

WYROK
z dnia 21 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 listopada 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- 1) **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie;**
- 2) **GIAP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 2.2), 2.3), 2.4), 2.6), 2.8), 2.9), 2.10), 2.12), 2.13), 2.18) oraz 3.1), 3.7), 3.10), 3.11), 3.22), 3.24), 3.26), 3.27), 3.29) z powodu wycofania ich na posiedzeniu przez Odwołującego;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako: 1.; 2.1), 2.5), 2.7), 2.11), 2.14), 2.15), 2.16) oraz 3.2), 3.3), 3.9), 3.12) do 3.19) i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w SIWZ, OPZ, ogłoszeniu

- o zamówieniu i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania:
- a) określenie w opisie przedmiotu zamówienia jaka może być maksymalna liczba zlecanych jednocześnie do wykonania nowych Punktów Kontrolnych;
 - b) zmianę treści § 2 ust. 4 IPU w następujący sposób: *„Zamawiający ma prawo wykonać prawo opcji, tj. zlecić wykonanie całości lub części wskazanego w ust. 2.3. zakresu zamówienia w każdym momencie obowiązywania Umowy, jednak w terminie nie późniejszym niż 20 tygodni przed terminem zakończenia umowy, czyli zgodnie z terminami określonymi w OPZ i ofercie wykonawcy, o czym poinformuje Wykonawcę na piśmie.”*
 - c) określenie w § 4 ust. 4 pkt 11 IPU częstotliwości wykonywania określonych obowiązków przez Wykonawcę;
 - d) wykreślenie w § 12 ust. 8 IPU słów *„W zakresie nieprawidłowości w Utrzymaniu Punktów Kontrolnych SPOE KAS oraz korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, powyższe nie dotyczy okresu wykraczającego poza okres 24 miesięcznej gwarancji, chyba, że ujawniona po tym okresie wada lub usterka wynika z nieprawidłowego korzystania lub Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS, które miało miejsce w 24 miesięcznym okresie gwarancji”*;
 - e) zmianę § 27 ust. 1 IPU w następujący sposób: *„Zamawiający jest uprawniony do: 1) odstąpienia od Umowy - w terminie maksymalnym do rozpoczęcia świadczenia przez Wykonawcę Utrzymania dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych istniejących Kontrolnych Lokalizacji IP KSPO, nie później jednak niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”*;
 - f) wskazanie w punkcie 1.3. załącznika numer 6 do OPZ przedziałów dla wymiarów i wagi PPK;
 - g) wskazanie w punkcie 2.1. załącznika numer 6 do OPZ obiektywnych, ogólnie stosowanych oznaczeń stopni ochrony dla poszczególnych czynników oddziaływania dla warunków charakterystycznych dla pracy w pasie drogowym;
 - h) wskazanie w punkcie 2.4. załącznika numer 6 do OPZ powierzchni, która ma być pokryta elementami odblaskowymi, dopuszczalnych lub zalecanych kolorów oraz klasy odblaskowości podobnej, jak stosowana do znaków drogowych;
 - i) doprecyzowanie punktu 2.4 i 3.39. załącznika numer 6 do OPZ poprzez wskazanie, co należy rozumieć pod pojęciem zachowania ogólnej estetyki;
 - j) usunięcie § 7 ust. 6 IPU i odpowiednią korektę punktów 5.6 i 5.7 OPZ oraz wskazanie, że rozpoczęcie biegu KM4 rozpoczyna się od akceptacji KM3, podobnie jak to jest w przypadku KM2 względem KM1,

- k) wskazanie w § 8 ust. 4 IPU, że koszty odkrywki i przywrócenia stanu właściwego obciążają wykonawcę wyłącznie, jeżeli wykonawca nie powiadomił Zamawiającego o robotach zanikających;
 - l) wykreślenie § 18 ust. 1 IPU;
 - m) rozdzielenie zastrzeżonych kar umownych do wysokości zamówienia podstawowego i zamówienia w opcji oraz odpowiednie odniesienie wysokości tych kar (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji;
3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów w Warszawie, z siedzibą w Warszawie** oraz Odwołującego **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od Zamawiającego **Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów w Warszawie** na rzecz Odwołującego **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 30 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie, dostosowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli oraz dostawa i utrzymanie Przenośnych Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej” (numer referencyjny postępowania: R/18/20/PO/G/450), prowadzi **Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Ministerstwo Finansów w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 227-558199 w dniu 20 listopada 2020 roku.

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

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w dużej dysproporcji pomiędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniem w ramach prawa opcji, jak również opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie prawa opcji w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący poprzez niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach prawa opcji, w szczególności w jakich transzach może być zlecana realizacja nowych Punktów Kontrolnych (minimalna i maksymalna liczba zlecanych jednocześnie nowych Punktów Kontrolnych, minimalne odstępy między zleceniami), jaki jest okres utrzymania dla każdego nowego Punktu Kontrolnego należy przewidzieć w ramach zobowiązań kontraktowych i jaki jest okres minimalny utrzymania dla jednego nowego Punktu Kontrolnego, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia Odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenia porównywalnej oferty.
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia

lub uniemożliwia Odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenia porównywalnej oferty, w szczególności poprzez:

- 1) wskazanie w § 2 ust. 2 pkt 4 Załącznika 1 do SIWZ - Wzór umowy („IPU”), iż Zamawiający ma prawo wykonać prawo opcji w każdym momencie obowiązywania Umowy, co może oznaczać, że wykonanie prawa opcji może nastąpić również w terminie krótszym, niż wynikający z oferty wykonawcy lub niemożliwym do zrealizowania przed końcem okresu obowiązywania umowy (to jest 36 miesięcy, zgodnie z § 3 ust. 3.1 IPU), a tym samym może prowadzić do niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia lub nieuzasadnionego wzrostu kosztów wykonania zamówienia (poprzez nieuzasadnioną konieczność zwiększonej mobilizacji dodatkowych zasobów i środków wykonawcy),
- 2) nieprecyzyjne wskazanie w § 3 ust. 5 IPU, że Usługa Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych świadczona będzie w terminach wskazanych w stosownej Instrukcji Modyfikacji Punktu Kontrolnego, a zatem definiowana będzie przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy, bez wskazania, że będzie to termin nie krótszy, niż wynikający z OPZ lub oferty wykonawcy,
- 3) wskazanie w § 4 ust. 4 pkt 4 IPU, iż w przypadku, gdy wykonawca wytworzy produkt, który nie został wskazany wprost w Umowie, a okaże się, że będzie on niezbędny dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, to wykonawca będzie zobowiązany przenieść na Zamawiającego własność takiego produktu w ramach wynagrodzenia umownego przysługującego za daną część przedmiotu umowy, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wykonania czynności nieprzewidzianych wprost zakresem SIWZ, bez dodatkowego wynagrodzenia,
- 4) nakazanie w § 4 ust. 4 pkt 9 IPU wykonawcy współdziałania (w tym także przekazywania wszelkich wymaganych przez Zamawiającego informacji i materiałów źródłowych) przy realizacji obowiązków z podmiotami wskazanymi przez Zamawiającego na etapie umowy (obecnie niezdefiniowanymi), co powoduje niepewność zarówno co do kręgu podmiotów, jakie mają prawo zapoznać się z takimi informacjami, jak i co do zakresu informacji, jakie mają być udostępniane przez wykonawcę w ramach takiego obowiązku,
- 5) nakazanie w § 4 ust. 4 pkt 11 IPU wykonawcy opracowywania, wykonywania i przekazywania Zamawiającemu analiz, opracowań, zestawień i porównań dotyczących przedmiotu umowy, według wytycznych i wymagań Zamawiającego wraz z ich aktualizacjami i modyfikacjami, bez wskazania dokładnego zakresu, charakteru i częstotliwości oczekiwanych dokumentów (analiz, zestawień, opracowań etc.) przez co ich zakres nie jest znany, a w konsekwencji niemożliwy do oszacowania jest niezbędny zakres prac i ich koszt,
- 6) wskazanie w § 5 ust. 6 IPU, że Zamawiający przekaze wykonawcy Dokumentację Dotychczasową znajdującą się w posiadaniu Zamawiającego, związaną z przedmiotem umowy i niezbędną do jego realizacji, o ile nie będzie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiającego, jakkolwiek dokumentacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego również może być niezbędna dla prawidłowej realizacji umowy, co może w konsekwencji oznaczać, że wykonawca nie otrzyma pełnej dokumentacji, wymaganej dla prawidłowej realizacji zamówienia,

7) zawarcie sprzecznych postanowień tj. § 12 ust. 8 IPU w związku z § 12 ust. 4 IPU, powodujące niepewność co do biegu terminów gwarancji i konieczności świadczenia usługi UPK również w okresie gwarancji,

8) ukształtowanie w § 12 ust. 12 IPU obowiązku wykonawcy, iż na każde żądanie zarządcy danej infrastruktury (np. drogi, wiaduktu, konstrukcji nośnej, itd.) wykonawca udzieli gwarancji w zakresie wykonanych przez siebie prac, w obszarze objętym gwarancją przez innego wykonawcę, co jest obowiązkiem zbyt szerokim, nieprecyzyjnym i przez to niemożliwym do wyceny,

9) brak w § 23 ust. 1 IPU górnej granicy odpowiedzialności wykonawcy oraz ograniczenia odpowiedzialności do szkód rzeczywistych, co utrudnia lub uniemożliwia oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy, a przez to kalkulację oferty

10) sformułowanie § 23 ust. 3 IPU w sposób, który powoduje, że wykonawca może być uznany za gwaranta należytego wykonania przedmiotu umowy przez wszelkie osoby lub podmioty trzecie, którymi wykonawca nie posługiwał się przy realizacji umowy, w szczególności samego Zamawiającego i osoby wskazane przez Zamawiającego, którymi to Zamawiający posługiwał się przy realizacji celów opisanych w umowie,

11) zawarcie sprzecznych postanowień tj. § 27 ust. 1 IPU, zgodnie z którym Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy nie później jednak niż w terminie 5 lat od dnia zawarcia Umowy, podczas, gdy zgodnie z § 3 ust. 1 IPU Umowa została zawarta na czas oznaczony, tj. od dnia jej zawarcia przez okres 36 miesięcy,

12) nieprecyzyjne wskazanie w § 28 ust. 4 pkt 5 IPU, że wykonawca jest zobowiązany do wykonywania określonych czynności również po zakończeniu umowy, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia;

13) zawarcie niejasnych i sprzecznych ze sobą postanowień punktów 15.2 OPZ, 9.7 o) OPZ oraz 7.1 OPZ, w których Zamawiający z jednej strony nakłada na Wykonawcę obowiązek dostarczenia sprzętu elektronicznego i elektroenergetycznego, z drugiej zaś strony wskazuje, iż sam dostarczy wykonawcy taki sprzęt.

14) brak wskazania w punkcie 1.3. załącznika numer 6 do OPZ wymiarów i wagi PPK oraz floty samochodowej, jaką dysponować będą podmioty uprawnione do realizacji Czynności Kontrolnych;

15) brak wskazania w punkcie 2.1 załącznika numer 6 do OPZ, co należy rozumieć pod pojęciem warunków charakterystycznych dla pracy w pasie drogowym;

16) brak wskazania w punkcie 2.4 załącznika numer 6 do OPZ co należy rozumieć pod pojęciem zabezpieczeń, nieprzewidzianych zdarzeń drogowych oraz w jakiej ilości i w jakim kolorze elementy odblaskowe mają zostać dostarczone przez wykonawcę;

17) brak określenia w punkcie 3.12 i 3.13 załącznika numer 6 do OPZ niezbędnych danych i właściwości, jakie posiadać ma dostarczany przez wykonawcę sprzęt, tj. w szczególności brak danych dotyczących gabarytów, poboru mocy, prądu zasilania oraz brak wskazania terminów jego dostaw;

18) wprowadzenie w punkcie 3.15 i 3.34 załącznika numer 6 do OPZ postanowienia, zgodnie z którym Wykonawca zobligowany jest podjąć określone czynności wymagające znajomości określonych procedur i protokołów łączności, bez jednoczesnego przekazania tych procedur i protokołów Wykonawcy;

3. art. 5 k.c i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób 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 tym wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, nakładania nierealnych terminów oraz ukształtowanie IPU w sposób, który przewiduje rażąco niewspółmierną wysokość kar umownych do wartości przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez:

1) obciążenie w § 5 ust. 7 IPU wykonawcy konsekwencjami braku współpracy ze strony podmiotów trzecich, z którymi Zamawiający pozostaje w relacji, nawet jeśli wynika to z sytuacji, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności,

2) wskazanie w § 7 ust. 6 IPU, że w zakresie „obowiązku przekazania Zamawiającemu Projektów w terminie umożliwiającym ich weryfikację przez Zamawiającego, a także usunięcie przez wykonawcę zgłoszonych uwag, wad lub usterek tych dokumentów, tak aby osiągnięcie odpowiedniego Kamienia Milowego nastąpiło nie później niż w terminach określonych w OPZ” ryzyko i odpowiedzialność ponosi wyłącznie wykonawca, pomimo tego, że proces ten wymaga współpracy ze strony Zamawiającego, który ponadto w zestawieniu z terminami przewidzianymi w umowie dla realizacji poszczególnych Kamieni Milowych przyznał sobie w IPU nieproporcjonalnie długie terminy na reakcję oraz sprzeczne zapisy § 7 ust. 2 i 7 ust. 6 IPU, powodujące, że długi czas akceptacji Projektów dla Kamienia Milowego 1 i Kamienia Milowego 3 przez Zamawiającego konsumuje około 75% całego czasu na realizację danego KM jaki przysługuje wykonawcy,

3) obciążanie w § 8 ust. 4 IPU wykonawcy kosztami odkrywki i przywrócenia stanu właściwego, nawet jeśli konieczność jej wykonania jest następstwem zachowania

Zamawiającego i pomimo wcześniejszego powiadomienia Zamawiającego o robotach zanikających,

4) wskazanie w § 8 ust. 8 IPU, że w jednym Dniu Roboczym przeprowadzić można procedury odbiorowe maksymalnie 4 Punktów Kontrolnych, co powoduje, że z powodu wewnętrznych przyczyn organizacyjnych leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego (mając na uwadze krótkie terminy na realizację Kamieni Milowych przewidziane w umowie) na wykonawcę przerzucone zostaje nadmierne ryzyko związane z niemożnością dotrzymania terminów umownych z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy lub konieczność skracania w praktyce czasu realizacji umowy w stosunku do terminów w umowie uzgodnionych,

5) wskazanie w § 8 ust. 17 IPU nadmiernie wygórowanej i nieproporcjonalnej sankcji w postaci odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki 24 godzin,

6) wskazanie w § 12 ust. 6 IPU nierealnych terminów napraw gwarancyjnych,

7) nałożenie w § 12 ust. 8 IPU na wykonawcę obowiązku świadczeń gwarancyjnych również w sytuacji w której usterka jest skutkiem zawinionego działania Zamawiającego,

8) przyznanie w § 16 ust. 2 IPU niewspółmiernie długiego (30 dni) czasu Zamawiającemu na zgłaszanie uwag do projektów umów podwykonawczych oraz nie wyłączenie tego czasu z biegu terminu przewidzianego dla wykonawcy na realizację danego elementu przedmiotu zamówienia,

9) wskazanie w § 18 ust. 1 IPU, że Personel wykonawcy nie będzie związany zakazem konkurencji względem Zamawiającego, co jest sprzeczne z zasadami rynkowymi i zasadami współżycia społecznego, a akceptacja której to zasady przez wykonawcę może uznana być za działanie na szkodę wykonawcy, którego staraniem i kosztem było wyszkolenie i zapewnienie odpowiedniego personelu,

10) zbyt szerokie ukształtowanie w § 20 ust. 7 IPU prawa Zamawiającego do udostępniania poufnych informacji otrzymanych od wykonawcy,

11) brak wyłączenia w § 24 ust. 4 IPU możliwości naliczania kar umownych w przypadku niedochowania terminów w wykonaniu obowiązków przez wykonawcę, gdy nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

12) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 10 IPU i określenie nieprecyzyjnego katalogu zdarzeń, za które kara ta może być nałożona,

13) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 3 IPU, pokrywającej się z zakresem kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 1 IPU,

- 14) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 4 IPU,
- 15) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 5 a) IPU,
- 16) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 6 IPU,
- 17) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt. 8 IPU,
- 18) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 16 IPU,
- 19) określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody Zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust.19 IPU,
- 20) wskazanie w § 30 ust. 8 IPU, że brak odpowiedzi Zamawiającego oznacza brak jego zgody, co powoduje, że wykonawca nie może zaplanować terminów poszczególnych czynności i uprzywilejowuje Zamawiającego w sytuacjach, w których jego współpraca przy realizacji umowy jest niezbędna;
- 21) wskazanie w punkcie 11.6 OPZ na konieczność współpracy z podmiotami trzecimi obsługującymi SPOE KAS lub ANPRS PL, w sytuacji, w której podmioty te nie są jeszcze znane i obciążenie wykonawcy ryzykiem braku woli takiej współpracy ze strony tych podmiotów oraz wprowadzenie w podpunkcie d) tego punktu obowiązku współpracy przy wprowadzaniu zmian, które na tym etapie nie są możliwe do przewidzenia, a w konsekwencji uniemożliwiają kalkulację oferty;
- 22) wprowadzenie w punkcie 14.10 OPZ obowiązku wykonawcy zapewnienia dostępu i udzielania informacji podmiotom trzecim;
- 23) wprowadzenie w punkcie 16.2 OPZ nierealnego do spełnienia terminu dla realizacji IMPK dla Przebudowy Punktów Kontrolnych;
- 24) wprowadzenie w punktach 16.3 i 16.4 OPZ postanowień, które powodują po stronie wykonawcy powstanie odpowiedzialności z tytułu wystąpienia opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia związanego z wykonywaniem usług w ramach Przebudowy Punktów Kontrolnych, które powstaną na skutek zdarzeń od niego niezależnych;

- 25) wprowadzenie w punkcie 17.2 OPZ nierealnego do spełnienia terminu na usunięcie Punktów Kontrolnych;
- 26) wprowadzenie w punktach 18.3 i 18.4 OPZ postanowień, które powodują po stronie wykonawcy powstanie odpowiedzialności z tytułu wystąpienia opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia związanego z wykonywaniem usług w ramach Odbudowy Punktów Kontrolnych, które powstaną na skutek zdarzeń od niego niezależnych;
- 27) wprowadzenie w punktach 20.4 i 20.5 OPZ postanowień, które powodują po stronie wykonawcy powstanie odpowiedzialności z tytułu wystąpienia opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia związanego z wykonywaniem usług w ramach realizacji Rozszerzenia Sieci Dróg Płatnych, które powstaną na skutek zdarzeń od niego niezależnych;
- 28) wprowadzenie w punkcie 22.1 OPZ nierealnego do spełnienia terminu dostawy w pełni wyposażonych i funkcjonalnych 34 sztuk Przenośnych Punktów Kontrolnych;
- 29) wprowadzenie w punkcie 23.6 OPZ obowiązku wykonywania nieograniczonej liczby aktualizacji jakiegokolwiek uprzednio zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji;
- 30) wprowadzenie w punkcie 3.21 Załącznika numer 6 do OPZ niemożliwego do spełnienia warunku dotyczącego Systemu OCR;
- 31) wprowadzenie w punkcie 3.28 Załącznika numer 6 do OPZ obowiązku wykonania czynności, które nie są czynnościami niezbędnymi do wykonania przedmiotu umowy, a które mogą prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy;
- 32) wskazanie w § 27 ust. 16 lit. a IPU szerokiego i nieokreślonego katalogu przyczyn mogących skutkować rozwiązaniem przez Zamawiającego umowy w trybie natychmiastowym nawet przy jednostkowym naruszeniu terminów (w szczególności terminów SLA określonych w pkt. 13 OPZ), co w konsekwencji powoduje przerzucanie na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z realizacją Przedmiotu Zamówienia.

