

**Sygn. akt: KIO 2225/18**

**Sygn. akt: KIO 2241/18**

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 października 2018 r.:

- A. przez wykonawcę Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 2225/18),
- B. przez wykonawcę Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 2241/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców:

- 1. Siemens Mobility Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
- 2. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 3. Politraffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2225/18 po stronie Odwołującego, oraz przy udziale wykonawców:

- 1. Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie,
- 2. WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2225/18 po stronie Zamawiającego,

oraz przy udziale wykonawców:

1. Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. Politraffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
4. Sprint S.A., z siedzibą w Olsztynie,
5. WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2241/18 po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2225/18,
2. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2241/18 za wyjątkiem zarzutu nr 1 odwołania - w częściach oznaczonych literami B i H, który to zarzut oddala,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołujących: Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących, w tym:
    - a. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
    - b. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
4. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 5 000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadwyżkę wpłaconą przez Odwołującego ponad obowiązującą wysokość kwoty wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 2225/18**

**Sygn. akt KIO 2241/18**

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Centralny Projekt Wdrożeniowy - Krajowy System Zarządzania Ruchem na sieci TEN-T Etap 1, znak sprawy DPR.DPR-2.2413.27.2018.DZ.21, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 października 2018 r. pod nr 2018/S 200-454834.

W dniu 29 października 2018 r. wykonawca Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Dalej – Odwołujący Kapsch lub Kapsch) wniósł odwołanie (KIO 2225/18), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 43 ust. 2 Pzp w zw. z art. 9a ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV.2.2.) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), Pkt 17.1 Tom 1 IDW, terminu na złożenie ofert na dzień 23 listopada 2018 roku, który to termin jest terminem zbyt krótkim, nieuwzględniającym czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert oraz nieuwzględniającym złożoności zamówienia i obszerności dokumentacji, którą należy przeanalizować przed sporządzeniem oferty, a w konsekwencji naruszenie przez Zamawiającego reguł wyznaczania terminów na składanie ofert oraz obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;
2. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez określenie przez Zamawiającego warunku udziału wykonawców w postępowaniu, wskazanego w Sekcji III.1.3) Pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Pkt 7.2.3) a) Tom 1 IDW SIWZ, w sposób zbyt ogólny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim bezzasadnie pomijający obowiązek wykazania przez wykonawców doświadczenia w zakresie wdrożenia systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym na drogach szybkiego ruchu, co w konsekwencji narusza reguły dotyczące określania warunków

stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia oraz uniemożliwia Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia;

3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej Kc) przez przyznanie Zamawiającemu zbyt ogólnie sformułowanego oraz jednostronnego prawa do odstąpienia od umowy, o którym mowa w § 24 ust. 5 i 9 IPU, Tom II SIWZ, za niezrealizowanie poszczególnych elementów umowy nawet z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, co w konsekwencji narusza zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia i zasady swobody umów.

Odwołujący Kapsch wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę treści ogłoszenia, o zamówieniu oraz postanowień SIWZ w zakresie terminu składania ofert przez jego przedłużenie do dnia 29 marca 2019 roku,
2. zmianę treści Sekcji III 1.3) Pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Pkt 7.2.3 lit. a) Tom 1 IDW SIWZ przez wskazanie warunku udziału w Postępowaniu o następującej treści: „Wykonawca zamówienia musi wykazać, że wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu centralnego systemu zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu (autostrady i/lub drogi ekspresowe) z minimum 2 podcentralami (centrami regionalnymi) i minimum 3 stacjami operatorskimi, który musiał umożliwiać: wyświetlanie danych o zarządzaniu ruchem na wielkoformatowej ścianie wideo oraz konfigurację i wybór scenariuszy i procedur zarządzania ruchem, uruchamianych jednocześnie przez różnych operatorów ruchu oraz interakcją między nimi w celu zapewnienia kierowcom płynnej i zoptymalizowanej podróży”,
3. zmianę treści SWIZ, Tom II - IPU § 24 ust. 5 i 9 przez wprowadzenie postanowień, zgodnie z którymi odstąpienie od umowy przez Zamawiającego i nałożenie kar umownych jest możliwe jedynie w przypadku opóźnień powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i przekraczających 14 dni.

W dniu 29 października 2018 r. wykonawca Siemens Mobility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Dalej Odwołujący Siemens lub Siemens) wniósł odwołanie (KIO 2241/18), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp przez niewyczerpujące, niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co może również spowodować nieporównywalność ofert z uwagi na przyjęcie różnych założeń przy kalkulacji ofert przez poszczególnych wykonawców oraz może prowadzić do uprzywilejowania wykonawców, którzy wykonywali istniejącą infrastrukturę, a której dotyczą prace objęte niniejszym zamówieniem, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji,
2. art. 9a ust. 1 Pzp przez określenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert, nieuwzględniającego złożoności niniejszego zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie ofert, a tym samym uniemożliwia udział i uzyskanie zamówienia podmiotom zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący Siemens wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wprowadzenie zmian do SIWZ oraz przedłużenie terminu składania ofert w sposób wskazany w treści uzasadnienia Odwołania

KIO 2225/18

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Kapsch wskazał m.in.:

Zamawiający przy wyznaczaniu terminu składania ofert na dzień 23 listopada 2018 roku naruszył art. 43 ust. 2 Pzp w związku z art. 9a ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 43 ust. 2 Pzp w brzmieniu znajdującym zastosowanie dla postępowania, w przypadku zamówień o wartości przekraczających tzw. „progi unijne” jak ma to miejsce w przedmiotowym zamówieniu „termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Przepis cytowanego powyżej art. 43 ust. 2 Pzp należy jednakże stosować łącznie z regułami opisanymi w art. 9a Pzp, które stanowią, że „wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Przy wyznaczaniu terminu składania ofert zamawiający nie może jedynie bazować na terminie minimalnym, ale winien każdorazowo badać złożoność zamówienia oraz rzeczywisty czas, jaki jest w praktyce potrzebny na należyte sporządzenie oferty, z uwzględnieniem uwarunkowań wynikających także z kalendarza. Przedmiotowe zamówienie ma charakter skomplikowany, wymagający zastosowania

najnowocześniejszych technologii oraz kwalifikacji i doświadczeń specjalistów, często pochodzących spoza Polski. O złożoności przedmiotu zamówienia przesądza m.in. obszerna dokumentacja przetargowa. Sama ogólna dokumentacja techniczna oraz Istotne Postanowienia Umowy (dalej IPU), bez załączników o charakterze technicznym (o które wystąpił Wykonawca), zawiera ponad tysiąc stron (około 1700 stron, dodatkowo część dokumentacji, do której Zamawiający odwoływał się w opisach również nie została na ten moment udostępniona Wykonawcom. Cała dokumentacja została udostępniona jedynie w języku polskim. Wykonawcy zagraniczni, a także wykonawcy krajowi, którzy chcą skorzystać z wiedzy ekspertów zagranicznych muszą zatem dokonać niezbędnych tłumaczeń udostępnionych dokumentów, przy czym z uwagi na techniczny charakter dokumentów oraz ich znaczenie dla dokonania wyceny, tłumaczenia te nie mogą być dokonywane przy użyciu powszechnie dostępnych narzędzi w rodzaju programów do automatycznego tłumaczenia. Wymagają one zaangażowania specjalistycznych tłumaczy, ze względu na to, iż przedmiotem tłumaczenia są komercyjnie wiążące dokumenty, w efekcie analizy których powstać ma wiążąca oferta. Mając na uwadze charakter procesu udzielania zamówień publicznych i związane z nim wymagania rzetelności, należyta staranność przy tłumaczeniu dokumentów jest wymogiem koniecznym i oczywistym.

