

POSTANOWIENIE

z dnia 25 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Lubomira Matczuk-Mazuś**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 kwietnia 2019 r., przed otwarciem rozprawy, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 23, 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Politraffic Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Siemens Mobility Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Centralny Projekt Wdrożeniowy – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2019/S 062-144023 w dniu 28 marca 2019 r.

Wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez określenie w pkt 9.3, str. 95 i 96 OPZ Tabela 11 nierealnych oraz nieuzasadnionych w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego, czasów naprawy błędów krytycznych oraz istotnych, a także czasów niedostępności miesięcznej;

2. art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353(1) k.c., 487 §2 k.c., poprzez określenie w § 20 ust. 18 pkt 2) lit. a) umowy rażąco wygórowanych, nieuzasadnionych oraz nieproporcjonalnych do wysokości potencjalnej szkody kar umownych, należnych Zamawiającemu z tytułu naruszenia terminów SLA;

3. art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353(1) k.c., art. 471 k.c., art. 473 §1 k.c., poprzez określenie w § 20 ust. 5 oraz § 26 ust. 1 umowy odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka w razie wystąpienia siły wyższej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany OPZ i ustalenie następujących parametrów SLA:

- dopuszczalny czas naprawy błędu krytycznego – 12h
- dopuszczalny czas naprawy błędu istotnego – 24h
- dopuszczalna niedostępność miesięczna dla błędu krytycznego: 24h
- dopuszczalna niedostępność miesięczna dla błędu istotnego: 48h

2. dokonanie zmiany postanowień umowy, poprzez:

- obniżenie wysokości kary umownej za niedotrzymanie terminów SLA do kwoty 5.000 zł za każdy opisany w §20 ust. 18 pkt 2) lit. a) umowy przypadek;
- ustalenie w §20 ust. 18 pkt 2) lit.a) umowy, iż kara umowna naliczana jest za każdą rozpoczętą jednostkę czasową określoną jako czas naprawy dla danego typu błędu.

3. usunięcie § 26 ust. 1 umowy oraz nadanie § 20 ust. 5 umowy następującego brzmienia: „Z zastrzeżeniem wyłącznej winy Zamawiającego oraz wystąpienia siły

wyższej, Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu kar umownych na zasadzie winy, z wyłączeniem:

a) odpowiedzialności Wykonawcy za realizację Kamienia Milowego nr 5 i Kamienia Milowego nr 6,

b) odpowiedzialności Wykonawcy za realizację SLA; w których to przypadkach odpowiedzialność Wykonawcy oparta jest na zasadzie ryzyka, tj. niezależnie od zaistnienia jego winy oraz niezależnie od stopnia jego winy (w tym także niezależnie od winy osób, którymi posłużył się przy wykonaniu Umowy).”

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą zainteresowanym ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie, jednak postanowienia SIWZ uniemożliwiają bądź utrudniają Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Zarzut nr 1.

Wymagane w pkt 9.3, str. 95 i 96 OPZ (Tabela 11) czasy naprawy błędów krytycznych (240 minut) i istotnych (720 minut) oraz czasy dopuszczalnego poziomu niedostępności miesięcznej dla błędów krytycznych (720 minut) oraz błędów istotnych (1786 minut) określone zostały w sposób nadmierny i nieuzasadniony w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Okoliczność ta, w zestawieniu z rażąco wygórowanymi karami umownymi za ich niedotrzymanie, nakładanymi na zasadzie ryzyka, oznacza, że ww. wymagania prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, tak wysoki reżim wymagań odnośnie terminów SLA w przedmiotowym postępowaniu, mógłby być uzasadniony jedynie w przypadku systemów o znacznie wyższych wymaganiach niezawodnościowych, takich jak np. systemy, których awarie mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo ludzi lub systemów związanych z obrotem środkami pieniężnymi, np. systemy bankowe. Jeżeli chodzi o przedmiotowy system, to żaden z tych dwóch przypadków nie występuje, dlatego zdaniem Odwołującego, wymagania Zamawiającego są nieuzasadnione.