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

- 1) zmianę SIWZ oraz OPZ, poprzez zwiększenie zakresu zamówienia podstawowego kosztem zamówienia wykonywanego w ramach prawą opcji, jak również precyzyjnego i jasnego wskazania zasad realizacji usług przewidzianych w ramach prawa opcji, w szczególności w jakich transzach może być zlecana realizacja nowych Punktów Kontrolnych (minimalna i maksymalna liczba zlecanych jednocześnie nowych Punktów Kontrolnych, minimalne odstępy między zleceniami), jaki okres utrzymania dla każdego nowego Punktu Kontrolnego należy przewidzieć w ramach zobowiązań kontraktowych i jaki jest okres minimalny utrzymania dla jednego nowego Punktu Kontrolnego.
- 2) zmianę § 2 ust. 4 IPU w następujący sposób: „Zamawiający ma prawo wykonać prawo opcji, tj. zlecić wykonanie całości lub części wskazanego w ust. 2.3. zakresu

zamówienia w każdym momencie obowiązywania Umowy, jednak w terminie realnie umożliwiającym wykonanie przedmiotu prawa opcji zgodnie z terminami określonymi w OPZ i ofercie wykonawcy, o czym poinformuje Wykonawcę na piśmie."

3) zmianę § 3 ust. 5 IPU w następujący sposób: „Usługa Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych świadczona będzie w terminach wskazanych w stosownej Instrukcji Modyfikacji Punktu Kontrolnego, zgodnych z pkt. 16 i 18 OPZ”,

4) wykreślenie z § 4 ust. 4 pkt. 4) IPU słów „co oznacza w szczególności, że w przypadku gdy Wykonawca wytworzy produkt, który nie został wskazany wprost w Umowie, a okaże się, że będzie on niezbędny dla prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy, to Wykonawca będzie zobowiązany przenieść na Zamawiającego własność takiego produktu w ramach wynagrodzenia umownego przysługującego za daną część Przedmiotu Umowy, stosownie do § 15 Umowy”,

5) zdefiniowanie w § 4 ust. 4 pkt. 9 IPU, że obowiązek przekazywania informacji dotyczy wyłącznie informacji niezbędnych w związku z realizacją umowy i usunięcie słów „w tym m. in. z”, aby katalog podmiotów uprawnionych miał zamknięty charakter,

6) usunięcie § 4 ust. 4 pkt. 11 IPU lub wskazanie konkretnych potrzeb Zamawiającego i konkretnych obowiązków wykonawcy,

7) wykreślenie z § 5 ust. 6 IPU słów „o ile nie będą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego”,

8) zmianę § 12 ust. 8 IPU poprzez wykreślenie słów „W zakresie nieprawidłowości. w Utrzymaniu Punktów Kontrolnych SPOE KAS oraz korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, powyższe nie dotyczy okresu wykraczającego poza okres 24 miesięcznej gwarancji, chyba, że ujawniona po tym okresie wada lub usterka wynika z nieprawidłowego korzystania lub Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS, które miało miejsce w 24 miesięcznym okresie gwarancji”,

9) ograniczenie obowiązków gwarancyjnych wykonawcy w § 12 ust. 12 IPU do gwarancji w zakresie wykonanych przez wykonawcę prac i ich obszaru oraz bezpośrednich skutków takich prac,

10) ograniczenie w § 23 ust. 1 IPU odpowiedzialności wykonawcy do maksymalnej kwoty równej wynagrodzeniu określone w umowie (odpowiednio dla zakresu podstawowego i prawa opcji) oraz ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie do szkód rzeczywistych,

11) doprecyzowanie w § 23 ust. 3 IPU, że wykonawca nie odpowiada za działania Zamawiającego i osób którymi Zamawiający się posługuje,

12) zmianę § 27 ust. 1 IPU w następujący sposób: „Zamawiający jest uprawniony do:
1) odstąpienia od Umowy - w terminie maksymalnym do rozpoczęcia świadczenia przez Wykonawcę Utrzymania dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych

istniejących Kontrolnych Lokalizacji IP KSPO, nie później jednak niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy",

13) usunięcie § 28 ust. 4 pkt.5) IPU lub jego zmianę w następujący sposób: „utrzymywać na każdym etapie realizacji Umowy aktualną i kompletną Dokumentację”,

14) wskazanie w § 5 ust. 7 IPU, że wykonawca nie odpowiada za brak współpracy pomiędzy tymi podmiotami, jeśli wynika to z sytuacji, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

15) usunięcie § 7 ust. 6 IPU i odpowiednią korektę punktów 5.6 i 5.7 OPZ oraz rozpoczęcie biegu KM4 od akceptacji KM3, podobnie jak to jest w przypadku KM2 względem KM1,

16) wskazanie w § 8 ust. 4 IPU, że koszty odkrywki i przywrócenia stanu właściwego obciążają wykonawcę wyłącznie, jeżeli wykonawca nie powiadomił Zamawiającego o robotach zanikających,

17) wykreślenie § 8 ust. 8 IPU,

18) wskazanie w § 8 ust. 17 IPU, że zwłoka w rozpoczęciu prac musi wynosić co najmniej 48 godzin

19) wskazanie w § 12 ust. 6 IPU, że wykonawca w ramach gwarancji jest zobowiązany do naprawienia wszystkich elementów przedmiotu umowy, w najkrótszym możliwym terminie wynikającym z technicznych i prawnych uwarunkowań lub alternatywnie w terminie co najmniej 90 dni,

20) wyłączenie w § 12 ust. 8 IPU odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy w sytuacjach, w których usterka jest skutkiem działania Zamawiającego lub osób, którymi Zamawiający się posługuje przy realizacji celów, dla których zawierana jest umowa,

21) wyłączenie biegu czasu na zgłoszenie przez Zamawiającego zastrzeżeń z biegu terminów przewidzianych umową na realizację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, w szczególności Kamieni Milowych, a w przypadku, gdyby takie wyłączenie nie było możliwe zmianę terminu wskazanego w § 16 ust. 2 IPU w następujący sposób: „Zamawiający w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia otrzymania projektu tej umowy zgłasza w formie pisemnej zastrzeżenia co do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane”;

22) wykreślenie § 18 ust. 1 IPU,

23) wykreślenie w § 20 ust. 7 IPU słów „a także podmiotom, z którymi Zamawiający ma zawarte umowy, których przedmiotem jest wykonywanie czynności w ramach systemu SPOE KAS”,

24) wskazanie w § 24 ust. 4 IPU, że kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego niezależnie od zaistnienia przyczyn odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy i niezależnie od tego, która strona dokona odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy oraz czy

nastąpi to na podstawie postanowień umownych czy też przepisów powszechnie obowiązującego prawa, przy czym nie dotyczy to sytuacji, kiedy odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy nastąpiło z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego oraz sytuacji, w których niedochowanie terminów w wykonaniu obowiązków przez wykonawcę, gdy nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

25) usunięcie § 24 ust. 10 IPU lub zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN lub usunięcie jeśli nie jest możliwe sprecyzowanie sytuacji, w przypadku których kara jest naliczana,

26) usunięcie § 24 ust. 11 pkt. 3 IPU,

27) w § 24 ust. 11 pkt. 4 IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN.,

28) w § 24.11.5 a) IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN,

29) w § 24 ust. 11 pkt. 6 IPU zmniejszenie kary do kwoty 200 000,00 zł i jednocześnie usunięcia podpunktu 11.6.a).

30) w § 24 ust. 11 pkt. 8 IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,05% lub też zmniejszenie kary do 20000 PLN oraz określenie katalogu co jest rozumiane jako nienależyte wykonanie,

31) w § 24 ust. 19 IPU zmniejszenie kary do kwoty 100 000,00 zł.

32) w § 30 ust. 8 IPU wskazanie, że brak odpowiedzi od Zamawiającego oznacza zgodę Zamawiającego, lub wskazanie, że Zamawiający powinien udzielić odpowiedzi w terminie nie dłuższym niż 5 Dni Roboczych, chyba że postanowienia Umowy przewidują dłuższy termin,

33) ujednoczenie punktu 15.2 OPZ, 9.7 o) OPZ oraz 7.1. OPZ, poprzez wskazanie, że za dostawę sprzętu elektronicznego i elektroenergetycznego odpowiadać będzie w całości wykonawca oraz doprecyzowanie zasad tych dostaw;

34) wskazanie w punkcie 1.3. załącznika numer 6 do OPZ jakie wymiary i wagę winien mieć Przenośny Punkt Kontrolny, tak aby możliwy był jego transport zgodnie z wymaganiami opisanymi w punkcie 1.3. załącznika numer 6 do OPZ.

35) doprecyzowanie punktu 2.1. załącznika numer 6 do OPZ poprzez wskazanie obiektywnych, ogólnie stosowanych oznaczeń stopni ochrony dla poszczególnych czynników oddziaływania;

36) doprecyzowanie punktu 2.4. załącznika numer 6 do OPZ poprzez precyzyjne wskazanie powierzchni, która ma być pokryta elementami odblaskowymi, dopuszczalnych

lub zalecanych kolorów, czy też klasy odblaskowości podobnej, jak stosowana do znaków drogowych;

- 37) doprecyzowanie punktu 2.4 i 3.39. załącznika numer 6 do OPZ poprzez wskazanie, co należy rozumieć pod pojęciem zachowania ogólnej estetyki;
- 38) doprecyzowanie punktów 3.12 i 3.13 OPZ poprzez wskazanie jakie gabaryty mają posiadać dostarczane routery (i inne urządzenia wymienione w tym punkcie), jaki ma być ich pobór mocy, prąd zasilania i termin dostarczenia;
- 39) w ramach punktu 3.15 i 3.34 OPZ Załącznika numer 6 do OPZ, wykonawca wnosi o przekazanie wykonawcom wszystkich niezbędnych procedur i protokołów łączności niezbędnych do prawidłowej wyceny nakładu pracy;
- 40) zmianę punktu 11.6 OPZ poprzez wskazanie, że Zamawiający zapewni współpracę z wykonawcą podmiotów, z którymi Zamawiający pozostaje w stosunku umownym;
- 41) zmianę punktu 11.6 OPZ poprzez usunięcie podpunktu d);
- 42) zmianę punktu 14.10 OPZ poprzez usunięcie postanowienia zezwalającego na wejście do magazynu części zapasowych podmiotu trzeciego;
- 43) zmianę terminu wskazanego w punkcie 16.2 OPZ z 16 tygodni od daty wydania IMPK na 22 tygodni od daty wydania IMPK;
- 44) zmianę punktu 16.4 OPZ z „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt 16.3 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu wskazanego w IMPK’ na „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt 16.3 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu wskazanego w IMPK, chyba że wystąpienie zdarzeń powodujących opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy”
- 45) zmianę terminu wskazanego w punkcie 17.2 OPZ z 4 tygodni od daty wydania IMPK na 8 tygodni od daty wydania IMPK;
- 46) zmianę punktu 18.4 OPZ z „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt. 18.3 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu dla Odbudowy Punktu Kontrolnego" na „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt. 18.3 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu dla Odbudowy Punktu Kontrolnego, chyba że wystąpienie zdarzeń powodujących opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy”]
- 47) zmianę punktu 20.5 OPZ z „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt 20.4 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu wskazanego w IMPK’ na „Poinformowanie Zamawiającego o okolicznościach, o których mowa w pkt 20.4 nie zwalnia Wykonawcy z dochowania terminu wskazanego w IMPK, chyba że wystąpienie zdarzeń powodujących opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.
- 48) zmianę wskazanego w punkcie 22.1 OPZ terminu z 60 dni na 180 dni.

- 49) usunięcie punktu 23.6 OPZ, ewentualnie wskazanie maksymalnej liczby aktualizacji, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy;
- 50) usunięcie punktu 3.21 Załącznika numer 6 do OPZ, ewentualnie zmianę w postaci zapewnienia przez Zamawiającego dostępu do bazy danych zawierających wymagane dane o wszystkich pojazdach (również do bazy pojazdów zagranicznych);
- 51) zmianę punktu 3.28 załącznika numer 6 do OPZ poprzez usunięcie obowiązkowego stosowania dodatkowych detektorów wspomagających rozpoznanie pojawienia się pojazdu i dopuszczenie możliwości zastosowania dodatkowych technologii dla wykrywania pojazdów;
- 52) zdefiniowania w § 27 ust. 16 lit. a IPU konkretnego katalogu zdarzeń mogących stanowić podstawę rozwiązania umowy przez Zamawiającego oraz wskazanie, że rozwiązanie umowy możliwe będzie w przypadku istotnego (mającego miejsce więcej niż raz) naruszenia terminów wskazanych w Umowie.

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

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania w dniu 20 listopada 2020 roku, z którą to datą Zamawiający opublikował treść SIWZ. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W zakresie zarzutu nr 1:

Zamawiający w rozdziale I punkt 5 SIWZ wskazuje, że w ramach wykonania przedmiotu zamówienia, przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji. W zakresie czynności objętych prawem opcji zastosowanie mają postanowienia Umowy oraz zapisy w OPZ. W rozdziale VIII SIWZ Zamawiający z kolei podaje sposób obliczania ceny, rozliczania i płatności dokonywanych z tytułu usług wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego.

Jak wynika z treści tych dokumentów, wykonawca w ramach zamówienia podstawowego ma dostarczyć i następnie utrzymywać w pełni wyposażone i funkcjonalne 34 Punkty Kontrolne, natomiast w ramach prawa opcji Zamawiający może zlecić dostarczenie i utrzymanie 147 Punktów Kontrolnych.

W ocenie Odwołującego, występująca tak duża dysproporcja pomiędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniem w ramach prawa opcji jest niedopuszczalna.

Wskazać należy, że wykonawca, przystępując do postępowania, musi przyjąć, że Zamawiający może nie skorzystać w ogóle z prawa opcji. Wykonawca zobligowany będzie zatem do ujęcia wszystkich potencjalnych kosztów związanych z budową systemu, budową zaplecza technicznego i operacyjnego dostosowanego do pełnej skali zamówienia (podstawowy zakres plus opcja) w kosztach zamówienia podstawowego, istotnie podwyższając jego cenę. Brak sprecyzowania minimalnej liczby bramownic przewidzianej do realizacji oraz brak sprecyzowania maksymalnej liczby bramownic, których budowa może być zlecona jednocześnie, czyni niemożliwą, rzetelną i zarazem racjonalną kalkulację przedmiotu zamówienia. W szczególności należy przygotować się do sytuacji, w której wykonawca ma być gotowy do podjęcia zadania budowy i uruchomienia wszystkich 147 nowych Punktów Kontrolnych, a następnie do podjęcia zadania utrzymania wszystkich nowych Punktów Kontrolnych w każdym momencie objętym czasem realizacji kontraktu. Taka gotowość oznacza konieczność wliczenia do ceny zamówienia podstawowego kosztów związanych z zagwarantowaniem i utrzymaniem gotowości do podjęcia się realizacji prawa opcji w najszerszym możliwym zakresie przez każdego oferenta. Koszt utrzymania jednego Punktu Kontrolnego jest znacznie niższy w sytuacji, gdy wykonawca otrzymuje gwarancję zlecenia utrzymania dużej liczby Punktów Kontrolnych, niż w sytuacji, gdy takiej pewności nie ma i musi się liczyć z koniecznością zapewnienia utrzymania dla zaledwie jednego lub kilku punktów (co istotnie podnosi koszty). W przypadku ograniczenia zadań wynikających z prawa opcji przez Zamawiającego, czy w szczególności - w przypadku rezygnacji z prawa opcji w ogóle, Zamawiający poniesienie istotnie wyższe koszty niż wynikające z wyodrębnionych zadań zamówienia podstawowego. Obecne sformułowanie wymagań oznacza, że Zamawiający akceptuje wliczenie do kosztu zamówienia podstawowego gotowości do jednoczesnej realizacji pełnego zakresu opcji. Takie podejście jest nieracjonalne i sprzeczne z zasadą dyscypliny budżetowej.