Przy wyznaczeniu terminu składania ofert należy także uwzględnić ograniczenia wynikające z kalendarza. Termin na złożenie ofert od momentu wysłania ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej wynosi co prawda 42 dni. Jednakże okres - od momentu, kiedy wykonawcy mogli w praktyce dowiedzieć się o wszczęciu Postępowania, a więc od momentu publikacji ogłoszenia, do wyznaczonego dnia składania ofert-wynosi 37 dni. Realny termin, w jakim wykonawcy mogą analizować dokumentację przetargową, jest tylko z tego tytułu krótszy o 5 dni.

W tym okresie wystąpiły dodatkowe dni ustawowo wolne od pracy, a więc 1 listopada 2018 roku, 11 listopada 2018 roku i 12 listopada 2018 roku. Dodatkowo, odliczyć należy także soboty i niedziele, jako dni wolne od pracy. Po odliczeniu dni wolnych od pracy realny termin przewidziany na możliwość oceny dokumentacji oraz na przygotowanie i sporządzenie oferty wynosi tylko 25 dni. Każdy z wykonawców winien dysponować także odpowiednią ilością czasu potrzebnego do analizy dokumentacji oraz zgłaszania istniejących wątpliwości w trybie i na zasadach określonych w art. 38 Pzp. Ostateczne i rzetelne sporządzenie oferty jest bowiem w praktyce możliwe dopiero po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień treści SIWZ. Mając na uwadze ograniczenia wynikające z art. 38 ust. 1 Pzp, z uwagi na wyznaczenie terminu składania ofert na 23 listopada 2018 roku, wykonawcy mają jedynie kilkanaście dni

kalendaryzowych (po odjęciu dni wolnych od pracy zostaje faktycznie niewiele ponad 10 dni roboczych) na dokonanie analiz, tłumaczeń oraz zadanie wymaganych pytań do treści SIWZ. Jest to zdecydowanie za mało dla analizy całej przekazanej wykonawcom dokumentacji oraz przeprowadzenia stosownych uzgodnień z ewentualnymi podwykonawcami, a tym bardziej jest to za mało na rzetelne przygotowanie i skalkulowania konkurencyjnej oferty, a także uzyskanie wszelkich niezbędnych zgód wymaganych przez wewnętrzne procedury u danego wykonawcy. Zamawiający zastosował terminy minimalne, które są nieadekwatne do zakresu zamówienia, jego złożoności i nie przewidują wystarczającego czasu potrzebnego na sporządzenie rzetelnej oferty. Dodatkowo, należy wziąć pod uwagę, że może zaistnieć konieczność skorzystania z podwykonawców przez podmioty składające oferty w Postępowaniu, co jest praktyką powszechną przy zamówieniach o tak złożonym zakresie. Termin składania ofert powinien zatem być wystarczający również dla przeprowadzenia negocjacji biznesowych z takimi podmiotami, których wynik mógłby być następnie odzwierciedlony w złożonej ofercie.

Zamawiający wyznaczając termin na przygotowanie i złożenie oferty nie wziął zatem pod uwagę zasady określonej w art. 9a Pzp. Nie zmienia tej oceny okoliczność publikacji w dniu 18 września 2018 roku wstępnego ogłoszenia informacyjnego o przedmiotowym zamówieniu, gdyż nie zawierało ono szczegółowych informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim nie spełnione zostały przesłanki zastosowania art. 43 ust. 2b pkt 1 Pzp, ponieważ wstępne ogłoszenie informacyjne o zamówieniu nie zostało zamieszczone (opublikowane) na co najmniej 35 dni przed przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (tj. na 35 dni przed 12 października 2018 roku).

Zamawiający nie udostępnił szczegółowej dokumentacji interfejsów istniejących rozwiązań oprogramowania i urządzeń (m.in. znaki zmiennej treści, czy stacje meteo), które pozwoliłyby wszystkim potencjalnym wykonawcom na zapoznanie się z takim materiałem i właściwą wycenę wymaganych prac. Wykonawcy muszą tym samym na własną rękę poszukiwać dokumentów i dostawców tego sprzętu, co także znacznie wydłuża proces analizy i wzmacnia ryzyko nieadekwatnego skalkulowania wartości ofert. Wykorzystanie istniejących rozwiązań pozwoliłoby Wykonawcy na zoptymalizowanie oferty w zakresie dostarczanych urządzeń oraz koniecznych prac projektowych i budowlanych. Skarżone działanie Zamawiającego stanowi także naruszenie jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a mianowicie zasady uczciwej konkurencji. Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w swych wyrokach często stwierdzała, że "(...) wyznaczenie zbyt krótkich terminów składania ofert może naruszać zasadę uczciwej



konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w pewnych przypadkach wręcz ograniczać dostęp do zamówienia.

Dodatkowo, w odniesieniu do pozacenowych kryteriów oceny oferty, Zamawiający oczekuje od wykonawców składających oferty przedłożenia dodatkowych dokumentów służących, ocenie oferty. Są nimi w szczególności opisane w punkcie 19 SIWZ pn. „metodyka realizacji zamówienia” dokumenty uzasadniające szczegółowo przesłanki skrócenia wykonania zamówienia przez oferenta oraz dowodzące kompetencji z dziedziny ITS logicznego modelu danych dla wybranych przez Zamawiającego funkcjonalności modułów centralnych. Przygotowanie obu tych dokumentów jest czasochłonne i wymaga dokładnego zrozumienia zakresu przedmiotu zamówienia, może wymagać konsultacji z zagranicznymi ekspertami, a w przypadku drugiego z dokumentów, w rzeczywistości, wymaga wstępnego zaprojektowania architektury całego systemu. W tak krótkim czasie, jaki Zamawiający przewidział na składanie ofert, jest to praktycznie nierealne.

