

WYROK

z dnia 20 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 r. przez **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Podkarpackie – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KT Corporation w Korei, Daewoo International Corporation w Korei, Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie, Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych Spółka Akcyjna w Warszawie, BIATEL Telekomunikacja Spółka Akcyjna w Warszawie, KBTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Otwartych Regionalnych Sieci Szerokopasmowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Województwa Podkarpackiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego** w

Rzeszowie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego – Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Partnerstwo publiczno-prywatne dla przedsięwzięcia polegającego na realizacji, utrzymaniu i zarządzaniu siecią szerokopasmową, jak również świadczeniu usług z jej wykorzystaniem, w ramach projektu *Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej – Województwo Podkarpackie*”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 czerwca 2013 roku wykonawca Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu

1/ opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;

2/ wyznaczenie zbyt krótkiego, nierealnego terminu realizacji całości sieci SSPW;

3/ uniemożliwienie skorzystania w praktyce z wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej oraz ubezpieczeniowej;

4/ dokonanie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów i ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie prowadzący do wyboru oferty najkorzystniejszej;

5/ przygotowanie projektu umowy o roboty budowlane w sposób naruszający przepisy ustawy oraz Kodeksu cywilnego wskazane w odwołaniu.

Postanowieniom SIWZ odwołujący zarzucił naruszenie:

a) art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;

b) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji całości sieci SSPW, uniemożliwiającego realizację umowy, a tym samym utrudniającego dostęp do zamówienia i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji;

c) art. 7 ust. 1 oraz art. 148 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymagań dotyczących wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób uniemożliwiający wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia w dopuszczalnych ustawą formach gwarancji bankowej oraz gwarancji ubezpieczeniowej;

d) art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów, wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie oraz w sposób, który nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej;

e) art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 36 ust. 5 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ wzór umowy zawiera otwarte i arbitralne przesłanki doboru podwykonawców oraz odstąpienia od umowy, co skutkuje niemożliwością skalkulowania ryzyka przez wykonawcę i może prowadzić do obciążenia wykonawcy ryzykiem wynikającym z przyjęcia przez zamawiającego innej interpretacji postanowień wzoru umowy niż przyjęta przez wykonawcę a zarazem świadczy o przekroczeniu przez zamawiającego granicy swobody umów;

f) art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ wzór umowy nie zawiera jasnych, precyzyjnych postanowień w odniesieniu do procedur dokonywania płatności oraz warunków wystawiania faktur VAT, co skutkuje niemożliwością prawidłowego rozliczenia pomiędzy stronami i w rezultacie pozbawia wykonawcy prawa do wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu, aby:

- a. zmienił treść SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b. dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia,
- c. przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, co następuje:

(i) . W Dziale 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 1 do SIWZ - zwany dalej „SOPZ”), Rozdział 2.2.3, zamawiający opisał wymagania na dopuszczalne rozwiązania alternatywne w zakresie sposobu dostarczenia sieci. zamawiający wskazał m.in. następujące możliwości i wymagania:

Rozwiązanie alternatywne typu C

Zamawiający dopuszcza rozwiązania alternatywne w stosunku do modelu bazowego w zakresie zapewnienia teletechnicznej kanalizacji 4-otworowej, polegające na przeniesieniu własności na Zamawiającego dla sieci dystrybucyjnej niewspółbieżnej z siecią szkieletowa:

- infrastruktury teletechnicznej składającej się z 1 rury RHDPE wypełnionej mikrokanalizacją o pojemności minimum 4 mikrorurek. Możliwe jest pozyskanie kanalizacji bez mikrorurek. Wykonawca odpowiada za ich wprowadzenie do rury rurociągu. Zamiast rury RHDPE wypełnionej mikrorurkami dopuszcza się zastosowanie prefabrykowanej wiązki mikrorur. Wymagane jest zapewnienie mikrorurek o parametrach umożliwiającym zabudowanie kablem światłowodowym o pojemności minimum 144J,

Rozwiązanie alternatywne typu D

Zamawiający dopuszcza rozwiązania alternatywne w stosunku do modelu bazowego w zakresie: zapewnienia teletechnicznej kanalizacji 4-otworowej, polegające na ustanowieniu na rzecz zamawiającego dzierżawy na warunkach IRU dla sieci dystrybucyjnej niewspółbieżnej z siecią szkieletowa, a jeżeli będzie to możliwe wykonawca zapewni w umowie dzierżawy prawo pierwokupu ustanowione na rzecz zamawiającego infrastruktury teletechnicznej składającej się z 1 rury RHDPE wypełnionej mikrokanalizacją o pojemności minimum 4 mikrorurek. Możliwe jest pozyskanie kanalizacji bez mikrorurek. Wykonawca odpowiada za ich wprowadzenie do rurociągu. Zamiast rury RHDPE wypełnionej mikrorurkami dopuszcza się zastosowanie prefabrykowanej wiązki mikrorur. Wymagane jest zapewnienie mikrorurek o parametrach umożliwiającym zabudowanie kablem światłowodowym o pojemności minimum 144J.

Rozwiązanie alternatywne typu E

Zamawiający dopuszcza rozwiązania alternatywne w stosunku do modelu bazowego w postaci wykonania łącznie do 60 km długości sieci z użyciem kabla światłowodowego podwieszanego na podbudowie napowietrznej sieci energetycznej wyłącznie w sytuacjach, gdy nie ma możliwości rozwiązania alternatywnego typu E nie jest dopuszczalne w relacjach szkieletowych. Nie dopuszcza się mocowania kabli światłowodowych bezpośrednio do przewodów fazowych.