Ponadto brak określenia przez Zamawiającego, czy w ramach prawa opcji zamierza składać zlecenia na realizację pojedynczych bramownic, czy też np. wszystkich 147 jednocześnie, powoduje, że przyjęcie jako kryterium oceny ofert czasu realizacji staje się całkowicie nieracjonalne. Wykonawca bowiem jest zmuszony zobowiązać się do określonego terminu, nie znając de facto zakresu prac, który musi w tym terminie wykonać. Zatem konieczne jest sprecyzowanie zakresu prac w ramach opcji i ewentualnie zmiana kryterium oceny ofert.

Na uwagę zasługuje także fakt, że Zamawiający w udostępnionej wykonawcom dokumentacji, nie sprecyzował, jakie elementy będą musiały zostać wykonane w ramach prawa opcji, w szczególności nie sprecyzował w jakich transzach może być zlecona realizacja nowych Punktów Kontrolnych (minimalna i maksymalna liczba zlecanych jednocześnie nowych Punktów Kontrolnych, minimalne odstępy między zleceniami), jaki

okres utrzymania dla każdego nowego Punktu Kontrolnego należy przewidzieć w ramach zobowiązań kontraktowych i jaki jest okres minimalny utrzymania dla jednego nowego Punktu Kontrolnego. Nie wskazał również minimalnej ilości usług oraz terminu w jakim może zlecić ich realizację. Oznacza to, że Zamawiający może skorzystać z tego prawa przez cały okres obowiązywania Umowy, a więc nawet dzień przed jej zakończeniem. Brak wskazania konkretnych ram czasowych rodzi po stronie wykonawcy ryzyko ponoszenia dodatkowych kosztów.

Dostawa Punktów Kontrolnych, ich utrzymanie, zajmuje określoną ilość czasu, w związku z czym konieczność jej realizacji, w sytuacji zgłoszenia przez Zamawiającego takiego zapotrzebowania (jeśli ma ono być objęte prawem opcji) na końcowym etapie wykonywania Umowy, może wiązać się z niemożliwością wykonania lub z powstaniem dodatkowych kosztów, takich jak dodatkowa mobilizacja zasobów i środków.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp powinno uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Pośród takich uwarunkowań szczególne znaczenie ma bez wątpienia określenie zakresu ilościowego zamówienia. Zamawiający określił wprawdzie minimalny zakres ilościowy zamówienia poprzez wyznaczenie zamówienia podstawowego obejmującego dostarczenie i utrzymanie 34 Punktów Kontrolnych, z tym, że poziom ten pozostaje w rażącej dysproporcji względem przewidzianego w ramach prawa opcji dostarczenia i utrzymania aż 147 Punktów Kontrolnych. Tym samym, maksymalny zakres zamówienia (181 punktów kontrolnych) stanowi 532% minimalnego zakresu zamówienia (zamówienie podstawowe). Stan taki, stawia wykonawcę w wysoce niekorzystnej sytuacji, w której musi on zaoferować gotowość oscylującą pomiędzy jednokrotnością a pięciokrotnością zakresu zamówienia. W tym przypadku, niedogodność ta jest powiązana z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi bowiem ująć wszystkie potencjalne koszty związane z budową systemu oraz budową zaplecza technicznego i operacyjnego dostosowanego do pełnej skali zamówienia (zakresu podstawowego oraz opcji) w kosztach zamówienia podstawowego. Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że dochodzi tutaj do obejścia prawa, które poprzez nadużycie instytucji prawa opcji powoduje skutek faktycznie bardzo zbliżony do braku określenia minimalnego poziomu zamówienia.

Prawo opcji, choć służy bardziej elastycznemu pod względem ilościowym udzielaniu zamówień, zawiera w swojej istocie założenie odmienne względem instytucji zamówień uzupełniających. Wydaje się, że nie powinno ono być stosowane do rozszerzania zamówienia podstawowego o przedmiot tożsamy z przedmiotem zamówienia podstawowego.

W doktrynie zaznacza się, że *„Prawo opcji to prawo do rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą zamówieniu podstawowemu,*

a co do których zamawiający na etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał. Zamawiający, zastrzegając prawo opcji, może skorzystać z możliwości rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot, co do zasady nietożsame z przedmiotem zamówienia, jednakże każdorazowo ściśle z nim związane, bądź też zamienić określoną część zamówienia na inne, również ściśle określone, pozostające w związku z zamówieniem podstawowym. Skorzystanie z prawa opcji nie może bowiem stanowić obejścia przepisów Prawa zamówień publicznych przez rozszerzanie przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia dzięki jednostronnemu oświadczeniu zamawiającego woli zwiększenia wolumenu zamówienia bądź wydłużenia czasu trwania umowy.” (M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz do art. 34, WKP 2018.)

Taki rozkład zamówienia prowadzi również do niemożności prawidłowego zadeklarowania czasu dla kryterium oceny ofert „czas realizacji IRPK”. Czas, jaki zadeklarować może wykonawca będzie bowiem różnił się przy uwzględnieniu jednoczesnego zamówienia 147 punktów kontrolnych (pełny zakres prawa opcji) i przy uwzględnieniu zaledwie jednego bądź kilku punktów kontrolnych.

Obecne brzmienie dokumentacji, nie pozwala wykonawcy sporządzić porównywalnej oferty, w związku z czym, z tych choćby względów stwierdzić można, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i nie odpowiada wymaganiom stawianym przez ustawę Pzp. Wszystkie składane w postępowaniu oferty powinny odnosić się do tego samego przedmiotu zamówienia. W postępowaniu oferty składane przez wykonawców nie będą ofertami opierającymi się na tych samych założeniach, a bardziej na domysłach i wyobrażeniach co do opisu przedmiotu zamówienia.

Uwagi ogólne w zakresie zarzutu numer 2:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. *„Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych oferty”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2011 roku, sygn. KIO 2649/11).

Pełne opisanie przedmiotu zamówienia i zakresu obowiązków wykonawcy jest warunkiem *sine qua non* dla złożenia przez wykonawcę oferty. Wykonawca nie może rzetelnie skalkulować i złożyć oferty, jeśli z dokumentacji przetargowej przedstawionej przez

zamawiającego nie da się ustalić zakresu obowiązków, zakresu odpowiedzialności, katalogu kar umownych czy przypadków, w których możliwe jest rozwiązanie umowy. *„Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. (...) Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2018 roku, sygn. KIO 1380/18 oraz 1384/18).

Brak jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia zaburza także zasady konkurencji. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wymóg ten jest uszczegółowieniem bardziej ogólnej dyrektywy ustawowej, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mówiącej, iż 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.

Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający. Oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku gdy zamawiający - zaniechał wskazania informacji niezbędnych do przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza bez wątpienia zasadę zachowania uczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 798/08).

Niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia prowadzi też do sytuacji, w której złożone oferty są nieporównywalne (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 roku, sygn. KIO 1985/18).

W postępowaniu, Zamawiający swoim obowiązkiem związanym z precyzyjnym zdefiniowaniem przedmiotu zamówienia w ocenie Odwołującego nie sprostał.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 1):

Umowa zawierana jest na czas określony (36 miesięcy - § 3 ust. 1 IPU). W umowie powinien wskazany być maksymalny termin, w ramach którego Zamawiający uprawniony jest do wykonania prawa opcji, by realnym było wykonanie przedmiotu umowy w okresie jej trwania.

Zbyt późne zgłoszenie Zamawiającego zamówienia opcji może prowadzić do niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia lub też wykonania go ale z ponoszeniem zwiększonych kosztów, co w konsekwencji naraża wykonawcę na szkody.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 2):

IPU wskazuje, że Usługa Rozbudowy i Przebudowy Punktów Kontrolnych świadczona będzie w terminach wskazanych w stosownej Instrukcji Modyfikacji Punktu Kontrolnego, a zatem definiowana przez Zamawiającego na etapie późniejszym. Terminy te będą zgodne z pkt. 16, 17 i 18 OPZ. Termin określony w Instrukcji nie może być bowiem krótszy od terminu ustalonego w OPZ i wynikającego z oferty wykonawcy. W szczególności wskazać należy na pkt. 16.2 OPZ (termin realizacji IMPK dla Przebudowy Punktów Kontrolnych wynosi 16 tygodni od daty wydania IMPK. Data dzienna terminu realizacji IMPK zostanie każdorazowo wskazana w IMPK), pkt. 17.2 OPZ (termin realizacji IMPK dla Usunięcia Punktu Kontrolnego wynosi 4 tygodnie od daty wydania IMPK. Data dzienna terminu realizacji IMPK zostanie każdorazowo wskazana w IMPK) oraz pkt. 18.2 OPZ (termin realizacji IMPK dla Odbudowy Punktu Kontrolnego wynosi 16 tygodni od daty wydania).

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 3):

Jakkolwiek jest zrozumiałym, że wykonawca ma zagwarantować, że świadczony Przedmiot Umowy i Usługi będą rozwiązaniem kompletnym, to tak sformułowany niejednoznaczny i niepełny opis zamówienia przez Zamawiającego stwarza ryzyko w postaci narzucenia na wykonawcę obowiązków nieprzewidzianych w SIWZ i ryzyko w postaci braku wynagrodzenia dla wykonawcy za wytworzony produkt, który stał się konieczny, dopiero według oceny Zamawiającego dokonanej na etapie realizacji umowy, a więc jego konieczność wytworzenia nie mogła być przewidziana i skalkulowana na etapie przygotowania oferty.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 4):

§ 4 ust. 4 pkt. 9 IPU nakazuje wykonawcy współdziałać (w tym także przekazywać wszelkie wymagane przez Zamawiającego informacje i materiały źródłowe) przy realizacji obowiązków z podmiotami wskazanymi przez Zamawiającego. Katalog podmiotów, którym wykonawca ma przekazywać informacje oraz zakres tych informacji jest jednak niejasny. Powoduje to ryzyka po stronie wykonawcy, w tym dotyczące udostępniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy podmiotom niezwiązanym z wykonywaniem umowy. Zasadnym byłoby również ograniczenie otwartego katalogu („wszelkie”) do „niezbędne”, skoro są one przekazywane podmiotom trzecim; ograniczenie takie leży również w interesie Zamawiającego.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 5):

Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt. 11 IPU wykonawca ma opracowywać, wykonywać i przekazywać Zamawiającemu analizy, opracowania, zestawienia, porównania dotyczące Przedmiotu Umowy, według wytycznych i wymagań Zamawiającego wraz z ich aktualizacjami i modyfikacjami. Nie jest jednak znany zakres takiej dokumentacji, a możliwy

jej katalog pozostaje otwarty. Oznacza to, że przedmiot zamówienia nie został wyczerpująco opisany. Wykonawca nie znając zakresu takich prac nie jest w stanie ocenić niezbędnego nakładu środków i pracy, a tym samym uniemożliwia to wycenę zamówienia i kalkulację oferty.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 6):

Zgodnie z § 5 ust. 6 IPU Zamawiający przekaze wykonawcy Dokumentację Dotychczasową znajdującą się w posiadaniu Zamawiającego, związaną z Przedmiotem Umowy i niezbędną do jego realizacji, o ile nie będą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego. Zamawiający powinien jednak udostępnić wszelką niezbędną dokumentację, mając zwłaszcza na uwadze szerokie zobowiązanie do zachowania poufności przez wykonawcę. Przykładowo, informacje takie mogą być niezbędne dla dokonania integracji systemu z system SPOE KAS. Nadto, wykonawca zgodnie z pkt. 9.5. OPZ zobowiązany jest zapewnić spełnianie przez Punkty Kontrolne wszystkich wymagań w zakresie bezpieczeństwa, wynikających co najmniej z wytycznych w Dokumentacji lub Dokumentacji Dotychczasowej. Umowa przewiduje wystarczające zabezpieczenia dla Zamawiającego w postaci szerokiego katalogu obowiązków związanych z poufnością.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 7):

Zapisy § 12 ust. 4 IPU, mówią, iż gwarancja zostaje udzielona na okres 24 miesięcy, który rozpoczyna swój bieg od dnia następnego po dniu, w którym upływa termin wskazany w ust. 3.4, tj. od zakończenia wykonania Utrzymania Punktów Kontrolnych i Przenośnych Punktów Kontrolnych dla Punktów Kontrolnych i Przenośnych Punktów Kontrolnych pozostają w sprzeczności z zapisem § 12 ust. 8 IPU, który stanowi, że gwarancja nie ogranicza się tylko do wady tkwiącej w Przedmiocie Umowy objętym gwarancją zgodnie z ust. 12.1, Punkcie Kontrolnym SPOE KAS, w tym w jego Elemencie, a także w wynikające z nieprawidłowego Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS oraz nieprawidłowego korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, wykonanych napraw awarii wynikających z przypadkowego uszkodzenia, zniszczenia, aktów wandalizmu bądź Siły Wyższej. W zakresie nieprawidłowości w Utrzymaniu Punktów Kontrolnych SPOE KAS oraz korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, powyższe nie dotyczy okresu wykraczającego poza okres 24 miesięcznej gwarancji, chyba, że ujawniona po tym okresie wada lub usterka wynika z nieprawidłowego korzystania lub Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS, które miało miejsce w 24 miesięcznym okresie gwarancji." Gwarancja zgodnie z pierwszym z przywołanych postanowień zaczyna biec po upływie świadczenia UPK przez wykonawcę. Wykonawca nie świadczy zatem UPK w okresie gwarancji.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 8):

Zgodnie z § 12 ust. 12 IPU na każde żądanie zarządcy danej infrastruktury (np. drogi, wiaduktu, konstrukcji nośnej, itd.), wykonawca jest zobowiązany udzielić gwarancji w zakresie wykonanych przez siebie prac, w obszarze objętym gwarancją przez innego wykonawcę, poprzez złożenie pisemnego oświadczenia o udzieleniu gwarancji i rękojmi, co najmniej do czasu obowiązywania warunków gwarancji udzielonej przez innego wykonawcę, które to warunki wykonawca naruszył. W obecnym brzmieniu zapis ten jest zbyt ogólny i nakłada na wykonawcę niemożliwe do skalkulowania ryzyka (np. konieczności udzielenia gwarancji na odcinki dróg publicznych o znacznej długości w przypadku prac wykonywanych jedynie na niewielkim obszarze). Uniemożliwia to kalkulację oferty i wymaga doprecyzowania.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 9):

Zgodnie z § 23 ust. 1 IPU wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy na zasadach opisanych w Umowie, a w zakresie nieuregulowanym Umową, na zasadach ogólnych przewidzianych w przepisach prawa, w szczególności w Kodeksie cywilnym.

Obecny kształt IPU nie przewiduje żadnego ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, co jest również niezgodne z praktyką rynkową i wiąże się z ryzykiem pociągnięcia wykonawcy do odpowiedzialności w wysokości znacznie przekraczającej wartość umowy. Wprowadzenie takiego ograniczenia wydaje się uzasadnione dla uniknięcia sytuacji, w której Zamawiający dążyłby do obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością daleko przekraczającą rzeczywistą wartość usług świadczonych w ramach Umowy.

Ponadto, w odniesieniu do utrwalonej praktyki w zakresie obrotu gospodarczego, należy zauważyć, że wprowadzenie umownej górnej granicy odpowiedzialności do wysokości wartości kontraktu jest powszechnie stosowane i stanowi normę rynkową zarówno w prywatnoprawnych umowach handlowych, jak i w umowach zawieranych w ramach zamówień publicznych. Wprowadzenie takiej górnej granicy odpowiedzialności nie stanowiłoby odstępstwa od norm rynkowych, ani od zasady równości stron i wzajemnych korzyści. Uzasadnione byłoby zatem wprowadzenie takiego ogólnego limitu odpowiedzialności wykonawcy.

Z tych samych powodów odpowiedzialność wykonawcy powinna być ograniczona do szkód rzeczywistych. Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za utratę zysku, utratę możliwości użytkowania, utratę produkcji, utratę kontraktów ani za żadne inne straty pośrednie czy utracone korzyści.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 10):

Zgodnie z § 23 ust. 3 IPU wykonawca pozostaje gwarantem wykonywania i przestrzegania przez wszelkie osoby lub podmioty trzecie, biorące udział w realizacji Umowy, a w tym Podwykonawców, Podwykonawców Dalszych wszelkich zasad, reguł

i zobowiązań określonych w Umowie. Z zakresu tego powinny być wyłączone dla uniknięcia wątpliwości działania Zamawiającego i osób którymi Zamawiający się posługuje. Na wykonawcę nie może być przerzucane ryzyko związane z działaniami samego Zamawiającego lub podmiotów działających na jego polecenie.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 11):

§ 27 ust. 1 IPU wskazuje, że Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy - w terminie maksymalnym do rozpoczęcia świadczenia przez wykonawcę Utrzymania dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych istniejących Kontrolnych Lokalizacji IP KSPO, nie później jednak niż w terminie 5 lat od dnia zawarcia Umowy. Zapis ten jest nielogiczny, uprawnia bowiem Zamawiającego do odstąpienia od umowy po jej wygaśnięciu. W świetle § 3 ust. 1 IPU bowiem umowa została zawarta na czas oznaczony, tj. od dnia jej zawarcia przez okres 36 miesięcy.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 12):

§ 28 ust. 4 pkt. 5) nakazuje wykonawcy utrzymywać Dokumentację po zakończeniu umowy oraz przekazaniu Punktu Kontrolnego do Zamawiającego lub innego podmiotu. Jest oczywistym, że po przekazaniu PK i zakończeniu realizacji umowy nie można narzucić wykonawcy utrzymywania przez nieokreślony czas aktualnej i kompletnej Dokumentacji Umownej, do tego gotowej do przekazania Zamawiającemu na każde jego żądanie.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 13):

Kolejna nieścisłość powodująca wątpliwość wpływającą na kalkulację oferty, znajduje się w punkcie 15.2 OPZ, w którym zostało wskazane, że w ramach świadczenia UIRP obowiązkiem wykonawcy jest montaż skonfigurowanego sprzętu elektronicznego i elektroenergetycznego zakupionego przez Wykonawcę w ramach Umowy lub jeśli będzie miało to miejsce, otrzymanego od Zamawiającego lub innych podmiotów trzecich wskazanych przez Zamawiającego, odpowiedzialnych za działanie pozostałych komponentów SPOE KAS.