Zarzut nr 2

Jak wskazuje art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w szczególności spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W niniejszym postępowaniu w Sekcji III.1.3) Pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Pkt 7.2.3)

a) Tom 1 IDW SIWZ, Zamawiający wskazał wymagania dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, które wykonawcy muszą spełniać, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca musi między innymi wykazać, że wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym, o wartości nie mniejszej niż 18 mln PLN brutto, obejmujące łącznie wszystkie niżej wymienione elementy:

- (i) centrum zarządzania lub sterowania ruchem drogowym z minimum trzema stanowiskami dla operatorów, które musiało umożliwiać prezentację danych z systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym na wielkoformatowej ścianie wizyjnej o minimalnych wymiarach: 270x150 cm oraz wybór - scenariusza i procedury zarządzania ruchem,

- (ii) minimum 10 znaków o zmiennej treści realizujących scenariusze zarządzania ruchem, które zostały opracowane i zaimplementowane do systemu centralnego,
- (iii) system wizyjny zbudowany z co najmniej 15 kamer PTZ (z ang. Pan/Tilt/Zoom) monitoringu wizyjnego, w skład którego wchodziła cyfrowa transmisja i rejestracja obrazu, transmisja za pomocą sieci światłowodowej,
- (iv) system pomiaru ruchu z instalacją co najmniej 10 punktów detekcji określającej stan i parametry ruchu.

Zatem, chociaż przedmiot zamówienia dotyczy systemu zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu należących do sieci TEN-T, Zamawiający wymaga, aby wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu legitymowali się jedynie doświadczeniem w zakresie zaprojektowania i wdrożenia systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym na jakichkolwiek drogach. Tak sformułowany warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, gdyż uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a zatem jest sprzeczny z art. 22 ust. 1a Pzp. Zarządzanie ruchem na drogach szybkiego ruchu charakteryzuje się znaczną odrębnością i specyfiką, w porównaniu z zarządzaniem i sterowaniem ruchem na innych drogach (np. ulicach w miastach). Systemy zarządzania ruchem drogowym na drogach szybkiego ruchu (HTMS) mają profil wymagań - mimo, że występują pomiędzy nimi obszary w niewielkim stopniu nakładające się na siebie - zasadniczo odmienny od miejskich systemów zarządzania ruchem (UTMS). Głównym przedmiotem zainteresowania systemów miejskich są sygnalizacje drogowe i sterowanie ruchem drogowym z ich wykorzystaniem. Ich logika biznesowa znajduje się przede wszystkim w sterowniku sygnalizacji, gdzie jest przetwarzana automatycznie z sekundy na sekundę, bez ingerencji człowieka i tylko z rzadką ingerencją systemu centralnego. Plany reagowania na poziomie systemu centralnego są ograniczone lub nie występują w ogóle i są zazwyczaj również przetwarzane automatycznie. Z kolei systemy na drogach szybkiego ruchu w większości nie wykorzystują sygnalizacji świetlnych. Logika biznesowa jest odzwierciedlona przez ogromną liczbę planów/scenariuszy reagowania, które znajdują się w systemie centralnym, zdalnie sterując urządzeniami na poziomie terenu. Typowa skala czasowa to minuty. Systemy na drogach szybkiego ruchu charakteryzują się tym, że to ludzie zawsze są operatorami, a większość planów reagowania wychodzi im naprzeciw w celu podejmowania decyzji. W związku z tym, większość firm z branży ITS specjalizuje się tylko w systemach HTMS lub tylko w systemach UTMS, w szczególności jeśli chodzi o oprogramowanie systemu centralnego. Istnieją wprawdzie międzynarodowi globalni dostawcy, którzy zajmują się obiema domenami, ale także ci utrzymują oddzielne rozwiązania programowe dla systemów HTMS i UTMS oraz związane z nimi działy. Ponieważ kryteria kwalifikacyjne w Postępowaniu przy obecnym

brzmieniu dokumentacji przetargowej i warunku dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu pozwalają na wybór wykonawcy bez doświadczenia z systemami HTMS (lub z doświadczeniem tylko w małych projektach wdrożeniowych) oraz biorąc pod uwagę to, co zostało wyjaśnione powyżej, naraża to Zamawiającego na ryzyka takie jak:

1. uszczerbek dla życia, zdrowia i mienia (system bezpośrednio wysyła polecenia do urządzeń o znaczeniu krytycznym, takich jak znaki ograniczenia prędkości),
2. całkowite niepowodzenie projektu, w szczególności, że projekt jest implementowany jako obsługujący znaczną sieć autostrad dużego kraju, jakim jest Polska, z włączeniem do niego wielu regionalnych ośrodków,
3. utrata współfinansowania UE (wymagająca pomyślniej realizacji projektu do końca 2020 roku),
4. naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez umożliwienie integratorom ITS, którzy nie mają odpowiedniego doświadczenia w zakresie systemów zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu, uniknięcia współpracy z europejskimi ekspertami z dziedziny oprogramowania systemów HTMS. Innymi słowy Wykonawcy nie posiadający doświadczenia w projektowaniu i implementacji systemów zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu nie mają, przy obecnych warunkach udziału, żadnej dodatkowej motywacji do poszukiwania doświadczonego podwykonawcy/partnera w tej dziedzinie. W ten sposób uniemożliwia się firmom specjalizującym się projektowaniu i implementacji HTMS, a np. nie posiadających doświadczenia np. w projektowaniu sieci światłowodowej, dostęp do przedmiotowego zamówienia.

W takiej sytuacji Zamawiający powinien dedykować warunki uczestnictwa w Postępowaniu podmiotom wyspecjalizowanym w systemach HTMS. Można to przykładowo rozwiązać poprzez dodanie kryterium kwalifikacji podmiotowej w brzmieniu: „Wykonawca zamówienia musi wykazać, że wykonał w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu centralnego systemu zarządzania ruchem na drogach szybkiego ruchu (autostrady i/lub drogi ekspresowe) z minimum 2 podcentralami (centrami regionalnymi) i minimum 3 stacjami operatorskimi”, który musiał umożliwiać:

- (i) wyświetlanie danych o zarządzaniu ruchem na wielkoformatowej ścianie wideo,
- (ii) oraz konfigurację i wybór scenariuszy i procedur zarządzania ruchem, uruchamianych jednocześnie przez różnych operatorów ruchu oraz interakcją między nimi w celu zapewnienia kierowcom płynnej i zoptymalizowanej podróży”.

Zarzut nr 3

Zamawiający w § 24 ust. 5 i 9 IPU zawarł listę okoliczności, które uprawniać go będą do odstąpienia od umowy z Wykonawcą, tj. : Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy:

1. Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu w terminie określonym w Umowie Koncepcji Realizacji Umowy;
2. Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu w terminie określonym w Umowie Planu Wdrożenia;
3. Wykonawca nie osiągnie któregokolwiek z Kamieni Milowych nr 1-5 w terminie określonym w Umowie;
4. Kary umowne za niedotrzymanie terminu realizacji któregokolwiek z Kamieni Milowych nr 1-5, przekroczą 20 % wynagrodzenia netto Wykonawcy za realizację tego Kamienia Milowego;
5. zostanie wydany wyrok lub postanowienie zakazujące, choćby tymczasowo, korzystania z Systemu Centralnego;
6. Wykonawca nie zrealizuje w terminie określonym w Zleceniu Usługi Rozwoju Systemu.

