

Sygn. akt: KIO 2547/17

WYROK
z dnia 18 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 grudnia 2017 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **Strabag Projekt Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule partnerstwa publiczno – prywatnego”

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX D Spółka z o.o. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu związanego z odpowiedzią na pytanie nr 6 z dnia 21.11.2017r. i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie zakresu odcinków dróg przeznaczonych do utrzymania i przebudowy w pierwszych 4 latach obowiązywania umowy. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Projekt Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** na rzecz wykonawcy - **Strabag Projekt Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 18 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2547/17

Zamawiający – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule partnerstwa publiczno – prywatnego”

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości **powyżej** kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 02.04.2015 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu **04.04.2015** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2015/S 067-117546.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp sprzed nowelizacji, tj. przed wejściem w życie nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), jak również przepisy dotychczasowych dyrektyw, tj. dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1), które utraciły swoją moc z dniem 18.04.2016 r.

W dniu **22.11.2017 r.** Zamawiający przesłał wykonawcom odpowiedzi na pytania o numerach 6, 268, 365, 595, 596, 597, 679 oraz 604 dokonując modyfikacji opis przedmiotu zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01.12.2017 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **Strabag Projekt Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** na czynności Zamawiającego polegające na dokonaniu modyfikacji SIWZ poprzez odpowiedzi na pytania nr 6, nr 268, nr 365, nr 595, 596, 597, nr 679, nr 604

modyfikujące opis przedmiotu zamówienia w ten sposób, że zdaniem Odwołującego, jest on niejednoznaczny i nie zawiera dokładnych określeń oraz nie określa konkretnie zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że czynności Zamawiającego naruszają następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz przy pomocy niedokładnych określeń,
- 2) art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący sformułował następujących wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
 - wskazanie w kilometrach długości dróg do przebudowy wraz z podaniem dokładnej lokalizacji odcinków tych dróg oraz wskazanie w kilometrach długości dróg do utrzymania wraz z podaniem dokładnej lokalizacji tych dróg,
 - ewentualnie wskazanie dokładnej lokalizacji odcinków dróg do przebudowy oraz dróg do utrzymania ze wskazaniem, iż konieczność wykonania przebudowy na odcinkach niewskazanych przez Zamawiającego stanowić będzie robotę dodatkową w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - wskazanie granic pasa drogowego oraz ilości drzew i krzewów do utrzymania w trakcie realizacji zamówienia, oraz przekazanie inwentaryzacji pasa drogowego,
 - wskazanie, jakie parametry użytkowe powinny spełniać Drogi PPP i które nieruchomości powinny być wykorzystane do ich budowy,
 - przekazanie warunków gruntowo - wodnych dla Dróg PPP,
 - wskazanie dokładnej ilości zjazdów do przebudowy na Drogach PPP,

Terminy:

22.11.2017r. - Zamawiający przesłał drogą elektroniczną odpowiedzi na pytania.

W odwołaniu zostało wskazane, że wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP. Odwołujący wskazał, że składając odwołanie w dniu 01 grudnia 2017 r. czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołujący jest uprawniony do złożenia oferty w postępowaniu. Niezgodny z przepisami Ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty przez Odwołującego a w konsekwencji naraża go na poniesienie szkody w postaci kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu w szczególności poprzez utrudnienie skalkulowania ryzyka wykonawcy. Ponadto niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję co naraża Odwołującego na udział w postępowaniu, które może być z tego powodu unieważnione w przyszłości. Następnie Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia jego odwołania i nakazania Zamawiającemu korekty opisu przedmiotu zamówienia ma on szanse na pozyskanie niniejszego zadania do realizacji.

Uzasadnienie:

Ogłoszeniem z dnia 04.04.2015 roku Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu wszczął postępowanie pod nazwą: Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule partnerstwa publiczno - prywatnego. Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie na podstawie Ustawy PPP w formie dialogu konkurencyjnego, do którego zastosowanie mają przepisy Ustawy PZP.

W trakcie postępowania Wykonawcy uprawnieni byli do zadawania Zamawiającemu pytań dotyczących treści SIWZ.

W dniu 22.11.2017 roku Zamawiający przekazał wykonawcom odpowiedzi na pytania, które zawierały modyfikacje i wyjaśnienia treści SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący odpowiedzi na pytania zmieniły opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wprowadzone zmiany i wyjaśnienia do opisu przedmiotu zamówienia powodują, że jest on niejednoznaczny i nie zawiera dokładnych określeń, co utrudnia złożenie oferty i uczciwą konkurencję.

Uzasadnienie zarzutów.

1. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 6.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający określił długość dróg do przebudowy i utrzymania (główny zakres zobowiązania potencjalnego wykonawcy) w taki sposób, że podał minimalne długości określając jednocześnie łączną długość dróg tak, że nie można stwierdzić jaka dokładnie długość dróg powinna być przyjęta do wyceny w zakresie przebudowy, a jak w zakresie utrzymania.

Zdaniem Odwołującego z treści odpowiedzi na pytanie nr 6, którą poniżej Odwołujący cytuje w całości wynika, że do wyceny przebudowy dróg należy przyjąć minimum 104 km (Drogi Grupy I wg. definicji zawartej w Umowie) a do wyceny utrzymania dróg długość 74 km (Drogi Grupy II wg. definicji zawartej w Umowie) przy czym całkowita długość Dróg PPP (zgodnie z definicją są to łącznie Drogi Grupy I i Drogi Grupy II) wynosi 187, 450 km.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podany w odpowiedzi zakres minimalny Dróg Grupy I i Grupy II wynosi łącznie 178 km a łączny zakres Dróg PPP podany przez Zamawiającego jest o 9,450 km (dziewięć kilometrów i czterysta pięćdziesiąt metrów) dłuższy, co oznacza, że w zakresie 9 kilometrów i 450 metrów wykonawca nie wie jakie roboty należy zaplanować do wykonania.

W ocenie Odwołującego nie jest zatem jednoznacznie określone, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie przebudowy i utrzymania. W konsekwencji wykonawcy mogą przyjąć do wyceny różne długości dróg do utrzymania albo do przebudowy a co za tym idzie oferty wykonawców będą nieporównywalne i niekonkurencyjne.

Okolicznością bezsporną, zdaniem Odwołującego, jest, to że koszt wyceny przebudowy drogi jest niższy od kosztu wyceny utrzymania drogi, co bezpośrednio wpływa na wartość całej oferty. Przyjęcie przez wykonawców różnych odcinków z różnym zakresem do wykonania (przebudowa lub utrzymanie) spowoduje, że każdy z wykonawców będzie wyceniał inny przedmiot zamówienia.

Nadto, tak nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia doprowadzi do sytuacji, że wykonawca, który przyjmie minimalne długości dróg do przebudowy i utrzymania zobowiązany będzie do wykonania pełnego zakresu 187,450 km całkowitej długości Dróg PPP w istocie nie wyceni wszystkich robót do wykonania, których będzie zobowiązany umową.

Brak wskazania precyzyjnej lokalizacji odcinków do przebudowy oraz oddzielnie do utrzymania również powoduje, zdaniem Odwołującego, że każdy z wykonawców nie tylko wyceni inne długości dróg ale też różne lokalizacje tych dróg co powoduje, że oferty wykonawców będą nieporównywalne.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia Zamawiający zobowiązany jest wskazać bardzo precyzyjnie długość i lokalizację drogi oraz określić zakres robót do wykonania. W tym celu Zamawiający powinien wykonać szczegółową inwentaryzację stanu dróg i określić zapotrzebowanie na dany rodzaj usługi. W konsekwencji niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i niewskazanie konkretnej drogi do przebudowy lub utrzymania doprowadzi do sytuacji, że wykonawca będzie wykonywał inny zakres robót niż wycenił o czym przekona się dopiero w trakcie realizacji umowy albo też będzie zobowiązany do wykonania przebudowy drogi, która tego nie wymaga.

Odwołujący podniósł, że brak inwentaryzacji stanu dróg uniemożliwia zgodne z Ustawą PZP opisanie przedmiotu zamówienia i naraża Zamawiającego oraz wykonawcę zamówienia na potencjalne sporu co do zakresu Umowy. Wykonawca nie jest w stanie oszacować swojego ryzyka a co za tym idzie przygotować prawidłowej oferty.

W ocenie Odwołującego to Zamawiający powinien określić swoje potrzeby odnośnie zakresu prac do wykonania i przyjąć na siebie odpowiedzialność za prawidłowe wskazanie dróg do przebudowy i utrzymania. Wszelkie roboty wynikające z niewłaściwego wskazania odcinków do przebudowy winny być traktowane jako roboty dodatkowe wykraczające poza przedmiot zamówienia. Wykonawca nie jest zarządcą drogi i nie ma możliwości określenia na etapie przygotowanie oferty, które drogi przeznaczone są do przebudowy, a które tylko do utrzymania.

Poniżej Odwołujący zacytował odpowiedź nr 6:

Odpowiedź na pytanie nr 6

„Zamawiający częściowo uwzględnił uwagę Wykonawcy i dokonał odpowiednich zmian w Punkcie 30 IPU. Co do zakresu utrzymania oraz wobec szeregu wątpliwości Wykonawców odnośnie właściwej alokacji dokonanej przez Zamawiającego Dróg PPP do Dróg Grupy I lub Dróg Grupy II na obecnym etapie Postępowania Zamawiający zdecydował o pozostawieniu Wykonawcom możliwości dokonania samodzielnej alokacji Dróg PPP do właściwej grupy, przy jednoczesnym ustaleniu minimalnej liczby kilometrów do Przebudowy i Utrzymania (tj. 104 km w Grupie I) i minimalnej liczby przeznaczonej wyłącznie do Utrzymania (tj. min. 74 km w Grupie II), przy czym całkowita długość Dróg PPP wynosi 187,450 km.

Bez zmiany pozostaje pierwotne założenie, że Wykonawcy zobowiązani będą do doprowadzenia Dróg PPP w terminie 4 lat do wymaganych standardów. Nadal zgodnie z kryteriami oceny ofert Wykonawcy zasadniczo konkurować będą wysokością Wynagrodzenia.

Wykonawcy po przeprowadzeniu we własnym zakresie inwentaryzacji Dróg PPP dokonają w określonym w Umowie terminie alokacji Dróg Grupy II do Grupy I (jeżeli będzie miało to

zastosowanie) wedle ocen Wykonawcy. Wszelkie oświadczenia Podmiotu Publicznego odnoszące się do Dróg Grupy I lub Dróg Grupy II będą adekwatne do Dróg PPP alokowanych w ten sposób przez Partnera Prywatnego (np. w zakresie nośności).

Zamawiający dokonał odpowiednich zmian do IPU.

Jednocześnie na potrzeby przygotowania i porównania ofert oraz późniejszego dokonywania rozliczeń, Wykonawcy zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą wskażą w Formularzu Ofertowym liczbę kilometrów Dróg Grupy I oraz Dróg Grupy II, którym odpowiadać będą wartości poszczególnych składowych Wynagrodzenia. Wskazany kilometraż musi mieścić się w przedziałach wskazanych przez Zamawiającego (minimum 104 km do Przebudowy i Utrzymania, oraz minimum 74 km wyłącznie do Utrzymania, przy czym całkowita długość Dróg PPP wynosi 187,450 km).

Zamawiający dokonał odpowiednich zmian do Załącznika Nr 9 pn. "Wynagrodzenie. Mechanizm Płatności" oraz SIWZ. "

2. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 268.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na pytanie o ilości i lokalizację drzew i krzewów, które zostaną przekazane do utrzymania Partnerowi Prywatnemu, Zamawiający wyjaśnił, (odpowiedź zacytowana poniżej), że to Partner Prywatny ma dokonać inwentaryzacji zieleni we własnym zakresie.

Odwołujący wskazał, że przeprowadzenie takiej inwentaryzacji jest niemożliwe ponieważ Zamawiający nie określił granic pasa drogowego do utrzymania a w związku z tym nie jest możliwe określenie gdzie i w jakim zakresie należy przeprowadzić inwentaryzację i w jakim zakresie świadczyć usługę utrzymania drogi. Taki stan rzeczy skutkuje tym, że Odwołujący nie może przygotować prawidłowo oferty i skalkulować swojego ryzyka. Wynika to z faktu, że nie jest możliwe oszacowanie kosztów wykonania usługi jeżeli nie jest znany zakres usługi do wykonania.

Poniżej Odwołujący zacytował pytanie nr 268 i odpowiedź na to pytanie.

Zał. nr 7 do SIWZ - Standardy utrzymania dróg

5.2.5 Prosimy o przekazanie informacji o ilości i lokalizacji drzew i krzewów, które zostaną przekazane do utrzymania Partnerowi Prywatnemu, a po zakończeniu umowy będą musiały zostać przekazane do Partnera Publicznego?

Odpowiedź na pytanie nr 268.

Partner Prywatny sporządza inwentaryzację zieleni we własnym zakresie.

O słuszności argumentacji Odwołującego w zakresie konieczności sporządzenia inwentaryzacji pasa drogowego świadczy, jego zdaniem, odpowiedź nr 510, w której Zamawiający potwierdził, że dopiero oznacza granice pasa drogowego.

Zamawiający skorygował wykaz działek leżących w Pasie Drogowym Dróg PPP. Dodatkowo, Zamawiający rozpoczął i kontynuuje oznaczanie granic pasa drogowego dla dróg PPP. Granice działek stanowiących pas drogowy są sukcesywnie wyznaczone w terenie przez uprawnionych geodetów. Następnie wyznaczone będą pasy pozostałych dróg objętych programem PPP.

3. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 365, 595-597

Odpowiedzią na pytanie nr 365 Zamawiający wprowadził zmianę do Punktu 17.11 IPU, w kontekście której Zamawiający potwierdza, że w sytuacjach ewidentnych wyjść poza Pas Drogowy możliwe będzie wykonanie Remontu nawet jeśli droga aktualnie nie mieści się w Pasie Drogowym oraz wprowadził definicję Nieruchomości Powiązanych.

Nieruchomości, na których znajdują się Drogi PPP są zasadniczym i najważniejszym elementem realizacji projektu, w zakresie występowania o pozwolenie na budowę oraz pozostałych decyzji administracyjnych związanych z procesem inwestycyjnym.

W wielu przypadkach, które wskazywano również w zadawanych pytaniach (np. pytanie nr 516), już w chwili obecnej wiadomo że elementy drogi znajdują się na nieruchomościach osób trzecich. Jest również wiele takich sytuacji, gdzie obecny pas drogowy jest zbyt wąski i nie ma możliwości wykonania przebudowy w tych miejscach.

W ocenie Odwołującego prawidłowo i jednoznacznie przygotowany SIWZ powinien wskazywać takie miejsca. W przeciwnym wypadku, wykonawcy będą przyjmowali różne założenia do wyceny robót. Jedni wykonawcy, założą w tych miejscach Remont, a inni przyjmą jako założenie Przebudowę.

Na etapie wykonywania prac projektowych Zamawiający zdecyduje, zgodnie z punktem 17.11 IPU czy ostatecznie chce wykonać Remont czy Przebudowę (w takim przypadku zastosowanie będzie miał Przypadek Kompensacyjny). Zamawiający nie będzie miał jednak wiedzy jakie założenia do oferty przyjął wykonawca, i jakie roboty wycenił.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, w kontekście wprowadzonej zmiany do punktu 2.2.3 Załącznika nr 3 do PFU, w związku z odpowiedziami na pytania nr 595-597, Zamawiający wymaga aby Drogi PPP spełniały wymagania co najmniej jak dla klasy Z. Oznacza to, że wykonawca może zaprojektować i wybudować drogi klasy Z, G lub GP, które mają zupełnie inne parametry użytkowe i wymagają różnych szerokości pasa drogowego. Jak wskazał

Odwołujący Zamawiający nie określił zatem jednoznacznie parametrów użytkowych, które powinny spełniać drogi po przebudowie.

W ocenie Odwołującego dowolność w ustaleniu parametrów użytkowych przez wykonawcę w połączeniu z brakiem wskazania konkretnych nieruchomości, na których mają znajdować się drogi (w szczególności te nieruchomości, które znajdują się poza pasem drogowym), prowadzi do sytuacji, gdzie każdy z wykonawców przyjmie inne założenia i ryzyka do oferty, a Zamawiający nie będzie w stanie porównać tak przygotowanych ofert.