Mając na uwadze przywołane wyżej postanowienia SOPZ odwołujący podniósł, iż możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury doznała w rzeczywistości istotnego ograniczenia. Przedmiotowe wymagania w stopniu znaczącym redukują możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury teletechnicznej i stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przy nieuwzględnieniu okoliczności mogącej mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. treści Decyzji Komisji Europejskiej K(2011)8121 dotyczącej pomocy państwa SA.33441 (2011/N), SA.33440 (2011/N), SA.33439 (2011/N), SA.33438 (2011/N) & SA 30851 (2011/N) Polska Projekt pt. Sieć szerokopasmowa Polski Wschodniej skierowanej do państwa polskiego, a wskazującej na konieczność wykorzystania dla realizacji projektu SSPW istniejącej infrastruktury. Budowa sieci w oparciu o istniejące wymagania doprowadzi także do zaburzenia konkurencji obszarze jej umiejscowienia i spowoduje powielenie infrastruktury istniejącej, a funkcjonalnie równoważnej. Jest to całkowicie sprzeczne z ideą budowy sieci szerokopasmowej Polski Wschodniej, jej finansowania z Funduszy Unii Europejskiej, a w konsekwencji grozi utratą tego dofinansowania narażając Państwo Polskie na utratę wielomilionowych dotacji i konieczność sfinansowania inwestycji w całości z własnych środków.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający stawia przed wykonawcą zadanie polegające na budowie 2006 (dwa tysiące sześć) km sieci (zgodnie ze Studium Wykonalności) w bardzo krótkim czasie - do 31 sierpnia 2015. Sam proces związany z projektowaniem odcinków sieci zajmuje średnio od 9 do 18 miesięcy (przy czym jedne relacje projektuje się krócej np. poza obszarami zurbanizowanymi, inne dłużej np. obszary miejskie lub obszary rezerwatów), a jej budowa trwa średnio od kilku do 12 miesięcy (przy założeniu braku utrudnień związanymi z warunkami pogodowymi). Powyższe dane jednoznacznie wskazują, że realizacja projektu budowy sieci jest zadaniem bardzo ambitnym i wymagającym optymalizacji czasowej i kosztowej na każdym z jej etapów. Jednym z najważniejszych czynników pozwalających na skrócenie czasu realizacji przy jednoczesnym zmniejszeniu kosztów jest wykorzystanie istniejącej infrastruktury operatorów którzy już ponieśli czas i nakłady na jej realizację. W opinii odwołującego jest to najważniejszy czynnik gwarantujący terminową realizację całego zadania.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w SOPZ, Rozdział 1.1 celem zamawiającego jest budowa rurociągu kablowego w postaci 4 rur RHDPE 40/3,7 na wszystkich odcinkach sieci, tj.:

- sieci szkieletowej w której zostanie zainstalowany kabel o profilu 48J;

- sieci dystrybucyjnej, w której zainstalowany zostanie kabel, który pozwoli połączyć węzły szkieletowe z każdym przypisanym mu węzłem dystrybucyjnym ilością włókien 12.

Zamawiający dodatkowo wprowadził pojęcie "sieci współbieżnej" rozumianej jako pokrywanie się przebiegu sieci szkieletowej i dystrybucyjnej, która jest wynikiem przyjęcia optymalnych (czasowo i przede wszystkim kosztowo) wariantów budowy sieci. Odwołujący podkreślił, że dopuszczalność takiego modelu budowy sieci została zaakceptowana przez zamawiającego poprzez jej zaprezentowanie w Studium Wykonalności. W tym wariantcie sieci zainstalowane zostaną dwa kable: jeden dla sieci szkieletowej, drugi dla sieci dystrybucyjnej (na tych odcinkach sieci wolne pozostaną dwa otwory w rurociągu). Mimo przyjęcia takiego modelu budowy sieci oraz posiadania pełnej wiedzy co do istniejących zasobów na obszarze projektowanej sieci, zamawiający wprowadza zapisy o ograniczeniu stosowania istniejącej infrastruktury, w postaci rurociągu mniejszego niż 4 rury RHDPE 40/3,7, tylko do sieci dystrybucyjnej nie współbieżnej ze szkieletową. Wymóg ten nie znajduje uzasadnienia względami technicznymi, ekonomicznymi czy jakościowymi - jedynie prowadzi do wyeliminowania możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opinią Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji ekwiwalentem czterech rur RHDPE jest jedna rura RHDPE wyposażona w cztery mikrorury. Opinia ta jest zgodna z powszechnie przyjętą praktyką budowy tego typu sieci. Odwołujący stoi na stanowisku, że rurociąg w postaci jednej rury HDPE 40/3,7, który może zostać wyposażony w cztery mikrorury jest w pełni zgodny z założeniami projektu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ w zakresie wymagań zawartych w rozdziale 2.2.3 SOPZ, w taki sposób, aby były one zgodne z treścią ww. Decyzji Komisji Europejskiej.