W ustępie 9 Zamawiający przyznał sobie prawo do odstąpienia od Umowy w terminie 90 dni. Zamawiający w projekcie IPU przewidział jednostronną możliwość odstąpienia od Umowy i to bez względu na winę Wykonawcy. Nie przewidział takiego uprawnienia po stronie Wykonawcy. Zgodnie z brzmieniem tego paragrafu, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy nawet w przypadku jednodniowego opóźnienia Wykonawcy w dostarczeniu poszczególnych etapów dokumentacji, przewidując jednocześnie nakładanie na Wykonawcę kar umownych. Takie stanowisko wydaje się być skrajnie restrykcyjne i rodzi po stronie Wykonawcy wysokie ryzyko poniesienia szkody, nawet bez jego winy.

Pozbawienie Wykonawców prawa odstąpienia od umowy z tytułu niewywiązywania się przez Zamawiającego z postanowień umownych jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Artykuł 353<sup>1</sup> 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.

KIO 2241/18

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Siemens wskazał m.in.:

Zarzut nr 1.

Dokumentacja przetargu nie zawiera wszystkich danych potrzebnych do oszacowania kosztów realizacji zamówienia i tym samym przedstawienia rzetelnej oferty. Zamawiający

nie uwzględnił w treści SIWZ wymagań i okoliczności mających istotny wpływ na sporządzenie ofert przez Wykonawców. Niedostateczny opis wymagań Zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia może spowodować, że wykonawcy przyjmą zupełnie różne założenia do sporządzenia i kalkulacji ofert, czego konsekwencją może być nieporównywalność złożonych ofert. Z uwagi na nieudostępnienie przez Zamawiającego dokumentacji, dotyczącej infrastruktury, na której mają być wykonane prace objęte niniejszym zamówieniem, Wykonawcy, którzy wykonali istniejącą infrastrukturę, mając większą wiedzę o tejże infrastrukturze i możliwości jej zagospodarowania będą w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców, którzy wezmą udział w postępowaniu w sprawach o udzielenie niniejszego zamówienia. Podmioty dysponujące taką dodatkową wiedzą, będą mogli dokonać dużo dokładniejszej wyceny zakresu prac i potencjalnego ryzyka, a w konsekwencji złożyć lepiej wycenione oferty. Dokumenty bądź elementy opisu przedmiotu zamówienia jakie powinny znaleźć się w treści SIWZ, by możliwe było rzetelne oszacowanie ofert i dlatego udostępnienie poniższych danych/informacji jest istotne dla rzetelnego sporządzenia oferty to:

A. Dokumentacja powykonawcza odcinków dróg, na których mają zostać zainstalowane moduły rozproszone, które mają być rozmieszczone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego znajdujących się w katalogu „Załącznik 3 - Inwentaryzacja\Zasady rozmieszczania klas modułów wdrożeniowych” , w następujących plikach:

1. Warszawa - Klasa\_101\_A plan rozmieszczenia.xls
2. Warszawa - Klasa\_101\_B plan rozmieszczenia.xls
3. Warszawa - Klasa\_101\_C plan rozmieszczenia.xls
4. Warszawa - Klasa\_101\_F plan rozmieszczenia.xls
5. Warszawa - Klasa\_101\_G plan rozmieszczenia.xls
6. Warszawa - Klasa\_102\_A plan rozmieszczenia.xls
7. Warszawa - Klasa\_102\_D plan rozmieszczenia.xls
8. Warszawa - Klasa\_103\_B plan rozmieszczenia.xls
9. Warszawa - Klasa\_104\_B plan rozmieszczenia.xls
10. Warszawa - Klasa\_104\_C plan rozmieszczenia.xls
11. Warszawa - Klasa\_105\_B plan rozmieszczenia.xls
12. Warszawa - KlasajL06\_A plan rozmieszczenia.xls
13. Warszawa - Klasa\_106\_B plan rozmieszczenia.xls
14. Warszawa - KlasajL06\_C plan rozmieszczenia.xls
15. Warszawa - Klasa\_110\_A plan rozmieszczenia.xls
16. Warszawa - Klasa\_III\_A plan rozmieszczenia.xls
17. Warszawa - Klasa\_III\_B plan rozmieszczenia.xls
18. Warszawa - Klasa\_112\_A plan rozmieszczenia.xls
19. Warszawa - Klasa\_114\_A plan rozmieszczenia.xls

20. Warszawa - Klasa\_114\_B plan rozmieszczenia.xls

21. Warszawa - Klasa\_114\_C plan rozmieszczenia.xls

22. Warszawa - Klasa\_115\_A plan rozmieszczenia.xls

23. Warszawa - Klasa\_115\_B plan rozmieszczenia.xls

Powyższe pliki określają lokalizację ponad 700 urządzeń wymaganych do zaprojektowania i wykonania w ramach postępowania. Dokument Zamawiającego pn. „SIWZ-Tom-IV-Formularz-cenowy-pdf” formularz cenowy nr 3 wymaga podania ceny za „Doprowadzenie / wyposażenie odcinków (bramownic, wysięgników, szaf, okablowania)”, w tym: bramownice szt. 119, wysięgniki, szt. 89; szafy kpi. 518. Powyższe wskazuje na rozmiar koniecznych do przeprowadzenia analiz.

Opracowanie projektu i instalacja urządzenia w określonej przez Zamawiającego lokalizacji wymaga sprawdzenia, czy są rezerwy terenowe na posadowienie fundamentu wymaganej konstrukcji wsporczej, możliwości doprowadzenia zasilania i światłowodu, czy istnieje i czy jest drożna kanalizacja kablowa. Bez tej wiedzy, wykonawcy nie mogą określić, jaki ma być sposób instalacji urządzeń i związany z tym zakres nakładów, a w konsekwencji kosztów potrzebnych do spełnienia wymagań przetargowych. W wielu przypadkach konieczne będzie przeprowadzenie wizji lokalnej oraz szczegółowego wyjaśnienia lub zmiany wymagań lokalizacji. Przykładowo obecnie przewidziany jest montaż modułów klasy 102\_A i 102\_D na środku mostu Grota Roweckiego w Warszawie (konieczność postawienia bramownic nad wszystkimi pasami ruchu) bez wskazania, czy w konstrukcji mostu zostały przewidziane i wykonane elementy konstrukcyjne (jeśli tak to jakie), które można wykorzystać. W związku z powyższym już na etapie przygotowywania ofert niezbędne jest udostępnienie dokumentacji powykonawczej odcinków dróg, na których mają być rozmieszczone instalacje i urządzenia objęte niniejszym zamówieniem. Wykonawcy muszą wiedzieć, do jakiej infrastruktury muszą się dostosować i w jaki sposób oszacować koszty prac.

Przedmiotowe zamówienie obejmuje powierzchnię ok. 250 km dróg. Brak rzetelnych informacji przy takiej wielkości i złożoności zamówienia, może prowadzić do przyjęcia zupełnie odmiennych założeń realizacji prac, potencjalnych ryzyk co przełoży się na nieporównywalność ofert.