Odwołujący podkreślił, że dotrzymanie wymaganych terminów byłoby bardzo utrudnione i wymagałoby poniesienia przez wykonawców ogromnych kosztów, które byłyby niewspółmierne do oczekiwanych efektów. Konieczność unieważnienia uprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania w tym samym przedmiocie potwierdza, że Zamawiający nie zabezpiecza środków na sfinansowanie kosztów wykonawców w powyższym zakresie, a tym samym podtrzymanie tak rygorystycznych wymagań wprost prowadzi do utrudnienia konkurencji.

Odwołujący podniósł, iż przedmiotowe wymagania nie są formułowane w analogicznych postępowaniach. W szczególności - tożsame postępowanie, równoległe

prowadzone przez Zamawiającego w przedmiocie Regionalnego Projektu Wdrożeniowego, w którym terminy SLA wynoszą: 12h (błąd krytyczny) oraz 24h (błąd istotny). Odwołujący powołał się ponadto na ubiegłoroczny przetarg GDDKiA o/Wrocław w przedmiocie utrzymania systemu na autostradzie A4 pn.: „Utrzymanie elementów Zintegrowanego Systemu Osłony Meteorologicznej i Zarządzania ruchem na autostradzie A4 (odc. węzeł Wrocław Południe – węzeł Brzeg) oraz Systemu Informacji Autostradowej w ciągu AOW (A8) wraz z główną magistralą światłowodową i systemem telefonii alarmowej SOS (AOW)”, w którym czas naprawy systemu wynosi 5 dni, a kara za każdy dzień zwłoki wynosi wyłącznie 500 zł.

Ponadto, podobnych reżimów utrzymania systemu nie wymagają zamawiający w przetargach na podobne systemy, np. na miejskie systemy sterowania ruchem, np. toczące się postępowanie na system zarządzania ruchem w Katowicach pn. „Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem”, w którym czas na usunięcie awarii wynosi 48 h i kara umowna za każdy dzień opóźnienia 2 tys. zł.

Analogicznie, jak powyżej, należy się odnieść do wyznaczonych czasów niedostępności miesięcznej dla błędów krytycznych i istotnych, co czyni zasadnym żądanie obniżenia wyznaczonych terminów do poziomów obowiązujących w Regionalnym Projekcie Wdrożeniowym.

Zarzut nr 2

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadą proporcjonalności. Obowiązek przestrzegania tej zasady oznacza m.in., iż warunki umowy winny być sformułowane w sposób proporcjonalny do obiektywnie określonych wymagań/potrzeb Zamawiającego i nie powinny być nadmierne w stosunku do faktycznych celów zamówienia. Zasada proporcjonalności nakazuje równomierne i sprawiedliwe (uczciwe) rozłożenie zasad odpowiedzialności stron za wykonanie wzajemnych obowiązków.

Odwołujący podniósł, że przewidziana w § 20 ust. 18 pkt 2 lit.a) umowy kara umowna w wysokości 10.000 zł za:

- każde rozpoczęte 60 minut przekroczenie czasu naprawy dla błędu krytycznego;
- każde rozpoczęte 6 godzin przekroczenie czasu naprawy dla błędu istotnego
- każde rozpoczęte 60 minut spadku dostępności miesięcznej poniżej limitów

wymaganych dla błędu krytycznego;

w zestawieniu z przyjętą zasadą odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, jest nadmierna, rażąco wygórowana i świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad proporcjonalności oraz sprawiedliwości kontraktowej, nakazujących równomierny i proporcjonalny rozkład uprawnień i obowiązków stron stosunku prawnego. Działanie takie prowadzi do naruszenia

przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 5 k.c., art. 353(1) k.c., 487 §2 k.c. W sytuacji, w której kara umowna naliczana jest za każde rozpoczęte 60 minut przekroczenia czasu, w przypadku opóźnienia w usunięciu błędu krytycznego, w pierwszym dniu opóźnienia, naliczona zostałaby kara umowna w wysokości 200.000 zł, a w następnym dniu 240.000 zł.