W tym miejscu, opis przedmiotu zamówienia jest w ocenie Odwołującego niejasny. Zamawiający z jednej strony nakłada na wykonawcę obowiązek dostarczenia sprzętu, z drugiej zaś, nie wyklucza, iż sam będzie takowy sprzęt dostarczał. W związku z tym, wykonawca przy tak skonstruowanym wymaganiu nie wie jaką ilość ma ująć w kalkulacji oferty. Może poczynić założenia i w wyliczeniach wskazać, iż zapewni maksymalną ilość sprzętu, co w konsekwencji wpłynie na podwyższenie ceny oferty. Z drugiej zaś strony, wykonawcy mogą poczynić odmienne założenia, zgodnie z którymi przyjmą, że otrzymają od Zamawiającego jego określoną ilość. Skutkować to będzie złożeniem nieporównywalnych ofert, sporządzonych na odmiennych koncepcjach.

Zmiana tego postanowienia jest o tyle istotna, że w punkcie 9.7 o) OPZ zostało wskazane, że to Zamawiający dostarcza sprzęt zgodnie z zapotrzebowaniem wykonawcy,

natomiast w punkcie 7.1 OPZ taki obowiązek dostarczenia sprzętu przewidziany został dla wykonawcy.

Konieczne jest zatem ujednoczenie OPZ pod kątem obowiązków dostawy sprzętu i jednoznacznie wskazanie kto i w jakim zakresie go dostarczy.

Dodatkowo, w punkcie 15.2 OPZ przewidziany został także obowiązek wykonawcy pod kątem wsparcia Zamawiającego lub podmiotów obsługujących SPOE KAS przy konfiguracji sprzętu, bezpośrednio w Punkcie Kontrolnym. Brak jest tutaj wskazania po pierwsze, jakie wsparcie ma na myśli Zamawiający, po drugie, jak wyglądać miałyby współpraca ze wspomnianymi powyżej podmiotami. Niezbędne jest zatem doprecyzowanie przedmiotu zamówienia i w tym zakresie.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 14):

W założeniach funkcjonalnych Przenośnego Punktu Kontrolnego opisanych w załączniku numer 6 do OPZ, punkt 1.3. Zamawiający wskazał, iż *„Wymiary i waga PPK musi umożliwiać jego transport w pojazdach samochodowych będących własnością podmiotów uprawnionych do realizacji Czynności Kontrolnych bez znaczących modyfikacji przestrzeni pojazdu samochodowego, pozwalającą na jego transport, przeniesienie, instalację i deinstalację przez jedną osobę.”*

W ocenie Odwołującego, takie sformułowanie wymagań jest niejasne, ponieważ wykonawca nie zna floty, jaką dysponują podmioty uprawnione do realizacji Czynności Kontrolnych i tym samym, nie może określić jednoznacznie jakim ograniczeniom może podlegać wymiar i waga PPK. Podmioty te mogą bowiem dysponować pojazdami typu „dostawczy” lub osobowy typu „sedan”, bądź inny. W ten sposób sformułowane wymaganie uniemożliwia przygotowanie oferty, która byłaby porównywalna z innymi.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wskazanie przez Zamawiającego jakie wymiary i wagę winien mieć Przenośny Punkt Kontrolny, tak aby możliwy był jego transport zgodnie z wymaganiami opisanymi w punkcie 1.3. załącznika numer 6 OPZ, ewentualnie wskazanie typu pojazdów samochodowych, jakimi posługiwać się będą podmioty realizujące Czynności Kontrolne.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 15):

Kolejna niejasność w opisie przedmiotu zamówienia, dotyczy kwestii konstrukcji Przenośnego Punktu Kontrolnego. W załączniku numer 6 do OPZ, punkt 2.1. znalazł się wymóg, zgodnie z którym *„Konstrukcja nośna musi gwarantować stateczność całego PPK uwzględniając ciężar i gabaryty własne (konstrukcja, System OCR i sprzęt), odporność na warunki charakterystyczne dla pracy w pasie drogowym, w szczególności będących skutkiem ruchu pojazdów: wibracje lub zawirowania powietrza, oraz warunki pogodowe, w tym opady atmosferyczne i wiatr”.*

Tak postawione wymaganie jest nieobiektywne, ponieważ istnieją normy techniczne/współczynniki, które określają odporność na kurz, wiatr, itp. Przykładowo, wskazać można współczynnik IP. Nie istnieje jednoznaczne wymaganie jak „warunki charakterystyczne dla pracy w pasie drogowym”. Tak sformułowane wymaganie uniemożliwia przygotowanie porównywalnych ofert, dlatego Odwołujący wnosił o jego doprecyzowanie przez Zamawiającego, poprzez wskazanie, co konkretnie należy rozumieć pod pojęciem warunków charakterystycznych dla pracy w pasie drogowym.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 16):

Zamawiający w załączniku nr 6, punkt 2.4. OPZ wskazuje, że *„PPK musi być widoczny i zabezpieczony na wypadek nieprzewidzianych zdarzeń drogowych oraz warunków pogodowych, poprzez zastosowanie elementów odblaskowych i kontrastowych umiejscowionych na PPK przy jednoczesnym zachowaniu ogólnej jego estetyki”*.

Tak postawione wymaganie kolejny raz jest nieprecyzyjne i w ocenie Odwołującego postawione zbyt szeroko. Pierwszą wątpliwość budzi, co należy rozumieć jako nieprzewidziane zdarzenia i warunki pogodowe, druga wątpliwość, to z kolei, kwestia ogólnej estetyki. Dodatkowo, brak jest informacji odnośnie tego, jakie zabezpieczenia należy wykonać.

W związku z tym, takie postanowienia, powinny zostać doprecyzowane przez Zamawiającego. Są to pojęcia nieostre, które mogą być interpretowane przez każdego w odmienny sposób.

Dodatkowo, Zamawiający nie określił ile wykonawca ma zapewnić elementów odblaskowych, w jakim kolorze, itd. Brak tych informacji uniemożliwia sporządzenie porównywalnej oferty. Każdy z wykonawców składających ofertę może przyjąć całkowicie odmienne założenia oraz liczby, dlatego też punkt 2.4. załącznika numer 6 OPZ, powinien zostać doprecyzowany poprzez określenie, co należy rozumieć pod pojęciem nieprzewidzianych zdarzeń drogowych oraz warunków pogodowych, zachowanie ogólnej estetyki oraz poprzez wskazanie jakie zabezpieczenia wykonawca będzie zobligowany wykonać oraz ile elementów odblaskowych i w jakim kolorze wykonawca zobowiązany będzie zapewnić.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 17):

Kolejny brak precyzji ze strony Zamawiającego, powodujący niemożliwość skalkulowania oferty, dotyczy wymogów systemu OCR. W załączniku numer 6 do OPZ, punkt 3.12 i 3.13 wskazano, że *„Zamawiający na potrzeby działania Systemu OCR dostarczy dwa routery z możliwością zastosowania karty SIM dowolnego operatora wraz z niezbędnym wyposażeniem (anten, okablowanie), zapewniający stałą łączność Systemowi OCR z zewnętrznymi systemami KAS bez względu na lokalizację PPK na Sieci Dróg Płatnych”*.

Zamawiający nie podał jednak gabarytów, jakie ma mieć dostarczany sprzęt, jak również brak jest informacji w przedmiocie poboru mocy, prądu zasilania urządzeń. Poza tym, Zamawiający nie wskazał w jakich terminach przedmiotowy sprzęt ma być dostarczany. Takie braki uniemożliwiają rzetelne skalkulowanie oferty, dlatego też Odwołujący wnosił o doprecyzowanie tego punktu.

W zakresie zarzutu numer 2 ppkt. 18):

Kolejną wątpliwość co do przedmiotu zamówienia, budzi punkt 3.15 i 3.34 Załącznika numer 6 do OPZ, gdzie zostało wskazane „System OCR musi umożliwiać automatyczne i ręczne pobieranie oraz zastępowanie list alarmów, za pośrednictwem zestawionego za pomocą połączenia LTE kanału komunikacyjnego z zewnętrznego systemu wykorzystywanego przez KAS” oraz „Szczegółowy opis mechanizmów komunikacji oraz zakresu przekazywanych danych poprzez dodatkową aplikację dostarczoną przez Zamawiającego zostanie uzgodniony przez Wykonawcę z Zamawiającym na etapie realizacji”.

Formułując tak obowiązek wykonawcy, Zamawiający uniemożliwia wykonawcy oszacowanie nakładu pracy. Brak jest bowiem informacji co do procedur, jakie mają zostać zastosowane oraz protokołów łączności (interfejsu) z zewnętrznym systemem. W zależności od stosowanych przez Zamawiającego protokołów i procedur inny będzie nakład pracy związany z wdrożeniem odpowiednich interfejsów i procedur w oprogramowaniu dostarczanych przez wykonawcę. Co może prowadzić do nieporównywalności ofert, w szczególności jeżeli potencjalny inny potencjalny wykonawca wykonywał już zamówienia na oprogramowanie wykorzystujące procedury i protokoły stosowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o przekazanie wykonawcom wszystkich niezbędnych procedur i protokołów łączności.

W zakresie zarzutu nr 3

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie i konsekwentnie wskazywano, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy, jaka zawarta ma zostać w wyniku udzielania zamówienia, nie jest nieograniczona (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 roku, sygn. KIO 2115/18). Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 2196/18, 2197/18 z dnia 8 listopada 2018 roku).

Takie ukształtowanie dokumentacji przetargowej i przerzucanie nadmiernych ryzyk na wykonawcę narusza też zasadę wyrażoną w art. 353(1) kc, albowiem sprzeczne jest z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 roku, sygn. KIO 487/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 roku sygn. KIO 2280/16, też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2019

roku, sygn. KIO 693/19., KIO 694/19, zob. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2019 roku, sygn. XXIII Ga 1023/19).

Artykuł 353(1) k.c. zawiera co prawda zasadę swobody umów, niemniej jednak swoboda ta doznaje ograniczeń, ponieważ z uwagi na treść i cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą.

W ocenie Odwołującego w prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie sprostął obowiązkowi należytego ukształtowania przyszłego stosunku umownego.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 1):

Zgodnie z § 5 ust.7 Zamawiający jest zobowiązany poinstruować inne podmioty, z którymi pozostaje w stosunku umownym, mającym bezpośredni związek z wykonaniem Umowy przez wykonawcę lub inne podmioty administracji publicznej, z którymi współpraca ma bezpośredni związek z wykonaniem Umowy przez wykonawcę, aby współpracowały z wykonawcą w zakresie realizacji Usług, Zamawiający nie odpowiada jednak za brak współpracy pomiędzy tymi podmiotami a wykonawcą, bez względu na to, która ze stron utrudnia lub uniemożliwia współpracę. Jednak również wykonawca nie powinien ponosić konsekwencji braku współpracy ze strony takich podmiotów, jeśli ma to miejsce z przyczyn leżących po stronie tych podmiotów lub samego Zamawiającego. W przeciwnym wypadku oznaczałoby to przerzucanie na wykonawcę odpowiedzialności za zdarzenia, pozostające poza jego kontrolą.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 2):

W odniesieniu do § 7 ust. 6 IPU w zw. z § 7 ust. 3 wskazać należy, iż takie sformułowanie IPU sprawia, że wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność za osiągnięcie Kamienia Milowego, pomimo faktu, że nie ma pełnej kontroli nad tym procesem. To w gestii Zamawiającego i zarządcy drogi jest zatwierdzenie projektów. Zamawiający ma bardzo dużo czasu na wniesienie uwag do dokumentacji. Procedura zatwierdzania dokumentów opisana jest w pkt 23 OPZ, zgodnie z którym Zamawiający ma 15 Dni Roboczych na weryfikację Dokumentacji przekazanej przez wykonawcę (chyba, że termin dla danego Dokumentu jest inaczej wskazany w OPZ). Zamawiający ma prawo do kilkukrotnego wnoszenia uwag do złożonej przez wykonawcę Dokumentacji, przy czym brak uwag Zamawiającego do jakiegokolwiek części Dokumentu oznacza akceptację tej części Dokumentu przez Zamawiającego. Ponadto osiągnięcie Kamienia Milowego w zakresie Projektów wymaga zatwierdzenia wszystkich Punktów Kontroli. Pkt 5.6 OPZ (i analogicznie pkt. 5.7 OPZ w zakresie dostosowania kontrolnych lokalizacji) wskazuje, że „osiągnięcie Kamienia Milowego „Opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu do akceptacji przez Wykonawcę projektu nowego Punktu Kontrolnego dla Sieci Dróg Płatnych w SPOE KAS” nastąpi w momencie zatwierdzenia Projektów wszystkich nowych Punktów Kontrolnych

przez Zamawiającego. Projekt Punktów Kontrolnych zostanie zatwierdzony przez Zamawiającego, jeżeli będzie spełniał wymagania określone w niniejszym OPZ i w Umowie”. Wreszcie powstaje wątpliwość jak rozumieć § 7 ust. 6 IPU w zakresie osiągnięcia Kamieni Milowych 1 i 3 w terminach wskazanych w zał. 5 do OPZ w odniesieniu do § 7 ust. 2 IPU, który opisuje sytuację wydłużenia 4-tygodniowego terminu o czas niezbędny do przeprowadzenia procedury zatwierdzenia dokumentacji.

Stąd, w kontekście sprzecznych zapisów § 7 ust. 2 i § 7 ust. 6 IPU, wnoszono o usunięcie § 7 ust. 6 IPU i odpowiednią korektę punktów 5.6 i 5.7 OPZ, czyli wyłączenie czasu akceptacji projektów dla Kamienia Milowego 1 i Kamienia Milowego 3 z czasu przeznaczanego dla wykonawcy na osiągnięcie każdego z wymienionych Kamieni Milowych. W przypadku pozostawienia zapisów jak w § 7 ust. 6 IPU oraz pkt. 5.6 i 5.7 OPZ czas akceptacji rozwiązania przez Zamawiającego, jaki wykonawca powinien uwzględnić stanowi bowiem ok. 75% całego czasu na realizację danego Kamienia Milowego. W takiej sytuacji terminy wskazane w OPZ stają się nierealne, a na wykonawcę przerzuca się nieproporcjonalne ryzyka i związane z nimi ryzyka odstąpienia Zamawiającego od umowy i nałożenia na wykonawcę wysokich kar umownych.

Nadto, konsekwentnie rozpoczęcie biegu Kamienia Milowego 4 powinno mieć miejsce od chwili akceptacji Kamienia Milowego 3, podobnie jak to jest w przypadku Kamienia Milowego 2 względem Kamienia Milowego 1.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 3):

§ 8 ust. 4 IPU wskazuje, że na wniosek Zamawiającego wykonawca odkryje lub zrobi otwory w częściach robót, które są przedmiotem odbioru lub zostały odebrane, po czym przywróci je do właściwego stanu. Koszty odkrywki i przywrócenia stanu właściwego obciążają wykonawcę. Z drugiej strony IPU przewiduje obowiązek wykonawcy informowania Zamawiającego o robotach zanikających.

Wobec tego postanowienie to powinno mieć zastosowanie jedynie w sytuacjach, w których wykonawca nie powiadomił Zamawiającego o robotach zanikających. W innych sytuacjach brak jest uzasadnienia obciążania wykonawcy kosztami tego, że Zamawiający | z możliwości zapoznania się ze stanem robót przed ich zakryciem nie skorzystał.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 4):

Zgodnie z § 8 ust. 8 IPU, w jednym Dniu Roboczym przeprowadzić można procedury odbiorowe maksymalnie 4 Punktów Kontrolnych. Taki zapis powoduje, iż w przypadku gdy zamawiający w tym samym czasie wyda wiele IRPK celem budowy nowych PK (w sumie może być 147 nowych PK) może pojawić się problem z możliwością dochowania przez wykonawcę terminu Kamienia Milowego 4 dla części nowych PK (Budowa i uruchomienie nowego Punktu Kontrolnego na Sieci Dróg Płatnych w SPOE KAS), z przyczyn, na które wykonawca nie ma wpływu.

Osiągnięcie Kamienia Milowego 4 wymaga odbioru PK przez Zamawiającego (§ 8 ust. 15 IPU stanowi, iż podpisanie przez Zamawiającego protokołu odbioru bez wad i usterek (bądź z wadami lub usterekami w przypadkach określonych w ust. 8.10 lit. b i d dla wszystkich Punktów Kontrolnych dla SPOE KAS na Sieci Dodatkowej oznacza osiągnięcie Kamienia Milowego: „Budowa i uruchomienie nowego Punktu Kontrolnego na Sieci Dróg Płatnych w SPOE KAS, z wyłączeniem pkt 8.10 lit. c.). Ogranicza to więc w praktyce czas wykonawcy na wykonanie prac (zmniejszając go poniżej czasu wskazanego w OPZ, jeśli wykonawca miałby brać pod uwagę leżące po stronie Zamawiającego ograniczenia) i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z wewnętrzną organizacją prac po stronie Zamawiającego, co stanowi naruszenie przepisów k.c. i ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 5):

Zgodnie z § 8 ust. 17 IPU w przypadku zwłoki w rozpoczęciu realizacji robót wskazanych w ust. 8.1. względem terminu określonego w IRPK, wynoszącego powyżej 24 godzin, niezależnie od możliwości nałożenia na wykonawcę kary umownej, Zamawiający może odstąpić od Umowy w całości lub części.

Sankcja w postaci odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki 24 godzin (biorąc dodatkowo pod uwagę możliwość nałożenia wysokiej kary finansowej) jest zdecydowanie wygórowana, nakłada na wykonawcę niewspółmierne ryzyka (związane jednocześnie z utratą kontraktu i wysoką karą umowną).

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 6):

Wskazany w § 12 ust. 6 IPU termin do gwarancyjnego naprawienia wszystkich elementów Przedmiotu Umowy (to jest w terminie 5 Dni Roboczych od dnia wykrycia wady, przy czym jeżeli naprawa nie jest możliwa, wykonawca zobowiązany jest do wymiany wadliwego elementu Przedmiotu Umowy, w tym Punktów Kontrolnych lub Elementu Punktu Kontrolnego który objęty jest wadą, w ww. terminie), jest nierealny i niemożliwy do dochowania.