W szczególności zmiana powinna dotyczyć rozdziału 2.2.3 SOPZ w zakresie:

- przesłanek wprowadzenia przez wykonawcę rozwiązań alternatywnych typu C oraz D poprzez zlikwidowanie ograniczeń możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury do odcinków sieci niewspółbieżnych z siecią szkieletową i w ten sposób dopuści do wykorzystania rozwiązań alternatywnych w całej sieci:

- przesłanek wprowadzenia przez wykonawcę rozwiązań alternatywnych typu E poprzez zlikwidowanie ograniczeń możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury do odcinków sieci niewspółbieżnych z siecią szkieletową oraz usunięcia limitu w postaci „wykonania łącznie do 60 km długości sieci z użyciem kabla światłowodowego

podwieszanego na podbudowie napowietrznej sieci energetycznej wyłącznie w sytuacjach gdy nie ma możliwości realizacji

Odwołujący podkreślił, że celem budowy sieci szerokopasmowej jest dostarczenie określonych usług dla operatorów detalicznych. Realizacja tego celu jest możliwa w 100% z wykorzystaniem istniejącej infrastruktury. Budowa sieci nie jest natomiast celem samym w sobie. Wykorzystanie istniejącej infrastruktury możliwe jest przez każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia odwołujący wskazał, iż zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia jest powiązany z podniesionym wyżej zarzutem niezgodnego z przepisami ustawy opisu przedmiotu zamówienia poprzez ograniczenie możliwości wykorzystania w czasie realizacji zamówienia istniejącej infrastruktury.

Zgodnie z wymaganiem pkt IV SIWZ, realizacja całości sieci SSPW powinna zostać bezwzględnie zakończona w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31.08.2015r.

Jak już podnoszono wyżej możliwość wykorzystania w toku realizacji zamówienia istniejącej infrastruktury operatorów doznała istotnego ograniczenia. Uniemożliwienie wykonawcy skorzystania z takiego rozwiązania doprowadziło do sytuacji, w której realizacja sieci SSPW w terminie żądanym przez zamawiającego jest, w ocenie odwołującego, niemożliwa.

Termin realizacji sieci SSPW został przez zamawiającego określony konkretną datą. Już na dzień wniesienia niniejszego odwołania, ocena Odwołującego co do możliwości dochowania terminu 31.08.2015r. na realizację całości sieci SSPW jest negatywna, jednak może ona zostać zintensyfikowana przy uwzględnieniu dodatkowych aspektów takich jak:

- możliwość przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu,
- możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej m.in. na czynność badania i oceny ofert,
- konieczność dokonania przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej postępowania.

Uwzględniając dodatkowo niezbędne procedury, umowa z wyłonionym wykonawcą może zostać podpisana najwcześniej w III kwartale roku 2013. Wykonawca na Etap Budowy, będzie miał okres 2 lat lub mniej. Przy niekonkurencyjnych wymaganiach określonych w SIWZ, dotyczących braku możliwości skorzystania z istniejącej infrastruktury, wykorzystanie zasobów istniejącej infrastruktury jest albo niemożliwe, albo nieopłacalne. Biorąc pod uwagę

dwa warunki łącznie, tj.: termin realizacji do 31 sierpnia 2015 oraz praktyczne wykluczenie wykorzystania istniejącej infrastruktury, a także specyfikę regionu (dłuższy okres zimowy), odwołujący uważa, iż realizacja zamówienia w zakładanym przez zamawiającego czasie jest niemożliwa i grozi niezłożeniem oferty przez żadnego z wykonawców, utratą przeznaczonych na budowę przedmiotowej sieci funduszy unijnych oraz - co najistotniejsze - skutkować będzie niezmienną sytuacją części społeczeństwa, które nadal i na długie lata pozostanie w obszarze wykluczenia cyfrowego w wyjątkowo niekorzystnym ekonomicznie regionie Polski.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ, poprzez usunięcie wymagania „Realizacja całości sieci SSPW powinna zostać bezwzględnie zakończona w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31.08.2015 r.” i wprowadzenie następującego postanowienia: „Realizacja całości sieci SSPW powinna zostać bezwzględnie zakończona w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.11.2015 r.”

W zakresie zarzutu dotyczącego zabezpieczenia należytego wykonania umowy odwołujący wskazał, że zamawiający w pkt XIII SIWZ pkt 9 i 11 oraz odpowiednio w § 13 ust. 4 i 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, sformułował następujące wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy:

„W przypadku wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca, sukcesywnie, przedłożył najpierw gwarancję na okres do dnia, w którym upływa 30 Dni od Odbioru Końcowego (na 100% wartości zabezpieczenia), a następnie gwarancję na pozostały okres obowiązywania Umowy (na 70% wartości zabezpieczenia), nie później niż 14 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowej gwarancji. Treść przedłożonej gwarancji, jako jedną z przesłanek zatrzymania zabezpieczenia, wskazywać musi brak wniesienia zabezpieczenia na dalszy okres obowiązywania Umowy nie później niż w terminie 14 dni przed upływem ważności dotychczasowej gwarancji. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia gwarancji uwzględniającej wypłatę kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku nieprzedłużenia gwarancji na kolejny okres i w takim przypadku Zamawiający będzie mógł zrealizować gwarancję, zatrzymując wypłacone środki jako zabezpieczenie pieniężne należytego wykonania Umowy.” oraz

„Zamawiający zwolni 30% wartości wniesionego zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w terminie 30 Dni od dnia wykonania Etapu Budowy i uznania przez Podmiot Publiczny tego Etapu za należyte wykonane, poprzez dokonanie Odbioru Końcowego. Pozostała część zabezpieczenia zostanie zwolniona w terminie 30 Dni od daty wykonania całości Umowy i uznania Przedsięwzięcia za należyte wykonane poprzez

podpisanie, w Dacie Zakończenia Przedsięwzięcia, bez zastrzeżeń, protokołu przekazania Sieci. Jeżeli jednak Data Zakończenia Przedsięwzięcia; w wyniku wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy, będzie przypadła przed upływem okresu rękojmi za wady, to 30% wartości zabezpieczenia określonego w punkcie XIII.2 zabezpieczenia zostanie zwolnione dopiero w terminie 30 Dni od dnia upływu okresu rękojmi za wady."