Uwzględniając okoliczności opisane w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, tak wysokie kary umowne uniemożliwiają złożenie oferty. Niezbędne jest zatem, zarówno obniżenie wysokości kary umownej do poziomu min. 5.000 zł za każdy przypadek, jak też ustalenie, iż kara umowna naliczana jest za każdą rozpoczętą jednostkę czasową określoną jako czas naprawy dla danego typu błędu.

Zarzut nr 3

a) W § 26 ust. 1 umowy Zamawiający wskazał: *„Wykonawca ponosi koszt i odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za zabezpieczenie Systemu Centralnego i Infrastruktury sprzętowej przed wpływem Siły Wyższej oraz doprowadzenia ich do stanu sprzed zaistnienia Siły Wyższej, w tym także zawarcia stosownej umowy ubezpieczenia zapewniającej możliwie najszerszą ochronę ubezpieczeniową, która pokryje szkody wyrządzone Siłą Wyższą.”*

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 Pzp oraz przywołanych przepisów k.c., Zamawiający zobowiązany jest do sformułowania warunków umowy w sposób proporcjonalny do obiektywnie określonych wymagań/potrzeb. Warunki te nie powinny być nadmierne w stosunku do faktycznych celów zamówienia. Zasada proporcjonalności nakazuje równomierne i sprawiedliwe (uczciwe) rozłożenie zasad odpowiedzialności stron za wykonanie wzajemnych obowiązków. Przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za szkody spowodowane wystąpieniem siły wyższej, a zatem ustalenie w tym zakresie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego oraz sprzeciwia się naturze i celowi umowy o zamówienie publiczne.

Szczególne w przypadku tego rodzaju umów winna mieć zastosowanie podstawowa zasada prawa cywilnego, zgodnie z którą wyłączona jest odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika w przypadku wystąpienia siły wyższej. Celem zamówienia jest należyte wykonanie systemu, a następnie jego utrzymanie, a nie zwolnienie Zamawiającego z wszelkich ryzyk, jakie wiążą się z utrzymaniem będącej jego własnością infrastruktury. Na rynku brak jest produktów ubezpieczeniowych, których zapewnienia oczekuje Zamawiający, standardem jest, że umowy ubezpieczeniowe wyłączają odpowiedzialność ubezpieczyciela w przypadku wystąpienia szeregu zdarzeń kwalifikowanych jako siła wyższa (np. wojna).

W tych okolicznościach, przedmiotowa klauzula w zasadzie wyłącza możliwość złożenia oferty, szczególnie, że Zamawiający nie określa jakie konkretnie zdarzenia, kwalifikowane jako siła wyższa, ma na myśli. Narusza uczciwą konkurencję oczekiwanie

przez Zamawiającego od wykonawców wyceny przedmiotowych ryzyk, który to koszt z pewnością nie jest uwzględniany przy szacowaniu wartości zamówienia. Znajduje to potwierdzenie w okoliczności unieważnienia uprzedniego postępowania.

Odwołujący podniósł również, iż narusza wskazane przepisy ustawy Pzp oraz k.c. przerzucenie na wykonawców odpowiedzialności za realizację kamieni milowych nr 5 i 6 oraz za realizację SLA na zasadzie ryzyka, bez wyłączenia odpowiedzialności w razie zaistnienia siły wyższej. Zamawiający słusznie wyłącza odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy w powyższym zakresie w przypadku jego wyłącznej winy, jednakże nieuzasadnione jest pominięcie przypadku wystąpienia siły wyższej. W tym zakresie Odwołujący powołuje się na analogiczną argumentację jak wskazana w odniesieniu do § 26 ust. 1 umowy.

Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający opublikował kopię odwołania na stronie internetowej oraz przesłał wykonawcom kopię odwołania wzywając w dniu 9 kwietnia 2019 r. wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawcy: Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. i Politraffic Sp. z o.o., (pisma z dnia 10 kwietnia 2019 r.) zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. zgłosił także przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego - pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2019 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uznał, że niektóre z postawionych w odwołaniu zarzutów zasługują na uwzględnienie, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

1. Zarzut nr 1 odwołania dotyczący pkt 9.3, str. 95 i 96 OPZ Tabela 11, w których określono czasy naprawy błędów krytycznych oraz istotnych, a także czasów niedostępności miesięcznej systemu.