Odwołujący zwrócił uwagę na związane z naprawami procedury administracyjne, w tym konieczność uzgodnienia projektu TOR/COR (Czasowej Organizacji Ruchu) z GDDKiA i uzyskania opinii policji, gdzie zarówno policja ma 30 dni na wydanie opinii dla w/w projektu, jak również GDDKiA (zaś bez opinii policji GDDKiA nie zatwierdzi projektu TOR/COR). Do tego doliczyć należy czas konieczny na samą naprawę/demontaż i wymianę elementów Przedmiotu Umowy. Ponadto przed rozpoczęciem prac na drodze należy te prace zgłosić u zarządcy drogi (GDDKiA) w terminie minimum 7 dni przed rozpoczęciem robót.

Termin naprawy powinien być więc uzależniony od uwarunkowań technicznych lub prawnych związanych z naprawą danego elementu. W przeciwnym wypadku, niezbędny

termin to co najmniej 90 dni kalendarzowych na naprawę elementów Przedmiotu Umowy w ramach gwarancji, jeśli termin miałby być jednolity niezależnie od przedmiotu naprawy.

W zakresie zarzutu numer 3 pkt. 7):

§ 12 ust. 8 IPU wskazuje, że gwarancja nie ogranicza się tylko do wady tkwiącej w Przedmiocie Umowy objętym gwarancją zgodnie z ust. 12.1, 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 oraz nieprawidłowego korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, wykonanych napraw awarii wynikających z przypadkowego uszkodzenia, zniszczenia, aktów wandalizmu bądź Siły Wyższej.

Gwarancja nie powinna jednak obejmować sytuacji, w których usterka jest skutkiem działania (zwłaszcza zawinionego) Zamawiającego. Byłoby to nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę ryzyk niemożliwych do skwantyfikowania.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 8):

Zgodnie z § 16 ust. 2 wykonawca, Zamawiający w terminie 30 dni od dnia otrzymania projektu umowy podwykonawczej, zgłasza w formie pisemnej zastrzeżenia co do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Niezgłoszenie zastrzeżeń w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego. Jest to bardzo długi proces akceptacyjny umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane. W rezultacie skróceniu ulega czas na realizację przedmiotu umowy w zakresie dot. robót budowlanych w przypadku korzystania przez wykonawcę z usług podwykonawców. W rezultacie powoduje to przerzucanie na wykonawcę konsekwencję organizacji wewnętrznej Zamawiającego i skraca i tak krótkie terminy na wykonanie umowy, narażając wykonawcę na odpowiedzialność kontraktową.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 9):

§ 18 IPU zawiera zastrzeżenie, że Personel Wykonawcy nie będzie związany zakazem konkurencji względem Zamawiającego.

Taki zapis oznacza w praktyce możliwość zabierania wykonawcy przez Zamawiającego kluczowych pracowników, których doświadczenie i know how jest efektem inwestowania w nich przez wykonawcę. Celem każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest tymczasem realizacja kontraktów podobnych do objętego postępowaniem. Umożliwienie odpływu pracowników do Zamawiającego (np. w przypadku rozwiązania przez Zamawiającego umowy) i zgoda wykonawcy na taki zapis byłaby nie tylko sprzeczna z rynkowymi standardami, ale uznana by mogło być za działanie na szkodę spółki wykonawcy.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 10):

§ 20 ust. 7 IPU przewiduje, że Zamawiający będzie uprawniony do udostępnienia w niezbędnym zakresie informacji uzyskanych w związku z Umową, które zostały zastrzeżone przez wykonawcę, jako informacja poufna lub tajemnica przedsiębiorstwa podmiotom biorącym udział w postępowaniu na wybór Następczego Wykonawcy oraz wszelkim doradcom Zamawiającego (prawnym, technicznym, ekonomicznym), a także podmiotom, z którymi Zamawiający ma zawarte umowy, których przedmiotem jest wykonywanie czynności w ramach systemu SPOE KAS.

Jest to zbyt szerokie uprawnienie Zamawiającego, stanowiące w związku z nieograniczonym w praktyce charakterem tego zapisu, ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy na przykład podmiotom będącym dla wykonawcy naturalną konkurencją rynkową.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 11):

Zgodnie z § 24 ust. 4 IPU kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego niezależnie od zaistnienia przyczyn odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy i niezależnie od tego, która strona dokona odstąpienia lub wypowiedzenia Umowy oraz czy nastąpi to na podstawie postanowień umownych czy też przepisów powszechnie obowiązującego prawa, przy czym nie dotyczy to sytuacji, kiedy odstąpienie lub wypowiedzenie Umowy nastąpiło z przyczyn zawinionych wyłącznie przez Zamawiającego.

Dla uniknięcia wątpliwości IPU powinno wyłączać również odpowiedzialność wykonawcy za niedochowanie terminów w wykonaniu obowiązków przez wykonawcę, gdy nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Dotyczy to w szczególności kary umownej opisanej w § 24 ust.11 pkt. 1) IPU. W przeciwnym wypadku na wykonawcę przerzucane byłyby nieproporcjonalne i niemożliwe do wyceny, oraz pozostające poza kontrolą wykonawcy ryzyka.

W zakresie zarzutów numer 3 ppkt. od 12) do 19):

Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych, „Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. (...) Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub

nienależytych wykonaniem umowy” (Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, Warszawa, marzec 2018 roku)

Podobnie, Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wskazuje na konieczność wyważenia interesów stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdy chodzi o kształtowanie kar umownych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. KIO 980/18, KIO 983/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 roku, sygn. KIO 897/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2014 roku, sygn. KIO 487/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2016 roku, sygn. IV CSK 674/15).

Swoboda kształtowania postanowień umownych przez zamawiającego publicznego nie może oznaczać dowolności i nieproporcjonalności w konstruowaniu kar umownych, w tym ich wysokości (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. KIO 980/18, KIO 983/18)

Opisana w § 24 ust. 10 IPU kara (zarzut 2.l) wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku wynikającego z § 4 ust. 3. pkt 9 Umowy, obejmującego w szczególności, lecz nie wyłącznie: brak przekazania informacji żądanych przez podmioty wymienione w § 4 ust. 4.3. pkt 9 Umowy, brak udostępnienia Elementów Punktów Kontrolnych celem prowadzenia prac przez te podmioty, brak udziału w testach zdalnych wykonywanych przez te podmioty w przypadku kiedy zgłoszą potrzebę udziału wykonawcy, w wysokości odpowiadającej kwocie 100 000,00 zł, za każdy przypadek naruszenia.

Przede wszystkim, ze względu na jak się wydaje błędne odesłanie (§ 4 ust. 3. pkt 9 zamiast § 4 ust. 4 pkt 9 IPU) nie jest jasny katalog zdarzeń, za które wykonawca może być ukarany. Szeroki katalog sprawia, że kara nie jest adekwatna do wynagrodzenia. Jeśli kara ma dotyczyć przekazywania informacji dla podmiotów trzecich, Odwołujący wnosił o usunięcie, jeśli zaś dotyczy nieprawidłowego wykonania umowy (zgodnie z wskazanym numer IPU) wnoszono o zamknięcie katalogu zdarzeń, za które kara może być nałożona i jej odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN.

Jeśli chodzi o § 24 ust. 11 pkt 3 IPU (zarzut 2.m), zgodnie z § 11 IPU Testy są przeprowadzane przez Zamawiającego, wykonawca może w nich jedynie uczestniczyć. Zatem kara powinna być usunięta z IPU, bo albo dotyczy działań Zamawiającego, albo objęta już jest (w przypadku czynności wykonawcy) jako część Kamienia Milowego 2 lub 4 objęta karą stypizowaną w § 24 ust. 11 pkt 1) IPU, a zatem jej pozostawienie umożliwiłoby dwukrotne karanie wykonawcy za to samo zdarzenie.

Odnosnie kary z § 24 ust. 11 pkt 4 IPU (zarzut 2.n) wskazać należy, że katalog zdarzeń podlegających karze jest bardzo szeroki i nieprecyzyjny (nie sprecyzowano co

oznacza każdy przypadek nienależytego wykonania Utrzymania Przenośnych Punktów Kontrolnych). W tej sytuacji kara w wysokości 50 000,00 zł, za każdy dzień niedochowania terminu to kwota nieadekwatna do wysokości wynagrodzenia. Miesięczne wynagrodzenie za utrzymanie Przenośnego Punktu Kontrolnego może być porównywalne do wynagrodzenia wskazanego przed wykonawców w przetargu pn. „ZAPROJEKTOWANIE, BUDOWA I UTRZYMANIE PUNKTÓW KONTROLI DLA SYSTEMU KONTROLI W SYSTEMIE POBORU OPŁATY ELEKTRONICZNEJ KRAJOWEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ” w pozycji 3 cennika tzn. utrzymanie Punktów Kontrolnych Miesięczne. Jest to wynagrodzenie na poziomie 5000-20000 PLN za miesiąc. W takiej sytuacji dzienna kara rzędu 50.000 PLN jest zdecydowanie wyższa niż wynagrodzenie, jest niewspółmierna i pozostaje bez związku z ewentualną szkodą Zamawiającego.

Co do zarzutu 2.o, odnoszącego się do § 24 ust. 11 pkt 5 a) IPU, a więc kary za każdy przypadek nienależytego wykonania Utrzymania Punktów Kontrolnych, która wynosi 100.000 PLN za każdy przypadek naruszenia, jest to kara nieadekwatna do wysokości wynagrodzenia.

Miesięczne wynagrodzenie za utrzymanie Przenośnego Punktu Kontrolnego może być porównywalne do wynagrodzenia wskazanego przed Wykonawców we wspomnianym przetargu „ZAPROJEKTOWANIE, BUDOWA I UTRZYMANIE PUNKTÓW KONTROLI DLA SYSTEMU KONTROLI W SYSTEMIE POBORU OPŁATY ELEKTRONICZNEJ KRAJOWEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ w pozycji 3 cennika tzn. utrzymanie Punktów Kontrolnych Miesięczne wynagrodzenie za Utrzymanie Przenośnego Punktu Kontrolnego czy też dostosowanego Punkt Kontrolnego może być na poziomie 5000-20000 PLN. Zatem całkowite wynagrodzenie miesięczne za część podstawową może być na poziomie od 5 do 70 razy większym, zatem około 35.000 do 1.4000.000 PLN. W takiej sytuacji kara rzędu 100.000 PLN jest rażąco wysoka.

Kara wskazana w § 24 ust. 11 pkt 6 IPU, której dotyczy zarzut 2.p, z tytułu niewykonania Przekazania Punktów Kontrolnych i Przenośnych Punktów Kontrolnych przewiduje, że w takim przypadku wykonawca nie tylko nie otrzyma wynagrodzenia za ostatni Okres Rozliczeniowy Utrzymania PK (niezależnie od tego, czy będzie to okres rozliczeniowy pełny czy niepełny), ale dodatkowo zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 000 000 PLN. Zamawiający nie przewiduje osobnego wynagrodzenia za przekazanie Punktów Kontrolnych. W takiej sytuacji karanie poprzez brak wynagrodzenia za miesiąc utrzymania oraz dodatkowo kara w wysokości 1.000.000 jest nieadekwatne do wynagrodzenia za utrzymanie oraz za zawinienie.

Podobnie rażąco wysoka jest przewidziana w § 24 ust. 11 pkt 8 IPU (zarzut 2.q) kara z tytułu nienależytego wykonaniu URiP w wysokości 1.000.000 PLN za każdy przypadek naruszenia. Przede wszystkim zwrócić uwagę trzeba na bardzo szeroki zakres pojęcia

„nienależyte wykonanie”. Wykonawca ma wykonać URiP w ramach usługi utrzymania. Nie otrzyma za to dodatkowego wynagrodzenia i powinno to być wliczone w ramach wynagrodzenia za utrzymanie. Zgodnie z pkt. 15.8 OPZ wykonawca może być zobligowany do wykonania 5 usług URiP. Zarówno w odniesieniu do miesięcznego wynagrodzenia kara jest nieadekwatna. Wykonawca zauważa, że kara zgodnie z § 24 ust. 11 IPU za niedotrzymanie terminów jest w kwocie 50.000 PLN, przy czym zakresy odpowiedzialności są tu porównywalne.

Z kolei § 24 ust. 16 IPU (zarzut 2.r) wskazuje, że wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za każdy przypadek faktycznego zaangażowania Podwykonawcy lub Podwykonawcy Dalszego do realizacji Przedmiotu Umowy, bez zachowania procedur wskazanych w § 16 Umowy, w wysokości 20.000 PLN. Terminy wskazane w IPU są bardzo wymagające biorąc pod uwagę terminy Kamieni Milowych wskazanych w umowie, co Odwołujący podnosił również w odwołaniu. Tak ukształtowana kara nieadekwatna do winy.

Wreszcie, jeśli chodzi o objętą zarzutem 2.s karę umowną opisaną w § 24 ust. 19 IPU (w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy lub wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy, Zamawiający może naliczyć karę umowną w wysokości 15.000.000 PLN), tak ogromna kara nie jest adekwatna i to w rażący sposób. Zamawiający przyznał sobie w IPU szereg możliwości odstąpienia od umowy (m. in. w § 8 ust. 17 w przypadku zwłoki w rozpoczęciu realizacji robót wynoszącej powyżej 24 godzin, w § 10 ust. 6 w przypadku zwłoki w rozpoczęciu realizacji Utrzymania Punktów Kontrolnych, wynoszącego powyżej 24 godzin, w § 27 ust. 6).

Stawarza to olbrzymie ryzyko finansowe po stronie wykonawców. Kara jest też absolutnie nieproporcjonalna do wynagrodzenia. Standardem rynkowym jest kara w przypadku odstąpienia na poziomie 10-15% wartości zamówienia podstawowego. Przy karze w wysokości 15.000.000 PLN musiała by być ona na poziomie 150.000.000, co w przypadku prowadzonego postępowania raczej nie będzie miało miejsca.

Porównując znów kwoty zaoferowane w przetargu „ZAPROJEKTOWANIE, BUDOWA I UTRZYMANIE PUNKTÓW KONTROLI DLA SYSTEMU KONTROLI W SYSTEMIE POBORU OPŁATY ELEKTRONICZNEJ KRAJOWEJ ADMINISTRACJI SKARBOWEJ w pozycji 3 cennika tzn. utrzymanie Punktów Kontrolnych Miesięczne wynagrodzenie za Utrzymanie Przenośnego Punktu Kontrolnego czy też dostosowanego Punkt Kontrolnego może być na poziomie 5000 - 20000 PLN za miesiąc, zatem łącznie około 350.000-1.400.000 PLN miesięcznie, a tym samym dla 36 miesięcy około 12.000.000-50.000.000 PLN. Z kolei wynagrodzenie za dostarczenie Przenośnego Punktów Kontrolnych czy też dostosowanego Punkt Kontrolnego szacowane na podstawie wspomnianego przetargu zakładając, iż koszt dostarczenia tych punktów to byłaby 30-70% wynagrodzenia za dostarczenie nowego punktu Kontrolnego mogłoby być na poziomie 300.000-800.000 PLN.

Dla Przenośnych Punktów kontrolnych oraz dostosowanych Punktów Kontrolnych kwota rządu 24.000.000-58.000.000 PLN. W całości jest to więc przedział pomiędzy 36.000.000 a 108.000.000 mln. Tym samym kara rządu 15.000.000 zł za wypowiedzenie umowy przy tak szerokim katalogu jest nie współmierna.

Ukształtowany w IPU katalog kar umownych w praktyce prowadzi do sprzecznej z przepisami ustawa Pzp i k.c. sytuacji. W ocenie Odwołującego, takie ukształtowanie IPU rodzi po stronie wykonawcy wysokie ryzyko poniesienia szkody (kary umownej i utraty Zamówienia), nawet bez jego winy. Tak ukształtowane kary umowne są znacząco wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz są nieadekwatne 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.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 20):

Obecne brzmienie § 30 ust. 8 IPU, przewidujące, że milczenie Zamawiającego, gdy jego stanowisko jest niezbędne, oznacza brak, co zgody prowadzi do sytuacji, w której wykonawca nie ma możliwości planowania terminów realizacji umowy, a tym samym ponosi ryzyko ewentualnych opóźnień. Brak terminu do udzielenia odpowiedzi powoduje, że Zamawiający z odpowiedzią może zwlekać w nieskończoność. Powoduje to przerzucanie na wykonawcę nieproporcjonalnych ryzyk. Jeśli Zamawiający nie chce, aby jego milczenie oznaczało dorozumianą zgodę, konieczne jest w każdym przypadku wprowadzenie terminu na udzielenie odpowiedzi.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 21):

W punkcie 11.6 OPZ, Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy inny podmiot obsługujący SPOE KAS lub ANPRS PL, zgłosi Wykonawcy lub Zamawiającemu potrzebę współpracy przy: a) identyfikacji awarii, b) usunięciu awarii, c) kontrolowaniu czy awaria została usunięta, d) zmianach, w tym zmianach konfiguracji oprogramowania i urządzeń wchodzących w skład SPOE KAS lub ANPRS PL, a wykonanie tych czynności wymaga udziału Wykonawcy, to Wykonawca jest zobowiązany na polecenie Zamawiającego w ramach wynagrodzenia za UPK udzielić wsparcia, współpracować z tymi podmiotami oraz na polecenie Zamawiającego wykonać prace w zakresie świadczenia UPK, jeśli takie będą konieczne dla usunięcia awarii, przeprowadzenia testów, wprowadzenia zmian w SPOE KAS.

W kolejnym punkcie 11.7 OPZ zaznaczono, iż wykonawca zobowiązany będzie postępować w tym zakresie zgodnie z poleceniami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do współpracy z podmiotami, które nie są jeszcze znane. Dodatkowo, będą to wykonawcy, którzy będą

związani stosunkiem umownym, właśnie z Zamawiającym, a nie z Wykonawcą, w związku z czym, wykonawca nie będzie miał realnego wpływu na zakres i charakter tej współpracy.

