności, że już sam sposób sformułowania postanowienia § 24 ust. 14 pkt 1 lit. c IPU może budzić wątpliwości wobec jego bardzo ogólnego charakteru (co nie było jednakże przedmiotem oceny Izby, gdyż kwestia ta nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutu nr 2a), to należy wskazać, że postanowienia umowne powinny precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy. Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez druga stronę zapłaty kary umownej, na podstawie którego postanowienia umownego może zostać obciążony karą umowną oraz w jakiej wysokości. Nieprecyzyjna treść omawianego postanowienia IPU nie daje wykonawcom jednoznacznej odpowiedzi. Zamawiający ani na rozprawie ani w treści pism, poza lakonicznym wskazaniem, że postanowienia odnoszą się do różnych stanów faktycznych, nie zaprezentował żadnej argumentacji co do sposobu rozumienia przedmiotowego postanowienia umownego i celu, jaki przyświecał takiemu ukształtowaniu tego postanowienia. Z kolei zapewnienie Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 14 sierpnia 2020 r., że w świetle poglądów orzecznictwa i doktryny nie jest możliwe podwójne „ukaranie" za ten sam czyn, nie zmienia faktu, że treść postanowień IPU nie została precyzyjnie ukształtowana w zakresie, który może mieć istotne znaczenie na etapie realizacji umowy z perspektywy możliwych do nałożenia na wykonawcę sankcji za jej

nienależyte wykonanie. Mając na względzie, że kary umowne muszą być proporcjonalne do wagi uchybień, a wykonawca musi posiadać wiedzę, jakie przypadki nienależytego wykonania umowy kwalifikują się pod konkretne naruszenie sankcjonowane kara umowną, treść IPU wymaga dookreślenia.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zmawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie w treści § 24 ust. 14 pkt 1 lit. c IPU, że kara, o której mowa w tym postanowieniu, nie obejmuje przypadków wymienionych w § 24 ust. 14 pkt 1 lit a i b IPU.

Natomiast w pozostałym zakresie zarzut nr 2a odwołania Izba uznała za niezasadny.

Po pierwsze, szereg kwestionowanych przez Odwołującego postanowień IPU zostało przez Zamawiającego zmienionych w dniu 5 i 14 sierpnia 2020 r. Dokonując oceny podniesionych zarzutów Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę fakt, że doszło do zmiany treści skarżonych postanowień IPU, zgodnie bowiem z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Powoduje to, że nie jest możliwe stwierdzenie naruszenia przepisów prawa co do treści postanowień IPU, która się zdezaktualizowała lub których to postanowień w IPU już nie ma.

Po drugie na skutek wprowadzonych zmian Zamawiający ukształtował treść IPU w sposób w znacznej mierze czyniący zadość podniesionym żądaniom, czemu zresztą Odwołujący Kapsch nie przeczył. W szczególności Zamawiający zmniejszył karę umowną przewidzianą w § 24 ust. 14 pkt 1 lit. a) IPU do 50 000 zł - czyli dokonał modyfikacji zgodnie z żądaniem Odwołującego wskazanym w punkcie III. 7 petitum odwołania. Zamawiający zmodyfikował § 27 ust. 5 pkt 7 IPU zwiększając łączną wartość kar umownych, której naliczenie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy z 200 000 zł do 1 000 000 zł - czyli dokonał modyfikacji zasadniczo zgodnej z żądaniem Odwołującego Kapsch wskazanym w punkcie III. 8 petitum odwołania (Odwołujący domagał się uzależnienia możliwości odstąpienia od przekroczenia wartości kar umownych za opóźnienia sięgające co najmniej 10 dni - co przy karze ustalonej na poziomie 50 000 zł za jeden dzień opóźnienia daje wartość 1 000 000 zł). Ponadto Zamawiający usunął § 24 ust. 2 IPU wprowadzający odpowiedzialność na zasadzie ryzyka - czyli dokonał modyfikacji zasadniczo zgodnej z żądaniem Odwołującego wskazanym w punkcie III. 10.

Tym samym podnoszona w odwołaniu argumentacja o niewspółmierności wysokości kar umownych do wysokości wynagrodzenia i ich rażącym wygórowaniu, o możliwości nałożenia na wykonawcę kar umownych na zasadzie ryzyka czy o możliwości odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w przypadku opóźnienia w wymiarze jednego dnia, oparta na treści ww. postanowień IPU, zdezaktualizowała się, a zarzut w tym zakresie okazał się bezprzedmiotowy. Jedynym aspektem omawianego zarzutu, którego dokonane modyfikacje nie obejmowały, była kwestia doprecyzowania § 24 ust. 14 lit. a, b oraz c IPU poprzez wyeliminowanie możliwości wielokrotnego nakładania kary umownej za to samo zdarzenie. Przedmiotowy zarzut Izba uwzględniła, co zostało omówione już powyżej.

Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszona w piśmie procesowym z dnia 10 sierpnia 2020 r. oraz na rozprawie argumentacja o tym, że w innych miejscach IPU, w tym § 24 ust. 14 pkt 1 lit. b, Zamawiający referuje do określenia „opóźnienie" zamiast „zwłoka" i związane z tym żądanie wyraźnego doprecyzowania w treści umowy, że kary należne będą jedynie w przypadku zwłoki, nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutu odwołania, lecz jedynie reakcję Odwołującego Kapsch na wprowadzone modyfikacje, a zatem była argumentacją spóźnioną. W żadnym miejscu odwołania nie wskazano na treść innych niż § 24 ust. 2 postanowień IPU, które naruszać miałyby art. 5 i art. 353^1 k.c. w zakresie odnoszącym się do nakładania kar umownych na zasadzie ryzyka, niezależnie od winy wykonawcy. Zmiany innych niż § 24 ust. 2 IPU postanowień nie objęto również zakresem żądania w powyższym aspekcie.

Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 również w pozostałym zakresie, który podlegał rozpoznaniu - tj. w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1d, 2b oraz 2e.

W ocenie Izby Odwołujący Kapsch nie wykazał zasadności zarzutu oznaczonego nr 1d, opartego na okoliczności, że sposób ukształtowania SIWZ nie pozwala na identyfikację wszystkich zadań i ryzyk związanych z integracją Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL, co czyni niemożliwym kalkulację oferty.