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzut w części, a pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutu.

Zamawiający wyjaśnił, że SIWZ zostanie zmodyfikowana poprzez zwiększenie czasu naprawy błędu krytycznego z obecnych 240 do 360 minut oraz zwiększenie czasu naprawy błędu istotnego z obecnych 720 minut do 840 minut. Poza powyższym, Zamawiający nie dopuścił możliwości dokonania w zakresie parametrów SLA dalej idących zmian, których domaga się Odwołujący.

Zamawiający podniósł, że w Tabeli 11 str. 95 OPZ określił wymogi SLA w zakresie czasów naprawy m.in. Błędów krytycznych i Błędów istotnych Systemu Centralnego. Przypomnienia wymaga, że System Centralny stanowić ma serce całego Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem (KSZRD), z którym zintegrowane i od którego zależne będzie działanie 4 Regionalnych Projektów Wdrożeniowych w ramach KSZRD. Zgodnie z zawartą w Tabeli 11 definicją, Błąd krytyczny przejawia się uniemożliwieniem lub utrudnieniem pracy Systemu Centralnego, polegającym np. na braku możliwości przekazywania komunikatów dla użytkowników drogi, braku możliwości wdrożenia scenariuszy zarządzania ruchem drogowym, braku możliwości dozowania wjazdu na danej drodze. Przykładami zaś Błędów istotnych, zgodnie z ich definicją, są np. brak możliwości dodawania obiektów w funkcjach GIS, brak możliwości eksportu danych do systemów zewnętrznych, brak dostępu do danych audio/wideo. Wskazane powyżej funkcjonalności są kluczowe z punktu widzenia zarządzania ruchem drogowym, które z kolei jest celem wdrożenia Systemu Centralnego, dla zapewnienia bezpieczeństwa tego ruchu, a niedostępność tych funkcjonalności w bezpośredni sposób zagraża życiu i zdrowiu uczestników ruchu drogowego.

Zamawiający podkreślił, że Błędy krytyczne i Błędy istotne Systemu Centralnego mają wpływ na bezpieczeństwo ludzi, dlatego obowiązkiem Zamawiającego jest ustanowienie możliwie krótkich wymaganych czasów ich naprawy oraz możliwej niedostępności miesięcznej.

Analogia do innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań jest całkowicie nieuprawniona ze względu na diametralnie różną skalę i wagę przedsięwzięć wskazanych przez Odwołującego i Centralnego Projektu Wdrożeniowego, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. System Centralny, który ma zostać wdrożony w ramach Centralnego Projektu Wdrożeniowego, odpowiedzialny będzie m.in. za zarządzanie ruchem drogowym w ramach pierwszego etapu sieci TEN-T dróg krajowych, kluczowego dla tranzytu i transportu drogowego przez całą długość geograficzną Polski, obejmującego ok. 1 160 km dróg, w tym za prawidłowe funkcjonowanie pięciu regionalnych Centrów Zarządzania Ruchem w Warszawie, Strykowie, Wrocławiu, Zabrze-Końcycach, Dworku (k. Gdańska). Nieprawidłowości w działaniu Systemu Centralnego CPW, zwłaszcza te mające kategorię Błędów krytycznych i istotnych, mogą skutkować zatrzymaniem lub utrudnieniem pracy we wszystkich regionalnych Centrach Zarządzania Ruchem, a przez to bezpośrednio wpłynąć na bezpieczeństwo transportu w obszarze 1 160 km dróg. Każdy błąd Systemu Centralnego będzie powodował znaczące utrudnienia również innych od Centrów Zarządzania Ruchem jednostek organizacyjnych Zamawiającego. Powyższa skala i „odpowiedzialność” związana z prawidłowym działaniem Systemu Centralnego CPW jest nieporównywalna z innymi

przedsięwzięciami Zamawiającego, w szczególności tymi, na które powołuje się Odwołujący, i całkowicie uzasadnia wyższe w stosunku do nich wymogi SLA.