Zamawiający powinien zobowiązać się do zapewnienia współpracy ze strony tych podmiotów, z którymi ma zawarte umowy. Zaś wykonawca nie powinien odpowiadać za zdarzenia wynikające z działań lub zaniechań Zamawiającego (w tym opóźnień w realizacji Umowy będących następstwem braku zapewnienia przez Zamawiającego współpracy z podmiotami, z którymi łączy go stosunek umowny).

W związku z powyższym, w tym zakresie, Odwołujący wnosił o zmianę OPZ poprzez wskazanie, że Zamawiający zapewni współpracę z wykonawcą podmiotów, z którymi Zamawiający pozostaje w stosunku umownym.

Jak wynika z dalszej części punktu 11.6 OPZ przedmiotowa współpraca z podmiotami trzecimi miałyby dotyczyć m.in. współpracy przy zmianach, w tym zmianach konfiguracji oprogramowania i urządzeń wchodzących w skład SPOE KAS lub ANPRS PL. Takie wymaganie jest bardzo szerokie i z uwagi na fakt, iż wykonawca nie posiada wiedzy, jaki zakres owe zmiany będą miały, nie ma możliwości ich wyceny, a zatem prawidłowe skalkulowanie oferty. Z tych też względów, Odwołujący wnosił o usunięcie podpunktu d) z punktu 11.6 OPZ.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 22):

W punkcie 14.10 OPZ Zamawiający wskazuje, że na każde jego żądanie, w dogodnym dla niego terminie, wykonawca zapewni dostęp do magazynu części zapasowych. Dostęp obejmuje wpuszczenie Zamawiającego lub podmiotu trzeciego wskazanego przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotowego magazynu.

O tyle o ile wejście Zamawiającego na teren magazynu wydaje się być zrozumiałe i tym samym akceptowalne, to w przypadku podmiotu trzeciego w ocenie Odwołującego już nie. Zamawiający w projektowanym postanowieniu OPZ nie wskazuje jakie podmioty trzecie ma na myśli, kto dokładnie i na jakiej podstawie będzie miał prawo wejścia do magazynu. Dlatego też, rodzi to po stronie wykonawcy ryzyko i niepewność co do jednostek przebywających na terenie tego magazynu. Wykonawca może nie posiadać wiedzy czy podmiot trzeci został rzeczywiście wyznaczony przez Zamawiającego do kontroli.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o usunięcie postanowienia zezwalającego na wejście do magazynu części zapasowych podmiotu trzeciego.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 23):

Zgodnie z punktem 16.2 O PZ „*termin realizacji IMPK dla Przebudowy Punktów Kontrolnych wynosi 16 tygodni od daty wydania IMPK. Data dzienna terminu realizacji IMPK zostanie każdorazowo wskazana w IMPK*”.

W ocenie Odwołującego, termin 16 tygodni jest terminem zdecydowanie za krótkim. Przebudowa, o której mowa w OPZ obejmuje przygotowanie dokumentacji, budowę, usunięcie, deinstalację oraz utylizację. W związku z tym, zakres prac w przypadku przebudowy jest znacznie większy niż w przypadku budowy nowego Punktu Kontrolnego. Co istotne, dla samej tylko budowy, Zamawiający przewidział termin 20 tygodni (punkt 20.3 OPZ), a więc dłuższy niż dla przebudowy, która jak już zostało wspomniane wymaga podjęcia szerszego zakresu czynności.

Co więcej, termin 16 tygodni nie jest terminem, w którym wykonawca może skupić się tylko i wyłącznie na przebudowie Punktów Kontrolnych. Zgodnie bowiem z punktem 16.24c) OPZ wykonawca w terminie nie dłuższym niż 14 dni powinien usunąć istniejący dotychczasowy Punkt Kontrolny. W związku z tym, termin na samą przebudowę ulega dodatkowo skróceniu. Zasadnym jest zatem wniosek Odwołującego o wydłużenie przedmiotowego terminu z 16 tygodni do 22 tygodni.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 24):

W punkcie 16.3 OPZ przewidziany został obowiązek Wykonawcy podjęcia określonych działań mogących mieć wpływ na opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, w kolejnym punkcie, 16.4 OPZ wskazano, że wystąpienie okoliczności, o których mowa w punkcie 16.3 OPZ nie zwalnia wykonawcy z dochowania terminu określonego w IMPK.

Powyższe oznacza więc, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność nawet w przypadku wystąpienia okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Wykonawca nie może być karany z powodu wystąpienia zdarzeń całkowicie od niego niezależnych. W związku z tym, zasadna jest zmiana tego punktu OPZ.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 25):

W punkcie 17.2 OPZ, Zamawiający wprowadził obowiązek usunięcia Punktów Kontrolnych w terminie 4 tygodni od daty wydania IMPK.

W ocenie Odwołującego, wskazany czterotygodniowy termin jest za krótki. Usunięcie Punktów wiąże się bowiem z koniecznością podjęcia szeregu działań administracyjnych, w tym, m.in. sporządzenie projektu Tymczasowej/Czasowej Organizacji Ruchu (TOR) na deinstalację, który zgodnie z postanowieniami OPZ powinien zostać uzgodniony z Zarządcą Drogi, jakim jest w tym przypadku Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Dla przedmiotowego projektu TOR w pierwszej kolejności należy uzyskać opinię Policji, co zajmuje okres 30 dni. Następnie na podstawie zaopiniowanego przez Policję projektu TOR, stosowne uzgodnienie i zatwierdzenie należy przeprowadzić z GDDKiA, gdzie i w tym przypadku okres ten wynosi 30 dni i finalnie Zamawiający winien zaakceptować przyjęte rozwiązania w terminie 15 dni roboczych.

Biorąc pod uwagę powyższe czynności i czas ich trwania, przy założeniu braku uwag ze strony podmiotów zewnętrznych do projektu, całkowity, czas usunięcia Punktów Kontrolnych, to ponad 11 tygodni, a więc prawie trzykrotnie więcej niż wskazał Zamawiający.

W związku z powyższym, wniosek Odwołującego o wydłużenie terminu wskazanego w punkcie 17.2 OPZ jest w pełni zasadny.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 26):

Podobnie jak w przypadku punktu 16.3 i 16.4 OPZ, Zamawiający w punkcie 18.3 i 18.4 OPZ przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie powstałe w toku realizacji przedmiotu zamówienia opóźnienia, a więc nawet te, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

W związku z tym, Odwołujący wnosil o zmianę tego postanowienia i uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy, tylko od wystąpienia okoliczności, na które ma on wpływ i które są przez niego zawinione.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 27):

Analogicznie jak w punkcie powyżej, wygląda sytuacja w przypadku wykonywania usług w ramach Rozszerzenia Sieci Dróg Płatnych. Także w tym przypadku, w punkcie 20.4 i 20.5 OPZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę do terminowej realizacji przedmiotowych usług, nawet w przypadku wystąpienia opóźnień, niezależnych od Wykonawcy.

W związku z powyższym, wykonawca wnosil o zmianę punktu 20.5 OPZ.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt. 28):

W ramach zadań związanych z Przenośnymi Punktami Kontroli, zgodnie z punktem 22.1 OPZ Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych 34 sztuk Przenośnych Punktów Kontrolnych w terminie 60 dni od dnia podpisania Umowy.

Wskazany w powyższym punkcie termin 60 dni jest terminem zdecydowanie za krótkim. Dostarczenie w takim terminie w pełni sprawnych Przenośnych Punktów Kontrolnych jest niemożliwe do spełnienia, w związku z koniecznością zamówienia i kompletacji wysokospecjalistycznych kamer i innych elementów, których czas produkcji i dostawy jest znacznie dłuższy niż ogólnodostępnych rozwiązań. Również okres pandemii wydłużył czas oczekiwania na tego typu sprzęt. Co więcej, tego typu rozwiązania należy też przed zamówieniem komponentów dedykowanych dla specyficznego zastosowania poprzedzić fazą projektowania przed produkcją. Następnie, konieczne jest przeprowadzenie przed dostawą adekwatnych testów SAT. Zgodnie z deklaracją potencjalnego wykonawcy realny czas realizacji dostawy 34 zestawów PPK to min. 6 miesięcy.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę wskazanego w punkcie 22.1 OPZ terminu z 60 dni na 180 dni.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 29):

Jeśli zaś chodzi o procedurę zatwierdzania dokumentacji, to w punkcie 23.6 OPZ, Zamawiający wskazał: *„Zamawiający może w każdym momencie obowiązywania Umowy zgłaszać potrzebę aktualizacji jakiegokolwiek uprzednio zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji, opracowanej w trakcie i na potrzeby realizacji Umowy, a Wykonawca ma obowiązek w ciągu 15 Dni Roboczych od otrzymania takiego wymagania od Zamawiającego, zaktualizować Dokumenty i zaktualizować ewentualne procesy i procedury, zgodnie ze zmianami wprowadzonymi aktualizacją danych Dokumentów”*.

Takie brzmienie postanowienia oznacza, iż wykonawca, pomimo prawidłowego wykonania dokumentacji, która została zatwierdzona została przez Zamawiającego będzie zmuszony dokonywać jej aktualizacji w nieograniczonej liczbie i czasie. Rodzi to po stronie wykonawcy ryzyko powstania po jego stronie niewspółmiernych kosztów, których zresztą na tym etapie nie można skalkulować. Wykonawca nie wie bowiem ile takich aktualizacji będzie musiał wykonać, jak duże one będą i czego będą dotyczyły.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o usunięcie tego postanowienia z OPZ, ewentualnie o wskazanie konkretnej liczby aktualizacji, do wykonania których wykonawca będzie zobowiązany.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 30):

Zgodnie z punktem 3.21 Załącznika numer do OPZ, Zamawiający wskazał, że *„System OCR musi umożliwiać bieżące wyświetlanie użytkownikowi wszystkich informacji o rozpoznanych numerach rejestracyjnych pojazdów i przyczep lub naczep (dane właściciela pojazdu, dane pojazdu, informację o koncie użytkownika, kategorię pojazdu) i odpowiadające zdjęciem poglądowym pojazdu lub zespołu pojazdów.”*

Opisany powyżej warunek jest niemożliwy do spełnienia dla wszystkich rozpoznanych numerów rejestracyjnych, a ograniczony tylko pojazdów zarejestrowanych w SPOE KAS (zakładając, że wykonawca otrzyma dostęp do odpowiedniego interfejsu).

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o usunięcie tego punktu, ewentualnie o zmianę w postaci zapewnienia przez Zamawiającego dostępu do bazy danych zawierających dane o wszystkich pojazdach (również do bazy pojazdów zagranicznych).

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 31):

W punkcie 3.28 Załącznika numer 6 do OPZ wskazany został warunek, zgodnie z którym *„Aby zabezpieczyć się przed fałszywym odczytywaniem napisów podczas kontroli w warunkach płynnego ruchu np. na reklamach jako numery rejestracyjne pojazdów, Zamawiający nie zezwala na rozpoznawanie przez System OCR faktu pojawienia się nowego pojazdu jedynie na podstawie analizy obrazu z kamer OCR. Zamawiający wymaga wykorzystanie w tym celu dodatkowych detektorów wspomagających (np. czujniki wizyjne 3D, radary dopplerowskie, LIDAR’y)”*

W ocenie Odwołującego, taki wymóg, bezpodstawnie wymusza na wykonawcy stosowanie dodatkowych urządzeń, pomimo tego, że stosowane technologie umożliwiają zapewnienie oczekiwań Zamawiającego bez zastosowania jakiegokolwiek innego urządzenia poza kamerami. Może to tym samym, doprowadzić do sytuacji, w której będzie uprzywilejowany określony dostawca Systemu OCR. Brak takiego urządzenia nie wpływa w żaden sposób na prawidłowe funkcjonowanie Systemu OCR, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Obecny, dynamiczny rozwój technologii analityki obrazu, pozwala na uzyskanie oczekiwanej pewności rozpoznawania pojazdu bez potrzeby stosowania dodatkowych urządzeń. Aktualnie, istnieje możliwość natychmiastowej klasyfikacji, lokalizacji detekcji i segmentacji obiektów analizowanych. Rozpoznawanie danych rejestracyjnych i klasyfikacji pojazdu nie jest wykonywane jak miało to miejsce w przeszłości na podstawie pojedynczego zarejestrowanego obrazu, ale jest wykonywane m.in. poprzez tzw. ramkowanie obiektu jaki się porusza w obszarze obserwowanym przez kamery. W tym celu, wykonany i analizowany jest obiekt w sposób ciągły dla wyboru najbardziej korzystnych obrazów i wykonaniu odpowiedniej ich ostatecznej analityki, co skutkuje uzyskaniem oczekiwanych danych (w tym przypadku, głównie numerów ADP, numerów rejestracyjnych, klasyfikacji pojazdów oraz danych dotyczących rozpoznawania marki i modelu pojazdu, koloru pojazdu).

Zamawiający ograniczając swobodę dostarczenia rozwiązania wybranego na podstawie doświadczenia Wykonawcy z jednej strony preferuje dostawców wybranych technologii i dodatkowo naraża wykonawców na niepotrzebne zawyżenie kosztów proponowanych ofert.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o zmianę tego punktu poprzez usunięcie obowiązkowego stosowania dodatkowych detektorów wspomagających rozpoznanie pojawienia się pojazdu.

W zakresie zarzutu numer 3 ppkt 32):

Zgodnie z § 27 ust. 16 lit. a IPU Zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca będzie wykonywać Umowę niezgodnie z terminami określonymi w Umowie, w szczególności, gdy nie dotrzymuje terminów SLA, tj. poziomów świadczenia Utrzymania (według postanowień pkt 13 OPZ).

Tak sformułowane postanowienie daje Zamawiającemu prawo wypowiedzenia umowy w potencjalnie bardzo wielu przypadkach. Nie doprecyzowano bowiem, że chodzi tu jedynie o szczególnie istotne terminy wynikające z dokumentacji postępowania, pozostawiając ich bardzo otwarty katalog. Postanowienie to nie wskazuje również, że przekroczenie terminu powinno mieć charakter istotny czy rażący. Przeciwnie, aktualne jego brzmienie pozwala Zamawiającemu na zerwanie kontraktu również w przypadku jednostkowych i potencjalnie nieistotnych naruszeń terminów. Takie ukształtowanie IPU nie

tylko pozostawia szereg wątpliwości co do katalogu zdarzeń mogących powodować rozwiązanie umowy, ale też przerzuca na wykonawców nadmierne ryzyka, niezasadnione naturą stosunku umownego, jaki nawiązany zostanie w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

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

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

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

W dniu 4 grudnia 2020 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożyli wykonawcy:

- 1) Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Zgłaszający przystąpienie popierał zarzuty Odwołującego.
- 2) GIAP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zgłaszający przystąpienie w całości popierał zarzuty Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność złożonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczył zapisy SIWZ, OPZ, ogłoszenia oraz wzoru umowy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powielania.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący wycofał część zarzutów oznaczonych numerami 2.2), 2.3), 2.4), 2.6), 2.8), 2.9), 2.10), 2.12), 2.13), 2.18) oraz 3.1), 3.7), 3.10), 3.11), 3.22), 3.24), 3.26), 3.27), 3.29), co powodowało, że Izba umorzyła postępowanie w powyższym zakresie. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku (pkt 1).

W zakresie podtrzymywanych zarzutów część z nich zasługiwała na uwzględnienie (pkt 2), pozostałe podlegały oddaleniu (pkt 3).

Zarzuty 1 i 2.1) Izba uznała zarzuty za zasadne.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż prawo opcji nie jest konstrukcją posiadającą wyczerpującą regulację w Pzp. Wprost o prawie opcji stanowi jedynie art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, nakazujący uwzględnienie przy określaniu wartości zamówienia ewentualne zamówienie związane z wykonaniem prawa opcji.

W orzecznictwie wskazuje się, że opcja to prawo podjęcia decyzji lub dokonania wyboru. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, „(...) *prawo opcji to prawo do rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, a co do których zamawiający na etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał. Zamawiający, zastrzegając prawo opcji, może skorzystać z możliwości rozszerzenia zamówienia o konkretny przedmiot, co do zasady nietożsame z przedmiotem zamówienia, jednakże każdorazowo ściśle z nim związany, bądź też zamienić określoną część zamówienia na inne, również ściśle określone, pozostające w związku z zamówieniem podstawowym. Skorzystanie z prawa opcji nie może bowiem stanowić obejścia przepisów prawa zamówień publicznych poprzez rozszerzanie przedmiotu zamówienia o dostawy lub usługi tożsame z przedmiotem zamówienia dzięki jednostronnemu oświadczeniu zamawiającego woli zwiększenia wolumenu zamówienia bądź wydłużenia czasu trwania umowy*” (tak: M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. www.lex.pl).

Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ podać musi zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania. Prawo opcji opisane przez Zamawiającego, w zakresie przedmiotowym mieści się w podanym opisie przedmiotu zamówienia podstawowego, gdyż przedmiotem zamówienia podstawowego jest modernizacja istniejących punktów kontrolnych z zapewnieniem mobilnych punktów

kontrolnych na czas modernizacji, zaś przedmiotem opcji jest budowa nowych punktów kontrolnych, a więc prawem opcji objęto świadczenia pozostające w związku ze świadczeniem podstawowym, ale z nim nie tożsame.