W opinii Odwołującego, Zamawiający winien jednoznacznie wskazać, jakie parametry użytkowe powinny spełniać Drogi PPP i które nieruchomości powinny być wykorzystane do ich budowy. Jednoznacznie określenie parametrów użytkowych na sieci 187 km dróg wymaga dogłębnej analizy na etapie sporządzania SIWZ. Nie sposób bowiem określić parametrów użytkowych istniejących dróg za pomocą jednego lub kilku parametru na całej długości. Drogi te znajdują się na różnym obszarze pod względem urbanizacji i mają różne uwarunkowania lokalne.

Zamawiający winien zatem przeprowadzić studium wykonalności przebudowy tych dróg i na tej podstawie określić parametry użytkowe Dróg PPP. Dopiero w ten sposób określony opis zamówienia pozwoli na przygotowanie jednoznacznych i porównywalnych ofert.

4. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 679.

Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 679, iż w celu kalkulacji Oferty należy przyjąć grupę nośności podłoża G3, natomiast rzeczywista grupa nośności podłoża będzie podstawą oszacowania zmniejszenia/zwiększenia kosztów jeżeli Wykonawca je wykaże.

W tym miejscu Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykonał i nie przedstawił wyników badań gruntowo - wodnych do czego był zobligowany zgodnie z § 19 ust. 4 pkt b *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*. W konsekwencji braku badań gruntowo-wodnych Zamawiający nakazał przyjęcie wykonawcom takich samych warunków gruntowych na całej sieci 187,450km dróg.

W ocenie Odwołującego nie sposób racjonalnie założyć, że na tak wielkim obszarze będą takie same warunki gruntowo-wodne. Nie sposób też oszacować jakie roboty należy wykonać, zakładając wszędzie kategorię G3.

Katalog Przebudów i remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KRPNPP-2013, według którego Wykonawca winien zaprojektować i wykonać przebudowę stanowi iż „W przypadku przebudowy najwyższa warstwa podłoża gruntowego w razie potrzeby powinna być wzmocniona do grupy nośności G1”. Podłoże jest tą warstwą, która znajduje się bezpośrednio pod konstrukcją nawierzchni (istniejącej). Nawierzchnia natomiast, najogólniej rzecz ujmując, składa się z podbudowy z kruszywa oraz warstw asfaltowych - łącznie kilkadziesiąt centymetrów. Przy słabszym podłożu (G3) możliwe jest w niektórych przypadkach również zwiększenie grubości nawierzchni bez wymiany podłoża (podniesienie niwelety).

Jak wskazał Odwołujący w takim przypadku Wykonawca musi posiadać wiedzę, czy istnieje możliwość podniesienia niwelety, z uwagi na przyległe chodniki, nieruchomości i infrastrukturę kolidującą. Zamawiający nie przedstawił jednak inwentaryzacji stanu istniejącego i wykonawca nie ma możliwości przygotować oferty w sposób jednoznaczny. W konsekwencji wykonawcy mogą przyjąć do wyceny różne rozwiązania do przebudowy, a co za tym idzie oferty wykonawców będą nieporównywalne i niekonkurencyjne. Ponadto, w ocenie Odwołującego, tak skalkulowane oferty będą korygowane po określeniu rzeczywistej grupy nośności podłoża - jeśli rzeczywista kategoria będzie wyższa lub niższa. Zamawiający nie będzie posiadał jednak informacji jakie założenia wykonawca przyjął do oferty (czy wymienia on podłoże, czy zwiększa grubość lub zastosował inne rozwiązanie) i nie będzie miał jednoznacznego punktu odniesienia by wykonać korektę.

Tak sformułowany opis zamówienia powoduje, zdaniem Odwołującego, iż nie ma możliwości jednoznacznego oszacowania ryzyka i ilości robót, które należy wykonać bez określenia rzeczywistych warunków gruntowo - wodnych, których Zamawiający nie przedstawił.

Odwołujący wskazał na marginesie, iż opis warunków gruntowych przy pomocy kategorii nośności podłoża (G1 dc G4) został usunięty z obowiązujących przepisów poprzez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 17 lutego 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zatem Katalog KRPNPP-2013, obowiązujący w niniejszym postępowaniu jest również oparty na nieaktualnej normie prawnej.

5. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 604.

Odpowiedzią na pytanie nr 604 Zamawiający poinformował wykonawców, iż wycenę ilości robót związaną z przebudową kilku tysięcy zjazdów z dróg (szacunkowo, Zamawiający nie

podał ilości) należy wykonać w oparciu o mapę zasadniczą i fotorejestrację, która nie jest elementem SIWZ.

W ocenie Odwołującego nie ma możliwości oszacowania ilości robót na zjazdach z dróg wyłącznie na podstawie fotorejestracji (z map zasadniczych można odczytać jedynie ilość zjazdów). W celu oszacowania, które zjazdy należy przebudować i w jakim zakresie, konieczna jest, zdaniem Odwołującego, dokładana inwentaryzacja w tychże zjazdów.

Wykonanie wizji lokalnej przez wykonawcę może stanowić jedynie potwierdzenie stanu przedstawionego w inwentaryzacji. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający jednak nie wykonał i nie przedstawił inwentaryzacji istniejących obiektów budowlanych podlegających przebudowie do czego był zobligowany zgodnie z § 19 ust. 4 pkt g *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*.

Przepis ten stanowi iż program funkcjonalno-użytkowy winien obejmować dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w tym: *„inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom IUD remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek”*.

Brak inwentaryzacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, w tym drogi i zjazdów powoduje, w ocenie Odwołującego, iż wykonawca nie jest w stanie prawidłowo przygotować oferty.

Mając na uwadze powyższe argumenty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

- wskazanie w kilometrach długości dróg do przebudowy wraz z podaniem dokładnej lokalizacji odcinków tych dróg oraz wskazanie w kilometrach długości dróg do utrzymania wraz z podaniem dokładnej lokalizacji tych dróg,
- ewentualnie wskazanie dokładnej lokalizacji odcinków dróg do przebudowy oraz dróg do utrzymania ze wskazaniem, iż konieczność wykonania przebudowy na odcinkach niewskazanych przez Zamawiającego stanowić będzie robotę dodatkową w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- wskazanie granic pasa drogowego oraz ilości drzew i krzewów do utrzymania w trakcie realizacji zamówienia, oraz przekazanie inwentaryzacji pasa drogowego,

- wskazanie, jakie parametry użytkowe powinny spełniać Drogi PPP i które nieruchomości powinny być wykorzystane do ich budowy.

W ramach podsumowania Odwołujący wskazał, co następuje. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy PZP odnosi się, więc do wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na jednoznaczne ustalenie jaki jest zakres przedmiotu zamówienia. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy PZP dotyczy skutku wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w postaci utrudnienia uczciwej konkurencji.

Utrudnienie uczciwej konkurencji następuje wtedy, gdy nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia utrudnia / .łożenie oferty, w szczególności uniemożliwia wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia winien być tak jednoznaczny i dokładny, żeby wszyscy wykonawcy rozumieli opis przedmiotu zamówienia tak samo.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe prawidłowe przygotowanie oferty i kalkulacja ryzyka. Wykonawca przygotowujący ofertę nie wie jaki zakres do wykonania i jakie ryzyka dotyczące zakresu robót do wykonania powinien uwzględnić w ofercie.

VII. Uzasadnienie zastosowania przepisów Ustawy UZP do przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Odwołującego zgodnie z art. 4 ust. 2 Ustawy PPP do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 kwietnia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w zakresie nieuregulowanym tą ustawą. W związku z okolicznością, że Ustawa PPP nie reguluje trybu składania odwołania na czynności Zamawiającego w toku postępowania i wyboru partnera prywatnego odpowiednie zastosowanie będą miały przepisy Ustawy PZP zgodnie z delegacją wskazaną w art. 4 ust 2 Ustawy PPP.

Zamawiający pismem z dnia 12.12.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w Odwołaniu, Zamawiający:

1. wniósł o odrzucenie w całości Odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3) PZP, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku

2. wnioś o oddalenie Odwołania w całości.

Uzasadnienie – uwagi ogólne

Zamawiający podniósł, że w celu precyzyjnego odniesienia się do wszystkich zarzutów Odwołującego istotnym jest, ażeby wyjaśnić dokładnie rodzaj umowy jaka będzie zawierana pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, albowiem nie jest to typowa umowa o zamówienie publiczne.

Zamawiający, w wyniku postępowania nie zawiera umowy o wykonanie robót budowlanych, świadczenie usług, czy też dostawy, a nazwaną umowę o partnerstwo publiczno-prywatne ("Umowa o PPP"), która łączy w sobie wszystkie ww. zakresy świadczeń.

Jednakże zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 19 grudnia 2008 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1834) ("Ustawa o PPP") do wyboru partnera prywatnego i umowy o PPP stosuje się przepisy Ustawy PZP w zakresie nieregulowanym w Ustawie o PPP.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zostało wskazane, że przyjęcie, iż partner prywatny będzie wybrany w trybie przepisów Ustawy PZP nie jest samo w sobie rozstrzygające dla wskazania, które przepisy Ustawy PZP znajdą zastosowanie. Ustawa o PPP nie określa czy umowa o PPP, zakładająca budowę lub remont obiektu budowlanego oraz świadczenie usług połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego, jest umową o roboty budowlane czy umową o świadczenie usług. Rozstrzygnięcie zaś tego dylematu jest sprawą istotną dla doprecyzowania, które przepisy Ustawy PZP będą stosowane do rodzaju dokumentacji technicznej, jaką powinien przygotować zamawiający ("Podmiot Publiczny") w celu właściwego opisu przedmiotu zamówienia.

W przypadku projektu takiego jak przebudowa oraz zarządzanie lub utrzymanie dróg, należy rozważyć w pierwszej kolejności cel społeczno-gospodarczy umowy. Celem zawarcia Umowy o PPP jest przeniesienie na partnera prywatnego części odpowiedzialności za wykonywanie zadania publicznego, jakim jest długoterminowe zapewnienie funkcjonowania dróg wojewódzkich w odpowiednim standardzie zarówno co do jakości dróg, jak i jakości ich utrzymania ("Przedsięwzięcie"). Istotą obowiązków spoczywających na partnerze prywatnym będzie zatem utrzymywanie w okresie obowiązywania Umowy o PPP założonego w niej standardu usługi publicznej, jaką jest udostępnienie drogi odpowiedniej jakości. Natomiast wykonanie robót budowlanych samo w sobie nie stanowi istoty i celu umowy — jest jedynie środkiem służącym do zapewnienia dostępności drogi.

Taka konstrukcja celu Umowy o PPP przejawia się między innymi w sposobie ukształtowania wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu, które jest zgodne z Istotnymi Postanowieniami Umowy o PPP stanowiącymi załącznik nr 2 do SIWZ (II IPU") należne z tytułu wykonania robót budowlanych i usług w formie płatności rozłożonej na raty, zawierającej spłatę wydatków poniesionych przez partnera prywatnego na część inwestycyjną ("Opłata za Dostępność"). Przy czym, zgodnie z art. 7 ust. 2 Ustawy o PPP wypłata wynagrodzenia, w tym części inwestycyjnej, jest uzależniona od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego.

Po przeprowadzeniu dialogu konkurencyjnego ukształtował się zakres Przedsięwzięcia w ten sposób, że Zamawiający wskazał 187,450 km dróg do utrzymania ("Drogi PPP"), w tym minimum 109,301 km dróg do przebudowy w pierwszych 4 latach ("Drogi Grupy I"), a minimum 78,149 km dróg do utrzymania bez konieczności przebudowy w pierwszych 4 latach ("Drogi Grupy II").

Elementem dominującym w Przedsięwzięciu jest utrzymanie Dróg PPP. Przebudowa Dróg Grupy I, która realizowana będzie w czterech pierwszych latach Przedsięwzięcia ("Przebudowa"), jest elementem koniecznym do wykonania zasadniczego elementu Umowy o PPP, tj. utrzymania Dróg PPP, zgodnie ze standardami jakości, jakich oczekuje Podmiot Publiczny od partnera prywatnego ("Utrzymanie").

Umowa o PPP przewiduje negatywne skutki dla partnera prywatnego za niedotrzymanie standardów jakości. Nie ma natomiast znaczenia dla Podmiotu Publicznego za pomocą jakich środków (poprzez wykonanie jakich usług) partner prywatny ten cel osiągnie. W ramach Utrzymania Podmiot Publiczny sformułował swoje oczekiwania co do jakości poszczególnych usług (np. utrzymania wymaganego standardu nośności, równości; właściwości przeciwpoślizgowych; zapewnienia wymaganego standardu technicznego i eksploatacyjnego przepustów czy chodników; zapewnienia koszenia traw; utrzymania wymaganego standardu utrzymania zimowego — czas zalegania śniegu).

Zamawiający podniósł, że do opisu przedmiotu zamówienia zastosował przepisy Rozdziału 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego ("Rozporządzenie"), dotyczącego programu funkcjonalno — użytkowego ("PFU"), służącego za opis przedmiotu zamówienia w kontraktach typu zaprojektuj i wybuduj na mocy art. 31 ust. 2 Ustawy PZP.

Zdaniem Zamawiającego należy stwierdzić, że skoro w projektach typu projektuj i buduj uregulowanych w przepisach PZP, w których w celu opisu przedmiotu zamówienia zamawiający przygotowuje PFU o charakterze dość ogólnym, to tym bardziej jest do tego uprawniony w projektach typu PPP, w których to partner prywatny niejako "dla siebie" realizuje prace projektowe i budowę, stanowiące element komplementarny świadczonych później usług utrzymania. W takiej sytuacji nie można oczekiwać od Zamawiającego zwiększonego poziomu szczegółowości PFU.

Postępowanie dotyczy przedsięwzięcia realizowanego jako partnerstwo publiczno-prywatne, w którym to partner prywatny zarówno projektuje, wykonuje zaprojektowane przez siebie roboty budowlane, utrzymuje Drogi PPP, a dodatkowo zapewnia finansowanie dla całego Przedsięwzięcia. Wynagradzany jest natomiast za udostępnienie użytkownikom dróg, o określonej jakości (posiadającej wskazane minimalne parametry techniczne itp.), a nie za projektowanie, czy budowę dróg.

W sferze dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Zamawiającego, oznacza to, że pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast partner prywatny jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanych kształcie.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, jako dopuszczalne i zgodne z PZP należy uznać posługiwanie się przez Zamawiającego PFU o charakterze dość ogólnym, o ile tylko spełnione są wymagania formalne określone w S 16 — 19 Rozporządzenia.

PFU stanowi bowiem jedynie ogólny opis przeznaczenia ukończonych robót. PFU "powinno pozwalać na zidentyfikowanie oczekiwanego przez zamawiającego standardu i jakości obiektu, mającego powstać w wyniku wykonania robót budowlanych" (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r., KIO 2164/16).

Zamawiający w Przedsięwzięciu w sposób szczegółowy określił swoje wymagania w zakresie Przebudowy Dróg Grupy I, określając je w dokumencie pn. "Program Funkcjonalno — Użytkowy", stanowiący Załącznik Nr 3 do SIWZ i dokument ten spełnia wszystkie wymagania formalne określone w S 16 — 19 Rozporządzenia.

Cześć opisowa PFU obejmuje (zgodnie z SI 8 Rozporządzenia):

(a) opis ogólny przedmiotu zamówienia;

(b) opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach opisu ogólnego przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał parametry, określające wielkość obiektu oraz zakres robót budowlanych, aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia oraz ogólne i szczegółowe właściwości funkcjonalnoużytkowe Dróg Grupy I (zgodnie z S 18 ust. 2 Rozporządzenia).

Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał także poprzez wskazanie wymagań dotyczących przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i zagospodarowania terenu.

Z kolei część informacyjna PFU obejmuje (zgodnie z § 19 Rozporządzenia):

(a) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;

(b) oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;

(c) przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego;

(d) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych.

Poza PFU, które dotyczy Dróg Grupy f, Zamawiający również w sposób szczegółowy określił swoje wymagania w zakresie Utrzymania Dróg PPP określając je w dokumencie pn. "Standardy Utrzymania Dróg" stanowiącym Załącznik Nr 7 do IPU ("SUD").

Jak wskazano w dalszej części odpowiedzi na odwołanie oba dokumenty tj. PFU i SUD, Zamawiający opracował m.in. w celu umożliwienia wykonawcom skalkulowania swoich ofert i wskazał w nich wymagania, wedle których należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Takie rozwiązanie jest standardem w ramach postępowań realizowanych w systemie projektuj i buduj, a tym bardziej w PPP. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątplenia są podmioty zaproszone do składania ofert, są w stanie bez większych problemów wycenić zakres swoich obowiązków. Na powyższe może również wskazywać okoliczność, iż tylko jeden spośród pozostałych czterech wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym przystąpił do odwołania po stronie wykonawcy.