Na marginesie Zamawiający wskazał istotne różnice w obecnym postępowaniu, w stosunku do postępowania unieważnionego. Zamawiający, również w zakresie wymogów SLA, opisał przedmiot zamówienia w sposób przemyślany oraz wyważony, a także uwzględnił uzyskane sygnały z rynku wykonawców, które zadecydowały o konieczności unieważnienia poprzedniego postępowania. W poprzednim unieważnionym postępowaniu w tym samym przedmiocie, Zamawiający wymagał, aby czas naprawy dla błędów istotnych w cyklu miesięcznym nie przekroczył 24 h w ujęciu ciągłym, zaś w obecnym postępowaniu Zamawiający zliberalizował ten wymóg ustanawiając dopuszczalną niedostępność związaną z Błędami istotnymi w skali miesiąca na poziomie 1786 minut, tj. około 30 h. Dokonane w SLA przez Zamawiającego zmiany w stosunku do poprzedniego postępowania wyczerpują możliwy w zamówieniu na Centralny Projekt Wdrożeniowy (CPW) zakres ustępstw, uzasadniony kompromisem pomiędzy zapewnieniem odpowiedniej konkurencyjności postępowania i zainteresowania rynku z jednej strony, a słusznym interesem Zamawiającego w uzyskaniu systemu w pełni efektywnego i wydajnego, zapewniającego niezbędny poziom bezpieczeństwa uczestników dróg. Dalsze obniżanie wymogów SLA dla Systemu Centralnego uniemożliwiłoby zapewnienie tego ostatniego elementu.

W konsekwencji, proponowane przez Zamawiającego wymogi w zakresie SLA, w tym czas naprawy Błędów, zostały w stosunku do Systemu Centralnego określone w sposób proporcjonalny i uzasadniony odpowiedzialnością za działanie całości KSZRD spoczywającą na Systemie Centralnym, i nie może być mowy o ich niewspółmierności czy nadmiarowości w stosunku do potrzeb Zamawiającego.

Reasumując, Zamawiający zobowiązał się dokonać zwiększenia czasu naprawy Błędu krytycznego do 360 minut oraz zwiększenia czasu naprawy Błędu istotnego do 840 minut. Jest to maksymalne złagodzenie wymogów SLA, jakie jest możliwe bez uszczerbku dla bezpieczeństwa i efektywnej pracy KSZRD, biorąc pod uwagę znaczną skalę wdrożenia Systemu Centralnego oraz potencjalnie zagrażające bezpieczeństwu, życiu i zdrowiu użytkowników ruchu drogowego konsekwencje Błędów tego Systemu.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w pozostałej części.

II. Zarzut nr 2 odwołania dotyczący 20 ust. 18 pkt 2 lit. a) Umowy, w którym określone zostały wysokości kar umownych za niedotrzymanie terminów SLA ustanowionych w OPZ dla Systemu Centralnego.

Zamawiający częściowo uwzględnił powyższy zarzut w części. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutu.

Zamawiający zgodził się na obniżenie kary umownej za każde rozpoczęte 60 minut przekroczenia czasu naprawy dla błędu krytycznego oraz za każde rozpoczęte 6 godzin przekroczenia czasu naprawy dla Błędu istotnego o 1000 zł, w stosunku do każdej z w/w dwóch kar, i w tym zakresie zobowiązał się dokonać odpowiedniej modyfikacji Umowy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu w pozostałym zakresie. Stwierdził, że oparcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka, któremu sprzeciwia się Odwołujący, mieści się w granicach swobody umów i stanowi dozwoloną postanowieniami art. 473 §1 k.c. modyfikację odpowiedzialności stron stosunku zobowiązaniowego. Możliwość kształtowania przez Zamawiającego kar umownych, tj. podstaw i sposobu ich naliczania, wynikająca z zasady swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika uzależnionej od jego winy Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała niejednokrotnie, m.in. w wyroku z dnia 2 listopada 2016 r., KIO 1959/16: (por. również KIO w wyrokach KIO 1959/16, KIO 2163/17). Zatem, oparcie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka jest dozwolone. Podyktowane jest ono obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym w zakresie zabezpieczenia niezakłóconego oraz poprawnego działania Systemu, co jest warunkowane właśnie sprawną reakcją na pojawiające się Błędy. W interesie wszystkich uczestników ruchu drogowego jest bowiem korzystanie z Systemu, który, nawet w przypadku wykazania Błędów, zostanie niezwłocznie doprowadzony do stanu normalnego funkcjonowania i przekazywania informacji umożliwiających należyte i rzetelne zarządzanie ruchem drogowym. W ocenie Zamawiającego, taki właśnie rezultat może zostać zapewniony poprzez wprowadzenie w tym zakresie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka.