B. Dokumentacja przetargowa nie zawiera postanowień i dokumentów mówiących o zawarciu jakichkolwiek porozumień z innymi niż Zamawiający zarządcami dróg, nie ma określonych wymagań i wytycznych do montażu wskazanych klas modułów wdrożeniowych na drogach innych zarządców dróg, w szczególności w pliku „Warszawa - Klasa\_101\_B plan rozmieszczenia.xls”.

Odwołujący ma wiedzę, że w zarządzie innych niż Zamawiający podmiotów (i co do których Zamawiający nie przedstawił wymagań i wytycznych do montażu wskazanych klas modułów wdrożeniowych) są:

- OID nr 5 moduł w klasie 101 B planowany na DW579 przed węzłem Grodzisk Mazowiecki,
- OID nr 6 moduł w klasie 101 B planowany na DW718 ul. 3 Maja w Pruszkowie,
- OID nr 8 moduł w klasie 101 B planowany na DW579 w Grodzisku Mazowieckim,
- OID nr 9 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Poznańskiej w m. Mory,
- OID nr 17 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Piotra Wysockiego w Warszawie,
- OID nr 20 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Marywilskiej w Warszawie,
- OID nr 23 moduł w klasie 101 B planowany na DW 718 ul. 3 Maja w Pruszkowie,
- OID nr 33 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Wybrzeże Gdańskie w Warszawie,
- OID nr 34 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Jagiellońskiej w Warszawie,
- OID nr 35 moduł w klasie 101 B planowany na ul. Modlińskiej w Warszawie.

Brak pozwolenia oraz określenia szczegółowych warunków instalowania i zabezpieczenia robót nie pozwala na weryfikację możliwości montażu wymaganych urządzeń i wpływa na ryzyko niezrealizowania zadania w wymaganym zakresie. W zawiązku z powyższym Odwołujący wniósł o przedstawienie wymagań i wytycznych do montażu wskazanych klas modułów wdrożeniowych na drogach innych zarządców dróg niż Zamawiający.

C. W § 5 ust. 29 IPU (str. 23) Zamawiający wskazał, że udostępni Wykonawcy posiadaną dokumentację sieci telekomunikacyjnej. Dokumentację powykonawczą sieci telekomunikacyjnej w obszarze wdrożenia modułów rozproszonych Wykonawca powinien otrzymać na etapie przetargu, aby oszacować i skalkulować prace konieczne do wykonania w zakresie ewentualnego uzupełnienia elementów kanałów technologicznych lub ich budowy. Wykonawca musi mieć wiedzę przed złożeniem oferty, czy w miejscach krytycznych takich jak wyżej przywołany Most Grota jest wybudowany kanał technologiczny oraz czy w kanale technologicznym jest wolne miejsce na zaciągnięcie okablowania niezbędnego do skomunikowania i zasilenia urządzeń. Jest to niezbędne do rzetelnego szacowania oferty.

Konieczne jest również posiadanie wiedzy o istniejącym zasilaniu urządzeń przydrożnych, ewentualnych rezerwach pozostawionych w istniejących złączach kablowych podczas budowy/remontów odcinków dróg objętych zamówieniem (patrz Formularz cenowy nr 3 Infrastruktura międzywęzłowa pkt. 3.2.2. Trasy kablowe energetyczne).

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o udostępnienie posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji sieci telekomunikacyjnej w obszarze wdrożenia modułów rozproszonych Wykonawcy, oraz informacji o istniejącym zasilaniu urządzeń przydrożnych, ewentualnych rezerwach pozostawionych w istniejących złączach kablowych podczas budowy/remontów odcinków dróg objętych zamówieniem.

D. Oprócz dokumentacji powykonawczej sieci teletechnicznych przed złożeniem oferty Wykonawca musi mieć wiedzę na temat konstrukcji budynków, w których wymagana jest instalacja Centrów Przetwarzania Danych, więc miejsc, w których mają być

przechowywane i przetwarzane dane na dużą skalę. Wykonawca musi mieć pewność, czy pomieszczenia w obydwu budynkach Centrów Przetwarzania Danych są przystosowane do zabudowy lub doposażenia (w przypadku Centrum Zarządzania Ruchem w Strykowie) w niezbędne urządzenia. Bez takiej wiedzy istnieje ryzyko polegające na konieczności adaptacji dodatkowych pomieszczeń lub nawet przebudowy istniejących budynków w sytuacji, gdy nie jest możliwa zabudowa wszystkich szaf serwerowych ze względu np. na ograniczenie wynikające z nośności stropu pomieszczenia serwerowni.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o udostępnienie posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji budynków, w których wymagana jest instalacja Centrów Przetwarzania Danych.

E. Wykonawca powinien otrzymać na etapie przetargu szczegółowe dane na temat urządzeń sieciowych oraz systemów teleinformatycznych, które posiada Zamawiający. Minimalne dane, na podstawie, których Wykonawca będzie w stanie ocenić, czy urządzenia oraz systemy można ewentualnie wykorzystać przy realizacji przedsięwzięcia to: dokumentacja powykonawcza prezentująca miejsce zabudowy urządzeń i sposób ich podłączenia do aktualnie eksploatowanej infrastruktury Zamawiającego oraz podanie typu urządzenia wraz z załączeniem deklaracji zgodności CE.

F. W § 5 ust. 16, 41 IPU (str. 21, 24 IPU) Zamawiający postawił wymóg, aby w przypadku prowadzenia prac w lokalizacji objętych gwarancją przez stronę trzecią, Wykonawca udzielił Zamawiającemu gwarancji w zakresie, w jakim Zamawiający utraci dotychczasowe uprawnienia. Jednak Zamawiający nie przedstawił żadnych informacji na temat warunków gwarancyjnych dla poszczególnych obiektów. Wobec powyższego nie jest możliwe oszacowanie zobowiązań, które Wykonawca będzie musiał przejąć w okolicznościach opisanych przez Zamawiającego, bez szczegółowych informacji na temat warunków gwarancyjnych dla poszczególnych obiektów, w których Wykonawca będzie prowadził prace. Dlatego też do niezbędnego oszacowania oferty niezbędne jest udostępnienie przez Zamawiającego informacji na temat warunków gwarancyjnych dla poszczególnych obiektów, w których Wykonawca będzie prowadził prace.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o udostępnienie informacji na temat warunków gwarancyjnych dla poszczególnych obiektów, w których Wykonawca będzie prowadził prace. Alternatywnie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez usunięcie § 5 ust 16 i 41 IPU. Wymogi wynikające z tych postanowień są nieproporcjonalne z punktu widzenia celu niniejszego zamówienia. Postanowienia te mogłyby prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, mimo prawidłowego wykonywania



umowy, mógłby stać się odpowiedzialny za wady np. nawierzchni dróg ekspresowych lub elementów konstrukcyjnych mostów.