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z pkt IV SIWZ, umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym będzie obowiązywała od dnia jej zawarcia do 31.12.2023 r., zaś realizacja całości sieci SSPW powinna zostać zakończona w terminie do 31.08.2015 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca, który chciałby skorzystać z formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dla wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie ma możliwości spełnienia wymagań określonych w pkt XIII ppkt 9 i 11 SIWZ, albowiem instytucje bankowe oraz ubezpieczeniowe nie udzielają gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy na tak długie, wymagane przez zamawiającego okresy. O ile możliwe jest wniesienie 100% zabezpieczenia należytego wykonania umowy na okres realizacji sieci SSPW, o tyle udzielenie przez bank bądź towarzystwo ubezpieczeniowej gwarancji na pozostały okres obowiązywania umowy (ponad 8 lat !) nie jest możliwe do wyegzekwowania od gwaranta.

Zdaniem Odwołującego, ww. postanowienia SIWZ i Wzoru Umowy w rzeczywistości uniemożliwiają wykonawcy skorzystanie z dopuszczalnych ustawą form wniesienia zabezpieczenia tj. gwarancji bankowej oraz ubezpieczeniowej. Ponadto wymagania zamawiającego mogą świadczyć o przekroczeniu granicy swobody umów poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego polegających na przerzuceniu na wykonawcę nadmiernego ciężaru finansowania zamówienia. Mając na uwadze procentową wysokość żądanego w SIWZ zabezpieczenia oraz wartość niniejszego zamówienia, należy przyjąć, iż w istocie wysokość tego zabezpieczenia będzie wynosiła co najmniej kilka milionów złotych. Przyjęcie opisanego w SIWZ mechanizmu wniesienia i utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy oznacza w konsekwencji zmuszenie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia wyłącznie w formie pieniądza. Takie działanie wywołuje dwa skutki, po pierwsze, zawęża w praktyce, niezgodnie z ustawą, formy wniesienia zabezpieczenia do jednej - pieniądza, po drugie, oznacza konieczność „zamrożenia” przez wykonawcę kwoty co najmniej kilku milionów złotych przez na okres ponad 8 lat!

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację kwestionowanych postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez dopuszczenie możliwości wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, nieodwołalnie udzielonej przynajmniej na okres 12 (dwunastu) miesięcy,

przy czym w przypadku gwarancji udzielonej na czas krótszy niż okres obowiązywania umowy, Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia Województwu na 30 (trzydzieści) dni kalendarzowych przed wygaśnięciem takiej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, stosownego aneksu lub nowej gwarancji/po ręczeniu lub wniesienia odpowiedniego zabezpieczenia w sposób oraz w formie przewidzianej przez SIWZ. Jednocześnie uchybienie obowiązkowi utrzymywania ciągłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie traktowane jako naruszenie postanowień umowy dające zamawiającemu podstawę do realizacji roszczenia o wniesienie wymaganego Zabezpieczenia wykonania umowy poprzez realizację gwarancji/poręczenia/ubezpieczenia należytego wykonania umowy celem przeznaczania i zatrzymania tych środków, jako pieniężne zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert, kryterium 2 zał. nr 3 do SIWZ – stopień wykorzystania istniejącej infrastruktury odwołujący podniósł, że w Kryterium 2 „Jakość i funkcjonalność oraz parametry techniczne i koszt utrzymania sieci dystrybucyjnej w stosunku do poziomu modelu bazowego”, pkt. 2.3 Załącznika nr 3 do SIWZ, w tabeli 1 zamawiający przypisał wagi oceny poszczególnych rodzajów infrastruktury, w tym istniejącej infrastruktury. Wagi wykorzystywane są do oceny oferty - im wyższa waga przypisana do danej infrastruktury tym większą ilość punktów uzyskuje oferta.

Zastosowanie wskaźnika 0,1875 dla typu infrastruktury typu C3 (przeniesienie praw własności dla istniejącej infrastruktury składającej się z 1 rury RHDPE i instalacja 4 mikrorurek lub budowa kabla światłowodowego o wymaganej liczbie włókien w dzierzawionej kanalizacji lub przeniesienie praw własności do istniejącego kabla światłowodowego o wymaganej liczbie włókien) oznacza, że wartość tego rodzaju infrastruktury stanowi dla Zamawiającego 18,75% wartości modelu bazowego (4 rur RHDPE 40/3,7). W rzeczywistości (wg dostępnych danych rynkowych na podstawie zrealizowanych transakcji) koszty zakupu tego rodzaju infrastruktury stanowią od 50 do 80% wartości kanalizacji dla modelu bazowego. Zastosowanie przez zamawiającego wskaźnika 0.1875 dla infrastruktury typu C3 oznacza praktyczne wykluczenie tego rodzaju infrastruktury z ekonomicznego punktu widzenia. Podobnie zaproponowane przez zamawiającego wskaźniki dla infrastruktury typu C1 oraz C2 nie odzwierciedlają rynkowych relacji cen, co prowadzi do naruszenia zasad dyrektywy Komisji UE.

Zastosowanie wskaźnika 0 dla typu infrastruktury typu D oraz E (Dzierżawa istniejącej infrastruktury składającej się z 1 rury RHDPE i instalacja 4 mikrorurek lub zapewnienie kabla światłowodowego o wymaganej liczbie włókien lub przeniesienie praw własności do istniejącego kabla światłowodowego o wymaganej liczbie włókien oraz inne rozwiązania -

maksymalnie 60km (w tym sieci napowietrzne)) oznacza, że wartość tego rodzaju infrastruktury stanowi dla zamawiającego 0% wartości modelu bazowego (4 rur RHDPE 40/3,7). W rzeczywistości (wg dostępnych danych rynkowych na podstawie zrealizowanych transakcji) koszty zakupu tego rodzaju infrastruktury stanowią od 30 do 70% wartości kanalizacji dla modelu bazowego. Zastosowanie przez zamawiającego wskaźnika 0 dla infrastruktury typu D oraz E oznacza całkowite wykluczenie tego rodzaju infrastruktury z ekonomicznego punktu widzenia.