W kontekście przedmiotowego zarzutu Izba miała na względzie okoliczność, że Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2020 r. zmienił treść Rozdziału 6 OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ), który referował do integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS. Zmianie uległy wszystkie postanowienia tego Rozdziału, tj. pkt 6.1-6.4 OPZ. W szczególności zmodyfikowano

pkt 6.1 OPZ w ten sposób, że obowiązek przeprowadzenia przez wykonawcę integracji z Systemem ANPRS PL zastąpiono obowiązkiem zaprojektowania i wdrożenia Punktów Kontrolnych w sposób umożliwiający zbieranie danych określonych w załączniku nr 2 do OPZ w celu ich późniejszego przekazania do systemu ANPRS PL. Zmieniono także rozumienie pojęcia „zakłócenie prawidłowości funkcjonowania" systemu ANPRS PL poprzez wskazanie, iż chodzi o zmniejszenie wydajności lub zwiększenie awaryjności tego systemu wskutek przekazania danych w sposób niezgodny z wymogami określonymi w Załączniku nr 2 do OPZ lub niezgodny z ustalonymi przez Strony na etapie realizacji umowy zasadami. Wskazano także, iż wykonawca będzie współpracował z Zamawiającym podczas integracji, ale nie będzie ponosił odpowiedzialności za działania lub zaniechania leżące po stronie Zamawiającego czy podmiotu trzeciego wskazanego przez Zamawiającego. Jednocześnie całkowicie usunięto dotychczasową treść pkt 6.3 OPZ zastępując go nowym postanowieniem. Powyższe powoduje, że zakres obowiązków wykonawcy w zakresie integracji Punktów Kontrolnych z Systemem ANPRS PL uległ zmianom i obecnie skupia się na kwestii gromadzenia danych określonych w załączniku nr 2 i ich przesyłania do systemu ANPRS PL w sposób niezakłócający jego funkcjonowania, a nie jak uprzednio na bliżej niedookreślonej integracji PK z Systemem ANPRS PL. Zdaniem składu orzekającego niewłaściwe byłoby dokonywanie oceny zasadności argumentacji przedstawionej przez Odwołującego na kanwie postanowień Rozdziału 6 OPZ, które w znacznej mierze uległy zmianie. Powyższe modyfikacje OPZ

powodują, że stan faktyczny będący podstawą stawianego zarzutu uległ dezaktualizacji przynajmniej w części. Ocena zasadności żądania przekazania przez Zamawiającego dokumentacji źródłowej Systemu ANPRS dokonywana przez Izbę w takiej sytuacji musiałaby albo opierać się na już nieistniejących bądź częściowo zmodyfikowanych postanowieniach, albo odnosić się do nowych postanowień OPZ, których z kolei wykonawcy - wobec daty dokonania modyfikacji - nie mieli możliwości objąć zakresem zaskarżenia w rozpoznawanym obecnie przez Izbę odwołaniu i wobec których przysługiwało im prawo do wniesienia odrębnego odwołania.

Z powyższych względów nie może zostać wzięta pod uwagę przez Izbę argumentacja prezentowana przez Odwołującego Kapsch w piśmie z dnia 11 sierpnia 2020 r. Pismo to w części dotyczącej zarzutu nr 1d stanowiło reakcję na wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje i odnosiło się do nich bezpośrednio. Odwołujący, podnosząc, że nadal brak jest wystarczających informacji, pozwalających ocenić oczekiwania Zamawiającego, referował do zmienionego brzmienia pkt 6.1 i 6.4. OPZ. Również wyspecyfikowane w tym piśmie przez Odwołującego informacje dotyczące systemu ANPRS PL, jakie Zamawiający powinien, zdaniem Odwołującego, przekazać wykonawcom, zostały podane w odpowiedzi na wprowadzone zmiany w treści SIWZ, które zdaniem Odwołującego nadal nie wyjaśniały szeregu istotnych kwestii niezbędnych dla skalkulowania oferty. Podkreślić należy, że okoliczność, iż w toku postepowania odwoławczego doszło do modyfikacji postanowień SIWZ nie powoduje, że Odwołujący w ramach odwołania wniesionego na pierwotną treść SIWZ może kwestionować także dokonane modyfikacje. Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia (poza zawarciem umowy), również w zakresie objętym zarzutami odwołania, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Jak już wskazano powyżej w takim przypadku wykonawcy przysługuje odrębny środek ochrony prawnej. Wykonawca jest także uprawniony do zamknięcia rozprawy wycofać zarzuty, których podstawa faktyczna zdezaktualizowała się w okresie, jaki upłynął od wniesienia odwołania do jego rozpoznania, aby nie ponosić negatywnych konsekwencji związanych z ich oddaleniem. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że w treści wyartykułowanych w piśmie Odwołującego pytań referuje on m.in. do punktu 3.10 załącznika nr 2 do OPZ, który również uległ modyfikacjom, a ściślej rzecz ujmując, został przez Zamawiającego usunięty w ramach zmian wprowadzonych 14 sierpnia 2020 r.

Mając na uwadze, że Odwołujący podtrzymał przedmiotowy zarzut na rozprawie, Izba jedynie celem uzupełnienia wskazuje, iż omawiany zarzut nie został w odwołaniu właściwie skonkretyzowany. Jego zasadnicza treść sprowadza się do tego, że ustalenie zakresu

niezbędnych do wykonania prac i czasu potrzebnego na ich realizację nie jest możliwe bez

dokumentacji źródłowej systemu ANPRS PL, niemniej Odwołujący nie pokusił się o wyjaśnienie dlaczego dane zawarte w SIWZ nie są wystarczające dla możliwości dokonania wyceny prac, nie wskazał jakich konkretnie danych czy informacji potrzebuje i z realizacją jakich obowiązków umownych się one wiążą, a jedynie lakonicznie odwołał się do potrzeby przekazania szczegółowych informacji, w tym protokołu komunikacji wraz z wymogami. Odwołujący nie odniósł się także w ogóle do treści załącznika nr 2 do OPZ, do której referował pkt 6.3 OPZ jeszcze w pierwotnym brzmieniu, a który to załącznik zawierał informacje co do wymagań i transferu danych przekazywanych do ANPRS PL, nie wyjaśnił dlaczego informacje tam podane nie są wystarczające dla możliwości dokonania wyceny prac wskazanych w pkt 6

OPZ. Dopiero w piśmie procesowym Odwołujący szczegółowo wyspecyfikował informacje, jakie są jego zdaniem niezbędne dla dokonania wyceny, niemniej powyższe stanowiło działanie spóźnione, tym bardziej, że - jak już wskazano powyżej - impulsem do takiego działania była dokonane przez Zamawiającego modyfikacje. Wymaga także zauważenia, że sam fakt wyspecyfikowania tych informacji w toku postępowania odwoławczego potwierdza, że działanie takie było możliwe już na etapie wnoszenia odwołania, a także, że przedstawione w odwołaniu żądanie udostępnienia dokumentacji źródłowej mogło być nadmierne, skoro wystarczające byłoby przekazanie wylistowanych informacji. Ponadto wskazać należy, że Zamawiający kwestionował zasadność udostępnienia dokumentacji źródłowej, podnosząc, że kody źródłowe służą tylko do połączenia prac wykonanych przez wykonawcę z ANPRS PL i wykonawca nie musi ich na tym etapie znać, jak również zwracając uwagę, że z uwagi na fakt, iż ww. system gromadzi ogromną ilość danych wrażliwych, udostępnianie protokołów komunikacji na tym etapie postępowania nie byłoby celowe, Odwołujący zaś nie przedstawił konstruktywnej argumentacji wykazującej okoliczności przeciwne. Izba podkreśla, że 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.

Za niewykazany Izba uznała również zarzut wskazany pod numerem 2b odwołania, który odnosił się do naruszenia przez Zamawiającego zasady swobody umów w ukształtowaniu zakresu obowiązków gwarancyjnych.