Może się wydawać, że im precyzyjniejsze PFU, tym sytuacja jest korzystniejsza dla wykonawcy, ponieważ może on w sposób bardziej precyzyjny określić zakres i koszty własnych prac. Jednakże zbyt szczegółowe doprecyzowanie rozwiązań projektowych w PFU nie jest rozwiązaniem prawidłowym. Duży zakres szczegółowości PFU w połączeniu z jednoczesnym przeniesieniem ryzyka projektowania w całości na wykonawcę jest oceniany jako nieprawidłowy (vide: wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., KIO 1529/12, 1535/12, KIO 1546/12).

Ponadto, zbyt szczegółowa treść PFU może ograniczać wykonawców w zakresie doboru środków i sposobu realizacji Przedsięwzięcia, które ma trwać 22 lata, w sytuacji gdy to wykonawcy ponoszą zasadnicze ryzyko związane z projektowaniem, budową i utrzymaniem Dróg PPP.

W ocenie Zamawiającego cel PFU nie oznacza, że PFU ma przewidzieć wszystkie elementy kosztotwórcze. W projektach typu zaprojektuj i buduj "nieujęcie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 PZP, co jest szczególnie widoczne w przypadku zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, która — wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU — wręcz zakłada pewną nieporównywalność ofert dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia". (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. KIO 2164/16).

Nie oznacza to jednak, zdaniem Zamawiającego, wadliwości PFU. Trudno bowiem zarzucić zamawiającemu wadliwość postępowania z uwagi na to, że PFU, które przygotowuje, charakteryzuje się dość dużym stopniem ogólności. "Co do zasady pewne rozwiązania techniczne, projektowe czy technologiczne mogą być jedynie sugerowane przez zamawiającego. To wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany uzyskać pozwolenie na budowę/ ZRID i to dopiero na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego będzie on zobowiązany do określenia m.in. dokładnych parametrów, rozwiązań technologicznych oraz do uzyskania wszystkich wymaganych prawem decyzji i pozwoleń" (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r., KIO 2164/16).

W orzecznictwie KIO wyrażono pogląd, iż warunkiem koniecznym dołączenia dokumentów jest ich posiadanie, a zatem w przypadku ewentualnego braku przez zamawiającego jakichś dokumentów oczywistym jest, że Zamawiający nie ma możliwości ich dołączenia (vide - postanowienie KIO z dnia 7 września 2011 r., KIO 1842/11 , Lex nr 951552).

W postępowaniach, gdzie projektowanie jest po stronie wykonawcy, a tym bardziej w postępowaniach o zawarcie Umowy o PPP, gdzie dodatkowo to partner prywatny eksploatuje aktywa i otrzymuje z tego tytułu zapłatę, zamawiający co do zasady ma za zadanie określić ogólne wytyczne, a ryzyko projektowania jest po stronie wykonawcy/partnera prywatnego. W ocenie Zamawiającego w ślad za wyrokiem KIO 2164/16 należy stwierdzić, że "opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą PFU zakłada pewną niedookreśloność tego opisu wynikającą z uprawnienia wykonawcy do określenia szczegółowych rozwiązań technicznych na etapie sporządzania projektu budowlanego. Odpowiedzialność Zamawiającego ogranicza się zatem do przygotowania PFU w zgodzie z przepisami Rozporządzenia, wobec czego zarzuty stawiane opisowi przedmiotu zamówienia muszą wskazywać na ich naruszenie. Jedynie ogólne odwołanie się do przepisu art. 29 ust. 1 i 2 PZP, stanowiącego generalne wytyczne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za niewystarczające" (vide: wyrok KIO 2164/16).

2 OKOLICZNOŚCI UZASADNIAJĄCE ODRZUCENIE ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje, iż Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegających na "dokonaniu modyfikacji SIWZ poprzez odpowiedzi na pytania nr 6, nr 268, nr 365, nr 595, 596, 597, nr 679, nr 604 modyfikujące opis przedmiotu zamówienia w ten sposób, że jest on niejednoznaczny i nie zawiera dokładnych określeń oraz nie określa konkretnie zakresu przedmiotu zamówienia".

Zdaniem Zamawiającego analiza ww. zarzutów sformułowanych w Odwołaniu wskazuje, iż Odwołujący w istocie nie skarży czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania Wykonawców do SIWZ, tj. czynności określonej w art. 38 Ustawy PZP. Odwołujący faktycznym przedmiotem Odwołania uczynił bowiem treść postanowień SIWZ, w szczególności części SIWZ odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia.

Jak zostało wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi nie powodują bowiem skutków, jakie wskazuje Odwołujący, a kwestionowane przez Odwołującego okoliczności, może jedynie poza niektórymi elementami odpowiedzi na pytanie nr 6, wynikały i mają swoje źródło w pierwotnej wersji SIWZ, a nie wyjaśnieniach do SIWZ.

Tymczasem, przepisy Ustawy PZP w sposób formalny i rygorystyczny regulują zarówno terminy jak i czynności, które w tych terminach mogą być zakwestionowane poprzez złożenie odwołania. Przy zaskarżeniu czynności polegającej na udzieleniu przez Zamawiającego

odpowiedzi na pytania wykonawców Odwołujący nie może skutecznie zarzucać wadliwości postanowień SIWZ — a tak w ocenie Zamawiającego należy traktować Odwołanie złożone w niniejszej sprawie.

Powyższe wynika, w ocenie Zamawiającego, z następujących okoliczności.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Ustawy PZP wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższego przepisu wynika więc, iż celem wyjaśnień jest uzyskanie wykładni postanowień SIWZ. Inaczej mówiąc "wyjaśnieniu podlegać mogą wyłącznie niejasne treści wyrażone w SIWZ. Instytucja zadawania pytań do SIWZ ma na celu interpretację treści tego dokumentu, nie zaś wyłącznie uzupełnienie pominiętych treści, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia" (vide: wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r., KIO 736/16).

Natomiast art. 29 ust. 1 Ustawy PZP stanowi, że 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. W konsekwencji, wskazanie na brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę zarzutu w zakresie postanowień SIWZ (brak niezbędnej treści SIWZ).

W orzecznictwie KIO wskazuje się, iż "niedopuszczalne jest uzupełnianie opisu przedmiotu zamówienia w drodze zadawania pytań o wyjaśnienie treści SIWZ, gdyż różne są cele instytucji opisanych w art. 29 ust. i art. 38 ust. 1 P.z.p." (vide: wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r., KIO 736/16). W konsekwencji, jeśli "odwołujący podnosi zarzut wobec braków w opisie przedmiotu zamówienia, na etapie wyjaśniania treści SIWZ, jeśli termin na kwestionowanie postanowień SIWZ już upłynął, odwołanie w tym zakresie jest spóźnione" (wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r., KIO 736/16).

Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie (vide — postanowienie KIO z dnia 3 grudnia 2014 r., KIO 2422/14, postanowienie KIO z dnia 25 lipca 2014 r., KIO 1477/14).

Nie ma wątpliwości, zdaniem Zamawiającego, że przekazał on SIWZ Wykonawcom w dniu 5 kwietnia 2017 r. W związku z powyższym, 10-dniowy termin zawity odwołania od postanowień SIWZ, określony w art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy PZP powinien być liczony od tej daty. W konsekwencji, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy PZP (względnie art. 29 ust. 2

Ustawy PZP) należało podnieść w terminie 10 dni od dnia doręczenia odwołującemu SIWZ, tj. w terminie do dnia 15 kwietnia 2017 r.

Tym samym, należy uznać, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego są spóźnione, zostały bowiem wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie PZP.

3. ODPOWIEDŹ NA ZARZUTY ODWOŁUJĄCEGO

3.1. Zarzut odnoszący się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 6

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 (treść pytania i odpowiedzi — Załącznik nr 2) określił długość dróg do przebudowy i utrzymania w taki sposób, że podał minimalne długości, określając jednocześnie łączną długość tak, że nie można stwierdzić jaka dokładnie długość dróg powinna być przyjęta do wyceny w zakresie przebudowy, a jaka w zakresie utrzymania.

Przed wszystkim dokonując oceny tego, czy sposób określenia przedmiotu zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy brać pod uwagę całość postanowień SIWZ, a nie jedynie jego fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, że kontekst w jakim dane wyrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r., KIO 2164/16).

I tak wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający stwierdził, że precyzyjnie określił długość dróg do przebudowy i utrzymania w Tabeli 1 PFU oraz Tabeli 1 SUD.

Podmiot Publiczny podzielił jednocześnie Drogi PPP na dwie grupy w zależności od klasy nośności:

(i) Drogi Grupy I - przewidziane do Utrzymania i Przebudowy w pierwszych 4 latach;

(ii) Drogi Grupy II - przewidziane wyłącznie do Utrzymania (w tym wszelkich robót budowlanych lub innych działań wedle uznania partnera prywatnego w całym cyklu Życia Przedsięwzięcia).

Zamawiający wskazał w Punkcie 2 in fine SUD, że w Tabeli nr 1 przedstawiono Drogi PPP o łącznej długości 187,450 km, które Zamawiający wskazuje do Utrzymania.

Zamawiający wskazał w Punkcie 2.1.1 in fine PFU, że w Tabeli nr 1 zaznaczono Odcinki Dróg Grupy I, które Zamawiający wskazuje do Przebudowy (tj. w pierwszych 4 latach).

Należy podkreślić, zdaniem Zamawiającego, że w trybie odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający dokonał korekty omyłek pisarskich w opisie pikietażu początku i pikietażu końca drogi nr 347 oraz 455 (wskazanych w Tabeli nr 1 SUD i PFU), bez zmiany długości poszczególnych odcinków tych dróg oraz ich kwalifikacji do Grupy I

(Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie tabelę, w której na potrzeby niniejszego pisma kolorem żółtym oznaczone zostały dane/pikietáže skorygowane na skutek pytań i odpowiedzi do SIWZ).

Ponadto, Zamawiający dokonał uzupełnienia SIWZ o możliwość realokacji części odcinków Dróg PPP w ramach grup przez wykonawcę, lecz wyłącznie w zakresie 9,450 km.

W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę, iż uzupełnienie w ww. zakresie wynikało z postulatów wykonawców zgłaszanych w Postępowaniu w trakcie dialogu konkurencyjnego, jak również w ramach zadawanych pytań do SIWZ (vide np. pytania nr 198 i 240), które dotyczyły zapewnienia wykonawcom większej elastyczności w zakresie możliwości alokacji Dróg PPP do jednej z dwóch grup. Tym samym przedmiotowe uzupełnienie należy uznać za zmianę korzystną dla wykonawców, nie powodującą zakłócenia konkurencji, czy też braku możliwości określenia zakresu Przedsięwzięcia. Zarówno przed uzupełnieniem jak i aktualnie, to wykonawcy decydują o zakresie prac w ramach Utrzymania (może być to również przebudowa). Bez zmiany pozostają także odcinki (w tym ich długość), które wskazał Zamawiający jako przewidziane do Przebudowy (tj. w okresie pierwszych czterech lat). Oznacza to, że w obu przypadkach wykonawcy ponoszą ryzyko właściwego określenia zakresu swoich. robót w okresie 22 lat, mając na uwadze cel Zamawiającego wskazany w PFU, tj. zapewnienie określonego standardu Dróg PPP. To wykonawców obciążają w szczególności koszty wykonania prac "dodatkowych", w tym ewentualnie przebudowy, których wykonanie okaże się konieczne dopiero na etapie realizacji Umowy o PPP. Powyższe przeniesienie ryzyka na Partnera Prywatnego jest standardowe w typowych projektach PPP.

Dowód: pytania nr 198 i 240 wraz z odpowiedziami Zamawiającego - załącznik nr 3

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Zamawiającego, całkowicie niezasadny jest wniosek Odwołującego zawarty w Odwołaniu, zgodnie z którym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu "dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie dokładnej lokalizacji odcinków dróg do przebudowy oraz dróg do utrzymania ze wskazaniem, iż konieczność wykonania przebudowy na odcinkach

niewskazanych stanowić będą robotę dodatkową w stosunku do przedmiotu zamówienia" (Odwołanie, str. 2).

Podsumowując tę część rozważań Zamawiający podkreślił, że doprecyzowanie SIWZ przez Zamawiającego poprzez odpowiedzi na pytanie nr 6 miało na celu zapewnienie większej elastyczności co do podjęcia przez Partnera Prywatnego decyzji w zakresie przebudowy części dróg PPP w okresie 4 lat od zawarcia Umowy o PPP. Zamawiający dookreślił, że partner prywatny może dokonać kwalifikacji Dróg PPP do Dróg Grupy I lub Dróg Grupy II, innej niż wskazana w Tabeli 1, przy czym Drogi Grupy I muszą mieć łączną długość nie mniejszą niż 104 km, natomiast Drogi Grupy II muszą mieć łączną długość nie mniejszą niż 74 km. Powyższe stanowi wyłącznie uprawnienie partnera prywatnego i w przypadku, gdyby partner prywatny z tego uprawnienia nie skorzystał, wówczas zobowiązany będzie do Przebudowy wskazanych 109,301 km oraz utrzymania 78,149 km (łącznie 187,450 km) i w powyższym zakresie SIWZ nie uległ zmianie

Mając na uwadze powyższe postulat Odwołującego w zakresie nakazania "wskazania w kilometrach długości dróg do przebudowy wraz z podaniem dokładnej lokalizacji odcinków tych dróg oraz wskazanie w kilometrach długości dróg do utrzymania wraz z podaniem dokładnej lokalizacji tych dróg należy uznać za chybiony, albowiem dane takie zostały podane przez Zamawiającego wraz z SIWZ i ich zakres oraz dokładność nie uległy zmianie w wyniku zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi.

Niesłuszne jest ponadto stwierdzenie, że w zakresie 9 km i 450 metrów wykonawca nie wie jakie roboty należy zaplanować do wykonania.

Zgodnie z Punktem 2 SUD in fine bowiem Zamawiający wskazuje do Utrzymania łączną długość 187,450 km Dróg PPP. Przy czym istotne jest to, że poza minimalnym kilometrażem 104 km dróg, Zamawiający nie określa w sposób dokładny zakresu robót budowlanych do wykonania przez partnera prywatnego. Partner prywatny ma zapewnić określone standardy, parametry użytkowe Dróg PPP, takie jak nośność, właściwości przeciwpoślizgowe, równość, natomiast na przestrzeni 22 lat to partner prywatny decydować będzie o zakresie i harmonogramie zabiegów, jakie stosować będzie w celu doprowadzenia i utrzymania takiego standardu.

Zamawiający nie podziela tezy Odwołującego, że "okolicznością bezsporną jest to, że koszt wyceny przebudowy drogi jest niższy od kosztu utrzymania drogi, co bezpośrednio wpływa na wartość całej oferty". Przedmiotowe postępowanie dotyczy zawarcia Umowy o PPP, na podstawie której partner prywatny zobowiązany jest do doprowadzenia w ciągu 4 lat całej

sieci Dróg PPP do określonych standardów, przy czym co najmniej 104 km Dróg PPP mają zostać przebudowane.

Jak wskazał Zamawiający istotą projektów realizowanych w formule PPP jest, że każdy z wykonawców ma swobodę określenia zakresu prac, w przedmiotowym przypadku w zakresie Przebudowy i Utrzymania. Zamawiający nie porównuje ofert w odniesieniu do identycznych zakresów robót wskazanych przez wykonawców. Zamawiający porównuje określone przez wykonawców wynagrodzenie za utrzymywanie Dróg PPP w określonym standardzie.

Powyższe oznacza, że w ramach Utrzymania, partner prywatny może zaplanować roboty budowlane różnego rodzaju. Zamawiający nie narzuca partnerowi prywatnemu, czy określony w SUD standard Dróg PPP uzyska wymieniając kilkakrotnie nawierzchnię (remont), czy realizując jedną przebudowę.

Tym samym nie jest prawdą, że powyższa okoliczność powoduje nieporównywalność ofert. Zamawiający bowiem porównuje wysokość całego wynagrodzenia partnera prywatnego za zapewnienie określonego standardu Dróg PPP, a oczywistym jest, że każdy z partnerów prywatnych założy odmienny sposób uzyskania tego standardu.

Innymi słowy Zamawiający porównuje wynagrodzenie za usługi wykonawców polegające na zapewnieniu określonych standardów Dróg PPP na całej ich sieci, tj. 187,450 km, albowiem przedmiotem zamówienia nie są zwymiarowane roboty budowlane, tylko doprowadzenie i utrzymanie określonego standardu Dróg PPP.