Odwołujący podniósł, iż wprowadzanie w kryterium oceny ofert ww. wskaźnika 2.3 (załącznik nr 3 do SIWZ) powoduje, że partner prywatny, który w swojej ofercie założy maksymalne wykorzystanie istniejących zasobów, co jest zgodne z motywem 108 Decyzji KE oraz przyczyni się do powodzenia realizacji przedmiotowego zadania, będzie dyskryminowany poprzez uzyskanie niższej oceny w porównaniu z partnerem, który nie spełni takiego założenia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację kryterium oceny ofert 2.3. Załącznika nr 3 do SIWZ w sposób uwzględniający rynkowe różnice cen w sposób, który nie będzie dyskryminować wykorzystania istniejącej infrastruktury, co jest niezgodne z celem projektu, dla którego uzyskał on dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej.

Dodatkowo zamawiający, wiedząc, że rozliczenie Projektu budowy Sieci Szerokopasmowej musi zostać dokonane w nieprzekraczalnym terminie końca 2015 roku, powinien dołożyć wszelkich starań, aby prawdopodobieństwo zakończenia inwestycji z sukcesem było jak najwyższe w oparciu o dostępne i racjonalnie nadające się do tego środki (tu istniejąca infrastruktura). Nie jest bowiem środkiem do celu przyjęcie niemożliwych do dotrzymania terminów i „rekompensowanie” ryzyk poprzez agresywne i restrykcyjne schematy naliczania kar dla wykonawców. Przyjęty model partnerstwa publiczno-prywatnego stawiać powinien za cel wspólną realizację inwestycji dla osiągnięcia ważnego celu społecznego.

W zakresie kryterium 1 załącznika nr 3 do SIWZ – opłaty za umieszczenie urządzeń w gruncie odwołujący podniósł, że zgodnie z Kryterium 1 Załącznika nr 3 do SIWZ Szczegółowe kryteria oceny ofert, zamawiający pozostawia wykonawcy możliwość zadeklarowania poziomu wydatków, które pokryje partner publiczny w fazie eksploatacji w następujący sposób:

„wydatki związane z opłatami za umieszczenie urządzeń w pasie drogowym w okresie eksploatacyjnym, skalkulowane na podstawie przepływów finansowych związanych z projektem dla poszczególnych lat trwania umowy o PPP począwszy od roku kalendarzowego

następującego po roku w którym nastąpił końcowy odbiór robót do roku zakończenia umowy, przy czym partner prywatny podaje w ofercie jaki procent (z przedziału 0-90%) tych wydatków pokryje Zamawiający."

Zgodnie z art. 40 ustawy o drogach publicznych (Dz.U. 1985 nr 14 poz. 60) maksymalna stawka za umieszczenie w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej wynosi 200 zł za 1 m² zajmowanej przez infrastrukturę powierzchni za rok. Przekłada się na stawkę 32 000 zł za 1 km umieszczonej infrastruktury (4 rurociągi HDPE o przekroju 040 ułożone jeden obok drugiego zajmują powierzchnię 0,16 m² (4x 0,04) co daje maksymalną stawkę 32 zł za 1 metr bieżący oraz 32 000 zł za 1 km infrastruktury). Przy tym założeniu, w przypadku wyboru opcji ponoszenia opłat za umieszczenie infrastruktury w pasie drogowym w 100% przez partnera prywatnego, operator infrastruktury operujący siecią o długości 2 006 km, jak to opisano w SIWZ, ponosiłby maksymalną opłatę w wysokości 64 192 tys. zł, a przez okres 8 lat poniósłby opłatę w wysokości 513 536 tys. zł. Kwota ta znacząco przewyższa budżet zamawiającego. Odwołujący podniósł, że formuła prowadzonego postępowania w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, a nie ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zakłada, że przychody jakie czerpał będzie wykonawca (Operator Infrastruktury) będą znacząco niższe niż nakłady Podmiotu Publicznego na budowę infrastruktury sieci (ponoszone na Etapie Budowy). Przyjęcie przez wykonawcę całości opłat za umieszczenie w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej - co umożliwia mu przyjęte przez zamawiającego kryterium oceny - oznacza konieczność czerpania znacznych przychodów z fazy operowania siecią (tzw. Etap Operacyjny) tak, aby pokryć powstałe zobowiązanie. Wysokość tych przychodów z jednej strony zaburzy przyjęte uwarunkowania prawne co do prawidłowości prowadzonego postępowania, z drugiej zaś - biorąc pod uwagę charakter projektu - jest niemożliwa do osiągnięcia (stosowne analizy przeprowadzono w przygotowanym dla Projektu Studium Wykonalności).

Odwołujący wniósł o uchylenie Kryterium 1 Załącznika nr 3 do SIWZ oraz zmianę wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ w taki sposób, aby ryzyko związane z ponoszeniem opłat za umieszczenie urządzeń w pasach drogi leżało po stronie zamawiającego.