Zdaniem Zamawiającego, zaproponowane w postępowaniu i niniejszym piśmie kary umowne za niedotrzymanie terminów naprawy Błędów Systemu Centralnego są zgodne z zasadami proporcjonalności i adekwatności w stosunku do wagi wymogów Umowy i OPZ, które zabezpieczają. Zapewnienie w Umowie narzędzi możliwie skutecznie dyscyplinujących wykonawcę do wywiązania się z zobowiązań w zakresie SLA dotyczących Systemu Centralnego jest niezwykle istotne ze względu na opisane wyżej zagrażające bezpieczeństwu użytkowników ruchu drogowego potencjalne konsekwencje awarii Systemu Centralnego, których zasięg jest potęgowany bardzo dużą skalą i obszarem operowania Systemu Centralnego. Ponadto, podobnie jak w przypadku czasu wymaganej dostępności Systemu Centralnego, również wysokość objętych zarzutem kar umownych została już zredukowana przez Zamawiającego w stosunku do kar umownych proponowanych w poprzednim (unieważnionym) postępowaniu na CPW, w którym kary te były dwukrotnie wyższe i wynosiły 20.000 zł.

Reasumując, Zamawiający zobowiązał się zmodyfikować Umowę w zakresie objętym zarzutem, poprzez obniżenie o 1000 zł kary umownej za każde rozpoczęte 60 minut przekroczenia czasu naprawy dla Błędu krytycznego oraz kary umownej za każde rozpoczęte 6 godzin przekroczenia czasu naprawy dla Błędu istotnego. Dalej idące modyfikacje wysokości kar umownych opisanych w § 20 ust. 18 pkt 2 lit. a) Umowy lub zasady ich powstania (zasada ryzyka) jest nieuzasadnione, gdyż godziłoby w słuszny interes Zamawiającego i jego potrzeby związane z koniecznością zapewnienia efektywnego i sprawnego systemu KSZRD.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w pozostałej części.

III. Zarzut nr 3 odwołania dotyczący § 20 ust. 5 oraz § 26 ust. 1 Umowy, w których określono zasadę odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych oraz obowiązki wykonawcy związane z zaistnieniem siły wyższej.

Zamawiający nie uwzględnił powyższego zarzutu i wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że art. 473 §1 k.c., a także art. 353(1) k.c. pozwalają na modyfikację odpowiedzialności stron stosunku zobowiązaniowego w ten (również) sposób, by była ona niezależna od winy. Takie rozszerzenie z definicji obejmuje również niewątpliwie odpowiedzialność za zdarzenia o charakterze siły wyższej, gdyż podlegają one pod zbiór zdarzeń niezależnych od winy wykonawcy.

Istotne jest, że zgodnie z § 20 ust. 5 Umowy, Zamawiający dokonał już ograniczenia zakresu odpowiedzialności na zasadzie ryzyka ponoszonej przez wykonawcę do wybranych, kluczowych elementów projektu, tj. realizacji Kamienia Milowego nr 5 i 6 oraz dotrzymania SLA. Zamawiający ponadto dokona, jak wskazano w pkt I i II pisma, złagodzenia wymogów w zakresie SLA oraz kar za niedotrzymanie terminów SLA, co obniża ryzyka wykonawcy związane z ponoszeniem rozszerzonej odpowiedzialności na zasadzie ryzyka w tym zakresie.