Co do zarzutu odnośnie braku inwentaryzacji stanu Dróg PPP przez Zamawiającego, należy podkreślić, iż Zamawiający nie jest (i nie był) zobowiązany do przeprowadzania na potrzeby postępowania inwentaryzacji Dróg PPP w celu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.

"Warunkiem koniecznym dołączenia ww. dokumentów do PFU jest ich posiadanie, a zatem w przypadku ewentualnego braku przez Zamawiającego jakichś dokumentów, oczywistym jest, że Zamawiający nie ma możliwości ich dołączenia" (vide: postanowienie KIO z dnia 7 września 2011 r. sygn. KIO 1842/11). Podobnie w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 KIO stwierdziło, że „§19 pkt 4 Rozporządzenia, stanowi o posiadanych przez Zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych”.

Co więcej, Odwołujący miał pełną wiedzę co do przekazanych w ramach SIWZ dokumentów i informacji już w dniu 5 kwietnia 2017 r., a zatem formułowanie takiego zarzutu jest spóźnione i nie powinno podlegać rozpoznaniu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wykonał i przekazał wykonawcom w trakcie dialogu konkurencyjnego (jeszcze przed przekazaniem wykonawcom SIWZ), przygotowane w trakcie trwania dialogu i na skutek postulatów zgłaszanych przez wykonawców następujące badania i dokumenty pozwalające na bardziej precyzyjną wycenę zakresu prac:

- mapy zasadnicze;
- książki dróg;
- videorejestrację Dróg PPP wraz z dowiązaniem do istniejących punktów referencyjnych;
- pomiary ugięć aparatem FWD;
- odwierty geologiczne.
- w aktach postępowania

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż wykonawcy we własnym zakresie wykonali szereg badań sieci, w którym to celu Zamawiający wydawał wykonawcom zgody na wykonanie tych badań.

Dowody:

Pismo wykonawcy z dnia 12 czerwca 2017 r. — zawiadomienie o terminie wykonania badania nawierzchni dróg

Pismo wykonawcy z dnia 23 września 2016 r. — wniosek dotyczący wykonania badań

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 28 września 2016 r.

Pismo wykonawcy z dnia 17 października 2016 r. — wniosek dotyczący wykonania badań

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 20 października 2016 r.

Pismo wykonawcy z 16 października 2017 r. — wniosek dotyczący wykonania badań

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 18 października 2017 r.

- w aktach postępowania

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że wykonał prace i przygotował materiały konieczne do przygotowania PFU w sposób zgodny z Rozporządzeniem w celu

umożliwienia wykonawcom skalkulowanie swoich ofert i wskazał w PFU wymagania, wedle których należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Takie rozwiązanie jest standardem w ramach postępowań realizowanych w systemie projektuj i buduj, a tym bardziej w PPP. Zdaniem Zamawiającego profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątplenia są podmioty zaproszone do składania ofert, są w stanie bez większych problemów wycenić zakres swoich obowiązków w oparciu o dostarczone materiały i wytyczne Zamawiającego.

3.2. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 268

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców:

"Zał. nr 7 do SIWZ— Standardy utrzymania dróg

5.2.5 Prosimy o przekazanie informacji o ilości i lokalizacji drzew i krzewów, które zostaną przekazane do utrzymania Partnerowi Prywatnemu, a po zakończeniu umowy będą musiały zostać przekazane do Partnera Publicznego?"

Zamawiający poinformował, że:

"I Partner Prywatny sporządza inwentaryzację zieleni we własnym zakresie."

Przede wszystkim pragniemy zauważyć, że zarzut odwołania w tym zakresie jest spóźniony, albowiem odpowiedź Zamawiającego w żaden sposób nie modyfikowała postanowień SIWZ.

Z ostrożności Zamawiający pragnie jednak odnieść się do zarzutu Odwołującego dotyczącego braku określenia granic pasa drogowego do utrzymania, co uniemożliwia przeprowadzenie inwentaryzacji.

Przede wszystkim - jak już wspomniano - dokonując oceny tego, czy sposób określenia przedmiotu zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy brać pod uwagę całokształt postanowień SIWZ, a nie jedynie ich fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, że kontekst w jakim dane wyrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności (vide: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r., KIO 2164/16).

Zamawiający w pkt 5.2.5 a SUD określił zakres i obszar utrzymania zieleni polegającego na:

wykonywaniu kompleksowego koszenia Pasa Drogowego - należy przyjąć następującą szerokość koszenia traw: pobocze, skarpa i przeciwskarpa rowu oraz dodatkowe 2 m, o ile pozwalają na to granice Pasa Drogowego;

Zamawiający przywołał również definicję Pasa Drogowego zgodnie z którą (IPU - Pas Drogowy) pas ten oznacza wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą.

Zamawiający ponadto określił następujące czynności w następujący sposób:

- (ii) usuwaniu drzew, odrostów, krzewów, podrostów ograniczających skrajnię drogową;
- (iii) usuwaniu gałęzi i konarów drzew złamanych znajdujących się w Pasie Drogowym;
- (iv) pielęgnacji zieleni ozdobnej w obszarze zabudowanym (znajdującej się w Pasie Drogowym), w tym podlewaniu, odchwaszczaniu, nawożeniu i odmładzaniu żywopłotów;
- (v) usunięciu odpadów powstałych w wyniku utrzymywania zieleni;
- (vi) wykonywaniu innych czynności, do których jest zobowiązany zarządca drogi w zakresie ochrony przyrody, na podstawie obowiązujących przepisów Prawa (w tym sadzeniu i usuwaniu drzew i krzewów).

Jednocześnie Zamawiający podniósł, że przekazał w ramach SIWZ (Załącznik nr 16 do IPU) wykaz działek wchodzących w skład pasa drogowego Dróg PPP. Wyniesienie granic pasa drogowego w terenie, co czyni sukcesywnie Zamawiający, jest zabiegiem czysto formalnym i opiera się o granice ww. działek i nie uniemożliwia ustalenia granic Pasa Drogowego na potrzeby utrzymania zieleni.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, profesjonalny wykonawca jest w stanie na podstawie dostarczonych danych określić na potrzeby oferty granice utrzymania zieleni. Na marginesie pragniemy zauważyć, że w zakresie najistotniejszego elementu kosztotwórczego utrzymania zieleni, tj. koszenia trawy i usuwania drzew, odrostów, krzewów i podrostów Zamawiający doprecyzował obszar utrzymania w sposób wskazany powyżej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, zarzut Odwołującego należy uznać za spóźniony i bezpodstawny.

3.3. Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 365, 595-597

W odpowiedzi na pytanie 365 "Pkt. 17.11 Umowy

Wątpliwość

Zgodnie z pkt. 14.2 Umowy, Podmiot Publiczny może podjąć decyzję o realizacji Przebudowy zgodnie z Punktem 17.11, co' będzie wiązać się m. m.in. z koniecznością nabycia nieruchomości przez Podmiot Publiczny w celu należytego wykonania zobowiązań z umowy. Zgodnie z pkt. 17.11 Umowy, gdy „zaistnieje konieczność wykroczenia poza istniejący Pas Drogowy, wówczas prace na takim odcinku powinny zostać zaprojektowane jako Remont". Powyższe postanowienia są niejasne.

Wniosek

W związku z powyższym, prosimy o potwierdzenie, że w związku z ewidentnymi wyjściami poza Pas Drogowy możliwe jest wykonanie w tych miejscach Remontu, nawet jeśli droga nie mieści się w Pasie Drogowym."

Zamawiający potwierdził – Odpowiedź:

Zamawiający wprowadził zmianę do Punktu 17.11 w kontekście której Zamawiający potwierdza, że w sytuacjach ewidentnych wyjść poza Pas Drogowy możliwe będzie wykonanie Remontu nawet jeśli droga aktualnie nie mieści się w Pasie Drogowym. Zwracamy również uwagę na zmianę Punktu 9.1, w którym Zamawiający potwierdza posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości w granicach Pasa Drogowego jak również tych wykraczających poza pas a związanych z Drogami PPP.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, należy podkreślić, iż zmiana wprowadzona przez niego do IPU miała charakter wyłącznie doprecyzowujący, a zatem ww. zarzut jest spóźniony, albowiem odpowiedź Zamawiającego w żaden sposób nie modyfikowała postanowień SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał zmiany jakich dokonał w treści IPU, wskazujące, iż miały one charakter wyłącznie doprecyzowujący i nie mieszczą się w zakresie zarzutu Odwołującego:

Z ostrożności jednak Zamawiający podkreślił, iż ewentualne przypadki, gdy Droga PPP, w celu podniesienia parametrów (np. z uwagi na bezpieczeństwo ruchu drogowego), wykroczy poza Pas Drogowy są neutralne z punktu widzenia wyceny prac przez partnera prywatnego. Zgodnie bowiem z postanowieniem Punktu 17.11 IPU prace na takim Odcinku powinny zostać wówczas zaprojektowane jako remont (nie rozbudowa), jednakże faktyczny zakres tych robót istotny dla sfery kosztotwórczej pozostanie bez zmian lub na porównywalnym

poziomie. Powyższe związane jest z faktem, że gdyby prace te zostały zaprojektowane jako rozbudowa, wówczas konieczne byłoby wykroczenie poza Pas Drogowy i Nieruchomości Powiązane (w rozumieniu Umowy o PPP), co wiązałoby się z koniecznością nabycia dodatkowych nieruchomości przez Zamawiającego i mogłoby wpłynąć na harmonogram projektu oraz wzrost kosztów.

Zamawiający oświadczył, zgodnie z Punktem 9.1 a) IPU, że posiada prawo do dysponowania wszystkimi nieruchomościami w obrębie Pasa Drogowego Dróg PPP oraz Nieruchomościami Powiązanymi, zaś DSDiK posiada te nieruchomości w trwałym zarządzie.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, zarzut Odwołującego należy uznać za spóźniony i bezpodstawny.

W odpowiedzi na pytanie 595:

Partner Prywatny ma wycenić, które odcinki dróg wymagają poszerzenia do 6.0 m, a które są szersze i takie mają docelowo pozostać — zgodnie z pkt 22.3. PFU?

Przykładowo, jeśli istniejąca jezdnia ma szerokość 6.1 m na długości 200 m, dalej 6.05 m na długości 100 m i dalej 6.2 m na długości 500 m — to droga po przebudowie również ma mieć taką szerokość?

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

"Zamawiający informuje, iż dokonał modyfikacji pkt. 2.2.3 PFU. Partner Prywatny ma utrzymać parametry nie gorsze niż dla klasy Z."

W odpowiedzi na Pytanie 596

"Które odcinki dróg wymagają poszerzenia do 6 m?"

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

"Zamawiający dokonał zmiany Punktu 2.2.3 PFU. Partner Prywatny ma Przebudować Drogi PPP w taki sposób, aby osiągnąć parametry nie gorsze niż dla klasy Z."

Z kolei w odpowiedzi na Pytanie 597:

"Czy intencją Podmiotu Publicznego jest aby drogi Grupy I miały klasę techniczną „Z” zgodnie z pkt 2.2.3 "FU?"

Na stronie internetowej DSDiK można znaleźć wykaz dróg wraz z przyporządkowaną im klasą techniczną. Dla Dróg PPP wszędzie wskazano klasę techniczną G. Zgodnie z obecnymi zapisami, po przebudowie Drogi Grupy I będą miały klasę Z, natomiast drogi nieprzebudowane — z Grupy II — będą miały wyższą klasę techniczną — klasę G.

Czy Podmiot Publiczny rzeczywiście oczekuje obniżenia klasy technicznej drogi na wszystkich drogach objętych przebudową

Zamawiający odpowiedział:

"Zamawiający wprowadził zmianę do Punktu 22.3. PFU. Podmiot Publiczny oczekuje, że Partner Prywatny przy Przebudowie osiągnie parametry nie gorsze niż dla klasy Z." Poniżej wskazał zakres doprecyzowania Punktu 2.2.3 przez Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający dokonał wyłącznie doprecyzowujących zmian do PFU, a oczekiwanie co do klasy technicznej Z zostało utrzymane.

Tym samym ww. zarzut jest spóźniony, albowiem odpowiedź Zamawiającego w żaden sposób nie modyfikowała postanowień SIWZ w kwestionowanym zakresie.

3.4 Zarzuty odnoszące się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 679

W odpowiedzi na Pytanie Wykonawcy:

„Czy Partner Prywatny jest zobowiązany zawsze zoptymalizować, a tym samym zmienić projekt w przypadku wystąpienia innej grupy nośności niż G3?

Wystąpienie innej grupy nośności niż G3 nie zawsze będzie skutkowało zmniejszeniem lub zwiększeniem kosztów przebudowy. Może wystąpić sytuacja, gdy np. dla grupy nośności G2 zostaną zastosowane takie same rozwiązania jak dla grupy G3. Jak należy rozumieć zapisy punktu 17, 13 w takiej sytuacji?'

Zamawiający odpowiedział:

"Określenie grupy nośności podłoża ma znaczenie w przypadku przebudowy pełnej konstrukcji nawierzchni lub wykonania nowej konstrukcji dla poszerzenia jezdni Odcinka Drogi. W celu kalkulacji oferty należy przyjąć grupę nośności G3. Rzeczywista grupa nośności podłoża będzie podstawą oszacowania zmniejszenia/zwiększenia kosztów Przebudowy, jeśli Wykonawca je wykaże."

Na podstawie ww. pytania i odpowiedzi Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż przyjął on założenie w treści PFU, że wszystkie Drogi PPP posiadają grupę nośności podłoża na poziomie G3.

Przed wszystkim, zdaniem Zamawiającego, zarzut ten należy uznać za spóźniony, albowiem w obszarze przyjętego założenia co do parametrów nośności podłoża Zamawiający nie dokonał żadnej zmiany w stosunku do treści DIVVL.

Z ostrożności jednak Zamawiający wskazał, że przyjęcie za punkt wyjścia warunków geologicznych na poziomie G3 ma na celu zapewnić porównywalność ofert, albowiem takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje, że każdy z oferentów poczyni te same założenia w zakresie warunków gruntowych, a co za tym idzie przygotuje porównywalne oferty w tym zakresie.

Zamawiający na poziomie kontraktowym w Punkcie 17.12 (PU zapewnił, że na potrzeby przygotowania przez partnera prywatnego oferty przyjęto założenie, że na Drogach Grupy I występuje grupa nośności G3. Wystąpienie grupy nośności podłoża G4 lub podłoża nienośnego dla danych odcinków powodujące konieczność poniesienia większych kosztów Przebudowy, stanowi przypadek kompensacyjny (w rozumieniu Umowy o PPP). Na marginesie należy wskazać, że Przedsięwzięcie obejmuje przebudowę dróg istniejących, gdzie ryzyko geologiczne jest istotnie mniejsze niż w przypadku nowobudowanych dróg.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż "nie wykonał i nie przedstawił wyników badań gruntowo wodnych, do czego był zobligowany zgodnie z § 19 ust. 4 pkt b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

W tym miejscu Zamawiający podniósł, iż - wbrew twierdzeniu Odwołującego nie ma on obowiązku wykonywać ww. badań w celu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.

" Warunkiem koniecznym dołączenia ww. dokumentów do PFU jest ich posiadanie, a zatem w przypadku ewentualnego braku przez Zamawiającego jakichś dokumentów, oczywistym jest, że Zamawiający nie ma możliwości ich dołączenia" (vide: postanowienie KIO z dnia 7 września 2011 r., KIO 1842/11). Podobnie w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. KIO stwierdziło, że 1919 pkt 4 Rozporządzenia, stanowi o posiadanych przez Zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych

Dalej KIO wskazuje, że opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą PFU zakłada pewną niedookreśloność tego opisu wynikającą z uprawnienia wykonawcy do określenia

szczegółowych rozwiązań technicznych na etapie sporządzania projektu budowlanego. Odpowiedzialność zamawiającego ogranicza się zatem do przygotowania PFU w zgodzie z przytoczonymi powyżej przepisami Rozporządzenia, wobec czego zarzuty stawiane opisowi przedmiotu zamówienia muszą wskazywać na ich naruszenie. - Izba uznaje za niewystarczające jedynie ogólne odwołanie się do przepisu art. 29 ust. 1 i 2 PZP stanowiącego generalne wytyczne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jako że doznają one konkretyzacji właśnie na gruncie przepisów Rozporządzenia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, poza ogólnym wskazaniem na powyższą regulację oraz odwołanie się do S 15 Rozporządzenia, zawierającego — jak wskazano funkcjonalną definicję PFU, nie wskazał zasadniczo (poza zarzutem związanym z kolizjami) na naruszenie przepisów Rozporządzenia charakteryzujących PFU.