W tym kontekście zwrócenia uwagi wymaga okoliczność, że postępowanie odwoławcze, w którym zakresem zaskarżenia objęto treść ogłoszenia lub SIWZ, ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony zobowiązane są zaprezentować okoliczności

faktyczne stanowiące podstawę ich argumentacji. Odwołujący jest zatem co do zasady

zobowiązany przedstawić w odwołaniu podstawy faktyczne dla podnoszonych zarzutów, a podstawy te muszą być skonkretyzowane. Ponadto w postępowaniu odwoławczym strony są także zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (por. art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji Odwołujący Kapsch stawiając zarzut naruszenia art. 5 k.c. oraz art. 353^1 k.c. powinien był wykazać, że sposób ukształtowania obowiązków gwarancyjnych w IPU jest sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, z ustawą czy z zasadami współżycia społecznego, przy czym „wykazać" oznacza po pierwsze przedstawić konkretną, uzasadnioną merytorycznie argumentację, a po drugie poprzeć tę argumentację w miarę możliwości właściwymi środkami dowodowymi. Argumentacji, że zakres obowiązków gwarancyjnych w istocie narusza zasadę swobody umów, Odwołujący de facto nie przedstawił. Odwołujący co prawda odniósł się do niektórych postanowień umownych regulujących przedmiotową kwestię, niemniej poza faktem, że nie są one dla wykonawców korzystne, z jego wypowiedzi nie sposób wywieść merytorycznego uzasadnienia dla stwierdzenia naruszenia prawa czy zasad współżycia społecznego.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż w kontekście ustalonego w § 12 ust. 3 IPU okresu gwarancji, Odwołujący Kapsch powołał się wyłącznie na sprzeczność z warunkami rynkowymi, których jednak w żaden sposób nie omówił ani nie sprecyzował. Odwołujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia, jakie warunki czy praktyki rynkowe są stosowane w kontraktach tego typu i dlaczego ustalony w przedmiotowym postępowaniu okres gwarancji miałby od tych warunków rynkowych odbiegać i w jakim zakresie. Odwołujący nie przedstawił także jakichkolwiek dowodów, pomimo, że w ocenie Izby złożenia takich dowodów celem wykazania istniejących praktyk rynkowych było obiektywnie możliwe (dowodami mogły być chociażby wyciągi z wzorów umów w innych podobnych postępowaniach). Podobnie Odwołujący nie wskazał w żaden sposób, aby sprzeczna ze wspomnianymi warunkami rynkowymi (nie mówiąc o przepisach prawa czy zasadach współżycia społecznego) miała być okoliczność, że Zamawiający wymaga gwarancji wykonawcy na wskazany okres także w przypadku, gdy gwarancja producenta jest krótsza.

Po drugie, nie stanowi potwierdzenia stawianych zarzutów argumentacja Odwołującego dotycząca tego, że okres gwarancji miałby obowiązywać już po okresie utrzymania, kiedy to Odwołujący nie będzie już miał wpływu na sposób użytkowania dostarczonych elementów. Powyższe w ocenie Izby nie jest niczym nadzwyczajnym i wynika z samej istoty instytucji gwarancji, która udzielana jest na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia (lub jego elementów) i obowiązuje od dnia jego wydania/odbioru/zatwierdzenia na określony czas, kiedy

zamówienia). Okoliczność, że w ramach przedmiotowego zamówieniu wykonawca będzie świadczył także usługi Utrzymania Punktów Kontrolnych pozostaje bez wpływu na ocenę jego obowiązków gwarancyjnych. Z kolei powoływanie się na fakt, że długość okresu gwarancji ma znaczenie w kontekście zwrotu części zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, nie świadczy o tym, że przyjęta długość okresu gwarancji jest nieuzasadniona potrzebami Zamawiającego i sprzeczna z zasadami współżycia społecznego czy bliżej niedookreślonymi przez Odwołującego „warunkami rynkowymi". Odwołujący mógł wszakże w takiej sytuacji formułować zarzut niezgodności postanowienia § 21 ust. 11 IPU z ustawą Pzp lub kodeksem cywilnym, domagając się zmniejszenia wysokości zatrzymywanego zabezpieczenia. Odwołujący nie kwestionował także okoliczności, na jakie wskazywał Zamawiający, celem wyjaśnienia powodów, dla których ustalił taki a nie inny okres gwarancji.

Po trzecie, okoliczność, że w ocenie Odwołującego racjonalnym byłoby ograniczenie świadczenia gwarancyjnego do elementów konstrukcyjnych tudzież wydłużenie okresu utrzymania do 60 miesięcy nie oznacza, że ustalone przez Zamawiającego obowiązki gwarancyjne naruszają obowiązujące przepisy czy zasady współżycia społecznego. Izba dostrzegła, że okres gwarancji w istocie jest długi, natomiast Odwołujący nie wykazał, aby był on nadmierny, a tym bardziej aby naruszał wskazane w petitum odwołania przepisy. Podniesiona w piśmie procesowym okoliczność, że poziom wymagań w okresie gwarancyjnym jest zbliżony do wymagań utrzymaniowych nie była wskazana w odwołaniu, podobnie jak kwestia zbliżonych kosztów tych świadczeń. Izba ma świadomość, iż kwestionowane wymagania mogą przekładać się na określenie nakładu sił i środków wykonawcy w okresie gwarancyjnym, a w konsekwencji na wynagrodzenie wykonawców, natomiast ocena wiążących się z tym kosztów niewątpliwie jest możliwa, okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazywał. Samo zaś odwoływanie się do bliżej niesprecyzowanych „warunków rynkowych" bez wskazania konkretnej argumentacji, zdecydowanie nie jest wystarczające.

Zdaniem Izby Odwołujący Kapsch nie wykazał także zasadności swoich twierdzeń co do przewidzianych w IPU terminów napraw gwarancyjnych. Argumentacja, że w jego ocenie terminy wymagają urealniania i w wielu przypadkach dokonanie naprawy może nie być możliwe w ustalonym czasie, nie wystarcza do stwierdzenia zasadności zarzutu. W szczególności Odwołujący nie doprecyzował swoich wywodów i żądań, w jakich konkretnie przypadkach dokonanie napraw w ustalonych terminach może nie być możliwe i dlaczego. Samo zwrócenie uwagi na możliwość zaistnienia pewnego ryzyka, bez skonkretyzowania okoliczności, które potwierdzałyby prawdopodobieństwo zmaterializowania się tego ryzyka, nie pozwala na uznanie, że ustalone w umowie terminy nie są możliwe to dotrzymania. Jednocześnie Odwołujący domagał się wydłużenia terminu poszczególnych napraw