W zakresie zarzutów względem postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego odwołujący podniósł, iż zgodnie z § 20 ust. 2 wzoru umowy zamawiający przewiduje obowiązek każdorazowego uzyskania pisemnej zgody podmiotu publicznego na podwykonawcę. Umowa zawiera otwarty i arbitralny katalog przyczyn odmowy zgody na osobę podwykonawcy, co może utrudniać odwołującemu dobór właściwych podwykonawców do realizacji niniejszego zamówienia. Co więcej, w myśl § 28 ust. 5 wzoru, odwołujący

obowiązany jest ponosić koszty w sposób celowy, oszczędny i konkurencyjny, przez co należy rozumieć kierowanie zapytań ofertowych do co najmniej trzech wykonawców lub dostawców, o ile wartość zamówienia przekracza kwotę równowartości w złotych polskich 14 000 EUR. Postanowienie to niewątpliwie ogranicza odwołującego w doborze podwykonawców i utrudnia wykonanie umowy w sprawie zamówienia. Brak dokonania zmian przez zamawiającego spowoduje uniemożliwienie odwołującemu zbudowania struktury podwykonawców zdolnych do realizacji zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanych postanowień wzoru umowy poprzez wskazanie we wzorze umowy zamkniętego katalogu przesłanek odmowy zgody na danego podwykonawcę, usunięcie z § 28 ust. 5 wzoru umowy postanowienia: „przez co należy rozumieć kierowanie zapytań ofertowych do co najmniej trzech dostawców lub wykonawców, o ile wartość zamówienia przekracza kwotę równowartości w złotych polskich 14.000 EUR.”

Odwołujący podniósł, iż wzór umowy zawiera braki w kluczowym obszarze, takim jak warunki płatności. Paragraf 21 ust.2 wzoru umowy odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie „procedur dokonywania płatności”). Tymczasem w OPZ próżno szukać przedmiotowych postanowień.

Wzór umowy przewiduje, że szczegółowe warunki wystawiania faktur VAT z tytułu realizacji przedmiotu umowy PPP zostaną określone przez zamawiającego w formie polecenia, którego zmiana nie stanowi zmiany umowy PPP - § 21 ust. 13.

W ocenie odwołującego zamawiający zastrzega sobie prawo jednostronnego kształtowania zobowiązań wykonawcy, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę (a zatem nie jedna za stron po zawarciu umowy) mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Warunki płatności stanowią jedno z najważniejszych postanowień umowy, rozstrzygają bowiem jak długo wykonawca będzie musiał oczekiwać na zapłatę należnego mu wynagrodzenia i tym samym jak długo będzie musiał kredytować zamawiającego. Powyższe przekłada na wprost m.in. na koszt realizacji zamówienia, wynikający z kosztu pieniądza w czasie, jak i na ryzyko wykonawcy związane z koniecznością uniesienia ciężaru finansowania zamówienia przez określony czas. Brak szczegółowych postanowień w tym zakresie powoduje, że powyższy koszt i ryzyko są po prostu niemożliwe do skalkulowania. Ponadto przyznane zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego ukształtowania warunków wystawiania faktur VAT z tytułu realizacji przedmiotu Umowy PPP stanowi niewątpliwie nadmierne uprzywilejowanie zamawiającego, naruszające zasady współżycia społecznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanych postanowień wzoru umowy poprzez precyzyjne wskazanie procedur dokonywania płatności, w szczególności opisanie szczegółowych warunków wystawiania faktur VAT.

W § 47 ust. 1 wzoru umowy zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy w całości lub części w przypadku, gdy wykonawca narusza w sposób istotny postanowienia umowy.

W ocenie odwołującego taki kształt postanowienia wzoru umowy oznacza bardzo dużą arbitralność i swobodę decyzji zamawiającego co do odstąpienia od umowy.

Ponadto, w myśl § 47 ust. 5 wzoru umowy podmiot publiczny może odstąpić od umowy w przypadku nieprzyznania dofinansowania unijnego, za zapłatą odstępnego w wysokości 100 000 złotych, które to odstępnę wyczerpuje roszczenia partnera prywatnego. Zaś zgodnie z § 47 ust. 6 wzoru umowy w przypadku braku wykonania całości umowy do 31.08.2015 podmiot publiczny może odstąpić od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu.

Zdaniem odwołującego wskazane przesłanki odstąpienia od umowy świadczą o przekroczeniu przez Zamawiającego granicy swobody umów poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego. W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanych postanowień wzoru umowy poprzez:

- wskazanie we wzorze umowy zamkniętego katalogu istotnych naruszeń postanowień umowy, mogących skutkować odstąpieniem od umowy w całości lub części,
- usunięcie § 47 ust. 5 i 6 wzoru umowy.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanymi przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności

mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Pojęcie „opis przedmiotu zamówienia” występuje wyłącznie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz w drukach ZP-1 i ZP-2. Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

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 (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Utrudnianiem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, by opis przedmiotu zamówienia dokonany w przedmiotowym postępowaniu sporządzony został z naruszeniem zasad określonych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Argumentacja odwołującego sprowadzała się w istocie do wskazywania, iż zamawiający naruszył uczciwą

konkurencję poprzez dopuszczenie rozwiązań alternatywnych w stosunku do rozwiązania bazowego.

Zamawiający dowodził, iż wskazywał w dokumentacji postępowania, że bazowym modelem realizacji inwestycji jest zaprojektowanie i wybudowanie nowego rurociągu kablowego złożonego z 4 rur RHDPE 40/3,7 ułożonego w ziemi lub odpowiedniej 4-otworowej kanalizacji wtórnej z rur RHDPE 32/2,9, co ma odzwierciedlenie zarówno w opisie dopuszczalnych rozwiązań alternatywnych, jak i w kryterium oceny ofert.