Dokonując oceny poprawności opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie można, w ocenie Zamawiającego, pomijać przyjętej przez zamawiającego formuły wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku ryczału, przez odesłanie zawarte w art. 14 Ustawy PZP, zastosowanie znajduje przepis art. 632 S 1 K.c., z którego wynika, że wykonawca nie może żądać od zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia, nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac.

Dowodzi to, że nieujęcie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia nie musi pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, co jest szczególnie widoczne w przypadku zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, która — wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU — wręcz zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia.

Odnosząc się do kwestii usunięcia z obowiązujących przepisów grupy nośności od G1 do G4 Zamawiający wyjaśnia, iż w dokumentacji przekazanej wykonawcom odnosi się do Katalogu Konstrukcji Nawierzchni (w rozumieniu IPU).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia został w zakresie informacji dotyczącej nośności gruntu przedstawiony w sposób wystarczający i zapewniający porównywalność złożonych ofert, jak również możliwość zgłoszenia roszczenia przez wykonawcę w sytuacji, gdyby nośność gruntu okazałaby się gorsza niż przyjęto w PFU. Tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za całkowicie bezzasadny.

3.5 Zarzut odnoszący się do odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 604

W odpowiedzi na Pytanie:

"Pkt. 3.6 PFU „W celu realizacji obowiązku polegającego na ochronie uzasadnionych interesów osób trzecich należy dokonać przebudowy zjazdów z Dróg PPP, które tego wymagają. ” Na sieci Dróg PPP jest kilka tysięcy zjazdów. W jaki sposób Partner Prywatny ma określić i wycenić, które zjazdy podlegają przebudowie nie posiadając inwentaryzacji zjazdów."

Zamawiający odpowiedział:

"Liczbę istniejących zjazdów można oszacować na podstawie map zasadniczych i fotorejestracji. Zamawiający doprecyzował Punkt 3.6 Załącznika Nr 3."

Doprecyzowanie Zamawiające polegało na wprowadzeniu następujących zmian:

W celu realizacji obowiązku polegającego na ochronie uzasadnionych interesów osób trzecich należy dokonać przebudowy zjazdów z Dróg PPP, które tego wymagają Powyższe wymaganie dotyczy zjazdów istniejących, które w przypadku Przebudowy Dróg PPP lub wykonania Prac Remontowych zostaną uszkodzone lub drogą w wyniku tych prac zostanie zawyżona lub zaniżona w stosunku do stanu bieżącego.

Należy również zaprojektować i wybudować zjazdy, jeśli nieruchomości zostały odcięte od drogi-publicznej, która została przebudowana - powyższe dotyczy tylko likwidowanych zjazdów legalnych, czyli znajdujących się w ewidencji zarządcy lub na mapach do celów projektowych.

Poza przypadkami wymienionymi powyżej Przedsięwzięcie nie wymaga budowy nowych zjazdów z Dróg PPP

Należy zróżnicować realizowane zjazdy na zjazdy indywidualne i publiczne - w zależności od rodzaju obiektu istniejącego na nieruchomości, tj. czy jest to obiekt użytkowany indywidualnie czy w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Zjazdy należy wykonać w sposób odpowiadający wymaganiom wynikającym z ich usytuowania i przeznaczenia, o parametrach technicznych dostosowanych do wymagań bezpieczeństwa ruchu na drodze, wymiarów gabarytowych pojazdów, dla których będą przeznaczone oraz do wymagań ruchu pieszych, uwzględniając kategorię zjazdu (publiczny/indywidualny) - Konstrukcję zjazdów należy uzależnić w każdym indywidualnym przypadku od struktury rodzajowej ruchu (samochody ciężarowe, autobus oraz warunków

gruntowo-wodnych. W przypadku przebudowy zjazdów należy odtworzyć zjazd zgodnie z istniejącą nawierzchnią przed Przebudową. Dla nowobudowanych zjazdów publicznych i indywidualnych nawierzchnia powinna być dostosowana do warunków lokalnych i z zapewnieniem estetyki drogi.

W ramach budowy zjazdu należy wykonać także Przepust pod zjazdem, chyba że nie jest to technologicznie uzasadnione.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, należy zauważyć, iż zmiany te miały charakter wyłącznie doprecyzowujący i nie dotyczą kwestii objętych zarzutem, tj. liczby zjazdów. Tym samym zarzut dotyczący niewystarczających danych do przygotowania oferty jest spóźniony.

Z ostrożności jednak Zamawiający wskazał, wbrew stanowisku Odwołującego, że zgodnie z § 19 ust. 4 Rozporządzenia Zamawiający nie był bezwzględnie zobowiązany do przedstawienia "inwentaryzacji lub' dokumentacji obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualnie uwarunkowania tych rozbiórek" .

Jak wskazano powyżej "warunkiem koniecznym dołączenia ww. dokumentów do PFU jest ich posiadanie, a zatem w przypadku ewentualnego braku przez Zamawiającego tych dokumentów, oczywistym jest, że Zamawiający nie ma możliwości ich dołączenia" (vide: Postanowienie KIO z dnia 7 września 2011 r., sygn. KIO 1842/11). Podobnie w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 KIO stwierdziło, że "519 pkt 4 Rozporządzenia, stanowi o posiadanych przez Zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych

Na marginesie Zamawiający podniósł, że dokładna liczba zjazdów do przebudowy skonkretyzuje się na etapie prac projektowych i będzie uzależniona od przyjętych przez wykonawcę rozwiązań technicznych i technologicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wniósł jak na wstępie odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (w tym załącznikami do SIWZ obejmującymi Standard Utrzymania Dróg, Program Funkcjonalno-Użytkowy, Istotne Postanowienia Umowy) oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Na etapie posiedzenia z udziałem Stron Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania w całości jako skierowanego wobec pierwotnej treści SIWZ wskazując, że zarzuty w tym zakresie uznaje za spóźnione. Powyższy wniosek został poparty argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12.12.2017 r.).

Odnosząc się do powyższego wniosku Izba wskazuje, że w zakresie zarzutów związanych z odpowiedziami na pytania o numerach 365 oraz o numerach 595 – 597, w całej rozciągłości podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie wskazującą, że w zakresie tych pytań nie doszło do takiej modyfikacji treści SIWZ, którą można byłoby uznać za wprowadzającą nową treść. W ocenie Izby doszło jedynie do doprecyzowania postanowień ujętych pierwotnie w treści dokumentacji postępowania, co Zamawiający wykazał prezentując w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12.12.2017 r.) modyfikowane postanowienia w trybie „rejestrzuj zmiany”.

Izba jednocześnie wskazuje, iż w trybie w jakim jest prowadzone przedmiotowe postępowanie (dialog konkurencyjny) proces związany z opisem przedmiotu zamówienia ma charakter dynamiczny, jest rozciągnięte w czasie i w zasadzie jego ostateczny kształt konstytuuje się przed terminem składania ofert. W takim trybie postępowania opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) jest dookreślany do momentu składania ofert (vide Rozdział I zatytułowany „Wprowadzenie” dokumentu „OPIS POTRZEB I WYMAGAŃ PODMIOTU PUBLICZNEGO” z dnia 31.03.2015 r.). W związku z powyższym, mając na uwadze wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości, zachodzi trudność w ustaleniu, na jakim etapie doszło do ostatecznego ukształtowania poszczególnych postanowień opisu

przedmiotu zamówienia. Nierzadko ocena faktu, czy zarzut został postawiony we właściwym terminie wymaga *de facto* merytorycznego jego rozpoznania, w tym analizy całej dokumentacji w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: „PFU”), Standardu Utrzymania Dróg (dalej: „SUD”) oraz Istotnych Postanowień Umowy (dalej: „IPU”). Tym samym po skierowaniu zarzutów do rozpoznania ewentualnym skutkiem uznania, że zarzut jest spóźniony, może dojść do również jego oddalenia. Jednakże, mając na uwadze skierowanie do rozpoznania zarzutów związanych z odpowiedziami na pytania o numerach 6, 268, 604 oraz 679 Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, że z pierwotnej treści dokumentacji postępowania jasno wynikała, że określone dane nie zostaną wykonawcom (Partnerom Prywatnym) przedstawione i, że mają oni pozyskać je samodzielnie. Takiego wniosku nie sposób wyartykułować z samego faktu nie przekazania określonych dokumentów na wczesnym etapie postępowania. Partnerzy Prywatni mieli bowiem podstawę zakładać, że niektóre dane i dokumenty zostaną im przedstawione na dalszym etapie postępowania, gdyż jak wynika z przebiegu analizowanego postępowania, opis przedmiotu zamówienia podlegał w jego trakcie zmianom będącym wynikiem dialogu oraz wniosków Partnerów Prywatnych i samego Partnera Publicznego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego oraz w formule Partnerstwa Publiczno - Prywatnego. Jego wniosek został pozytywnie zweryfikowany przez Zamawiającego i ma on szansę w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Podniesione zarzuty zostały skierowane wobec opisu przedmiotu zamówienia, i jak wynika z treści odwołania, zmierzają do nadania temu opisowi treści gwarantującej zachowanie uczciwej konkurencji na etapie składania ofert. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami obejmującymi Standard Utrzymania Dróg, Program Funkcjonalno-Użytkowy, Istotne Postanowienia Umowy, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie

Zamówienia publicznego (w tym w szczególności odpowiedziami na pytania z dnia 21.11.2017 r.).

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w toku rozprawy (w tym fotografie stanu dróg oraz stanu zjazdów), jak również dowody zawnioskowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w tym odpowiedzi na pytania nr 198 i 240, jak również korespondencję odnoszącą się do terminów wykonania badań nawierzchni dróg.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie ze względu na potwierdzenie się zarzutu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opartego na podstawie faktycznej związanej z odpowiedzią na pytanie nr 6 zawarte w piśmie z dnia 21.11.2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w formule partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie dialogu konkurencyjnego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ramach ustaleń poczynionych na posiedzeniu z udziałem stron mającym miejsce w dniu 13 grudnia 2017 r. przyjęto hierarchię aktów prawnych regulujących prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. Pierwszym z tych aktów jest ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100) w stanie na dzień 2 kwietnia 2015 r. (dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu do TED). Dodatkowo na zasadzie odesłania zawartego w art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym w zakresie nieuregulowanym w powyższej ustawie do wyboru partnera prywatnego zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) – gdyż jak ustalono w trakcie posiedzenia w dniu 13 grudnia 2017 r. wynagrodzeniem partnera prywatnego nie jest wynagrodzenia, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym. Tym samym w zakresie nieuregulowanym w powyższej ustawie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w stanie prawnym na dzień 2 kwietnia 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że Partner Publiczny (zamiennie dalej również: „Zamawiający”) w dokumencie zatytułowanym „OPIS POTRZEB I WYMAGAŃ PODMIOTU PUBLICZNEGO” z dnia 31.03.2015 r. w postępowaniu przetargowym w sprawie wyboru partnera prywatnego dla

realizacji przedsięwzięcia pn. Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule PPP” zawarł następujące informacje:

Podmiot Publiczny:

Województwo Dolnośląskie reprezentowane przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu ul. Krakowska 28 50-425 Wrocław

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno prywatnym (Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100, ze zmianami) w trybie DIALOGU KONKURENCYJNEGO

W Rozdziale I. tego dokumentu zatytułowanym „WPROWADZENIE” zawarto następujące informacje:

Tryb postępowania przetargowego

Postępowanie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, a jego celem jest wybranie wykonawcy (zwanego dalej „ Partnerem Prywatnym”), który zawrze z Województwem Dolnośląskim reprezentowanym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu (zwanym dalej „Podmiotem Publicznym”) umowę na przebudowę i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim (zwane dalej „Umową o PPP”).

Partnerzy Prywatni, którzy złożą wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i będą spełniali określone przez Podmiot Publiczny w ogłoszeniu warunki, w liczbie nieprzekraczającej 5, zostaną zaproszeni do dialogu.

Prowadzony dialog będzie miał charakter poufny i będzie mógł dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. żadna ze stron nie będzie mogła bez zgody drugiej strony ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.

Podmiot Publiczny prowadzić będzie dialog do momentu, gdy będzie w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez Partnerów Prywatnych, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu Podmiot Publiczny niezwłocznie informuje uczestniczących w nim Partnerów Prywatnych.

Podmiot Publiczny będzie mógł przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

W ostatnim etapie zostanie dokonana ocena złożonych ofert i rozstrzygnięcie postępowania. Podmiot Publiczny będzie oczekiwał złożenia ofert uwzględniających pewność pozyskania środków na sfinansowanie projektu.

Podmiot Publiczny, zgodnie z art. 60 c) ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, poniżej przedstawi opis potrzeb i wymagań Podmiotu Publicznego, dotyczący realizacji Zamówienia pod nazwą „Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w

Województwie Dolnośląskim realizowane w formule PPP', umożliwiające przygotowanie się Partnerów Prywatnych do udziału w postępowaniu.

Podmiot Publiczny zaznacza, że informacje zawarte w niniejszym dokumencie mają charakter wstępny, przedstawiając bieżące założenia Zamawiającego. Mogą ulegać zmianom i doprecyzowaniu w toku dialogu konkurencyjnego oraz po jego zakończeniu.

II. INFORMACJE O WOJEWÓDZTWIE DOLNOŚLĄSKIM

Na Dolnym Śląsku i w jego bezpośrednim otoczeniu istnieje znaczne zagęszczenie ważnych perspektywnie dla Polski i Europy szlaków transportowych, które tworzą szanse dla rozwoju gospodarczego regionu i sprzyjają umacnianiu jego strategicznej pozycji. Gęsta sieć dróg i linii kolejowych zapewnia powiązania z regionami ościennymi, zarówno polskimi, jak i europejskimi, w dwóch głównych osiach: północ-południe i zachód-wschód. Znaczną poprawę dostępności regionu zapewniło uruchomienie nowego terminalu Portu Lotniczego Wrocław, pełniącego kluczową rolę w obsłudze komunikacji lotniczej Dolnego Śląska. Położenie Dolnego Śląska to nadal wielki potencjał do wykorzystania. (...)

W Rozdziale IV. Zawarto opis PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Przedmiotem projektu pn. „Przebudowa i utrzymanie dróg wojewódzkich w Województwie Dolnośląskim realizowane w formule PPP' ("Projekt"), ma być przebudowa i utrzymanie wybranej części dróg wojewódzkich będących w zarządzie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu stanowiącej wyspecjalizowaną samorządową jednostkę budżetową utworzoną przez Zarząd Województwa Dolnośląskiego w celu zapewnienia określonego w Umowie o PPP poziomu dostępności.

Przedmiotem przedsięwzięcia będzie utrzymanie sieci wytypowanych dróg wojewódzkich w zakresie nie mniejszym niż 90 km i nie większym niż 315 km wraz z robotami budowlanymi, w tym przebudowami na odcinkach, gdzie będzie to niezbędne do utrzymania określonego standardu, jakości dróg zawartego w umowie o PPP, a następnie zarządzanie powierzonymi Partnerowi Prywatnemu drogami w zakresie zgodnym z ustawą o Drogach Publicznych i dookreślonym w wyniku dialogu konkurencyjnego. Partner Prywatny zobligowany będzie do utrzymania określonych odcinków dróg przed rozpoczęciem przebudowy na tych odcinkach. Postępowanie prowadzone jest na podstawie art.4 ust.2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz 100 z późn. zm) - Ustawa o PPP” i zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm — Ustawa Pzp). Standardy utrzymania oraz zakres przedsięwzięcia będą przedmiotem dialogu konkurencyjnego.

Korzystanie z odcinków dróg objętych zamówieniem przez użytkowników będzie nieodpłatne. Wynagrodzenie partnera prywatnego przyjmie formę opłaty za dostępność — na zasadach i warunkach określonych w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zakładany okres trwania umowy to okres od 18 do 22 lat.

Partner Prywatny w ramach pełnienia wybranych funkcji zarządcy drogi publicznej będzie wykonywał roboty interwencyjne, utrzymaniowe i zabezpieczające oraz będzie pełnił zadania związane z utrzymaniem nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą, według standardów określonych w przepisach prawa i Umowie o PPP oraz realizował inne czynności szczegółowo określone w Umowie o PPP.

W odniesieniu do odcinków podlegających przebudowie, Partner Prywatny będzie otrzymywał wynagrodzenie w formie opłaty za dostępność, pod warunkiem zrealizowania robót budowlanych, oddania do użytkowania, a następnie utrzymywania dostępności tych odcinków dla użytkowników, zgodnie z warunkami określonymi w Umowie o PPP. Drogi wojewódzkie objęte Projektem stanowiące będą własność Podmiotu Publicznego i będą pozostawać w okresie obowiązywania Umowy o PPP w posiadaniu Partnera Prywatnego. Po zakończeniu Umowy o PPP posiadanie dróg zostanie przekazane przez Partnera Prywatnego Podmiotowi Publicznemu.