a przecież termin ten zapewne nie byłby adekwatny do wszystkich przypadków. Odwołujący jedynie przykładowo powołał się na naprawy dotyczące elementów konstrukcyjnych i nośnych, niemniej nawet w tym zakresie swoich twierdzeń nie udowodnił. Być może Zamawiający w ramach poprzednio obowiązującej umowy przewidział dogodniejsze dla wykonawców, czy też bardziej adekwatne terminy realizacji obowiązków gwarancyjnych, niemniej po pierwsze okoliczność ta sama w sobie nie przesądza jeszcze o sprzeczności postanowień umownych z przepisami prawa, których naruszenie zarzucono, a po drugie swojej argumentacji Odwołujący nie poparł żadnymi dowodami, a mógł przedstawić chociażby dokumentację przetargu, na który się powoływał. Podkreślić należy, że Izba nie może domniemywać treści wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego, a nadto za Odwołującego poszukiwać stosownych dowodów, takie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto Izba za nieuzasadniony uznała przedmiotowy zarzut w zakresie dotyczącym objęcia gwarancją dokumentacji dostarczanej lub opracowywanej przez Zamawiającego. Zgodnie z definicją zawartą w § 1 ust. 2 pkt 7 IPU Dokumentacja Umowna (objęta zakresem gwarancji zgodnie z § 12 ust. 1 IPU) stanowi dokumenty dostarczone lub opracowane lub wykonane przez Wykonawcę, Podwykonawcę lub Podwykonawcę Dalszego, lub wspólnie przez Strony w ramach realizacji Umowy i na potrzeby Umowy, w tym wszelkie jej modyfikacje. Jest to zatem Dokumentacja, w której dostarczaniu, opracowywaniu lub wykonaniu brał udział wykonawca (samodzielnie, za pomocą podwykonawców lub wspólnie z Zamawiającym). Odwołujący nie wskazał jakie to dokumenty miałyby być dostarczane czy opracowywane wyłącznie przez Zamawiającego, a nadto że byłyby one objęte zakresem definicji wskazanej w § 1 ust. 2 pkt 7 IPU ani, że na ich treść czy prawidłowość wykonawca nie miałby wpływu w trakcie realizacji umowy.

Nie potwierdził się również zarzut oznaczony nr 2e w odwołaniu, który dotyczył uzależnienia osiągnięcia Kamienia Milowego „Budowa i uruchomienie nowych punktów" od podpisania protokołów odbioru bez wad i usterek, pomimo wprowadzenia w IPU kategorii Wad Nieistotnych.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego Kapsch przedstawiona na potrzeby omawianego zarzutu stanowi w istocie polemikę z ustalonymi przez Zamawiającego warunkami umownymi, mającą służyć przekonaniu Zamawiającego co do wprowadzenia w IPU pewnych zmian, nie zaś argumentację służącą wykazaniu, że postanowienie § 8 ust. 15 IPU narusza wskazane w odwołaniu przepisy prawa. Izba podkreśla, że rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawców ani negocjacje postanowień umownych mające na celu osiągnięcie porozumienia co do kształtu umowy przez strony. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Wykonawca, który poddaje w wątpliwość postanowienia przyszłej umowy, nie może pod pretekstem rzekomych naruszeń przepisów, negocjować w postępowaniu odwoławczym ich treści, zmierzając do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny (por. m.in. wyrok z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19).

Należy zauważyć, że poza lakonicznym stwierdzeniem, że „takie ukształtowanie warunków IPU narusza zasady współżycia społecznego" Odwołujący Kapsch nie przedstawia jakichkolwiek wywodów mających potwierdzić zasadność podniesionych w odwołaniu naruszeń przepisów prawa, ograniczając się jedynie do własnej arbitralnej oceny. Okoliczność, że inne rozwiązanie byłoby w ocenie Odwołującego „prawidłowym i słusznym z punktu widzenia praktyki kontraktowej" stosownego uzasadnienia bynajmniej nie stanowi. Odwołujący po raz kolejny zresztą referuje do bliżej niedookreślonej „praktyki kontraktowej", które ani nie wyjaśnia, ani nie prezentuje za pomocą ewentualnych środków dowodowych. Samo gołosłowne, nie poparte dowodami, odwołanie się do innych postępowań, nie może być uznane za wystarczające, aby uznać zarzutu za zasadny. Ponadto okoliczność, iż praktyka kontraktowa może być odmienna, nie przesądza jeszcze o tym, że działanie zamawiającego będzie sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego czy zasadami współżycia społecznego, może być ono bowiem uzasadnione na gruncie konkretnego postępowania. Aby jednak dokonać stosownej oceny konieczne jest wykazanie, że działanie Zamawiającego faktycznie odbiega od przyjętej na danym rynku praktyki, czego Odwołujący nie uczynił. Nie do końca zrozumiałe jest także powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, jakoby z § 15 ust. 13 pkt 1 IPU miało wynikać, że w przypadku wad nieistotnych wynagrodzenie nie zostanie wypłacone, w sytuacji gdy z postanowienia tego wynika, iż podstawą faktury będzie podpisany przez Zamawiającego protokół odbioru bez wad lub usterek istotnych prac objętych tym protokołem. Okoliczności wskazywanej przez Odwołującego przeczył również Zamawiający. Z treści § 15 IPU nie wynika, aby wypłata wynagrodzenia za budowę i uruchomienie Punktów Kontrolnych miała być bezpośrednio powiązana z osiągnięciem Kamienia Milowego. Sygnalizowana zaś na rozprawie okoliczność, że postanowienie to nie jest w pełni zbieżne terminologicznie z § 8 ust. 10 IPU nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1593/20 podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 1b oraz 2a i oddaleniu w pozostałym zakresie, wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Skład orzekający podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje uwzględniona, zaś część oddalona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/5 (zarzut oznaczony nr 1b oraz 2a) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty oznaczone nr 1d, 2b i 2e). Kosztami postępowania obciążono

zatem Zamawiającego w części 2/5 i Odwołującego w części 3/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11 600 zł (18 600 zł x 3/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 440 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

II. Sygn. akt KIO 1625/20

Odwołanie wykonawcy PolCam Izba oddaliła w całości.

Za niezasadny Izba uznała zarzut nr 1 obejmujący połączenie zamówienia polegającego na robotach budowlanych z dostawami i usługami w sposób utrudniający konkurencję.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 5b ustawy Pzp, stanowiącego wskazaną w odwołaniu podstawę ww. zarzutu, Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy: 1) łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają

zastosowania różnych przepisów ustawy; 2) dzielić zamówienia na odrębne zamówienia,

w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Powołanie się w petitum odwołania na naruszenia tego przepisu uznać należy za chybione, jako że jego dyspozycja nie odnosi się do stanu faktycznego, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowania - Zamawiający nie łączył zamówień, które wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zakaz łączenia zamówień, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje jedynie przypadki mające na celu korzystanie z łagodniejszych reżimów stosowania ustawy lub w ogóle wyłączenie jej stosowania, a do tego podstawy faktyczne odwołania się nie odnosiły.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego PolCam jakoby zamówienie powinno zostać podzielone na części w ten sposób, aby wyłączyć z jego zakresu budowę konstrukcji nośnych Punktów Kontrolnych, mając na uwadze fakt, że rynek rozwiązań dotyczących dedykowanych systemów analizy, rozpoznawania pojazdów, systemów klasyfikujących, nie obejmuje zbyt wielu podmiotów (zwłaszcza MŚP), które jednocześnie łączą rozwój i wdrażanie tego typu rozwiązań oraz usługi budowlane.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Z literalnego brzmienia tego przepisu można wywieść, że podział zamówienia nie jest obowiązkiem Zamawiającego, lecz jego uprawnieniem (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2261/17, z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt KIO 2016/18, z dnia 9 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2629/18, z dnia 7 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 878/18). Koresponduje to z treścią art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), w myśl którego instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części. Ustawodawca krajowy nie skorzystał z możliwości wskazanej w ust. 4 tego przepisu, w myśl którego państwa członkowskie mogą wdrożyć przepisy ust. 1 akapit drugi, ustanawiając obowiązek udzielania zamówień w formie oddzielnych części na warunkach określanych zgodnie ze swoim prawem krajowym i z uwzględnieniem prawa unijnego (por. m.in. wyrok z dnia 6 października 2017 r., sygn. akt KIO 1985/17).