Dla tak zaprojektowanej sieci najkorzystniejsze jest wykorzystanie istniejącej infrastruktury w 100% odzwierciedlającej wymagania zamawiającego, a więc 4-otworowy rurociąg zastąpiony powinien zostać 4-otworowym rurociągiem. Zdaniem zamawiającego będzie to miało istotne znaczenie w trakcie operowania siecią. Zamawiający podniósł, że 4 rury RHDPE dają zamawiającemu możliwość umieszczenia w każdej z nich 4 mikrorur, czyli łącznie 16 mikrorur. Tym samym oczywiste jest, że 1 rura RHDPE z 4 mikrorurami nie jest rozwiązaniem równoważnym dla 4 rur RHDPE.

Pomimo tej różnicy pod względem funkcjonalności każdego z tych rozwiązań, zamawiający, chcąc umożliwić jak najszersze wykorzystanie istniejącej kanalizacji kablowej, dopuścił rozwiązanie, które zapewni mu wprawdzie niższą funkcjonalność, ale też umożliwi zwiększenie wykorzystanie istniejącej kanalizacji.

Argumentacja zamawiającego zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Izba stwierdza, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. W ocenie Izby żadna ze wskazanych okoliczności nie została przez odwołującego się wykazana w sposób uzasadniający uwzględnienie zarzutu.

Jednocześnie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2938/12, iż nie jest uprawniona do oceny zgodności działań i zaniechań zamawiającego wyłącznie z przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi do tej ustawy. Do kognicji Izby nie należy natomiast ocena zgodności opisu przedmiotu zamówienia z decyzjami Komisji Europejskiej przyznającymi środki na realizację zadań.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji całości sieci SSPW.

Zamawiający uzasadnił wymagany termin koniecznością zakończenia fazy budowlanej projektu i rozliczenia środków dotacyjnych w nieprzekraczalnym terminie do końca 2015 roku.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 1422/11 zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjony kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Odwołujący się podnosząc, że przedmiotu zamówienia nie można zrealizować bez uprzedniego wyznaczenia wykonawcy terminu na przygotowanie się do wykonania umowy bierze pod uwagę jedynie własne możliwości. Z faktu, że odwołujący się nie jest w stanie obecnie sprostać warunkom, na jakich realizowany będzie przedmiot zamówienia, nie można wywodzić, iż na rynku nie ma ani jednego podmiotu, który będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy, którzy akceptują warunki wykonania zamówienia ustalone przez zamawiającego. Oznacza to, iż wymagany termin 31 sierpnia 2015 roku jest dla nich terminem realnym, co czyni bezpodstawnym zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 148 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymagań dotyczących wniesienia

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób uniemożliwiający wniesienie zabezpieczenia w formach gwarancji bankowej oraz gwarancji ubezpieczeniowej.

Odwołujący złożył jako dowód pismo Banku Handlowego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2013 roku, z którego wynika, że bank sporadycznie przygotowuje gwarancje zabezpieczenia należytego wykonania zamówień publicznych z terminem przekraczającym 3 lata. Tym samym potwierdził, iż istnieje możliwość uzyskania takiego zabezpieczenia, co samo w sobie czyni bezpodstawnym podniesiony zarzut. To, że uzyskanie takiej gwarancji nie jest możliwe dla każdego podmiotu oraz jest uzależnione od uprzedniego przeprowadzenia postępowania w zakresie potwierdzenia zdolności kredytowej, jak również wiąże się ze znacznymi kosztami, nie oznacza, że dany podmiot nie jest w stanie takiego zabezpieczenia uzyskać.

Powyższe wykazane zostało również przez zamawiającego, który złożył jako dowód korespondencję z Getin Noble Bank SA w Rzeszowie. Wynika z niej, iż bank takich gwarancji udziela po dokładnym przeanalizowaniu pod kątem zdolności kredytowej i przedstawionych zabezpieczeń.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców oraz który nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy, który został wybrany zgodnie z jej przepisami, czyli wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Zgodnie z art. 91 ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według ustawodawcy kryteriami oceny ofert są cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy). Zaznaczyć należy, iż wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy kryteria wyboru ofert – oczywiście pomijając obowiązkowe kryterium ceny – to jedynie przykładowe kryteria i ich krąg nie jest zamknięty. Oznacza to, iż zamawiający może ustalić również inne kryteria niż te określone ww. przepisie.

Stosownie do treści dyspozycji art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej,

technicznej lub finansowej (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy). Z treści cyt. przepisu jednoznacznie wynika zatem, iż kryteria oceny ofert mogą dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia.

Chociaż lista kryteriów nie jest listą wyczerpującą i zamawiający może określić własny ich zestaw kryteriów, to jednak kryteria oceny ofert nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Kryteria muszą być sformułowane obiektywnie, odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zakwestionowane kryteria odpowiadają wskazanym wyżej warunkom. Odwołujący zresztą nie przedstawił uzasadnienia dla podniesionego zarzutu, oparł się natomiast na argumentowaniu, iż przyjęte kryteria oceny ofert są z jego punktu widzenia nieekonomiczne. Tymczasem treść i konfiguracja kryteriów oceny ofert przetargowych podyktowane być powinny interesami publicznymi, artykułowanymi jedynie przez organizatora przetargu. W przypadku przetargów o zamówienia publiczne kryteria wyboru ofert dobierane być muszą dla selekcji zapewniającej wybór rzeczywiście najkorzystniejszej publicznie oferty zgodne z ewentualnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w szczególności ustawy o finansach publicznych. Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej powinny mieć bezpośredni związek z ekonomicznymi interesami zamawiającego, nie wykonawcy. Tak więc będą one pewnym przejawem zbilansowanych interesów zamawiającego: w zależności od tego jaką wagę procentową przypisze cenie, a jaką pozostałym kryteriom odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, tak należy rozumieć jego interesy ekonomiczne w danym zamówieniu.