Partner Prywatny, na własny koszt i ryzyko, będzie odpowiedzialny za przygotowanie dokumentacji technicznej wymaganej do podjęcia przebudów, uzyskanie (w imieniu Podmiotu Publicznego) pozwolenia na realizację wymaganych robót budowlanych (decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w rozumieniu ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych) i pozyskanie uzgodnień wymaganych odrębnymi przepisami, a także za zapewnienie realizacji robót budowlanych w wymaganym zakresie. Na obecnym etapie prac rozważa się współfinansowanie przedsięwzięcia z funduszy unijnych.

Realizacja Umowy o PPP będzie odbywać się w szczególności w oparciu o przepisy:

- ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym;
- ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;
- ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych;
- ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane,
- ustawy z dnia 21 marca 1985 o drogach publicznych;
- ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny;
- ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r. Nr 596 z późn. zm.).

Opis i lokalizacja Dróg PPP

Do Projektu Partner Publiczny zakwalifikował wstępnie do przebudowy i utrzymania sieć dróg wojewódzkich ("Drogi PPP") o łącznej długości stanowiącej do 315 km, które obrazuje poniższa mapka graficzna. Dobór Dróg PPP jest podyktowany funkcjonalnością sieci, która

tworzy układ trasy obwodnicowej Wrocławia, a jednocześnie zapewni bezpieczny dostęp do autostrady A4, drogi ekspresowej S81 dróg krajowych DK5, DK8, DK15, DK35, DK94 z ominięciem zurbanizowanego obszaru miasta Wrocławia.

W zakresie Projektu znajdują się odcinki dróg wojewódzkich tworzących układ promienisty łączący trasę obwodnicową z obszarem Wrocławia. Odcinek drogi 396 nie został objęty Projektem, ponieważ jest on zlokalizowany na terenie województwa opolskiego i znajduje się w zarządzie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu. Ponadto Podmiot Publiczny oczekuje, iż w początkowym okresie Umowy o PPP (do maksymalnie 5 lat) zgodnie z wypracowanym na podstawie dialogu konkurencyjnego harmonogramem, zostanie wytypowana określona długość dróg niezbędnych do przebudowy w formule PPP.

Cele Partnera Publicznego

Planowana przebudowa i utrzymanie wytypowanych do Projektu odcinków dróg wojewódzkich ma doprowadzić do zwiększenia płynności ruchu i poprawy bezpieczeństwa komunikacyjnego oraz ulepszenia powiązań z drogami krajowymi i drogami powiatowymi i gminnymi, zwiększając dostępność krajowych i lokalnych ośrodków gospodarczych.

W wyniku realizacji Projektu nastąpi podniesienie poziomu i jakości życia społeczności lokalnych oraz zwiększenie efektywności instytucji publicznych, dzięki intensyfikacji rozwoju bezpiecznej, spójnej, funkcjonalnej i efektywnej infrastruktury drogowej, o kluczowym znaczeniu dla zrównoważonego rozwoju społeczno-gospodarczego Województwa Dolnośląskiego.

Celami szczegółowymi Projektu są:

- poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach wojewódzkich; zrównoważony rozwój społeczny i gospodarczy regionu;
- rozwój spójnej, funkcjonalnej i efektywnej sieci dróg publicznych w skali województwa poprzez poprawę połączeń dróg wojewódzkich z drogami krajowymi, powiatowymi i gminnymi, podniesienie parametrów użytkowych dróg oraz zwiększenie płynności ruchu; odbudowa i przywracanie funkcji komunikacyjnej dróg zniszczonych lub uszkodzonych; modernizacja połączeń drogowych o istotnym znaczeniu dla rozwoju województwa;
- poprawa dostępności komunikacyjnej lokalnych ośrodków gospodarczych, przedsiębiorstw i zakładów pracy o istotnym znaczeniu dla społeczności lokalnej, sprzyjającej podniesieniu atrakcyjności inwestycyjnej i konkurencyjności tych ośrodków oraz tworzeniu nowych miejsc pracy;
- rozwój lokalnych połączeń drogowych istotnych dla sprawnej realizacji zadań państwa o kluczowym znaczeniu dla bezpieczeństwa społeczności lokalnych, w szczególności w obszarze bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrony przeciwpożarowej, ratownictwa, zarządzania kryzysowego oraz ochrony granicy państwowej.

Strategicznym celem inwestycji transportowych na Dolnym śląsku winna być integracja przestrzeni regionu z przestrzenią reszty kraju oraz przestrzenią krajów sąsiednich, a także integracja wewnętrzna regionu. Ponadto istotą inwestycji winno być podniesienie efektywności sieci transportowej w celu wzmocnienia gospodarki regionu.

Zarząd Drogami PPP

Zadania, które zgodnie z przepisem art. 19 ust. 7 Ustawy o Drogach Publicznych będzie wykonywać Podmiot Prywatny, obejmą:

- pełnienie funkcji inwestora zastępczego;
- utrzymanie nawierzchni drogi, chodników, drogowych obiektów inżynierskich, urządzeń zabezpieczających ruch i innych urządzeń związanych z drogą, z wyjątkiem części pasa drogowego, o których mowa w art. 20f pkt 2 ustawy o drogach publicznych (tj. pod wiaty przystankowe);
- realizacja robót w zakresie inżynierii ruchu;
- koordynacja robót w pasie drogowym; wykonywanie robót interwencyjnych, robót utrzymaniowych i zabezpieczających;
- przeciwdziałanie niszczeniu dróg przez ich użytkowników;
- przeciwdziałanie niekorzystnym przeobrażeniom środowiska mogącym powstać lub powstającym w następstwie budowy lub utrzymania dróg;
- dokonywanie okresowych pomiarów ruchu drogowego;
- utrzymywanie zieleni przydrożnej, w tym sadzenie i usuwanie drzew oraz krzewów.

Ostateczny ich zakres zostanie wypracowany podczas rund dialogu konkurencyjnego.

Oczekiwany Standard Utrzymania Dróg

Obowiązki Partnera Prywatnego obejmować będą zadania odnoszące się do objętej Projektem sieci Dróg PPP i w założeniu nie będą wymagały dodatkowej ingerencji Podmiotu Publicznego w możliwym zakresie, a Partner Prywatny będzie samodzielnie odpowiedzialny za stan użytkowy drogi.

W okresach między remontami lub przebudowami, w toku normalnej eksploatacji, Partner Prywatny podejmie działania techniczne i organizacyjne niezbędne dla utrzymania nieprzerwanego ruchu drogowego na ustalonych ciągach drogowych. Utrzymanie właściwego stanu drogi zapewniającego sprawny, szybki i bezpieczny transport ludzi i towarów będzie wymagał bieżącej kontroli oraz podejmowania ciągłych działań technicznych, w tym także w zakresie odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej. Specyfika klimatyczna Polski wpływa na wyodrębnienie dwóch grup zabiegów w zakresie techniki i technologii oraz organizacji prac utrzymania dróg — utrzymania w okresie letnim oraz w okresie zimowym.

Dla realizacji obu typów działania zarząd drogi i pozostali uczestnicy procesu utrzymania dróg (służby publiczne działające w związku z wydarzeniami na drogach), w tym Partner

Prywatny, będą utrzymywali infrastrukturę organizacyjną zapewniającą efektywne Utrzymanie oraz zapewnienie wskaźników dostępności, które zostaną określone w Umowie o PPP.

Prace powinny być realizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności z: Ustawą o Drogach Publicznych, rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz.U.2003.220.2181), ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. — Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 1137 z późn. zm.), Ustawą Prawo Budowlane.

oraz szczegółowymi specyfikacjami technicznymi, które zostaną ostatecznie sformułowane podczas dialogu konkurencyjnego. Zakresy letnich i zimowych standardów utrzymania Dróg PPP, wypracowane zostaną podczas dialogu konkurencyjnego.

Rozdział V. MECHANIZM WYNAGRADZANIA

Podmiot Publiczny nie przewiduje wprowadzenia opłat za korzystanie z wybudowanej infrastruktury drogowej dla jej bezpośrednich użytkowników.

Płatności okresowe w formie opłaty za dostępność będą wypłacane przez Podmiot Publiczny Partnerowi Prywatnemu po rozpoczęciu utrzymania Dróg PPP, a w odniesieniu do Dróg PPP podlegających przebudowie, po oddaniu do użytkowania tych dróg i pod warunkiem ukończeniu budowy zgodnie z warunkami określonymi w Umowie o PPP. Opłata za dostępność nie może zawierać żadnego elementu stałego - gwarantowanego przez Podmiot Publiczny, odpowiadającego swojej wartością np. obsłudze zadłużenia.

Podmiot Publiczny, oprócz opłaty za dostępność lub rozliczeń w przypadku rozwiązania umowy, nie przewiduje żadnych dodatkowych płatności na rzecz Partnera Prywatnego, w szczególności w okresie przebudowy.

Podmiot Publiczny będzie uprawniony do naliczania Partnerowi Prywatnemu kar i obniżek z tytułu niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Partnera Prywatnego obowiązków będących przedmiotem Umowy o PPP oraz, w przypadkach określonych w Umowie o PPP, np. niewykonywania lub istotnego nienależytego wykonywania Umowy o PPP, do jej wypowiedzenia z winy Partnera Prywatnego.

Jeżeli Partner Prywatny nie spełni określonych w Umowie o PPP wymagań jakościowych m.in. odnośnie utrzymania lub w innych przypadkach przewidzianych w Umowie o PPP, opłata za dostępność zostanie proporcjonalnie pomniejszona, zgodnie z ustaloną w Umowie o PPP formułą, uwzględniającą czas trwania i wagę zdarzenia lub rodzaj odstępstwa od standardów określonych w Umowie o ppp.

Żadna część opłaty za dostępność nie będzie wyłączona z możliwości potrąceń i redukcji w przypadku niewykonywania lub nienależytego wykonywania Umowy o PPP przez Partnera Prywatnego.

W przypadku niewykonywania lub nienależytego wykonywania obowiązków przez Partnera Prywatnego w danym okresie rozliczeniowym, opłata za dostępność za ten okres zostanie pomniejszona przez Podmiot Publiczny o wysokość naliczonych kar i obniżek z tytułu takiego nienależytego wywiązywania się z obowiązków przez Partnera Prywatnego za ten okres. System kar i obniżek będzie miał charakter automatyczny.

HARMONOGRAM PRZEBUDÓW I UTRZYMANIA

Harmonogramu przebudów i utrzymania zostanie wypracowany podczas dialogu konkurencyjnego.

VII. UMOWA O PPP. PODZIAŁ RYZYK

Na podstawie Umowy o PPP Partner Prywatny i) zrealizuje przebudowę wskazanych odcinków Dróg PPP, ii) zapewni finansowanie określonych nakładów inwestycyjnych na Przebudowę Dróg PPP, iii) będzie świadczył usługi Utrzymania Dróg PPP oraz iv) Umowa o PPP będzie przewidywać określone standardy jakościowe i ilościowe dotyczących Dróg PPP (np. określone standardy techniczne Drogi) oraz usług Utrzymania (np. standardy utrzymania letniego).

Finansowanie w całości zobowiązany będzie zapewnić Partner Prywatny. W przypadku pozyskania środków z funduszy UE w trakcie Umowy o PPP wartość środków z RPO stanowiłaby mniejszą część łącznych kosztów inwestycyjnych. W momencie zawarcia Umowy o PPP pozyskanie środków z funduszy UE nie będzie jednak zapewnione i tym samym Partner Prywatny zobowiązany będzie do zapewnienia finansowania na całość nakładów inwestycyjnych.

Partner Publiczny nie dokonuje płatności z góry na poczet przyszłych usług utrzymania. Partner Publiczny nie będzie udzielał pożyczek, ani uiszczal jakichkolwiek zaliczek na poczet przebudowy lub utrzymania.

Celem Podmiotu Publicznego jest zapewnienie racjonalnej alokacji ryzyk związanych z realizacją przedmiotu Umowy o PPP, która jednocześnie spełni kryteria Eurostat (ESA 10) oraz art. 18a Ustawy o PPP odnośnie traktowania zobowiązań Podmiotu Publicznego, wynikających z Umowy o PPP, jako pozabilansowych.

Ryzyko projektowania i budowy

Założenia do programu funkcjonalno-użytkowego zostaną przekazane Partnerom Prywatnym wraz z zaproszeniem do dialogu konkurencyjnego. Na dalszym etapie postępowania Podmiot Publiczny przekaże program funkcjonalno-użytkowy dla Dróg PPP opisujący przedmiot i przeznaczenie robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Wyłoniony w postępowaniu Partner Prywatny będzie zobowiązany do przejęcia ryzyk związanych z ryzykiem projektowania i budowy. Umowa będzie określała terminy oraz parametry techniczne realizacji przebudów Dróg PPP. W przypadku jakichkolwiek opóźnień

skutkujących niedotrzymaniem terminu oddania Dróg PPP do użytkowania, płatności na rzecz Partnera Prywatnego również zostaną opóźnione, przy czym data końcowa umowy nie ulegnie przesunięciu (w efekcie skróceniu ulegnie okres eksploatacji oraz w związku z tym okres, w którym będzie wypłacana opłata za dostępność).

Częściowe płatności (np. na pokrycie zobowiązania do spłaty długu) w przypadku, braku dostępności Dróg PPP podlegających przebudowie, nie są przewidywane.

Partner Prywatny będzie ponosił ryzyko wzrostu kosztu przebudowy Dróg PPP. Wszelkie ewentualne dodatkowe prace i koszty z nimi związane, których poniesienie będzie niezbędne dla należytego wykonania Umowy o PPP, Partner Prywatny pokryje z własnych środków, bez roszczeń wobec Podmiotu Publicznego, z zastrzeżeniem niektórych zdarzeń, za wystąpienie których odpowiedzialność przejmie Podmiot Publiczny.

Ryzyko popytu

Z uwagi na założony mechanizm zapłaty na rzecz Partnera Prywatnego, oparty na modelu „opłaty za dostępność”, gdzie strumień przychodów pochodzi wyłącznie od Partnera Publicznego, należy przyjąć, że ryzyko Popytu w Projekcie będzie po stronie Partnera Publicznego.

Ryzyko dostępności (utrzymania i konserwacji)

Umowa o PPP będzie szczegółowo określać wskaźniki i standardy jakości utrzymania za które odpowiadać będzie Partner Prywatny (np. czasy reakcji na zagrożenia, standardy odśnieżania, czasy reakcji na usuwanie błota pośniegowego, jakość oznaczeń poziomych, pionowych itp.). Niedotrzymywanie ustalonych wskaźników dostępności skutkować będzie zastosowaniem adekwatnych sankcji np. w postaci punktów karnych, skutkujących po odpowiednim skumulowaniu obniżeniem opłaty za dostępność.

Poziom dostępności niższy niż zakładany w Umowie o PPP będzie skutkował obniżeniem opłaty za dostępność.

Zgodnie z założeniami Umowa o PPP przewidywać będzie punkty karne za nieprzestrzeganie określonych wskaźników. Osiągnięcie określonego pułapu punktów karnych skutkować będzie obniżeniem opłaty za dostępność.

Ryzyko zmian w prawie

W przypadku wystąpienia określonych przypadków zmiany prawa, postanowienia Umowy o PPP będą przewidywać mechanizm pozwalający na przywrócenie stronom sytuacji ekonomicznej, w jakiej by się znajdowały, gdyby takie zmiany nie nastąpiły.

Ryzyko kursowe i ryzyko inflacji

Oczekuje się, iż opłata za dostępność będzie wypłacana w PLN, w związku z tym ryzyko kursowe może być alokowane na Partnera Prywatnego. Ryzyko inflacji może być alokowane pomiędzy strony.

Szczegółowy Podział Ryzyk

Szczegółowy podział zadań i ryzyk zostanie wypracowany podczas dialogu konkurencyjnego

Zamawiający pismem z dnia 21.11.2017 r. udzielił odpowiedzi m.in. na poniższe pytania wykonawców (objęte treścią zarzutów i wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie), w tym dokonał modyfikacji postanowień SWIZ.

Pytanie nr 6

"Prosimy o wyjaśnienie różnic w treści umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w zakresie różnego traktowania dróg grupy I i dróg grupy II. W szczególności – dlaczego :

- nośność gruntu stanowi przypadek kompensacyjny jedynie dla dróg grupy I,
- zwiększenie natężenia ruchu stanowi przypadek kompensacyjny jedynie w przypadku grupy I.