Jakkolwiek z przepisów ustawy Pzp oraz wspomnianej dyrektywy można wywieść zasadę dążenia do podziału zamówienia na części, niemniej nie oznacza to, że przedmiot zamówienia musi być podzielony na części w każdym przypadku. Może bowiem okazać się, że przedmiot zamówienia w ogóle jest niepodzielny lub nie powinien zostać podzielony w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych. Odwołujący powołując się na preambułę dyrektywy 2014/24/UE pomija

okoliczność, iż w dalszej części tej preambuły (motyw 78) wskazano, iż „Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia

powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia." Powyższe znajduje potwierdzenie także w treści art. 5f ustawy Pzp, w którym wskazano przykładowe sytuacje, kiedy przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony (zgodnie z tym przepisem jeżeli przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi).

Mając zatem na uwadze przepisy ustawy Pzp oraz Dyrektywy 2014/24/UE, na którą powoływał się Odwołujący, należy stwierdzić, że zarówno ustawodawca krajowy jak i unijny pozostawił swobodę Zamawiającemu w zakresie decyzji o podziale zamówienia na części, wprowadzając jedynie po stronie Zamawiającego obowiązki informacyjne (por. art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp - obowiązek wskazania w protokole powodów niedokonania podziału zamówienia na części).

Stanowisko Odwołującego o konieczności wyodrębnienia z zakresu zamówienia elementów odnoszących się do konstrukcji nośnych Punktów Kontrolnych nie jest zasadne. Punkt Kontrolny zgodnie z definicją zawartą w § 1 ust. 2 pkt 62 IPU stanowi kompleksowy zespół Elementów Punktu Kontrolnego SPOE KAS umożliwiający zainicjowanie rejestrowania danych pojazdu w celu kontroli poboru Opłaty Elektronicznej. Elementem Punktu Kontrolnego (zgodnie z definicją wskazaną w § 1 ust. 2 pkt 16 IPU) jest dowolna część składowa/komponent Infrastruktury Przydrożnej, m.in.: konstrukcja nośna, fundament osprzęt taki jak np. lasery, przekaźniki, nadajniki, anteny, kamery, sterowniki, ale również maszty, szafy, okablowanie, stopnie, ogrodzenia oraz wszelkie inne elementy wyposażenia drogi. Skoro efektem realizacji zamówienia ma być uruchomienie nowych Punktów Kontrolnych służących osiągnięciu celu zamówienia w postaci kontroli prawidłowości uiszczania Opłaty Elektronicznej w SPOE KAS, to uzasadnionym zarówno organizacyjnie, jak i technicznie jest objęcie jednym zamówieniem całego procesu budowy i uruchomienia Punktów Kontrolnych
63

(czy też dostosowania istniejących miejsc poboru opłat do pełnienia funkcji Punktów Kontrolnych), a więc nie tylko fizycznego postawienia konstrukcji wsporczych, ale i wyposażenia ich w całe niezbędne oprzyrządowanie i oprogramowanie. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, iż powyższe czynności stanowią jednolitą całość, a niezrealizowanie jednego z tych elementów, np. na skutek braku wykonawcy, uniemożliwiałoby realizację całości zamówienia lub prowadziłoby do poniesienia niewspółmiernych kosztów związanych z integrację rozwiązań dostarczonych przez różne podmioty. W ocenie Izby dokonanie podziału zamówienia w sposób wskazany przez Odwołującego PolCam zwiększałoby po stronie Zamawiającego ryzyko nienależytego, nieterminowego wykonania, a potrzeba potencjalnego skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia (każde dodatkowe postępowanie niesie dodatkowe ryzyko). Podkreślić należy, że podział zamówienia na części nie może odbywać się kosztem efektywności, jaką można zapewnić udzielnie zamówienia jednemu wykonawcy oraz uzasadnionych rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił zaś argumentacji, która poddawałaby w wątpliwość istnienie wskazywanych przez Zamawiającego uzasadnionych potrzeb związanych z koniecznością wykonania przedmiotu zamówienia przez jeden podmiot.

Odwołujący nie uprawdopodobnił także, aby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaniechanie podziału zamówienia na części naruszało uczciwą konkurencję. Sam fakt, że w odniesieniu do niektórych wykonawców konieczne może okazać się ubieganie się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym podmiotem nie świadczy jeszcze o tym, że doszło naruszenia przepisów ustawy Pzp. Tworzenie konsorcjów na potrzeby realizacji zamówień o złożonym charakterze jest zjawiskiem szeroko praktykowanym. Należy zauważyć, że każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą w mniejszym lub większym stopniu, pośrednio lub bezpośrednio, ograniczenie konkurencji. Odwołujący nie został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, a sama okoliczność, iż takie rozwiązanie może zniechęcać go do udziału w postępowaniu, jest niczym innym jak wyłącznie jego subiektywna oceną. Instytucji podziału zamówienia na części nie można interpretować jako konieczności udogodnienia wykonawcom z przyczyn technologicznych, funkcjonalnych czy organizacyjnych możliwości ubiegania się o to zamówienie, nie można bowiem tracić z oczu specyfiki danego zamówienia czy rzeczywistych, uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut oznaczony nr 2 odwołania, dotyczący sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający oszacowanie zakresu prac

oraz kosztów. Zarzut ten Odwołujący odnosił do kilku aspektów.

Po pierwsze Odwołujący PolCam wskazywał na kwestię zastrzeżenie określenia liczby realizacji nowych Punktów Kontrolnych oraz liczby pasów ruchu do modernizacji w istniejących punktach poboru opłat, a tym samym, przy założeniu istnienia kosztów ogólnych bez względu na ilość budowanych nowych Punktów kontrolnych oraz pasów ruchu do modernizacji, uniemożliwienie precyzyjnego oszacowania ceny oferty. Po drugie Odwołujący wskazywał na zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego wyników analizy, która została przeprowadzona w celu ustalenia nowych Punktów Kontrolnych. W związku z dokonanymi przez Zamawiającego modyfikacjami OPZ, argumentacji w tym zakresie Odwołujący PolCam już później nie podtrzymywał, co potwierdza treść pisma Odwołującego z dnia 11 sierpnia 2020 r., w którym zmodyfikowano zakres zarzutów i żądań i którego zakresem ww. aspektów już nie objęto. Oznacza to, że rozpoznawanie tej kwestii przez Izbę, w świetle poczynionych zmian w treści SIWZ oraz zmian stanowiska procesowego Odwołującego, stało się bezprzedmiotowe.