Podstawą argumentacji odwołującego nie może być niezgodność kryteriów z decyzją Komisji Europejskiej. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej, przy okazji rozpoznawania zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 36 ust. 5 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp poprzez określenie we wzorcu umowy otwartych i arbitralnych przesłanek doboru podwykonawców.

Odwołujący zakwestionował zgodność z prawem § 28 ust. 5 wzorca umowy o treści: *Partner Prywatny zobowiązany jest poddać się kontroli i audytowi w zakresie prawidłowości realizacji Umowy PPP i Przedsięwzięcia. Partner Prywatny zobowiązany jest ponosić koszty w sposób celowy, oszczędny i konkurencyjny, przez co należy rozumieć kierowanie zapytań*

ofertowych do co najmniej trzech dostawców lub wykonawców, o ile wartość zamówienia przekracza kwotę równowartości w złotych polskich 14.000 EUR.

Izba nie dopatrzyła się w takim zapisie naruszenia któregokolwiek z obowiązujących przepisów prawa. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wyrażoną wyżej przy okazji rozpoznawania zarzutu dotyczącego wymaganego terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący zakwestionował również treść § 20 ust. 2 wzorca umownego: *Do zawarcie przez Partnera Prywatnego umowy o roboty budowlane z Podwykonawcą robót budowlanych wymagana jest zgoda Podmiotu Publicznego, z zastrzeżeniem ust. 12 poniżej. Zgoda powinna zostać udzielona przez Podmiotu Publicznego na piśmie, pod rygorem nieważności. Podmiot Publiczny uprawniony jest do zgłoszenia sprzeciwu wobec zaproponowanego przez Partnera Prywatnego Podwykonawcy robót budowlanych w szczególności, gdy z wiedzy Podmiotu Publicznego:*

- a) zaproponowany Podwykonawca robót budowlanych nie wykonał lub nienależycie wykonał w przeszłości roboty budowlane/usługi na rzecz Podmiotu Publicznego, w tym w szczególności związane z realizacją Sieci SSPW;*
- b) zaproponowany Podwykonawca robót budowlanych znajduje się w sytuacji finansowej uprawdopodobniającej, iż nie będzie w stanie należycie i terminowo wykonać powierzonych prac, co dotyczy w szczególności sytuacji, gdy znajduje się w stanie upadłości, likwidacji lub stanie uzasadniającym złożenie wniosku o ogłoszenie jego upadłości;*
- c) zaproponowany Podwykonawca robót budowlanych nie dysponuje zasobami osobowymi lub technicznymi uprawdopodobniającymi należyte i terminowe wykonanie powierzonych prac,*
- d) umowa z Podwykonawcą robót budowlanych zawierać będzie postanowienia niezgodne z postanowieniami Umowy, w szczególności dotyczące wysokości wynagrodzenia Podwykonawcy Budowlanego, z zastrzeżeniem ust. 8 poniżej.*

3. Jeżeli Podmiot Publiczny, w terminie 14 dni od daty otrzymania od Partnera Prywatnego umowy z Podwykonawcą robót budowlanych lub jej projektu, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy na takich warunkach.

Powyższe postanowienie umowne koresponduje z art. 647¹ § 2 K.c., zgodnie z którym do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji

dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Zważyć należy, że przepis ten nie zawiera żadnego, ani przykładowego, ani zamkniętego katalogu przesłanek uprawniających inwestora do wyrażenia takiego sprzeciwu, a zatem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu i tak wyszedł naprzeciw oczekiwaniom wykonawców formułując przykładowy katalog przesłanek wyrażenia sprzeciwu.

Jednocześnie należy zgodzić się z zamawiającym, iż kwestionowane postanowienia umowy nie będą utrudniać wykonawcy doboru podwykonawców. Izba podziela stanowisko Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt CSK 492/07, w którym stwierdzono, iż zgoda inwestora, o której mowa w art. 647¹ K.c. ma znaczenie jedynie dla powstania jego odpowiedzialności (solidarnej) na podstawie art. 647¹ § 5 K.c., a jej brak nie wpływa na skuteczność umowy zawartej przez wykonawcę i podwykonawcę.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące § 21 ust. 13 i § 47 ust. 5 wzoru umowy. W dniu 14 czerwca 2013 roku zamawiający zmodyfikował SIWZ w tym zakresie. Wobec powyższego Izba nie może rozstrzygać przedmiotowego zarzutu. Odwołujący, o ile nie zgadzał się z modyfikacją, mógł wnieść odwołanie wobec tej czynności zamawiającego.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego § 47 ust. 1 wzoru umowy, gdzie zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy w całości lub części w przypadku, gdy wykonawca narusza w sposób istotny postanowienia umowy oraz § 47 ust. 6 wzoru umowy, w myśl którego, w przypadku braku wykonania całości umowy do 31.08.2015, podmiot publiczny może odstąpić od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia jakiegokolwiek z obowiązujących przepisów prawnych. Zgodnie z art. 395 K.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Tym samym nie można zarzucić zamawiającemu, iż formułując przesłanki odstąpienia we wzorze umowy dopuścił się jakichkolwiek naruszeń. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający sam dokonał ograniczenia uprawnienia wynikającego z art. 395 K.c. określając, kiedy takie prawo będzie mu przysługiwało. W postanowieniu § 47 ust. 2 wzoru umowy wskazano, że odstąpienie od umowy możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca w sposób istotny narusza postanowienia umowy, a nadto – wskazuje katalog przypadków, kiedy naruszenie umowy należy uznać za istotne. Wyklucza to arbitralność i nieograniczoną swobodę zamawiającego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....