Ponadto prosimy o wyjaśnienie zakresu prac utrzymaniowych w sytuacji, w których prowadzone w ramach normalnego zarządzania i utrzymywania prace nie są wystarczające do utrzymania określonych w umowie parametrów. Prosimy także o wyjaśnienie, dlaczego podczas remontów dróg grupy II nie się naliczane punkty karne, natomiast podczas remontu dróg grupy I (nieuniknionego w trakcie kilkunastoletniej eksploatacji) już tak.

Uzasadnienie:

Wprowadzona na etapie dialogu konkurencyjnego zmiana, polegająca na przesunięciu części dróg z grupy I do grupy II wywołuje wątpliwości co do rzeczywistego stanu dróg. Jednocześnie umowa różnicuje w wielu postanowieniach prawa i obowiązki stron w zależności od przypisania drogi do odpowiedniej grupy. Nasze wątpliwości budzi taki podział w kilku przypadkach, w których nie jest on, naszym zdaniem, obiektywnie uzasadniony.

Po pierwsze, w naszej ocenie, wobec braku właściwych informacji dotyczących aktualnego stanu dróg oraz wobec zamieszczonych wcześniej informacji o ich niedostatecznym stanie technicznym, istnieje wysokie ryzyko, iż nie uda się uzyskać na drogach grupy II parametrów wymaganych umową prowadzeniem prac niewymagających głębokiego remontu. W całym, 22-letnim okresie eksploatacji sytuacja taka jest w istocie pewna.

Konstrukcja umowy zakłada, że część dróg znajduje się w stanie wymagającym remontu, część zaś w stanie wymagającym jedynie zwykłego utrzymania. Jednak ocena Zamawiającego jest w tym zakresie zupełnie dowolna i nie wynika z przekazanych dokumentów i danych. Można oczywiście przyjąć, że zadaniem partnera prywatnego ma być dokonanie wszelkich remontów dróg. Jednak wówczas niepotrzebne byłoby wyodrębnienie części dróg do grupy I. Również struktura opłat za utrzymanie wskazuje, że Zamawiający nie przewiduje znaczących wydatków inwestycyjnych. Podobnie projekt budowlany jest pojęciem używanym w kontekście przebudowy dróg grupy I, a umowa nie przewiduje konieczności

uzyskania pozwolenia na budowę co do dróg grupy II. Stąd można wysnuć wniosek, że Zamawiający nie przewiduje prowadzenia innych prac poza konserwacyjnymi i interwencyjnymi, niewymagającymi projektu budowlanego. Co słuszne jest z założeniem, że partner prywatny dokonuje przebudowy jedynie dróg grupy I.

W naszej ocenie umowa całkowicie pomija wobec powyższego przypadek, w którym na skutek błędu w Informacjach Ujawnionych czy też na skutek zwykłego zużycia nie będzie możliwości utrzymania drogi grupy II w klasie nośności B bez przeprowadzenia, co najmniej w pewnym zakresie, jej przebudowy. Stąd prosimy o jednoznaczne wskazanie w dokumentach stanowiących załącznik do SIWZ, do jakiego zakresu za prace odpowiada partner prywatny i jaki jest tryb i konsekwencje poinformowania Zamawiającego o konieczności przeprowadzenia prac nie mieszczących się w zakresie utrzymania dróg. Podobnie można założyć, że o ile nie zostanie wykazane, że partner prywatny niewłaściwie wykonał przebudowy, można sobie wyobrazić konieczność dokonania w przyszłości pojedynczych remontów dróg grupy I.

Niezrozumiałe dla nas są także powody ograniczenia przypadków kompensacyjnych dotyczących nośności gruntu (punkt 17.13) oraz zwiększenia natężenia ruchu (punkt 30.1) jedynie w odniesieniu do dróg grupy I. Ograniczenie takie całkowicie pomija fakt, że zmiana natężenia ruchu powoduje zwiększenie kosztów utrzymania dróg niezależnie od ich kategorii. Podobnie nośność gruntu ma znaczenie dla trwałości drogi i nawierzchni. Tymczasem dla dróg grupy II te same nośności w ogóle nie określono. Może ona wynikać częściowo z badań ugięć, ale badania nie zostały przeprowadzone w odpowiedni sposób, a nadto ich wyniki pochodzą sprzed paru lat. W takiej sytuacji złożone oferty nie będą mogły zostać obiektywnie porównane. Posługując się wcześniej przywołanym argumentem, oferty muszą opierać się na tym samym stanie faktycznym, różna może być co najwyżej jego ocena.

W związku z utrzymaniem dróg prosimy o wyjaśnienie, dlaczego w punkcie 6 załącznika nr 8 do umowy, w punkcie b) uwzględniono wyłączenie naliczania punktów karnych ze względu na planowane remonty dróg grupy II, brak zaś takiego wyłączenia w przypadku remontu dróg grupy I. Jest pewne, że będą one musiały przechodzić, w osiemnastoletnim okresie eksploatacji, pewne remonty. Prosimy zatem o odpowiednią zmianę załącznika poprzez dopuszczenie wyłączenia ruchu na drodze również w przypadku planowanych remontów dróg grupy I.”

Treść odpowiedzi na pytanie nr 6

"Zamawiający częściowo uwzględnił uwagę Wykonawcy i dokonał odpowiednich zmian w Punkcie 30 IPU.

Co do zakresu utrzymania oraz wobec szeregu wątpliwości Wykonawców odnośnie właściwej alokacji dokonanej przez Zamawiającego Dróg PPP do Dróg Grupy I lub Dróg Grupy II na obecnym etapie Postępowania Zamawiający zdecydował o pozostawieniu Wykonawcom możliwości dokonania samodzielnej alokacji Dróg PPP do właściwej grupy, przy jednoczesnym ustaleniu minimalnej liczby kilometrów do Przebudowy i Utrzymania (tj. 104 km w Grupie I) i minimalnej liczby przeznaczonej wyłącznie do Utrzymania (tj. min. 74 km w Grupie II), przy czym całkowita długość Dróg PPP wynosi 187,450 km.

Bez zmiany pozostaje pierwotne założenie, że Wykonawcy zobowiązani będą do doprowadzenia Dróg PPP w terminie 4 lat do wymaganych standardów. Nadal zgodnie z kryteriami oceny ofert Wykonawcy zasadniczo konkurować będą wysokością Wynagrodzenia.

Wykonawcy po przeprowadzeniu we własnym zakresie inwentaryzacji Dróg PPP dokonają w określonym w Umowie terminie alokacji Dróg Grupy II do Grupy I (jeżeli będzie miało to zastosowanie) wedle oceny Wykonawcy. Wszelkie oświadczenia Podmiotu Publicznego odnoszące się do Dróg Grupy I lub Dróg Grupy II będą adekwatne do Dróg PPP alokowanych w ten sposób przez Partnera Prywatnego (np. w zakresie nośności).

Zamawiający dokonał odpowiednich zmian do IPU.

Jednocześnie na potrzeby przygotowania i porównania ofert oraz późniejszego dokonywania rozliczeń, Wykonawcy zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą wskażą w Formularzu Ofertowym liczbę kilometrów Dróg Grupy I oraz Dróg Grupy II, którym odpowiadać będą wartości poszczególnych składowych Wynagrodzenia. Wskazany kilometraż musi mieścić się w przedziałach wskazanych przez Zamawiającego (minimum 104 km do Przebudowy i Utrzymania, oraz minimum 74 km wyłącznie do Utrzymania, przy czym całkowita długość Dróg PPP wynosi 187,450 km).

Zamawiający dokonał odpowiednich zmian do Załącznika Nr 9 pn. ""Wynagrodzenie. Mechanizm Płatności"" oraz SIWZ."

Pytanie nr 198

"Nazwa dokumentu

Załącznik nr 2 do SIWZ – Istotne postanowienia Umowy o PPP

9.1 Prosimy o dodanie oświadczenia co do tego, że Drogi Grupy II nie wymagają Przebudowy ani Naprawy w ciągu pierwszych 10 lat aby spełniać wymogi jakościowe określone w Załączniku 7. W projekcie Umowy PPP przewidziane jest, że w odniesieniu do Dróg Grupy II nie będzie płatna żadna Opłata za Dostępność, co oznacza, że nie można będzie zorganizować finansowania uprzywilejowanego dla potrzeb Napraw lub Robót w okresie Przebudowy w pierwszych latach, na ten cel będzie można wykorzystać wyłącznie

środki zgromadzone z Opłaty za Utrzymanie Dróg Grupy II. Partner Prywatny albo będzie musiał mieć elastyczność przy podejmowaniu decyzji, które odcinki mają być zaklasyfikowane jako Grupa I i wobec tego można będzie zorganizować finansowanie senioralne na ich Naprawę, albo zapewnienie, że takie Roboty i finansowanie nie są konieczne.”

Treść odpowiedzi na pytanie nr 198

Wobec zmiany podejścia co do alokacji Dróg Grupy I i II wniosek jest nieaktualny.

Pytanie nr 240

"Nazwa dokumentu

Załącznik nr 3 do SIWZ – Program Funkcjonalno–Użytkowy

Pragniemy zauważyć, podział odcinków pomiędzy Grupę I a Grupę II nie jest w pełni dokładny z technicznego punktu widzenia. Wiele odcinków, które zostały zakwalifikowane jako Drogi Grupy II wymagają albo przebudowy podobnie do Dróg Grupy I lub istotnych prac nad poprawą nawierzchni w celu dostosowania tych odcinków do wymogów jakościowych określonych w Załączniku 7. Spowoduje to zwiększenie potrzeb w zakresie finansowania na samym początku realizacji Przedsięwzięcia, tj. zaraz po Dacie Przekazania Pasa Drogowego, które nie są obecnie objęte mechanizmem płatności (tj. nie przewiduje się Finansowania Głównego ani Opłaty za Dostępność w odniesieniu do robót prowadzonych na Drogach Grupy II).

Prosimy o rozważenie przyznania większej elastyczności Partnerowi Prywatnemu przy określaniu Dróg Grupy I i Grupy II."

Treść odpowiedzi na pytanie nr 240

vide: Odpowiedź na pytanie nr 6.

Pytanie nr 268

"Nazwa dokumentu

Załącznik nr 7 do SIWZ – Standardy utrzymania dróg

5.2.5 Prosimy o przekazanie informacji o ilości i lokalizacji drzew i krzewów, które zostaną przekazane do utrzymania Partnerowi Prywatnemu, a po zakończeniu umowy będą musiały zostać przekazane do Partnera Publicznego?"

Treść odpowiedzi na pytanie nr 268

Partner Prywatny sporządza inwentaryzacje zieleni we własnym zakresie.

Pytanie nr 365

"Istotne postanowienia Umowy o Partnerstwie Publiczno-Prywatnym
Pkt. 17.11 Umowy

Wątpliwość

Zgodnie z pkt. 14.2 Umowy, Podmiot Publiczny może podjąć decyzję o realizacji Przebudowy zgodnie z Punktem 17.11, co będzie wiązać się m. m.in. z koniecznością nabycia nieruchomości przez Podmiot Publiczny w celu należytego wykonania zobowiązań z umowy. Zgodnie z pkt. 17.11 Umowy, gdy „zaistnieje konieczność wykroczenia poza istniejący Pas Drogowy, wówczas prace na takim odcinku powinny zostać zaprojektowane jako Remont”. Powyższe postanowienia są niejasne.

Wniosek

W związku z powyższym, prosimy o potwierdzenie, że w związku z ewidentnymi wyjściami poza Pas Drogowy możliwe jest wykonanie w tych miejscach Remontu, nawet jeśli droga nie mieści się w Pasie Drogowym. "

Treść odpowiedzi na pytanie nr 365

Zamawiający wprowadził zmianę do Punktu 17.11 w kontekście której Zamawiający potwierdza, że w sytuacjach ewidentnych wyjść poza Pas Drogowy możliwe będzie wykonanie Remontu nawet jeśli droga aktualnie nie mieści się w Pasie Drogowym. Zwracamy również uwagę na zmianę Punktu 9.1, w którym Zamawiający potwierdza posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości w granicach Pasa Drogowego jak również tych wykraczających poza pas a związanych z Drogami PPP.

Pytanie nr 595

" Pkt 2.2.3 Załącznik Nr 3 „Program funkcjonalno-Użytkowy” do Umowy o PPP (1)

W SIWZ nie przekazano inwentaryzacji jezdni Dróg PPP. W jaki sposób Partner Prywatny ma wycenić, które odcinki dróg wymagają poszerzenia do 6.0m, a które są szersze i takie mają docelowo pozostać – zgodnie z pkt 2.2.3. PFU?

Przykładowo, jeśli istniejąca jezdnia ma szerokość 6.1m na długości 200m, dalej 6.05m na długości 100m i dalej 6.2m na długości 500m – to droga po przebudowie również ma mieć taką szerokość?"

Treść odpowiedzi na pytanie nr 595

Zamawiający informuje, iż dokonał modyfikacji pkt. 2.2.3 PFU. Partner Prywatny ma utrzymać parametry nie gorsze niż dla klasy Z.

Pytanie nr 596

" Pkt 2.2.3 Załącznik Nr 3 „Program funkcjonalno-Użytkowy” do Umowy o PPP (2)
Które odcinki dróg wymagają poszerzenia do 6m?"

Treść odpowiedzi na pytanie nr 596

Zamawiający dokonał zmiany Punktu 2.2.3 PFU. Partner Prywatny ma Przebudować Drogi PPP w taki sposób aby osiągnąć parametry nie gorsze niż dla klasy Z.

Pytanie nr 597

"Dot. pkt 2.2.3 Załącznika Nr 3 „Program funkcjonalno-Użytkowy”

Czy intencją Podmiotu Publicznego jest aby drogi Grupy I miały klasę techniczną „Z” zgodnie z pkt 2.2.3 PFU?

Na stronie internetowej DSDiK można znaleźć wykaz dróg wraz z przyporządkowaną im klasą techniczną. Dla Dróg PPP wszędzie wskazano klasę techniczną G. Zgodnie z obecnymi zapisami, po przebudowie Drogi Grupy I będą miały klasę Z, natomiast drogi nieprzebudowane – z Grupy II – będą miały wyższą klasę techniczną – klasę G.

Czy Podmiot Publiczny rzeczywiście oczekuje obniżenia klasy technicznej drogi na wszystkich drogach objętych przebudową?"

Treść odpowiedzi na pytanie nr 597

Zamawiający wprowadził zmianę do Punktu 2.2.3. PFU. Podmiot Publiczny oczekuje, że Partner Prywatny przy Przebudowie osiągnie parametry nie gorsze niż dla klasy Z.

Pytanie nr 604

"Dot. pkt 3.6 Załącznika Nr 3 pt. „Program funkcjonalno-użytkowy”

Pkt. 3.6 PFU „W celu realizacji obowiązku polegającego na ochronie uzasadnionych interesów osób trzecich należy dokonać przebudowy zjazdów z Dróg PPP, które tego wymagają.”. Na sieci Dróg PPP jest kilka tysięcy zjazdów. W jaki sposób Partner Prywatny ma określić i wycenić, które zjazdy podlegają przebudowie nie posiadając inwentaryzacji zjazdów."

Treść odpowiedzi na pytanie nr 604

"Liczbę istniejących zjazdów można oszacować na podstawie map zasadniczych i fotorejestracji. Zamawiający doprecyzował Punkt 3.6 Załącznika Nr 3."

Pytanie nr 679

"Dot. pkt 17.13 Umowy o PPP

Czy Partner Prywatny jest zobowiązany zawsze zoptymalizować, a tym samym zmienić projekt w przypadku wystąpienia innej grupy nośności niż G3?

Wystąpienie innej grupy nośności niż G3 nie zawsze będzie skutkowało zmniejszeniem lub zwiększeniem kosztów przebudowy. Może wystąpić sytuacja, gdy np. dla grupy nośności G2 zostaną zastosowane takie same rozwiązania jak dla grupy G3. Jak należy rozumieć zapisy punktu 17.13 w takiej sytuacji?"