G. W § 5 ust. 12 IPU Wykonawca został zobowiązany do opracowania wykazu Infrastruktury sprzętowej niezbędnej do wybudowania lub instalacji i uruchomienia, w szczególności w pasie drogowym, w Krajowym Centrum Zarządzania Ruchem lub Centrum Zarządzania Ruchem, który będzie kompletny i wystarczający dla spełnienia wymogów funkcjonalnych i niefunkcjonalnych dla Systemu zawartych w OPZ (Rozdz. 2).

Wykonawca został również zobowiązany do zapewnienia, że Infrastruktura sprzętowa będzie wystarczająca do należytego wykonania Umowy, w tym także dla należytego zarządzania ruchem drogowym. Dla celów realizacji tego obowiązku Zamawiający udostępnił dokument w postaci „Planu Rozmieszczenia Klas modułów wdrożeniowych w pasie drogowym”, stanowiącym Załącznik nr 6 do Umowy. Wykonawcy są uprawnieni do posłużenia się dokumentem przekazanym przez Zamawiającego w celu opracowania wykazu. Opracowany Wykaz Infrastruktury sprzętowej podlega odbiorowi zgodnie z procedurą wskazaną w § 9 Umowy. Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający może wymagać w ramach ww. postępowania instalacji nieznaney ilości dodatkowych elementów w pasie drogowym w celu „należytego wykonania Umowy, w tym także dla należytego zarządzania ruchem drogowym”. Wyjaśnienie wymagań Zamawiającego w kwestii ilości, lokalizacji i rodzaju modułów wdrożeniowych rozproszonych jest kluczowe w celu oszacowania wartości oferty. Do SIWZ nie został załączony Załącznik nr 6 do Umowy tj. Plan Rozmieszczenia Klas modułów wdrożeniowych w pasie drogowym”. Odwołujący wniósł o jego załączenie.

H. W § 2 ust. 5 i 6 IPU Zamawiający wymaga, aby na okoliczność opóźnienia w przekazaniu Wykonawcy budynku, w którym Wykonawca ma wykonać główne prace budowlane, wykończeniowe, instalacyjne oraz konfiguracyjne Wykonawca zrzekł się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego. Z drugiej Zamawiający zaproponował, aby w takim przypadku możliwa była zmiana Umowy w zakresie jej przedmiotu poprzez określenie innej lokalizacji KCZR o charakterze tymczasowym lub poprzez zmianę sposobu wykonania tego zobowiązania przez Wykonawcę.

W sytuacji, gdy na etapie przetargu nie jest znana alternatywna lokalizacja KCZR nie da się oszacować kosztów, jakie Wykonawca może ponieść w sytuacji, kiedy wyżej opisane ryzyko się zmaterializuje.

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie treści SIWZ i wskazanie alternatywnej lokalizacji oraz o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ przez usunięcie ostatniego zdania w § 5 ust. 5 IPU.

I. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie m.in. odpowiedzialny za zaprojektowanie i wdrożenie Systemu Centralnego, do którego w ramach innych projektów inwestycyjnych lub innych postępowań przetargowych będą dołączane

kolejne systemy (Moduły wdrożeniowe w nomenklaturze umownej). Zgodnie z § 5 pkt. 65 IPU Wykonawca będzie zobowiązany do integracji Centrów Zarządzania Ruchem z Regionalnych Projektów Wdrożeniowych, z Systemem Centralnym. Bez informacji na temat liczby i rodzaju urządzeń, które będą podłączone do poszczególnych Centrów Zarządzania Ruchem z Regionalnych Projektów Wdrożeniowych nie ma możliwości skalkulowania kosztów dotyczących:

- prac projektowych, konfiguracyjnych i integracyjnych niezbędnych do wykonania połączenia Systemu Centralnego z Centrami Zarządzania Ruchem z regionalnych Projektów Wdrożeniowych,
- złożoności, wielkości, a tym samym licencji na bazy danych niezbędne w Centrum Przetwarzania Danych,
- w konsekwencji - całości infrastruktury sprzętowej w Centrach Przetwarzania Danych (liczby serwerów, macierzy, urządzeń transmisji danych) oraz systemów operacyjnych i oprogramowania towarzyszącego, które należy zainstalować na przywołanej infrastrukturze.

Odwołujący wniósł o uzupełnienie SIWZ o informacje na temat liczby i rodzaju urządzeń, które będą podłączone do poszczególnych Centrów Zarządzania Ruchem z Regionalnych Projektów Wdrożeniowych. Bez przedmiotowych danych nie jest możliwe rzetelne przygotowanie „Metodyki realizacji zamówienia”.

Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Nie zawiera bowiem wyczerpujących informacji na temat wymagań i okoliczności mających istotny wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzut nr 2.

Zgodnie z art. 9a ust. 1 Pzp „Wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, Zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert”. Przedmiotowe zamówienie obejmuje ok. 250 km siatki dróg, wymaga współpracy specjalistów z różnych dziedzin, analizy danych z różnych dziedzin począwszy od prac budowlanych, a skończywszy na pracach telekomunikacyjnych, wymaga odpowiedniego doboru przyjętych rozwiązań w celu spełnienia wymagań SIWZ. Temat postępowania jest bardzo złożony i wymaga konsultacji z specjalistami z wielu obszarów oraz szczegółowe analizy materiałów udostępnionych przez Zamawiającego. W tym postępowaniu istnieje wiele kwestii wymagających uzupełnienia. O skali przedsięwzięcia świadczy zakres przedstawiony w opisie przedmiotu zamówienia w tym ponad 700 urządzeń wymaganych do zaprojektowania i urządzeń Wobec powyższych okoliczności, w ocenie Odwołującego wyznaczony przez Zamawiającego 37-dniowy termin na przygotowanie oferty jest po prostu za krótki i nieadekwatny do przedmiotu akurat niniejszego Zamówienia

i uniemożliwia w istocie udział w postępowaniu i uzyskanie zamówienia przez podmioty zdolne do realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający na podstawie art. 13 Pzp zamieścił wstępne ogłoszenie o planowanym niniejszym zamówieniu, jednak nie zawierało ono żadnych danych, które umożliwiłyby wcześniejsze podjęcie prac nad przygotowaniem i oszacowaniem ofert. Wykonawcy, jako profesjonaliści obserwujący wydarzenia na rynku mieli świadomość, że takie postępowanie zostanie ogłoszone ponieważ jest ono częścią dużego projektu, jednak by rzetelnie przygotować ofertę wykonawcy potrzebują zdecydowanie więcej czasu niż 37 dni. Wskazujemy, że minimalny termin określony przez ustawodawcę to 40 dni i dotyczy on również mało skomplikowanych zamówień np. na dostawy produktów. Ze względu na zakres postępowania oraz jego stopień skomplikowania analiza wymagań Zamawiającego jest czasochłonna i wymaga współpracy wielu specjalistów z różnych dziedzin. Dopiero na tej podstawie będzie możliwe przygotowanie rzetelnej oferty.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył art. 9a ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ przez określenie zbyt krótkiego, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia czasu na przygotowanie ofert uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez podmioty zdolne do realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu składania ofert do 21 grudnia 2018 r. lub później.