Jako kolejny z aspektów Odwołujący PolCam wskazywał na zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego specyfikacji interfejsu wymiany danych z systemem ANPRS PL oraz systemem SPOE KAS, co uniemożliwia oszacowanie kosztów implementacji tych interfejsów, a tym samym złożenie konkurencyjnej oferty. Izba miała na względzie, iż poza powyższym stwierdzeniem Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej celem poparcia stawianego zarzutu. W szczególności nawet jednym zdaniem Odwołujący nie wyjaśnił do wyceny jakich elementów zamówienia konieczna jest wiedza co do specyfikacji interfejsu wymiany danych ww. systemów, nie wskazał także dlaczego dane zawarte w SIWZ nie są wystarczające na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej ani nie wskazał jakich konkretnie danych czy informacji potrzebuje i z realizacją jakich obowiązków umownych się one wiążą. Takie sformułowanie zarzutu, bez wykazania, ani nawet bez wskazania, dlaczego Zamawiający powinien udostępnić żądane dane, jak również bez wytłumaczenia dlaczego zaniechanie Zamawiającego w ogóle narusza prawo, powoduje, że zarzut ten nie mógł zostać przez skład orzekający uwzględniony. Sam postulat udostępnienia pewnych informacji czy dokumentów, bez podjęcia próby wyjaśnienia podstaw takiego żądania i wykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp, nie stanowi skutecznego zarzutu. W kontekście udostępnienia specyfikacji interfejsu wymiany danych z systemem ANPRS PL Izba odsyła także do uzasadnienia przedstawionego w zakresie zarzutu nr 1d odwołania w sprawie KIO 1593/20, które zachowuje aktualność również na gruncie omawianego zarzutu, w szczególności w zakresie wskazującym na dokonane przez Zamawiającego modyfikacje postanowień Rozdziału 6 OPZ. W ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił także, aby brak udostępnienia wskazanych danych świadczyć miał o uprzywilejowaniu podmiotów posiadających relacje z wykonawcą tych systemów. Odwołujący swojego stanowiska nawet szerzej nie rozwinął, w szczególności

nie wyjaśnił w czym w ogóle miałaby przejawiać się przewaga konkurencyjna innych wykonawców. Nie jest rolą Izby domyślanie się, jaki był zamysł i cel Odwołującego przy stawianiu poszczególnych zarzutów.

Ostatnim z aspektów objętych przez Odwołującego PolCam zakresem zarzutu nr 2 były ogólne wywody dotyczące sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający oszacowanie zakresu prac oraz kosztów, jak i określenia istotnych postanowienia umowy w sposób rażąco naruszający proporcjonalność, formułując odpowiedzialność za ryzyka, na które wykonawca nie ma wpływu w sposób dalece wykraczający poza zasadę równego traktowania stron umów oraz sprawiedliwości społecznej. Powyższe Izba wywodzi z treści petitum odwołania, bowiem w części zawierającej uzasadnienie postawionych zarzutów (pkt 2 uzasadnienia) do powyższego Odwołujący PolCam w ogóle się nie odnosi. Na kanwie tak opisanego zarzutu Odwołujący domagał się wprowadzenia modyfikacji do SIWZ w zakresie opisanym w Załączniku nr 1 do odwołania. W przedstawionej w tym załączniku tabeli zawarto wyłącznie postulaty co do wprowadzenia zmian w SIWZ, ograniczając się do zacytowania treści pierwotnie ukształtowanych postanowień OPZ i IPU oraz wskazania wymaganych w ocenie Odwołującego zmian, sprowadzających się głównie do usunięcia danego postanowienia lub jego uzupełnienia. Odwołujący PolCam nie przedstawił jakiegokolwiek konstruktywnego, merytorycznego uzasadnienia dla postulowanych zmian, nie mówiąc o przedstawieniu uzasadnienia dla stwierdzenia po stronie Zamawiającego naruszenia prawa, zarzucanego w odwołaniu.

W tym kontekście należy podkreślić, że zarówno z przepisów prawa, jak i z orzecznictwa Izby i sądów powszechnych jednoznacznie wynika, że zarzut musi być skonkretyzowany. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W myśl zaś ust. 3 ww. przepisu odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz

wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12 „Z jednej strony zostało zatem wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu." Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO, jak i sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. W orzecznictwie Izby

ugruntowany jest pogląd, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych
66

przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2684/17). Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący (por m.in. wyrok Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1613/18). Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że umożliwia zamawiającemu i uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności czy zaniechań Zamawiającego.

W konsekwencji podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, kwestionując postanowienia OPZ oraz IPU, powinien więc przestawić argumentację, dlaczego dane postanowienie narusza przepisy prawa, a w przypadku postanowień umownych ewentualnie dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego. Zdecydowanie za niewystarczające uznać należy poprzestanie na przywołaniu w petitum odwołania ogólnego stanowiska o sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający oszacowanie zakresu prac oraz kosztów, czy o ukształtowaniu IPU w sposób naruszający proporcjonalność, formułując odpowiedzialność za ryzyka, w sposób wykraczający poza zasadę równego traktowania stron umów oraz sprawiedliwości społecznej (tym bardziej, że szereg postanowień przedstawionych w tabeli dotyczy całkowicie innych kwestii niż wspomniana odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka). Powyższe, jakże ogólne i lakoniczne, stanowisko Odwołującego PolCam nie referuje w ogóle do stanu faktycznego sprawy ani do potencjalnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie pokusił się o przedstawienie merytorycznej argumentację mającej wykazać naruszenie przepisów prawa. Izba wskazuje, że środkom ochrony prawnej przysługują konkretne cele - służą one konwalidacji działań lub zaniechań zamawiającego, które są niezgodne z ustawą Pzp. Rozwianiu potencjalnych wątpliwości pojawiających się u wykonawców podczas analizy postanowień SIWZ, wyeliminowaniu możliwych nieścisłości w dokumentacji, czy doprecyzowaniu niejednoznacznej treść tej dokumentacji, co do zasady służy inny instrument - wyjaśnienia treści SIWZ.

Decydując się na objęcie wskazanych w załączonej do odwołania tabeli postulatów co do zmian OPZ i IPU, Odwołujący PolCam powinien wykazać, że ukształtowanie treści SIWZ

67

w określony sposób narusza przepisy ustawy Pzp i staje wykonawcom na drodze do uzyskania zamówienia. Powyższe jest kluczowe dla możliwości uwzględnienia odwołania, a zaniechanie dopełnienia tego obowiązku powoduje negatywne konsekwencje procesowe dla Odwołującego w postaci oddalenia zarzutu nr 2. W ocenie Izby w odniesieniu do żadnej z postulowanych w tabeli modyfikacji postanowień SIWZ Odwołujący PolCam nawet nie uprawdopodobnił potencjalnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie pokusił się także o złożenie jakichkolwiek dowodów mających potwierdzać jego stanowisko. Dopóki Odwołujący nie wykaże, że poszczególne postanowienia OPZ czy warunki kontraktu naruszają normy prawne wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów, tudzież zasady współżycia społecznego czy dobre obyczaje w ściśle określonym aspekcie, dopóty zachowania Zamawiającego, polegającego na ustaleniu treści określonych postanowień OPZ oraz IPU, nie sposób uznać za niezgodne z ustawą Pzp, nawet jeśli ukształtowanie tych postanowień w sposób wskazany w odwołaniu byłoby dla jednej lub wszystkich stron obiektywnie korzystniejsze czy bardziej uzasadnione. W takiej sytuacji zmiana kwestionowanych postanowień umownych leży w wyłącznej gestii Zamawiającego (przy czym do części postulatów Odwołującego Zamawiający się przychylił i oczekiwane zmiany wprowadził).