Treść odpowiedzi na pytanie nr 679

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 678

Treść odpowiedzi na pytanie nr 678

Określenie grupy nośności podłoża ma znaczenie w przypadku przebudowy pełnej konstrukcji nawierzchni lub wykonania nowej konstrukcji dla poszerzenia jezdni Odcinka Drogi. W celu kalkulacji oferty należy przyjąć grupę nośności G3. Rzeczywista grupa nośności podłoża będzie podstawą oszacowania zmniejszenia/zwiększenia kosztów Przebudowy, jeśli Wykonawca je wykaże.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 1 grudnia 2017 r. wniósł odwołanie

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut – odpowiedź na pytanie nr 6

W zakresie zarzutów odnoszących się do odpowiedzi na pytanie nr 6 i tym samym wskazanych przez Odwołującego argumentów związanych z pozostawieniem wykonawcom swobody w wyborze odcinków dróg przewidzianych do utrzymania lub przebudowy Izba wskazuje, że jedynie w części podzieliła argumentację Zamawiającego oraz w całości argumentację Odwołującego uznając, że zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie. Pewna niedookreśloność opisu przedmiotu zamówienia, która wynika z projektów realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz w ramach projektów w formule partnerstwa publiczno – prywatnego (dalej PPP), na którą wskazywał Zamawiający, nie jest cechą immanentną

wszystkich takich projektów i wszystkich ich etapów. Taką niedookreśloność i tym samym swobodę wykonawców w wyborze metod realizacji tych projektów można bowiem dopuścić i tolerować tam, gdzie wykonawcy mają pełny wpływ na istniejący stan faktyczny. Brak tego wpływu powoduje, że stan istniejący determinuje działania wykonawców, czy to obejmujące czynności projektowe, czy też realizację samych usług lub robót budowlanych.

Przechodząc na kanwę niniejszego sporu Izba wskazuje, że z takim stanem w przedmiotowym projekcie mamy do czynienia w początkowym etapie jego realizacji. O ile bowiem na dalszym etapie realizacji projektu (z planowanym okresem realizacji sięgającym 22 lat) wykonawcy operują na odcinkach drogowych, które znają i które sami utrzymywali, to w pierwszych latach realizacji tego projektu zakres realizowanych przez nich czynności jest determinowany niezależnym od nich stanem faktycznym. Wówczas bowiem Partnerzy Prywatni przejmują w utrzymanie infrastrukturę drogową dotychczas utrzymywaną i remontowaną przez podmioty niezależne od siebie – a zatem mogą nie mieć pełnej świadomości stanu technicznego tej infrastruktury i tym bardziej nie mieli oni wpływu na ten stan. Tym samym aby w tym wypadku zagwarantować porównywalność rzeczową oraz cenową ofert składanych przez wykonawców (w tym wypadku Partnerów Prywatnych) Zamawiający (w tym wypadku Partner Publiczny) powinien dla początkowego okresu realizacji projektu (w tym wypadku w okresie pierwszych 48 miesięcy) narzucić i w maksymalny sposób doprecyzować zakres czynności przewidzianych do realizacji. Po tym bowiem okresie partnerzy prywatni będą na tyle zaznajomieni ze stanem technicznym objętej projektem infrastruktury drogowej, że będą mogli już na etapie składania ofert określić samodzielnie konieczne czynności, gdyż zakres tych czynności będzie zależny od jakości i zakresu usług świadczonych przez nich samych w pierwszych latach realizacji projektu. Wynika to z racjonalnego założenia, że jakość świadczonych usług utrzymaniowych i jakość wykonanych robót remontowych w pierwszych 4 latach realizacji projektu PPP będzie determinowała zakres koniecznych nakładów na rzecz tej infrastruktury w latach kolejnych. Jednym zdaniem, im lepsza jakość usług i robót na początkowym etapie realizacji projektu PPP tym mniej nakładów będzie wymagała infrastruktura drogowa w kolejnych latach.

Powyższe założenia należy zatem odnieść do jednego elementu podniesionego w ramach zarzutów, tj. objętych odpowiedzią na pytanie nr 6 odcinków dróg przeznaczonych do utrzymania i przebudowy. Te elementy, w ocenie Izby, powinny zostać w szczegółowy sposób dookreślone tak aby, z jednej strony wykonawcy na etapie „wejścia” w projekt PPP mieli jasność, co do zakresu ich obowiązków, z drugiej zaś strony aby składane przez nich oferty były porównywalne. Zamawiający (Partner Publiczny) przyznał bowiem, że dokonał uzupełnienia SIWZ o możliwość relokacji części odcinków dróg PPP w ramach grup przez wykonawcę, lecz wyłącznie w zakresie 9,450 km. W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje dla jakiego odcinka brak jest w okresie pierwszych 4 lat dookreślenia zakwalifikowania drogi do

remontu lub tylko utrzymania (Drogi Grupy I). Tym samym w tym zakresie dla okresu pierwszych 4 lat Zamawiający – Partner Publiczny powinien w sposób szczegółowy wskazać wykonawcom (Partnerom Prywatnym), które odcinki dróg należy objąć w tym okresie przebudową, a które zaś tylko utrzymaniem.

Izba, mając na uwadze wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzeczenia, jak również mając na uwadze przedstawioną przez Zamawiającego we wskazanej wyżej odpowiedzi oraz na rozprawie argumentację wskazuje, że kwestia stopnia szczegółowości programu funkcjonalno – użytkowego (dalej PFU) jest zależna od tego, czy mamy do czynienia z obiektami istniejącymi, czy też nowo budowanymi. W przypadku obiektów przewidzianych do remontu/utrzymania, jak w niniejszym wypadku, wykonawcy nie mają pełnej swobody, gdyż ta jest ograniczana przez istniejący stan faktyczny (w tym wypadku stan techniczny istniejącej infrastruktury drogowej).

Mając na uwadze powyższe Izba nie podzieliła zaprezentowanego przez Zamawiającego stanowiska, że zostały spełnione wszystkie wymagania regulujące zakres i formę PFU, jak również że brak posiadania niektórych dokumentów zwalnia Zamawiającego z obowiązku ich przekazania. Po pierwsze, odnosząc się do argumentacji zawartej we wstępnej części odpowiedzi na odwołanie, że elementem dominującym przedsięwzięcia jest utrzymanie dróg (str. 3 pisma z dnia 12.12.2017 r.), jeżeli Zamawiający zdecydował się na opisanie przedmiotu zamówienia przy pomocy PFU powinien stosować się do regulacji dotyczących tego rodzaju opracowań. Po drugie stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na charakter realizowanego przedsięwzięcia odnoszącego się do istniejących obiektów infrastruktury. O ile tego typu założenia, jakie prezentował Zamawiający, mogą wydać się zasadne przy obiektach powstających niejako „od zera”, tj. obiektach nowo – budowanych to przy obiektach objętych pracami utrzymaniowymi, remontowymi, przebudową czy też rozbudową nie można mówić o pełnej i nieograniczonej swobodzie wykonawców przy wyborze metod zmierzających do osiągnięcia zakładanego celu. W ocenie Izby jest to okoliczność oczywista dla każdego profesjonalnego podmiotu.

Ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym w stanie prawnym właściwym dla niniejszego postępowania, jak również ustawa obecnie obowiązująca, nie zawierają odrębnych regulacji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe było przedmiotem analizy i ustaleń mających miejsce na posiedzeniu w dniu 13 grudnia 2017 r. prowadzonych w celu ustalenia kognicji Krajowej Izby Odwoławczej do rozpoznania przedmiotowego środka ochrony prawnej. W ramach tych ustaleń przyjęto zatem hierarchię aktów prawnych regulujących prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. Pierwszym z tych aktów jest ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100) w stanie na dzień 4 kwietnia 2015 r. W powyższej ustawie brak jest odrębnych regulacji odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym na zasadzie

odesłania zawartego w art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym w zakresie nieuregulowanym w powyższej ustawie do wyboru partnera prywatnego zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) – gdyż jak ustalono w trakcie posiedzenia w dniu 13 grudnia 2017 r. wynagrodzeniem partnera prywatnego nie jest wynagrodzenia, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym. Wobec powyższego zastosowanie mają wskazane jako wzorce kontroli przepisy art. 29 ustawy Pzp oraz rozporządzenia wykonawczego regulującego formę oraz zakres dokumentacji projektowej i programu funkcjonalno – użytkowego (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego). Wynika to z faktu, iż realizowany przez Zamawiającego projekt PPP ma charakter mieszany, tj. obejmuje swoim zakresem zarówno usługi, jak również typowe roboty budowlane. Choć w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12.12.2017 r.) Zamawiający wskazywał, że elementem dominującym jest utrzymanie dróg (str. 3 ww. pisma) na rozprawie mającej miejsce w dniu 13.12.2017 r. wskazywał, że w jego ocenie oczywiste jest, że czynności utrzymania obejmują również roboty budowlane. W ocenie Izby oznacza to, że wskazane przez Odwołującego przepisy regulujące zakres i formę PFU mają w tym wypadku pełne zastosowanie.

Izba w niniejszym składzie nie zgadza się z prezentowanym przez Zamawiającego stanowiskiem, opartym na tezach z orzeczenia o sygn. akt KIO 1842/11, że na podmiocie zamawiającym obowiązek przekazania wykonawcom dokumentów w ramach PFU ciąży tylko i wyłącznie wówczas, gdy podmiot zamawiający jest w posiadaniu takich dokumentów. Takie stanowisko jest nieuprawnione. Otóż norma prawna na podstawie której Zamawiający sformułował taką tezę (§ 19 pkt 4 ww. rozporządzenia) może zostać odczytana w taki sposób, że część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje, zaś dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych powinny zostać przekazane wykonawcom w całości, z tym, że jako podstawowe powinny zostać przekazane: kopie map zasadniczych, wyniki badań gruntowo-wodnych, porozumienia, zgody, pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do infrastruktury sieciowej, jak również dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem. Jednakże, co zostanie wskazane przy rozpoznaniu kolejnych zarzutów, zakres koniecznej do przekazania wykonawcom dokumentacji oraz zakres koniecznych do przekazania informacji będzie zawsze determinowany specyficznym dla danego postępowania stanem faktycznym oraz wymaganiami podmiotu zamawiającego. Tego rodzaju elastyczne podejście nie pozwala bowiem na tworzenie uniwersalnych koncepcji i tym samym nie pozwala na korzystanie z

dorobku orzeczniczego bez szczegółowej analizy i porównania leżących u podstaw tych orzeczeń stanów faktycznych.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp związany z odpowiedzią na pytanie nr 6. Ze względu na charakter przedsięwzięcia, odnoszący się do istniejącej infrastruktury drogowej, Zamawiający dla początkowego etapu świadczenia powinien narzucić wykonawcom i maksymalnie doprecyzować jego zakres aby umożliwić złożenie porównywalnych ofert. W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwała argumentacja Odwołującego, że w odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający określił długość dróg do przebudowy i utrzymania (główny zakres zobowiązania potencjalnego wykonawcy) w taki sposób, że podał minimalne długości określając jednocześnie łączną długość dróg tak, że nie można stwierdzić jaka dokładnie długość dróg powinna być przyjęta do wyceny w zakresie przebudowy, a jak w zakresie utrzymania i w konsekwencji wykonawcy mogą przyjąć do wyceny różne długości dróg do utrzymania albo do przebudowy a co za tym idzie oferty wykonawców będą nieporównywalne i niekonkurencyjne. Zdaniem Izby niejednoznaczność tego opisu może zatem odnieść skutek, który stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu dookreślenie dla okresu pierwszych 4 lat realizacji zamówienia w sposób szczegółowy dróg przeznaczonych do przebudowy i utrzymania dla całego zakresu przedmiotowego.

Zarzut – odpowiedź na pytanie nr 268

W zakresie odnoszącym się do zarzutu referującego do odpowiedzi na pytanie nr 268 obejmującej kwestię inwentaryzacji zieleni Izba wskazuje, że postanowienia pkt 5.2.5. dokumenty zatytułowanego Standard Utrzymania Dróg (SUD) w sposób wystarczająco precyzyjny opisują zakres i obszar utrzymania zieleni. W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12.12.2017 r.). Zamawiający określił bowiem obszar koszenia traw, jak również obszar usuwania drzew, odrostów, krzewów i podrostów oraz usuwania gałęzi i konarów drzew. Zgodnie z treścią pkt 5.2.5 a SUD Zamawiający określił zakres i obszar utrzymania zieleni polegającego na:

- wykonywaniu kompleksowego koszenia Pasa Drogowego, gdzie należy przyjąć następującą szerokość koszenia traw: pobocze, skarpa i przeciwskarpa rowu oraz dodatkowe 2 m, o ile pozwalają na to granice Pasa Drogowego;
- usuwaniu drzew, odrostów, krzewów, podrostów ograniczających skrajnię drogową;
- usuwaniu gałęzi i konarów drzew złamanych znajdujących się w Pasie Drogowym;
- pielęgnacji zieleni ozdobnej w obszarze zabudowanym (znajdującej się w Pasie Drogowym), w tym podlewaniu, odchwaszczaniu, nawożeniu i odmładzaniu żywopłotów.

Definicja "Pasa drogowego" zawarta w Zgodnie z IPU Pas Drogowy oznacza wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą.

W ocenie Izby powyższe postanowienia są wystarczające do ustalenia zakresu obowiązków związanych z utrzymaniem zieleni oraz z wycena tego zakresu.

Tym samym zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z odpowiedzią na pytanie nr 268 nie potwierdził się.

Zarzut – odpowiedź na pytanie nr 604

W zakresie odnoszącym się do zarzutu referującego do odpowiedzi na pytanie nr 604 i powiązanego z nim żądania wskazania szczegółowej ilości zjazdów oraz ich lokalizacji, w tym wykonania inwentaryzacji tych zjazdów Izba wskazuje, że podzieliła w całości argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12.12.2017 r.). Brak przekazania takiego dokumentu, którego żąda Odwołujący, nie stanowi wady opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że ilość koniecznych do przebudowy zjazdów będzie wynikała od okoliczności zależnych od Partnerów Prywatnych. Jak wskazał Zamawiający dokładna liczba zjazdów do przebudowy skonkretyzuje się na etapie prac projektowych i będzie uzależniona od przyjętych przez wykonawcę rozwiązań technicznych i technologicznych. Przebudowa drogi może być realizowana w różny sposób – a zatem może doprowadzić do konieczności przebudowy zjazdu (np. na skutek zawyżenia lub obniżenia poziomu drogi) lub może takiej przebudowy nie wymagać. Określona w pkt 3.6. PFU konieczność przebudowy zjazdów może wystąpić również wówczas, gdy nieruchomości zostaną odcięte od drogi publicznej w wyniku przebudowy drogi. Oznacza to, że ze względu na fakt, iż Partnerzy Prywatni będą w całości decydowali o technologii przebudowy powinni samodzielnie podjąć decyzję o ilości zjazdów przewidzianych do przebudowy. Ilość ta będzie zatem w całości zależna od Partnera Prywatnego i to on, na skutek przyjętych założeń projektowych, może zwiększyć lub zmniejszyć ilość zjazdów przewidzianych do przebudowy lub odtworzenia.

Stąd też charakter przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsięwzięcia stanowi o jego specyfice powodującej, jak w przypadku zarzutu związanego z odpowiedzią na pytanie nr 268 i 679, że nie sposób doszukać się w scedowaniu na wykonawców (przyszłych Partnerów Prywatnych) obowiązku samodzielnego dookreślenia zakresu przedmiotowego naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 29 ustawy Pzp oraz Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy

dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego

W ocenie Izby pkt 3.6. PFU w sposób wystarczająco szczegółowy precyzuje jakie kryteria będą decydowały o konieczności przebudowy zjazdów.

Zarzut – odpowiedź na pytanie nr 679

W zakresie odnoszącym się do zarzutu referującego do odpowiedzi na pytanie nr 679 w związku z brakiem, zdaniem Odwołującego, określenia warunków gruntowo – wodnych Izba wskazuje, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm sprzyja porównywalności ofert. Zamawiający bowiem ujedynolicił, celem przygotowania ofert, grupę nośności na poziomie G3. Zatem dla wszystkich wykonawców punktem wyjścia będą warunki geologiczne na poziomie G3 i każdy z Partnerów Prywatnych poczyni te same założenia w zakresie warunków gruntowych, co doprowadzi do przygotowania porównywalnych ofert. W tym zakresie Izba w całości podzieliła argumentację merytoryczną zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie. W tym zakresie dodatkowo wprowadzono mechanizm kompensacyjny, w ramach którego wykonawca (Partner Prywatny) będzie miał możliwość zgłoszenia roszczenia, gdyby nośność gruntu okazałaby się gorsza niż przyjęta w PFU.

Mając na uwadze powyższe mechanizm ten powoduje, że brak wyników badań gruntowo – wodnych, nie stanowi naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Nadto Izba wskazuje, w nawiązaniu do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, że przekazał wykonawcom badania podłoża georadarem, pokazujące w sposób szczegółowy grubość warstw bitumicznych i stan warstwy, której to okoliczności Odwołujący nie zaprzeczył.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów związany z odpowiedzią na pytanie o numerze 679.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