9 listopada 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na oba odwołania. Uwzględniając zarzuty obu odwołań w zakresie dotyczącym zbyt krótkiego terminu składania ofert Zamawiający wydłużył ten termin do 4 stycznia 2019 r.

Zamawiający oświadczył ponadto, że nie uwzględnia zarzutów nr 2 i 3 odwołania KIO 2225/18 wniesionego przez Odwołującego Kapsch.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 1 odwołania KIO 2241/18 wniesionego przez Odwołującego Siemens w zakresie punktów A, C, D, E, F, G oraz I. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu nr 1 odwołania KIO 2241/18 w zakresie punktów B i H.

Odwołujący Kapsch w odpowiedzi oświadczył, że w całości podtrzymuje zarzuty odwołania KIO 2225/18 i wniósł o jego uwzględnienie. Odwołujący Siemens oświadczył, że podtrzymuje zarzut nr 1 pkt B i H odwołania KIO 2241/18 i wniósł o ich uwzględnienie.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

KIO 2225/18

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3 odwołania.

W zakresie zarzutu nr 2 tj. zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez określenie przez Zamawiającego warunku udziału wykonawców w postępowaniu, wskazanego w Sekcji III.1.3) Pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Pkt 7.2.3) a) Tom 1 IDW SIWZ, w sposób zbyt ogólny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania. Odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 zmierzało do zaostżenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a zatem do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu. Z art. 179 ust. 1 Pzp wynika, że dla uznania legitymacji materialnej odwołującego do skorzystania z środków ochrony prawnej muszą zaistnieć kumulatywnie dwie przesłanki – interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego. Kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu w żadnym stopniu nie ogranicza mu możliwości złożenia ważnej oferty, nie utrudnia mu także udziału w postępowaniu. Nie została zatem wypełniona przesłanka możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Brak wykazania legitymacji materialnej z art. 179 ust. 1 Pzp stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do odstąpienia od merytorycznej oceny zarzutów. Z powyższego względu Izba uznała, że zarzut nr 2 podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania.

**Zarzut naruszenia art. 43 ust. 2 Pzp w zw. z art. 9a ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie terminu na złożenie ofert na dzień 23 listopada 2018 roku, który to termin jest terminem zbyt krótkim nie potwierdził się.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 października 2018 r. pod nr 2018/S 200-454834. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 23 listopada 2018 r., godzina 11.00. 8 listopada 2018 r. Zamawiający upublicznił

na swojej stronie internetowej informację o zmianie terminu składania ofert na 4 stycznia 2019 r., godzina 11.00. Informacja o zmianie terminu składania ofert została również przekazana wszystkim zainteresowanym wykonawcom w drodze publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Ogłoszenia 10 listopada 2018 r. zmian lub dodatkowych informacji pod numerem 2018/S 217-497275. Zmiana była efektem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących zbyt krótkiego terminu składania ofert podnoszonych przez obu Odwołujących. Pierwotny termin – 37 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu został wydłużony do 79 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Izby o ile pierwotny termin był zbyt krótki w stosunku do przedmiotu zamówienia i stopnia jego złożoności, o tyle, po wskazanej wyżej zmianie stał się adekwatny do potrzeb wykonawców, w szczególności do rzetelnego przygotowania ofert.

Art. 43 ust. 2 Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Art. 9a ust. 1 Pzp stanowi, że wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.

Zamawiający nie naruszył żadnego z powyższych przepisów Pzp. Nie doszło też do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

**Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc przez przyznanie Zamawiającemu zbyt ogólnie sformułowanego oraz jednostronnego prawa do odstąpienia od umowy, o którym mowa w § 24 ust. 5 i 9 IPU, Tom II SIWZ, za niezrealizowanie poszczególnych elementów umowy nawet z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, co w konsekwencji narusza zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia i zasady swobody umów nie potwierdził się.**

Istotne Postanowienia Umowy w § 24 regulują zasady odstąpienia od umowy. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia stanowią:

„5. Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy:

- 1) Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu w terminie określonym w Umowie Koncepcji Realizacji Umowy,

- 2) Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu w terminie określonym w Umowie Planu Wdrożenia,
- 3) Wykonawca nie osiągnie któregokolwiek z Kamieni Milowych nr 1 - 5 w terminie określonym w Umowie,
- 4) Kary umowne za niedotrzymanie terminu realizacji któregokolwiek z Kamieni Milowych nr 1 — nr 5, przekroczą 20 % wynagrodzenia netto Wykonawcy za realizację tego Kamienia Milowego,
- 5) zostanie wydany wyrok lub postanowienie zakazujące, choćby tymczasowo, korzystania z Systemu Centralnego,
- 6) Wykonawca nie zrealizuje w terminie określonym w Zleceniu Usługi Rozwoju Systemu.

9. Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu którejkolwiek z przyczyn, o której mowa w ust. 8 powyżej”. § 24 IPU nie zawiera ustępów od 6 do 8. Biorąc pod uwagę treść całego § 24 IPU oraz jego sens i cel Izba uznała, że punkt 9 zawiera odwołanie do ustępu 5, wskazanie ustępu 8 w § 24 ust. 9 jest omyłką.

Katalog przyczyn stanowiących podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego uregulowany jest w sposób zgodny z prawem. W żaden sposób nie narusza praw wykonawców. Zamawiający jest uprawniony do zabezpieczenia swoich praw przez sformułowanie odpowiedniego katalogu kar umownych. Ma również obowiązek wskazania przesłanek i okoliczności w jakich odstąpi od umowy, o ile przewiduje taką możliwość.

Żadna z przesłanek zawartych w § 24 ust. 5 nie zaburza równowagi stron umowy.

Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp stanowi:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby zaskarżone przez Odwołującego Kapsch postanowienia umowy nie naruszają dyspozycji przywołanego przepisu. Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

KIO 2241/18

Postępowanie odwoławcze, w części obejmującej zarzut nr 1 odwołania - tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp przez niewyczerpujące, niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia - punkty A, C, D, E, F, G oraz J i zarzut

nr 2 odwołania - tj. zarzut naruszenia art. 9a ust. 1 Pzp przez określenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert, podlegało umorzeniu. Zamawiający uwzględnił bowiem powyższe zarzuty. Z uzasadnienia uchwały SN z 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15 wynika, że rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania winno znaleźć się w sentencji wyroku, nie zaś w jego uzasadnieniu, wobec czego Izba orzekła jak sentencji.

Pozostałe zarzuty odwołania – tj. zarzut nr 1, punkty B i H nie potwierdziły się.