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 31 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut nr 3 odwołania). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Odwołujący domagając się uzupełnienia dokumentów zamówienia o PFU powinien wyjaśnić istnienie podstaw takiego stanu rzeczy, a przede wszystkim przedstawić merytoryczną argumentację służącą wykazaniu zasadności postawionego zarzutu.

Izba ponownie podkreśla, że postępowanie odwoławcze oparte jest o zasadę kontradyktoryjności - zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zasada ta nie ulega zmianie w postępowaniach odwoławczych, w których spór dotyczy treści SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu. W tego rodzaju sprawach odwołujący kwestionuje sposób ukształtowania postanowień SIWZ, OPZ czy IPU, a zatem zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że sposób ukształtowania postanowień SIWZ narusza przepisy prawa. Izba nie może zastępować Odwołującego w wypełnieniu tego obowiązku, a w szczególności za Odwołującego przedstawiać argumentacji mającej służyć uzasadnieniu postawionych zarzutów i odparciu twierdzeń podnoszonych przez jego przeciwników procesowych. Rolą Izby

nie jest poszukiwanie dowodów na uzasadnienie twierdzeń podnoszonych przez jedną ze

stron, a jedynie ocena prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2/20).

Tymczasem Odwołujący w swoim wywodzie poprzestał na przywołaniu treści art. 31 ust. 2 ustawy Pzp oraz wskazaniu, że niemożliwe jest prawidłowe złożenie oferty, bowiem różni wykonawcy mogą mieć różne wizje konstrukcji wsporczych, które mogą nie do końca odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego. Odwołujący w ogóle nie referował do tego, które konkretnie elementy przedmiotu zamówienia (zakwalifikowanego przez Zamawiającego jako usługi) należałoby kwalifikować jako roboty budowlane i dlaczego. Okoliczność, że w ocenie Odwołującego to m.in. ww. konstrukcje wsporcze powinny być objęte zakresem PFU, Izba może z treści odwołania co najwyżej domniemywać. Również w treści żądania wyartykułowanego w odwołaniu poprzestano jedynie na lakonicznym wskazaniu, że Zamawiający ma przekazać program funkcjonalno-użytkowy dotyczący obiektów i robót budowlanych, podczas gdy tych obiektów i robot budowlanych Odwołujący nawet nie zidentyfikował. Odwołujący nie zakwestionował również prezentowanego przez Zamawiającego stanowiska co do sposobu kwalifikacji konstrukcji wsporczych. Ograniczenie twierdzeń do wskazania, że przywołane przez Zamawiającego interpretacje nie są wiążące, a Odwołujący się z nimi nie zgadza, bynajmniej nie stanowi konstruktywnej argumentacji. Odwołujący nie powołał się ani na żadne konkretne regulacje prawne, ani jakiekolwiek interpretacje mające potwierdzać zasadność jest twierdzeń, nie zakwestionował również aktualności stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego oraz wynikającego z przedstawionych przez Zamawiającego interpretacji, na gruncie znowelizowanych w 2018 r. przepisów Prawa budowlanego.

Izba nie może wyręczać Odwołującego w wypełnianiu jego ustawowych obowiązków procesowych, nie jest również władna do ustalania prawdy materialnej i stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp z urzędu, w sytuacji kiedy nie zostały one wykazane. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W ocenie Izby nie znalazły także potwierdzenia zarzuty oznaczone numerami 4, 6 i 8 odwołania. Podstawy faktyczne ww. zarzutów były ze sobą powiązane, wobec czego Izba uznała za celowe odniesienie się do nich łącznie.

Odwołujący wskazywał na brak zapewnienia jednakowego dostępu do informacji posiadanych przez podmioty, które dotychczas były lub są operatorami punktów poboru opłat, które mają być zmodernizowane i doposażone w sprzęt zapewniający realizację kontroli poboru opłat. Stanowisko o uprzywilejowaniu pozycji wykonawców obecnie operujących na MPSO lub wykonujących MPSO w przeszłości, Odwołujący opierał na okoliczności, że

Zamawiający ograniczył dostęp do dokumentacji technicznej punktów poboru opłat niezbędnej do oszacowania kosztów i sporządzenia konkurencyjnej oferty oraz na tym, że dostęp do dokumentacji technicznej punktów poboru opłat będzie wynosił jedynie kilkanaście dni, co ze względu na ogromny zakres i objętość w praktyce uniemożliwi precyzyjne oszacowanie ceny oferty. W ocenie Izby powyższe twierdzenia Odwołującego nie zostały wykazane.

Nie sposób kwestionować uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z art. 37 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający nie ma obowiązku udostępniania części specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli nałożył na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, udostępnianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia środki mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji oraz wskazuje sposób uzyskania tych informacji. Skoro zatem ustawa Pzp daje możliwość zamawiającym, aby w celu ochrony informacji o charakterze poufnym, mogli wstrzymać się z jej udostępnieniem do czasu wyegzekwowania od wykonawców stosowania się do określonych wymogów związanych z poufnością, to nie sposób wywieść, aby Zamawiający określając w pkt 4.2. Części III SIWZ sposób udostepnienia załączników do OPZ, naruszył przepisy ustawy Pzp. Zamawiający wskazał jednoznacznie, jakich formalności należy dopełnić, aby dostęp do dokumentacji technicznej MSPO A2 i MSPO A4 uzyskać i dokumentację tę, po otrzymaniu stosownych oświadczeń od wykonawców, udostępnił. Trudno także uznać za słuszne stanowisko Odwołującego PolCam, jakoby udostępnienie części dokumentacji technicznej dopiero po złożeniu stosownego oświadczenia w przedmiocie zachowania poufności miałoby utrudniać wykonawcom dostęp do tych informacji - okoliczność, że tego rodzaju informacje przekazywane są wykonawcom później (tj. po spełnieniu stosownych wymogów w zakresie poufności) jest logiczną konsekwencją zastosowania instytucji określonej w art. 37 ust. 6 ustawy Pzp. Aby zabezpieczyć interesy wykonawców ustawodawca przewidział zaś w art. 43 ust. 2a obowiązek wydłużenia terminu składania ofert w stosunku do standardowo przyjętego.

Prawdą jest, że Zamawiający nie udostępnił wykonawcom dokumentacji technicznej MSPO A2 i MSPO A4 niezwłocznie, lecz dopiero 27 lipca 2020 r., niemniej powyższa okoliczność sama w sobie nie przesądza o tym, że jego działanie było niezgodne z ustawą Pzp. Odwołujący w takim stanie faktycznym powinien był uwiarygodnić, że zważywszy na moment udostępnienia zastrzeżonej części dokumentacji okres pozostały do upływu terminu składania ofert nie jest wystarczający, aby należycie się z nią zapoznać. Tymczasem w ocenie Izby Odwołujący spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu w powyższym zakresie nie sprostał, jak i nie wykazał także zasadności stawianego żądania co do konieczności wyznaczenia terminu składania ofert nie krótszego niż 60 dni od daty udostępnienia dokumentacji technicznej MSPO. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił że zapoznanie się z tą dokumentacją przez okres ponad miesiąca jej realnego udostępnienia (tj. od 27 lipca 2020 r. do upływu terminu składania ofert, aktualnie ustalonego na 31 sierpnia 2020 r.) nie będzie możliwe. Samo powołanie się na objętość tej dokumentacji nie wystarcza, aby uznać stawiane zarzuty i żądania za uzasadnione, zwłaszcza w świetle faktu, że okres udostepnienia tych danych uległ istotnemu wydłużeniu w stosunku do wskazanego w odwołaniu, w związku z kolejnymi modyfikacjami SIWZ.