W przypadku Centralnego Projektu Wdrożeniowego, rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za należyte wykonanie określonych elementów Umowy, w szczególności dotrzymanie wymogów SLA, poprzez przyjęcie zasady ryzyka, która obejmuje również zdarzenia o charakterze siły wyższej, jest w pełni uzasadnione skalą i wagą projektu CPW oraz względami wskazanymi w pkt I, od których należy uzależnienie możliwości zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego dla całego KSZRD od prawidłowego działania Systemu Centralnego.

Zamawiający podkreślił, że celem wprowadzenia do Umowy postanowień § 26 ust. 1 jest uregulowanie odpowiedzialności wykonawcy za System Centralny i Infrastrukturę w okresie do chwili ich przejścia przez Zamawiającego. W odniesieniu do umów związanych z dostarczeniem rzeczy ruchomej (sprzedaż, wykonanie dzieła), kodeks cywilny wprost

stanowi o ryzyku utraty rzeczy, która niezwiązana jest z winą (czyli obejmuje utratę również z powodu siły wyższej) i co do zasady do chwili przekazania rzeczy Zamawiającemu (a zatem przejścia na własność Zamawiającego) ryzyko to obciąża wykonawcę. Treść § 26 ust. 1 Umowy odnosi się właśnie do tego przypadku, stanowiąc o tym, że zabezpieczenie Infrastruktury i Systemu Centralnego przed skutkami siły wyższej jest obowiązkiem wykonawcy do momentu przejęcia ich przez Zamawiającego i objęcia ich ubezpieczeniem Zamawiającego.

Jednocześnie, treść § 26 ust. 1 stanowi o wymogu „zawarcia stosownej umowy ubezpieczenia zapewniającej możliwie najszerszą ochronę ubezpieczeniową, która pokryje szkody wyrządzone Siłą Wyższą.” Zamawiający dalej doprecyzował co rozumie przez „możliwie najszerszą” ochronę ubezpieczeniową w treści pkt 6.4 załącznika nr 6 do Umowy (Szczegółowe warunki ubezpieczenia): zakres ubezpieczenia ma obejmować zdarzenia „o charakterze nagłym, nieprzewidzianym i niezależnym od woli ubezpieczonego” czyli również o charakterze siły wyższej, zgodnie z jej definicją w pkt 108 Słownika dla Umowy ale „za wyjątkiem wyłączeń i dodatkowych postanowień zawartych w klauzulach restrykcyjnych”. W związku z powyższym jasne jest, że celem Zamawiającego nie jest uzyskanie ochrony ubezpieczeniowej pokrywającej wszelkie szkody wyrządzone wszelkimi przypadkami siły wyższej, lecz w takim zakresie, w jakim będzie to możliwe i w odniesieniu do skutków zdarzeń kwalifikowanych jako siła wyższa, nie zaś samego faktu wystąpienia siły wyższej. Okoliczności te, w korelacji z zależnością zakresu takiej ochrony od osoby trzeciej, czyli ubezpieczyciela, zostały wprost przewidziane przez Zamawiającego w postaci zastrzeżenia możliwych wyłączeń spod ochrony w treści pkt 6.4 Załącznika nr 6 do Umowy. W konsekwencji takie ukształtowanie przez Zamawiającego postanowień § 20 ust. 5 oraz § 26 ust. 1 Umowy jest zgodne zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i ze standardami zwyczajowymi oraz rynkowymi mającymi zastosowanie w przypadku wdrożenia systemów informatyczno-infrastrukturalnych o tak dużej skali, jak CPW KSZRD.

Zamawiający zobowiązał się jednocześnie dokonać uzupełnienia treści § 26 ust. 1 w celu doprecyzowania, że ma on zastosowanie do momentu objęcia Infrastruktury i Systemu Centralnego ubezpieczeniem Zamawiającego. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w całości.

W dniu 24 kwietnia 2019 r., tj. przed otwarciem rozprawy, odwołujący się wykonawca: Sprint S.A. złożył do Prezesa KIO pismo zawierające oświadczenie, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – wycofuje pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, działając na podstawie art. 186 ust. 3a oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, w okolicznościach, o których mowa w ust. 3a tego artykułu - koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:

.....

.....