Oceniając zarzut z punktu B, tj. brak postanowień i dokumentów mówiących o zawarciu jakichkolwiek porozumień z innymi niż Zamawiający zarządcami dróg oraz brakiem określonych wymagań i wytycznych do montażu wskazanych klas modułów wdrożeniowych na drogach innych zarządców dróg, w szczególności w pliku „Warszawa - Klasa\_101\_B plan rozmieszczenia.xls” Izba doszła do przekonania, że postępowanie Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów prawa, w szczególności wskazanych w odwołaniu, tj. art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia na realizację zadania w formule „zaprojektuj i wybuduj” to uprawniony jest do przerwania na wykonawcę kwestii uzgodnień i porozumień z innymi niż Zamawiający zarządcami dróg. Jest to o tyle uzasadnione, że z natury formuły „zaprojektuj i wybuduj” wynika pewien stopień ogólności opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający określa ogólne założenia oraz podstawowe parametry, natomiast wszelkie szczegóły techniczne ujawniane są dopiero na etapie fazy projektowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem przed tą fazą Zamawiający nie zna wszystkich danych technicznych i założeń konstrukcyjnych, niezbędnych do przeprowadzenia żądanych przez Odwołującego Siemens uzgodnień z innymi zarządcami dróg. Żądanie Odwołującego byłoby uzasadnione, gdyby Zamawiający najpierw uzyskał szczegółowy projekt, a następnie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie przedmiotu tym projektem opisanego. W takiej sytuacji, zgodnie z normą wyrażoną w przepisach art. 29 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 2 Pzp obowiązkiem Zamawiającego byłoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie budzący wątpliwości – czyli na gruncie przedmiotowej sprawy dokonanie wszelkich uzgodnień z innymi zarządcami dróg, które mają być objęte pracami.

Argumenty Odwołującego oraz przystępujących po jego stronie uczestników postępowania zmierzające do wykazania, że bez dokonania uprzednich uzgodnień przez Zamawiającego niemożliwa jest prawidłowa wycena ofert w ocenie Izby są nietrafne. Formuła „zaprojektuj i wybuduj” obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią „z góry” przewidzieć jakie koszty będą związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia,

z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Konsekwencją dla Zamawiającego są oczywiście wyższe ceny w składanych ofertach, ale również zminimalizowanie ryzyka wystąpienia utrudnień przy realizacji przedmiotu zamówienia związanych z ujawnieniem ewentualnych błędów projektowych. Ponadto z formułą „zaprojektuj i wybuduj” związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy jakie rozwiązania techniczne przyjmie wybrany wykonawca, więc prowadzenie uzgodnień z innymi zarządcami dróg na tym etapie byłoby niecelowe.

W zakresie zarzutu nr 1 punkt H - § 2 Istotnych Postanowień Umowy – „Przedmiot umowy” stanowi:

- „1. Przedmiotem niniejszej Umowy jest zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie i uruchomienie, w terminach, w zakresie i na warunkach szczegółowo wskazanych w niniejszej Umowie i Załącznikach, Systemu Centralnego, stanowiącego część Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem Drogowym, w obszarze Centralnego Projektu Wdrożeniowego, a także zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z dostosowaniem Krajowego Centrum Zarządzania Ruchem na potrzeby Zamawiającego, w celu uruchomienia i zarządzania usługami ITS w skali całego kraju.
2. W skład przedmiotu Umowy w zakresie podstawowym wchodzi w szczególności: (...)
  - 5) utworzenie CPD w Krajowym Centrum Zarządzania Ruchem oraz zapasowego CPD w Centrum Zarządzania Ruchem w Strykowie, w sposób zapewniający w szczególności bezpieczeństwo wszelkich gromadzonych Danych; (...)
5. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że adaptacja KCZR i realizacja CPD w KCZR uzależniona jest od wykonania robót przez osobę trzecią, w sposób umożliwiający dokonanie przez Zamawiającego odbioru budynku przeznaczonego na KCZR. W przypadku zmiany terminów związanych z odbiorem budynku przez Zamawiającego, termin realizacji prac adaptacyjnych w KCZR i utworzenia przez Wykonawcę CPD w KCZR ulega automatycznemu przesunięciu o czas takiej zmiany, na co Wykonawca niniejszym wyraża zgodę. Wykonawcy nie przysługują z tego tytułu żadne roszczenia wobec Zamawiającego, w szczególności roszczenie odszkodowawcze.
6. W przypadku, jeśli przesunięcie terminów związanych z odbiorem budynku przeznaczonego na KCZR jest tak dalekie, że nie jest możliwe wykonanie CPD w ramach Umowy w terminie w niej określonym, Wykonawca lub Zamawiający powiadomi o tym drugą Stronę, z zachowaniem formy pisemnej. Strony zgodnie postanawiają, że w takim przypadku możliwa jest zmiana Umowy w zakresie



jej przedmiotu poprzez określenie innej lokalizacji KCZR o charakterze tymczasowym lub poprzez zmianę sposobu wykonania tego zobowiązania przez Wykonawcę”, gdzie CPD to zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 8 IPU „Centrum Przetwarzania Danych - pomieszczenia (lub pomieszczenie) odpowiednio zaadaptowane i wyposażone przez Wykonawcę na potrzeby przetwarzania Danych, zlokalizowane w obiekcie KCZR i CZR w Strykowie, w którym będą gromadzone i przetwarzane Dane pobierane przez System Centralny lub do niego zmigrowane”.

Izba uznała, że wobec literalnego brzmienia oraz celu regulacji wskazanej w § 5 ust. 5 i 6 IPU żądania doprecyzowania treści SIWZ i wskazania alternatywnej lokalizacji oraz nakazania Zamawiającemu zmiany SIWZ przez usunięcie ostatniego zdania w § 5 ust. 5 IPU są niezasadne. Alternatywna lokalizacja budynku, o którym mowa w § 5 ust. 5 i 6 IPU na obecnym etapie postępowania nie są znane Zamawiającemu. Treść ust. 6 zaskarżonego postanowienia jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający zastrzega, że w sytuacji niemożności wykonania CPD w terminie określonym w umowie dla celu prawidłowej jej realizacji, w porozumieniu z wykonawcą, tj. w drodze zawarcia aneksu do umowy, określona zostanie inna, alternatywna w stosunku do pierwotnej lokalizacja budynku przeznaczona na KCZR. Zatem do czasu wypełnienia przesłanek z § 5 ust. 6 IPU wskazywanie alternatywnej lokalizacji przedmiotowego budynku nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia konstrukcji oferty i prawidłowej jej wyceny.

Żądanie usunięcia ostatniego zdania § 5 ust. 5 IPU również jest niezasadne. Wobec uzależnienia terminowej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie adaptacji KCZR i realizacji CPD w KCZR od podmiotu trzeciego, postanowienie zawarte w ostatnim zdaniu § 5 ust. 5 IPU jest uzasadnione i w żaden sposób nie godzi w interesy wykonawcy, w szczególności, że Zamawiający w ust. 6 określił procedurę na wypadek sytuacji, gdyby w wyniku działań lub zaniechań podmiotu trzeciego wskazanego w ust. 5, terminowa realizacja zadania stała się niemożliwa.

W zaskarżonych postanowieniach IPU Izba nie dopatrzyła się żadnego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp stanowiącego, że:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Badane postanowienia IPU nie naruszają również wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**