W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji w przedmiotowym postępowaniu nie wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien był przekazać na początkowym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego więcej informacji, aniżeli sama maksymalna ilość dodatkowych punktów kontrolnych.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający winien wskazać co najmniej maksymalną ilość punktów kontrolnych w ramach ogólnej liczby punktów określonej na 147 punktów, która może być zlecona jednocześnie wykonawcy do realizacji. W ten sposób wykonawcy konstruując ofertę mogą z jednej strony oszacować koszty i ryzyko umowne oraz zabezpieczyć niezbędne zasoby organizacyjno – kadrowe (materiały, personel, czas, transport, inne) celem sprawnej realizacji zobowiązania umownego. Wykonanie prawa opcji może ale nie musi nastąpić, w zależności od potrzeb Zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich może dojść do skorzystania z tego prawa, powinny być one opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. Jest to o tyle istotne w przedmiotowym postępowaniu bowiem wielkość (zakres przedmiotowy) prawa opcji kilkakrotnie przewyższa zakres zamówienia podstawowego. Tym samym na jego realizację konieczne jest zabezpieczenie dużo większych zasobów po stronie wykonawców. By móc oszacować jakiego o jakiego rodzaju wielkościach mowa, wykonawcy muszą przynajmniej wiedzieć ile punktów będą musieli wykonać w jednym czasie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że na obecnym etapie nie zna konkretnego zapotrzebowania na dostawy i usługi będące przedmiotem zamówienia w ramach prawa opcji. Odnosząc się do takich argumentów, Izba podkreśla, że nie może być tak, że Zamawiający z pominięciem reguł udzielania zamówień, będzie dowolnie udzielał zamówień w ramach prawa opcji. Prawo opcji nie służy temu, że zamawiający nie korzystał z trybów podstawowych udzielania zamówień publicznych a w ramach już zawartej umowy subiektywnie modyfikował przedmiot zamówienia. Jeżeli Zamawiający był w stanie oszacować, że konieczne będzie wykonanie co najmniej 147 nowych punktów kontrolnych, to tym bardziej jest w stanie założyć jak duży będzie wolumen nowych dróg włączonych do systemu oraz ile punktów jednocześnie może być konieczne do wykonania.

Dlatego też Izba nakazała w opisie przedmiotu zamówienia określenie jaka może być maksymalna liczba zleczanych jednocześnie do wykonania nowych Punktów Kontrolnych w ramach ustalonej wartości maksymalnej.

Jednocześnie, Izba podziela zapatrywania Odwołującego, iż skoro umowa zawierana jest na czas określony (36 miesięcy), to w jej postanowieniach powinien być wskazany maksymalny termin, w ramach którego Zamawiający uprawniony jest do wykonania prawa opcji, by realnym było wykonanie przedmiotu umowy w okresie jej trwania. Jeżeli wykonawcy wyznaczono termin 20 tygodni na wykonanie nowego punktu kontrolnego, to ostateczna data, w której Zamawiający może dokonać zlecenia wykonania takiego punktu powinna obejmować co najmniej 20 tygodni przed terminem zakończenia umowy. Dlatego też Izba nakazała zmianę treści § 2 ust. 4 Załącznika 1 do SIWZ – Wzór umowy (IPU) w następujący sposób: *„Zamawiający ma prawo wykonać prawo opcji, tj. zlecić wykonanie całości lub części wskazanego w ust 2.3. zakresu zamówienia w każdym momencie obowiązywania Umowy, jednak w terminie nie późniejszym niż 20 tygodni przed terminem zakończenia umowy, czyli zgodnie z terminami określonymi w OPZ i ofercie wykonawcy, o czym poinformuje Wykonawcę na piśmie.”*

Zarzut 2.5) Izba uznała zarzut za zasadny.

W § 4 ust. 4 pkt 11 wzoru umowy Zamawiający określił, że wykonawca będzie zobowiązany opracowywać, wykonywać i przekazywać Zamawiającemu analizy, opracowania, zestawienia, porównania dotyczące Przedmiotu Umowy, według wytycznych i wymagań Zamawiającego wraz z ich aktualizacjami i modyfikacjami.

Oczywistym jest, iż obowiązek przygotowania analiz, opracowań, zestawień i porównań odnosi się do przedmiotu umowy, co zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie neguje zakresu tych opracowań. Natomiast w ocenie Izby Zamawiający powinien określić co najmniej częstotliwość, z jaką będzie wymagał przygotowania określonych informacji, zwłaszcza jeżeli mają one przyjąć postać miesięcznych raportów. Takie doprecyzowanie przedmiotu zamówienia pozwoli wykonawcom oszacować zasoby niezbędne do wywiązania się z nałożonych obowiązków umownych.

Zarzut 2.7) Izba uznała zarzut za zasadny.

Jeżeli, jak twierdzi w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, istotą kwestionowanego w odwołaniu zapisu wzoru umowy jest świadczenie usług gwarancyjnych, które będzie obejmowało okres 24 miesięcy i rozpocznie się po 36 miesiącach świadczenia usługi utrzymania punktów kontrolnych, to w ocenie składu orzekającego Izby koniecznym jest wykreślenie w § 12 ust. 8 IPU słów *„W zakresie nieprawidłowości w Utrzymaniu Punktów Kontrolnych SPOE KAS oraz korzystania z Punktów Kontrolnych SPOE KAS, powyższe nie dotyczy okresu wykraczającego poza okres 24 miesięcznej gwarancji, chyba, że ujawniona*

po tym okresie wada lub usterka wynika z nieprawidłowego korzystania lub Utrzymania Punktów Kontrolnych SPOE KAS, które miało miejsce w 24 miesięcznym okresie gwarancji”.

Zdaniem Izby pozostawienie tego zapisu oznaczałoby, że obowiązki gwarancyjne wykraczają poza okres 24 miesięcy świadczenia usług gwarancji, co rodziłoby problemy z ustaleniem zakresu i czasu gwarancji. Z treści § 3 ust. 1 wzoru umowy wynika jednoznacznie, że umowa zawierana jest na czas określony – 36 miesięcy, następnie przez okres 24 miesięcy świadczone będą usługi gwarancyjne. Nie powinna zatem mieć miejsca sytuacja, w której usługi utrzymania będą kończyć się w okresie gwarancji. Pierwotne zapisy wzoru umowy sugerują, że wykonawca po okresie gwarancyjnym 24 miesięcy będzie świadczył dalej te usługi (obowiązki gwarancyjne) na bliżej nieskonkretyzowanym przedmiocie świadczenia. Takie określenie obowiązków umownych wyczerpuje cechy niejednoznaczności świadczenia i niepełnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut 2.11) Izba uznała zarzut za zasadny.

Prawdą jest, że umowa w przedmiotowym postępowaniu zawierana jest na czas określony – 36 miesięcy, w ramach których świadczone będą usługi utrzymania punktów kontrolnych, ewentualnie wykonania nowych punktów. Następnie następuje okres 24 miesięcy, który obejmuje okres gwarancji. Nie jest jednak prawidłowe twierdzenie Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że łączny okres świadczenia usług wynosi 60 miesięcy.

Dostrzeżenia wymaga, iż umowa gwarancji jest oddzielnym zobowiązaniem umownym, ujętym jedynie w jednym dokumencie w sposób przedmiotowy. Zatem świadczenie usług gwarancyjnych wynika z umowy o odrębnym charakterze względem umowy o świadczenie usług. Cechą charakterystyczną umowy gwarancji, która warunkuje rozpoczęcie świadczenia usług gwarancyjnych jest wydanie przedmiotu świadczenia – użytkowania (w tym przypadku utrzymanie punktów kontrolnych) właścicielowi. Tym samym nie jest możliwe uznanie, że można odstąpić od umowy po wydaniu przedmiotu umowy właścicielowi. Z chwilą wydania przedmiotu umowy na właściciela (czyli Zamawiającego) przechodzą ryzyka związane w utrzymaniem punktów. Natomiast wykonawca może być jedynie zobowiązany do ewentualnych działań w ramach umowy gwarancyjnej.

Z tych powodów Izba nakazała zmianę brzmienia § 27 ust. 1 IPU w następujący sposób: *„Zamawiający jest uprawniony do: 1) odstąpienia od Umowy - w terminie maksymalnym do rozpoczęcia świadczenia przez Wykonawcę Utrzymania dla wszystkich nowych Punktów Kontrolnych oraz dostosowanych istniejących Kontrolnych Lokalizacji IP KSPO, nie później jednak niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”.*

Zarzut 2.14) Izba uznała zarzut za zasadny.

Prawdą jest, że Wykonawcy mają dowolność w zakresie oferowanego urządzenia, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Jednakże sam Zamawiający postawił rozbudował powyższe wymaganie w ten sposób, że transport urządzenia, jego przeniesienie, instalacja oraz deinstalacja ma być możliwa przez jedną osobę. Dodatkowo Zamawiający wymaga, by czynności te były możliwe do wykonania przy użyciu pojazdów samochodowych będących własnością podmiotów uprawnionych do realizacji Czynności Kontrolnych bez znaczących modyfikacji przestrzeni pojazdu samochodowego. Jednocześnie Zamawiający nie określa jakiego rodzaju są to pojazdy. Te wymagania zdają się być wewnętrznie sprzeczne. Albo bowiem Zamawiający określa typy pojazdów i do tych typów Wykonawcy mają obowiązek dostosować gabaryty urządzeń, albo Zamawiający określić powinien przedziały dla gabarytów urządzeń i podmioty realizujące czynności kontrolne mają posiadać flotę pojazdów umożliwiającą transport urządzeń.

Jeżeli Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę przenośnych punktów kontrolnych i wymaga, aby transport urządzenia, jego instalacja i deinstalacja była możliwa przez jedną osobę, to w ocenie Izby zasadnym jest wskazanie przez tego Zamawiającego przedziałów jakie wymiary i wagę winien mieć Przenośny Punkt Kontrolny, tak aby możliwy był jego transport zgodnie z wymaganiami opisanymi w punkcie 1.3. załącznika numer 6 OPZ. Wykonawca nie musi domyślać się jakimi pojazdami będzie realizowana usługa czynności kontrolnych, ani tym bardziej co Zamawiający rozumie pod pojęciem „powszechnie stosowanych pojazdów samochodowych”. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż nawet wymóg wykonania określonych czynności przez jedną osobę można rozumieć w różnoraki sposób, biorąc choćby pod uwagę wymogi przepisów powszechnie obowiązujących odnoszące się do zasad BHP, które warunkują możliwość wykonywania określonych prac w zależności od płci czy stopnia niepełnosprawności lub wieku osoby je wykonującej.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu wskazanie w punkcie 1.3. załącznika numer 6 do OPZ przedziałów dla wymiarów i wagi Przenośnego Punktu Kontrolnego.

Zarzut 2.15) Izba uznała zarzut za zasadny

Słusznie w zarzucie odwołania zauważono, że istnieją normy techniczne/współczynniki, które określają wymogi dla określonych czynników. Wymaganie, że urządzenia mają być odporne na „warunki charakterystyczne dla pracy w pasie drogowym” każdy Wykonawca może rozumieć w odmienny sposób. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z jednej strony twierdzi, że nie może sobie pozwolić na dostawę urządzeń, które nie będą spełniały jego określonych oczekiwań, a z drugiej strony nie określa w sposób precyzyjny tychże oczekiwań. Niewątpliwie zamówienie jest kierowane do wąskiego kręgu Wykonawców zajmujących się świadczeniem specjalistycznych usług

i dostawą urządzeń, co jednak nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób maksymalnie jasny i precyzyjny oraz jednoznaczny.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu wskazanie w punkcie 2.1. załącznika numer 6 do OPZ obiektywnych, ogólnie stosowanych oznaczeń stopni ochrony dla poszczególnych czynników oddziaływania dla warunków charakterystycznych dla pracy w pasie drogowym.

Zarzut 2.16) Izba uznała zarzut za zasadny

Zamawiający nie określił jak należy rozumieć zachowanie zasad ogólnej estetyki. Z natury rzeczy pojęcie estetyki ma charakter subiektywny i każdy może je rozumieć w specyficzny dla siebie sposób. Dlatego też w ocenie Izby Zamawiający winien wskazać w punktach 2.4 i 3.39. załącznika numer 6 do OPZ, co należy rozumieć pod pojęciem zachowania ogólnej estetyki, jakie elementy mają charakter obowiązkowy, a które Zamawiający uznaje za mniej istotne dla wyglądu punktu kontrolnego.

Ponadto w związku z wymogami Zamawiającego odnoszącymi się do używania elementów odblaskowych odpowiednie punkty opisu przedmiotu zamówienia powinny precyzyjnie określać powierzchnię, która ma być pokryta elementami odblaskowymi, dopuszczalne lub zalecane kolory oraz klasy odblaskowości podobnej, jak stosowana do znaków drogowych. Zamawiający powinien podać jakie ma wymagania odnośnie do tych elementów. Powszechnie wiadomym jest, na co dowody przedstawił również na rozprawie Odwołujący, że elementy odblaskowe mogą być wykonane z różnych materiałów, których widoczność będzie różna w zależności od odległości, z której element będzie widoczny.

Uwzględnienie powyższych wytycznych w opisie zamówienia nie tylko będzie pomocne przy wyliczaniu ceny oferty, ale z pewnością może skrócić także fazę projektową, jeżeli Wykonawca będzie wiedział na co ma zwrócić szczególną uwagę i jakich materiałów ma użyć.

Zarzut 2. 17) Izba uznała zarzut za niezasadny

Izba podziela stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Zarzut odnosi się do urządzeń dostarczanych przez Zamawiającego, dlatego też nie jest zrozumiałe dlaczego Odwołujący wymaga doprecyzowania określonych elementów. Obowiązkiem Wykonawcy będzie w tym zakresie jedynie zapewnienie łączności.

Zarzut 3.2) Izba uznała zarzut za zasadny

Izba podziela argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Jeżeli Zamawiający wywodzi, że okres na badanie dokumentacji przez Zamawiającego i czas na wprowadzenie poprawek przez Wykonawcę nie wlicza się

w ocenę, czy Wykonawca dotrzymał terminu na przygotowanie projektów punktów kontrolnych, zapisy § 7 ust. 6 uznać należy za zbędne. Dodatkowo słusznie Odwołujący zauważył, iż zapisy te powodują wyłączną odpowiedzialność Wykonawcy za osiągnięcie terminów poszczególnych Kamieni Milowych, podczas gdy proces ten wymaga czynnego udziału strony Zamawiającej, przynajmniej w znacznej mierze w fazie projektowej, związanej ze sprawdzeniem dokumentacji, jej odbiorem, zatwierdzeniem, ostatecznym zaakceptowaniem projektów, Dlatego też Izba nakazała usunięcie zapisów § 7 ust. 6 IPU i odpowiednią korektę punktów 5.6 i 5.7 OPZ oraz wskazanie, że rozpoczęcie biegu KM4 rozpoczyna się od akceptacji KM3, podobnie jak to jest w przypadku KM2 względem KM1. W ocenie składu w tej mierze wystarczające do zabezpieczenia interesów Zamawiającego są zapisy § 7 ust. 2 IPU oraz ustalone w punkcie 23 OPZ zasady Procedury Odbioru Dokumentacji.

Zarzut nr 3.3) Izba uznała zarzut za zasadny.

Jeżeli obowiązkiem wykonawcy jest powiadomienie o gotowości odbioru robót zanikających, to nie jest uzasadnione obciążanie wykonawcy kosztami odkrywki i przywrócenia stanu poprzedniego, jeżeli Zamawiający powiadomiony został o terminie odbioru i z możliwości zapoznania się ze stanem robót przed zakryciem nie skorzystał.

Niewątpliwie Zamawiający ma prawo wymagać, by dostarczane mu rozwiązania i wykonywane roboty budowlane były najwyższej jakości. Ma on także prawo weryfikować jakość i kompletność prowadzonych robót. Z drugiej strony jednak, Zamawiający nie powinien przysługujących mu uprawnień nadużywać i narażać Wykonawcę na ponoszenie dodatkowych kosztów, podczas gdy do ich wygenerowania przyczyniła się bezczynność Zamawiającego. Jeżeli roboty zanikające zostały zgłoszone Zamawiającemu do odbioru, to w takim odbiorze Zamawiający w miarę swoich możliwości kadrowych winien wziąć udział. W sytuacji zaniechania, Zamawiający przejmuje odpowiedzialność za nieprawidłowości takich robót i niemożliwość zgłoszenia do nich uwag w terminie późniejszym bez ponoszenia dodatkowych obciążeń finansowych.

Z tych powodów Izba nakazała wskazanie w § 8 ust. 4 IPU, że koszty odkrywki i przywrócenia stanu właściwego obciążają wykonawcę wyłącznie, jeżeli wykonawca nie powiadomił Zamawiającego o robotach zanikających.

Zarzut 3.4) Izba uznała zarzut za niezasadny

Podstawę uznania niezasadności zarzutu stanowi sformułowane w odwołaniu żądanie, którego sposób ukształtowania Izba uznała za zbyt daleko idący.

Wskazanie we wzorze umowy, że możliwe jest w jednym dniu roboczym przeprowadzenie procedury odbiorowej maksymalnie czterech punktów kontrolnych

w ocenie składu orzekającego Izby zabezpiecza zarówno stronę zamawiającą i wybranego wykonawcę. Takie ustalenie w ramach procedury odbiorowej umożliwi obu stronom umowy zaplanowanie poszczególnych czynności, zabezpieczenie odpowiednich możliwości kadrowo-organizacyjnych. Słusznie w odpowiedzi na odwołanie zauważył Zamawiający, że kwestionowane postanowienie umowne nie ma charakteru absolutnego i umożliwia dostosowanie procedury odbioru dla punktów znajdujących się bliskim położeniu względem siebie.

Zarzut 3.5) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Niewątpliwie zwłoka wykonawcy w rozpoczęciu robót budowlanych może narazić Zamawiającego na straty związane z przerwaniem ciągłości działania systemu poboru opłaty drogowej. Zamawiający miał w ocenie składu prawo przewidzieć we wzorze umowy określony rodzaj sankcji za takie działania i zaniechania podmiotu zobowiązanego do określonego świadczenia.

Dostrzeżenia również wymaga, iż pojęcie „zwłoki” zawiera w sobie działania i zaniechania danego podmiotu o charakterze zawinionym. Uprawnione jest zatem określenie sankcji za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia robót budowlanych o najbardziej dotkliwym charakterze w postaci możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Zwłaszcza jeżeli brak rozpoczęcia wykonywania robót budowlanych spowodowany będzie okolicznościami, za które winę ponosi podmiot zobowiązany do ich wykonania.

Ponadto Odwołujący nie przedstawił w zarzucie argumentacji dlaczego takiego rodzaju zapisy umowy uznać należy za naruszające przepisy prawa. Dodatkowo sformułowane przez Odwołującego żądanie referuje do wprowadzenia terminu 48 godzin, pozostawiając skutek w postaci możliwość odstąpienia od umowy. Jeżeli do niepodjęcia prac przez wykonawcę robót budowlanych doprowadziły czynności lub zaniechania o charakterze zawinionym, bez znaczenia w ocenie składu orzekającego Izby pozostaje czy miało to miejsce w terminie 24 czy 48 godzin, bowiem charakter działań, które doprowadziły do takiej sytuacji pozostaje bez zmian.