Nie zostało także w żaden sposób uprawdopodobnione, że okoliczność udostępnienia części dokumentacji technicznej po złożeniu stosownych zobowiązań do zachowania poufności prowadzić miałoby do uprzywilejowania pozycji części wykonawców. Wykonawcy, którzy wcześniej realizowali podobne usługi siłą rzeczy będą mieć większą wiedzę niż inne podmioty, nie powoduje to jednak samo w sobie, że Zamawiający stawia te podmioty w pozycji uprzywilejowanej, jeżeli jednocześnie i na odpowiedni okres udostępnia wszelkie niezbędne dane i informacje również innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Ponadto obowiązek złożenia oświadczeń w przedmiocie poufności dotyczył każdego wykonawcy bez wyjątku. Podnoszone przez Odwołującego na rozprawie twierdzenia, jakoby umieszczenie dokumentacji technicznej na serwerze FTP powodowało, że jest ona dostępna publicznie, jest niczym nieuzasadnione - Zamawiający stosowny link do dokumentacji udostępniał jedynie wykonawcom, którzy złożyli wymagane oświadczenia. Zamawiający jasno zastrzegł, że dostęp do tej dokumentacji może mieć miejsce tylko pod ściśle określonymi warunkami, a podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że rzekomo inne podmioty, które nie zobowiązały się do zachowania poufności, z dokumentacji tej korzystają, poddaje w wątpliwość legalność działania tych podmiotów. Nie do końca zrozumiałe jest także odwoływanie się w petitum odwołania do art. 31d ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje

pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Odwołujący nie przedstawił

żadnej argumentacji mającej wskazywać, że Zamawiający przekazując dokumentację zamówienia wykonawcom nie zapewnił, że ewentualny udział podmiotu, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, nie zakłóci konkurencji. Odwołujący nawet nie odniósł się do tego, jaki podmiot miał brać udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie stanowi zaś udziału w przygotowaniu postępowania okoliczność wcześniejszej realizacji zamówień podobnych.

Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego przedstawione w ramach zarzutu 8 co do nieuprawnionego skrócenie terminu składania ofert przez Zamawiającego w sytuacji wskazanej w art. 43 ust. 2a ustawy Pzp, prowadzące do braku możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Zgodnie z tym przepisem w sytuacjach określonych w art. 37 ust. 5 i 6, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Mając na uwadze, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skorzystał z możliwości udostępniania części specyfikacji istotnych warunków zamówienia po spełnieniu przez wykonawców wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji (przewidzianej w art. 37 ust. 6 ustawy Pzp), to słusznie zauważył Odwołujący, iż termin składania ofert nie powinien być krótszy niż 40 dni. Natomiast, jako że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (por. art. 191 ust. 2 ustawy Pzp), nie można pominąć okoliczności, że Zamawiający w związku z wprowadzonymi modyfikacjami treści SIWZ przesuwał termin składania ofert, który ostatecznie - na datę zamknięcia rozprawy - został ustalony na dzień 31 sierpnia 2020 r. Mając na względzie, że postępowanie zostało ogłoszone w dniu 2 lipca 2020 r. wymagany termin 40-dniowy został zachowany. Ponadto Izba zwraca uwagę, że w świetle brzmienia art. 43 ust. 2a ustawy Pzp, termin 40 dni liczy się od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a nie od momentu udostępnienia dokumentacji przekazywanej po podpisaniu oświadczenia o poufności. Stąd nie może być mowy o tym, że Zamawiający swoim działaniem naruszył ten konkretny przepis.

Zarzut oznaczony nr 5 odwołania PolCam odnoszący się do kwestii ustalenia punktacji w kryterium oceny ofert „Skuteczność określenia kategorii pojazdu" nie znalazł potwierdzenia w dokumentach zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający pominął możliwość przyznania punktów w przypadku, gdy system zapewnia identyfikację 1, 2, 3, 4 lub 15 kategorii pojazdów.

Faktem jest, że Zamawiający przeoczył, iż pierwotne brzmienie postanowień SIWZ nie odnosiło się do sytuacji, kiedy zadeklarowana liczba możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów zostałaby określona na 15 (Zamawiający określił liczbę punktów, jaką otrzyma wykonawca deklarując liczbę możliwych do zidentyfikowania kategorii pojazdów na poziomie od 10 do 14 oraz powyżej 15). Niemniej Zamawiający w ramach modyfikacji SIWZ wprowadzonych w dniu 14 sierpnia 2020 r. doprecyzował powyższą kwestię, wskazując, że w przypadku zadeklarowania 15 kategorii pojazdów wykonawca otrzyma taka samą liczbę punktów jak w przypadku zadeklarowania większej liczby kategorii pojazdów niż 15. Odwołujący tej części zarzutu po dokonanej modyfikacji już nie podtrzymywał.

Natomiast w odniesieniu do kwestii braku ustalenia punktacji w przypadku zadeklarowania liczby kategorii pojazdów na poziomie 1-4 stanowisko Odwołującego PolCam nie zasługuje na uwzględnienie. Należy zauważyć, że powyższe stanowiło świadome działanie Zamawiającego. Zamawiający uznał bowiem, że w takim przypadku oferta wykonawcy nie tylko nie otrzyma punktów (co wynika z tabeli przedstawionej w pkt B.8.3 Części II SIWZ - WSZ, gdzie określono w przypadku zadeklarowania jakich wartości punkty zostaną przyznane), ale nie będzie także zgodna z treścią SIWZ. Powyższe zostało przez Zamawiającego wprost wskazane w treści formularza ofertowego w pkt 5.3 (Zamawiający zwarł tam adnotację, iż „w przypadku wskazania w formularzu oferty wartości procentowej mniejszej niż 90% i liczbowej mniejszej niż 5, Zamawiający uzna, że oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp."). Fakt, że postanowienie takie znajdują się w treści formularza ofertowego nie powoduje, że nie jest ono wiążące dla wykonawców. Formularz ofertowy stanowi integralną część SIWZ, a przedmiotowe informacje zostały umieszczone w pkt 5.3 dotyczącym kryterium „Skuteczność określenia kategorii pojazdu", bezpośrednio pod miejscem w którym należy wskazać deklarowaną skuteczność systemu co do określenia kategorii pojazdu, nie sposób zatem uznać, aby treść ta mogła umknąć wykonawcom podczas przygotowywania ofert. Odwołujący nie konstruował w odwołaniu zarzutów w odniesieniu do treści formularza ofertowego. Odwołujący nie podnosił także, aby brak przyznania punktów i uznanie oferty za niezgodną z SIWZ w przypadku zadeklarowania liczby kategorii pojazdów mniejszej niż 5 miałoby naruszać przepisy ustawy Pzp, Odwołujący jedynie akcentował okoliczność, że Zamawiający nie dookreślił punktacji dla zadeklarowania liczby kategorii pojazdów od 1 do 4, co nie znajdowało jednak potwierdzenia w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp

orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1625/20 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....