Zarzut 3.6) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z postanowieniami § 12.6 wzoru umowy Wykonawca w ramach gwarancji jest zobowiązany do naprawienia wszystkich elementów przedmiotu umowy, objętego gwarancją (...), w tym Punktów Kontrolnych SPOE KAS lub ich Elementu, który objęty jest wadą, w terminie 5 Dni Roboczych od dnia wykrycia wady. Jeżeli naprawa nie jest możliwa, Wykonawca zobowiązany jest do wymiany wadliwego elementu (...), w tym Punktów Kontrolnych lub Elementu Punktu Kontrolnego który objęty jest wadą, w ww. terminie.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów, a sformułowane w sposób alternatywny żądania zarzutu są nieprecyzyjne lub nadmierne. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że naprawa elementów przedmiotu umowy nie jest możliwa w terminie określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący żądał wprowadzenia zapisu, że naprawa elementów przedmiotu umowy będzie dokonana „w najkrótszym możliwym terminie wynikającym z technicznych i prawnych uwarunkowań”. Jest to żądanie niesprecyzowane, niedookreślone. Wprowadzenie zapisu w proponowanej formie może rodzić podczas obowiązywania umowy trudności interpretacyjne, jaki termin naprawy należy uznać za najkrótszy i możliwy do dotrzymania.

Z drugiej strony Odwołujący wnosił alternatywnie o wydłużenie terminu do co najmniej 90 dni. Takie żądanie uznać należy za nadmierne, zwłaszcza w sytuacji, kiedy Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej w jakikolwiek sposób nie uzasadnia takiego terminu i odnosi termin do przypadków napraw jakiegokolwiek elementu. Dodatkowo zauważyć należy, iż w ramach postanowień umownych możliwa jest wymiana elementu a nie tylko jego naprawa, zaś w ramach umowy prowadzony ma być magazyn części zapasowych, z którego w dowolnej chwili może skorzystać Wykonawca. Ponadto wydłużenie terminu naprawy elementu do 90 dni stawiałoby pod znakiem zapytania sprawność i ciągłość działania systemu, co z uwagi na jego charakter i pełnioną funkcję nie powinno mieć miejsca.

Zarzut 3.8) Izba uznała zarzut za niezasadny

Zgodnie z treścią § 16.2 IPU Zamawiający w terminie 30 dni od dnia otrzymania projektu umowy o podwykonawstwo, zgłasza w formie pisemnej zastrzeżenia co do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Niezgłoszenie zastrzeżeń w terminie wskazanym w zdaniu poprzednim, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego.

Izba zauważa, iż jest to termin o charakterze maksymalnym. Nie jest wykluczone, że analiza złożonych projektów i zgłoszenie zastrzeżeń lub wyrażenie zgody na podpisanie umowy nastąpi w terminie wcześniejszym. Nie można zdaniem składu orzekającego odbierać Zamawiającemu możliwości zbadania zapisów umów podwykonawczych z uwzględnieniem realnego czasu, niezbędnego do wykonania takich czynności. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że ilość tych umów może być tak duża, że w sposób znaczący przełoży się na skrócenie terminu na wykonanie robót budowlanych. Równie dobrze można dojść do przekonania, że w trakcie realizacji kontraktu sytuacja taka będzie miała charakter incydentalny.

Zarzut 3.9) Izba uznała zarzut za zasadny

Na podstawie zapisów § 18.1. Zamawiający zagwarantował sobie, że Personel Wykonawcy nie będzie związany zakazem konkurencji względem Zamawiającego, niezależnie od stosunku prawnego łączącego członka Personelu z Wykonawcą, a gdyby takie postanowienia o zakazie konkurencji zostały wprowadzone do umów łączących Wykonawcę z Personelem, to będą one bezskuteczne względem Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że nie odnajduje on przepisów ani zasad współżycia społecznego, które kwestionowany zapis mógłby naruszać.

W ocenie Izby taką postawę Zamawiającego należy uznać za naganną, dlatego też Izba nakazała wykreślenie § 18 ust. 1 IPU.

Posiłkując się rozważaniami wyroku z dnia 20 czerwca 2007 roku Sądu Okręgowego w Toruniu (sygn. akt VI GC 16/07) zauważyć należy, iż: *„(...)Przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie służą ochronie przedsiębiorców przed tego typu ujemnymi konsekwencjami, jeżeli wynikają one z legalnych i uczciwych działań konkurentów. Takie działanie jest przecież istotą konkurencji. Jednak zdobywanie klientów nie może odbywać w jakikolwiek sposób, lecz jedynie na drodze uczciwej rywalizacji, w szczególności poprzez konkurencję cenową i jakościową, a więc poprzez poziom oferty, nie zaś przez zniechęcanie klientów do konkurenta. Naturalnie nie każde „przejmowanie” pracowników i klientów (kontrahentów) należy ujmować w kategoriach deliktu nieuczciwej konkurencji. Przeciwnie, jest to działanie często spotykane w praktyce i z reguły nie wykraczające poza zakres dopuszczalnej konkurencji, bezsporne jest bowiem że pracownicy mają prawo poszukiwać korzystniejszych ofert a pracodawcy lepszych pracowników. Zasadniczo należy więc podzielić pogląd, że nakłanianie wprost do zmiany pracy, a więc do rozwiązania stosunku pracy z dotychczasowym pracodawcą, jest zwykłym i w zasadzie dozwolonym działaniem zmierzającym do pozyskiwania pracowników.*

Oferowanie lepszych warunków pracy na konkurencyjnym rynku nie jest więc generalnie ani nieuczciwe ani nieetyczne. Jednak okoliczności w których dochodzi do takich działań, mogą uzasadniać ich odmienną ocenę. (...) Fakt, że pewne zachowanie nie naruszało prawa, co nieustannie eksponował pozwany odwołując się do konstytucyjnej wolności gospodarczej, nie stanowi wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie doszło do naruszenia dobrych obyczajów w obrocie. Dobre obyczaje to reguły spoza systemu prawa, a ocena zgodności działania pozwanego z tymi obyczajami musi być dokonywana przez pryzmat zasad uczciwego postępowania i transparentności w sferze działalności gospodarczej”.

Izba podziela pogląd, zgodnie z którym jeżeli pracownik, który obecnie jest zatrudniony w jednej firmie, dostaje propozycję od innego podmiotu, działającego w tej samej branży, nie jest jeszcze nieuczciwe. Samo złożenie propozycji zatrudnienia nie stanowi działania nie fair oraz czynu zabronionego. Jednakże poprzez zapisy § 18.1 IPU

Zamawiający próbuje zagwarantować sobie korzystniejszą pozycję względem pracowników Wykonawcy, próbując ominąć związanie pracowników zakazem konkurencji, na dodatek odnosząc powyższe postanowienie do każdej podstawy łączącej Wykonawcę z Pracownikiem. Przyznanie jednej stronie umowy takiego uprawnienia w ocenie składu orzekającego Izby przekracza zasady uczciwego pozyskiwania pracowników. Zamawiający próbuje sobie bowiem zapewnić dostęp do wysoko wykwalifikowanej kadry, nie ponosząc z tego tytułu żadnych nakładów, które niewątpliwie poniósł przedsiębiorca inwestujący w rozwój zawodowy personelu. Trudno nie odnieść wrażenia, że Zamawiający jednocześnie chciałby korzystać z wiedzy i doświadczenia zawodowego pracowników innego podmiotu gospodarczego bez ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych nakładów, co stawia go w pozycji uprzywilejowanej względem innego podmiotu gospodarczego.

Zarzuty 3.12) do 3.19) Izba uznała w części zarzuty za zasadne

Izba podziela rozważania Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż istotną zastrzeżenia kar umownych jest zapewnienie Zamawiającemu sprawnego i niezakłóconego działania zamawianego systemu. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wybranego Wykonawcy wysokiej staranności i prawidłowego realizowania obowiązków umownych.

Tym niemniej Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów umownych poprzez odpowiednie rozdzielenie zastrzeżonych kar umownych do wysokości zamówienia podstawowego i zamówienia w opcji oraz odpowiednie odniesienie wysokości tych kar (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. W ocenie Izby zmiana wysokości kar i ustalenie ich wysokości w odniesieniu do każdej części zamówienia ma charakter kluczowy. Jeżeli zamówienie przewidziane w opcji może nie zostać zrealizowane i nie ma charakteru świadczenia pewnego, to ustalanie wysokości kar w stosunku do wynagrodzenia za takie świadczenie należy uznać za przekroczenie uprawnień co do ustalenia przez Zamawiającego warunków umowy. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c.

Kara umowna jest ściśle powiązana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem konkretnego świadczenia. Wysokość kary powinna zatem korespondować z tym świadczeniem. Zatem jeśli wykonawca nie wykonuje lub spóźnia się z realizacją świadczeń wynikających z zamówienia podstawowego, to kara umowna powinna odpowiadać procentowej lub kwotowej wysokości szkody jaką zamawiający może ponieść w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tej części zamówienia podstawowego. Jeśli zaś wykonawca spóźni się lub nie wykona przykładowo jednego nowego Punktu Kontrolnego, to kara za to powinna być skorelowana z wartością zamówienia opcjonalnego.

W przeciwnym wypadku bowiem Zamawiający przenosiłby wartość umownego odszkodowana ponad rzeczywistą wartość szkody, którą może ponieść odrębnie w każdej części zamówienia, co należy uznać za działanie zmierzające do nadużycia pozycji Zamawiającego względem wykonawcy, który ma ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień umownych.

Zarzut 3.20) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z § 30 ust. 8 IPU ilekroć Wykonawca podejmuje na podstawie Umowy czynności, które wymagają zgody Zamawiającego, to milczenie Zamawiającego traktowane będzie, jako brak zgody, chyba że Umowa wyraźnie stanowi inaczej.

Postanowienie to w ocenie Izby ma charakter zasady ogólnej, odnoszącej się do sytuacji wymagającej czynnego zachowania strony zamawiającej, ale dla której Zamawiający w konkretnym postanowieniu umownym nie określił skutku braku takiego zachowania. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie nie przedstawił sytuacji, w której w umowie uzależniono wynik dla Wykonawcy od stanowiska Zamawiającego, a nie określono jednocześnie terminu na zajęcie tego stanowiska lub określono ten termin w sposób nadmierny. W postanowieniach umownych określony jest termin, w którym Zamawiający musi zająć stanowisko, zatem nie wskazano w odwołaniu zapisów umownych, które rodziłyby ryzyka upatrywane w kwestionowanym zapisie przez Odwołującego. Zasada wyrażona w kwestionowanym postanowieniu umownym zostaje przykładowo przełamana w przypadku wyznaczenia przez Zamawiającego terminu na weryfikację dokumentacji. Mamy tam określony skutek, że milczenie oznacza zgodę. Odwołujący nie wskazał więc innych postanowień umownych, do których będzie mieć zastosowanie zasada ogólna - sprzeciw przez przemilczenie.

Ponadto, co słusznie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, Wykonawca może zabezpieczyć się przed skutkami milczenia Zamawiającego samodzielnie oznaczając termin na uzyskanie odpowiedzi, jeżeli termin ten nie został w umowie oznaczony, a Wykonawca nie chce lub nie może czekać na zajęcie stanowiska.

Zarzut 3.21) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wnosił o zmianę OPZ (pkt 11.6) poprzez wskazanie, że Zamawiający zapewni współpracę z wykonawcą podmiotów, z którymi Zamawiający pozostaje w stosunku umownym całkowicie pomijając postanowienia następnego punktu opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem 11.7 OPZ w przypadku sporów, co do konieczności współpracy Wykonawcy z innymi podmiotami, o czym mowa w pkt 11.6, to Zamawiający podejmie decyzję o konieczności takiej współpracy, jej zakresie i harmonogramie, na podstawie

dostępnych informacji, a Wykonawca będzie działał zgodnie z poleceniem Zamawiającego. Innymi słowy, to Zamawiający bierze na siebie rozstrzyganie potencjalnych konfliktów, kolizji, wzajemne ustalenia i wydanie wiążących poleceń każdemu z podmiotów. Tym samym nie będą miały miejsca okoliczności, do których odnosił się zarzut.

Zarzut 3.23), zarzut 3.25) i zarzut 3.28) Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że ustalony termin dla przebudowy punktu kontrolnego jest za krótki. Twierdzenia Odwołującego stanowią jedynie polemikę z zapisami opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy. W szczególności za zasadnością zarzutu nie mógł przemawiać złożony na rozprawie przez Odwołującego materiał dowodowy w postaci oferty potencjalnego podwykonawcy. Na podstawie informacji ujętych w złożonym dokumencie nie można w ocenie Izby czynić wiążących ustaleń, bowiem nie jest wiadomym jak podwykonawca rozumie używane w dokumencie sformułowanie „PPK”, czy jako przenośny punkt kontrolny czy jako przebudowa punktu kontrolnego. Złożony dokument odnosi się do dostawy urządzeń, co może świadczyć, iż mowa w nim o przenośnych punktach kontrolnych. Tym samym nie jest na podstawie jego treści możliwe uznanie zasadności zarzutu, w którym kwestionowany jest termin na wykonanie przebudowy punktów kontrolnych.

W zakresie nierealności terminu 4 tygodni na usunięcie punktu kontrolnego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów (pkt 17.2 OPZ).

Co do postanowień punktu 22.1 OPZ, gdzie Zamawiający określił, że Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia w pełni wyposażonych i funkcjonalnych 34 sztuk Przenośnych Punktów Kontrolnych w terminie 60 dni od dnia podpisania Umowy, to z uwagi na niejednoznaczność złożonego dowodu na rozprawie, Odwołujący nie wykazał zasadności proponowanego wydłużenia terminu do 180 dni. Nie wykazano również, że w terminie 180 dni możliwa będzie zakończenie przebudowy punktów kontrolnych zgodnie z ustalonym harmonogramem.

Zarzut 3.30) Izba uznała zarzut za niezasadny

Zgodnie z punktami 3.21. i 3.22. Załącznika nr 6 do OPZ System OCR musi umożliwiać bieżące wyświetlanie użytkownikowi wszystkich informacji o rozpoznanych numerach rejestracyjnych pojazdów i przyczep lub naczep (dane właściciela pojazdu, dane pojazdu, informację o koncie użytkownika, kategorię pojazdu) i odpowiadające zdjęciem poglądowym pojazdu lub zespołu pojazdów. System OCR musi umożliwiać wyświetlanie alarmów w przypadku rozpoznania numeru rejestracyjnego, który znajduje się na listach alarmów.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż postanowienia te należy odczytywać łącznie z punktem 3.9 załącznika nr 6 do OPZ. Który nakazuje, by system OCR umożliwiał weryfikację rozpoznanych numerów tablic rejestracyjnych w oparciu o dane w lokalnych listach alarmów. Nie jest tak, że Zamawiający wymaga by wyświetlane były szczegółowe dane dotyczące wszystkich numerów rejestracyjnych. Punkt 3.21 Załącznika nr 6 do OPZ odnosi się do **informacji** (podkreślenie własne Izby) a nie numerów rejestracyjnych. Dla Izby logicznym jest, że obowiązek ten będzie odnosił się do numerów alarmowych oraz do numerów zarejestrowanych w systemie.

Zarzut 3.31) Izba uznała zarzut za niezasadny

Izbie nie przedstawiono dowodów, że Zamawiający ogranicza swobodę dostarczenia rozwiązania poprzez wprowadzenie wymogu zastosowania dodatkowych detektorów.

Odwołujący nie wskazał ani w odwołaniu, ani na rozprawie konkretnego producenta, czy rozwiązania, które Zamawiający miałby preferować. Wyliczenie w opisie zamówienia ma charakter przykładowy i otwarty. Nie jest to katalog zamknięty, w jakikolwiek sposób ograniczony do wskazania konkretnego rozwiązania. Z drugiej zaś strony Odwołujący nie przedstawił także dowodów, że osiągnięcie wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności możliwe jest w inny sposób, przy użyciu innej technologii, innego rozwiązania. Jednocześnie dopuszczalne jest ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który będzie uzasadniał określone potrzeby Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał również, że potrzeby te określono w sposób nadmierny.

Zarzut 3.32) Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z § 27.16. IPU Zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy:

1) Wykonawca będzie wykonywać Umowę niezgodnie z terminami określonymi w Umowie, w szczególności, gdy:

a) nie dotrzymuje terminów SLA, tj. poziomów świadczenia Utrzymania (według postanowień pkt 13 OPZ).

Z punktu 13 OPZ określono czasy reakcji na awarie i uszkodzenia Punktów Kontrolnych oraz czasy wykonywania napraw.

Z punktu widzenia przedmiotu świadczenia określony w postanowieniu 13 OPZ katalog czasu reakcji Wykonawcy na określone zdarzenia został stworzony w sposób wyczerpujący, adekwatnie do wagi danej awarii lub poziomu uszkodzenia punktu kontrolnego. Zdarzenia podzielono na co najmniej 3 kategorie, w zależności od skomplikowania danej awarii lub uszkodzenia, wyznaczając odpowiedni czas na reakcję dla kategorii i zdarzenia. Można w ocenie Izby uznać, iż katalog ten ogranicza się do

wystąpienia zdarzeń o charakterze istotnym dla przedmiotu świadczenia. Zatem niedotrzymanie terminu określonego w katalogu uznać należałoby za nienależyte wykonanie świadczenia, co uzasadnia możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym. W katalogu ujęto obowiązek dotrzymania terminów odnoszących się do standardu poziomu jakości świadczonych usług, na co zwrócił także uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Niedotrzymanie takiego rodzaju terminów może wiązać się ze stratami dla Zamawiającego, dlatego w przewidziana reakcja jest adekwatna do przewinienia umownego Wykonawcy.

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

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia zarzutów, obciążając kosztami w 1/2 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione – 12) oraz Odwołującego w wysokości 1/2 (zarzuty oddalone -13) poniesionych kosztów.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do*

stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

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

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

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

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

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

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

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....