

Sygn. akt: KIO 191/15

Sygn. akt: KIO 199/15

WYROK

z dnia 16 luty 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 stycznia 2015r. przez odwołującego: Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa o Sygn. akt KIO 191/15;
- B. w dniu 30 stycznia 2015r. przez odwołującego: TELEPIN S.A. ul. Tytusa Chałubińskiego 8; 00-613 Warszawa o Sygn. akt KIO 199/15

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Lubelskie ul. Spokojna 4; 0-074 Lublin

przy udziale wykonawcy: Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 199/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała obydwa odwołania
2. kosztami postępowania obciąża Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa i TELEPIN S.A. ul. Tytusa Chałubińskiego 8; 00-613 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa i TELEPIN S.A. ul. Tytusa Chałubińskiego 8; 00-613 Warszawa tytułem wpisów od odwołań,

Sygn. akt KIO 191/15 i KIO 199/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.02.2015r. sprawy oznaczone Sygnaturami akt KIO 191/15 Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53; 02-697 Warszawa i KIO 199/15 TELEPIN S.A. ul. Tytusa Chałubińskiego 8; 00-613 Warszawa zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Zamawiającym, który prowadzi postępowanie do którego złożono obydwa odwołania jest Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie ul. Spokojna 4; 20-074 Lublin

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu zawarcia umowy o partnerstwie publiczno - prywatnym z Operatorem Infrastruktury w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie” - znak [OP-IV.272.76.2014.NSZ].

Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego w celu wybrania Partnera Prywatnego (zwanego również „Operatorem Infrastruktury” lub „Wykonawcą”), który zawrze z Podmiotem Publicznym (zwanym również „Zamawiającym” lub „Województwem”) umowę o partnerstwie publiczno – prywatnym

realizację przez Partnera Prywatnego rozbudowy sieci szkieletowej i dystrybucyjnej, którą Zamawiający przekaze Partnerowi Prywatnemu jako wkład własny w realizację przedsięwzięcia (zwaną dalej „siecią SSPW” lub „infrastrukturą telekomunikacyjną SSPW”), w tym wyposażenie jej w urządzenia aktywne oraz utrzymanie i zarządzanie siecią SSPW, jak również na świadczenie usług z jej wykorzystaniem (zwanych dalej łącznie „Przedsięwzięciem”), w ramach projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie” (zwanego dalej „Projektem”).

Postępowanie odwoławcze w połączonych sprawach prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp.” lub ”ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.05.2014 r, numer ogłoszenia 2014/S 090-157331, rodzaj zamówienia: usługi.

Zamawiający nie zamieszczał treści SIWZ na własnej stronie internetowej. Treść SIWZ została przekazana odwołującym drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2015 r., pismem

datowanym tego samego dnia, stanowiącym „Informację o zakończeniu dialogu oraz zaproszenie do złożenia oferty”.

Odwołanie w sprawie Sygn. akt KIO 191/15

Odwołującym jest: Glenbrook Investments Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53; 02-697 Warszawa, który złożył odwołanie gdzie zamawiającym jest Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie ul. Spokojna 4; 20-074 Lublin, prowadzące niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W odwołaniu przywołał art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz.907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” zaskarżając postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Czynnościom zamawiającego w związku ze sporządzeniem SIWZ odwołujący postawił następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, 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; ponadto postanowienia wzoru umowy prowadzą wprost do nadmiernego obciążenia wykonawcy ryzykiem braku możliwości zrealizowania umowy w wymaganym terminie, w konsekwencji naruszają zasady równowagi kontraktowej stron umowy i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;
- b) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez określenie końcowego terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty, bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 poprzez wprowadzenie postanowień wzoru umowy oraz kryteriów oceny ofert powodujących, iż wykonawca nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego z osiągnięciem dodatniego wyniku z działalności operacyjnej.

Na podstawie wyżej przedstawionych zarzutów odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby

- a) dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ,
- b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu, w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w efekcie czego został zaproszony do dialogu z zamawiającym, a następnie do złożenia oferty przetargowej.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej i konkurencyjnej oferty. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (iucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2015 r. przekazał odwołującemu treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołanie wnoszone jest w dniu 30 stycznia 2015 r., a zatem z zachowaniem ustawowego dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Kopia niniejszego odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono w szczególności następującą argumentację.

I Odnośnie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy a w konsekwencji naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, 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; ponadto postanowienia wzoru umowy prowadzą wprost do nadmiernego obciążenia wykonawcy ryzykiem braku możliwości zrealizowania umowy w wymaganym terminie, naruszają zasady równowagi kontraktowej stron umowy i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, odwołujący stwierdza, co następuje.

Na wstępie odwołujący wskazuje, iż swoboda umów nie może sięgać tak daleko, by naruszała przepisy o charakterze iuris cogens, w tym zasady współzycia społecznego, poprzez rażące zachwianie ekwiwalentności świadczeń. Ważne jest zwrócenie uwagi na pierwsze zdanie tego przepisu, który wskazuje, iż „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania”, zatem przepis ten nie stanowi, iż to wyłącznie „Zamawiający układa stosunek prawny według swego uznania”.

Zamawiający ma wręcz obowiązek uwzględnić postulowane przez wykonawców zmiany (oczywiście w granicach, które zapewniają realizację celu umowy oraz wyłączają wzajemne sprzeczności postulatów).

Należy w sposób szczególny podkreślić, że przepisy kodeksu cywilnego wprost przewidują równość stron stosunku cywilnego.

Przepisy art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy odsyłają do stosowania kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przesądzając tym samym o czysto cywilistycznym stosunku, jaki powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

a) Zdaniem odwołującego, w przypadku wzoru umowy sporządzonego na potrzeby niniejszego postępowania o postanowieniach niejasnych i niezrozumiałych można mówić co najmniej w przypadku postanowienia § 12 ust. 10, zgodnie z którym „Partner Prywatny zobowiązuje się do: w przypadku, w którym zgodnie z przepisami prawa Podmiot Publiczny będzie obowiązany do przełożenia Infrastruktury SSPW, Partner Prywatny dokona przełożenia tej infrastruktury SSPW oraz poniesie związany z tym koszt”

Odwołujący podnosi, iż w tym zakresie zamawiający nie wskazał w postanowieniach wzoru umowy, o jakie „przepisy prawa”. Dalej, nie wiadomym pozostaje, co zamawiający rozumie pod pojęciem „przełożenia” Infrastruktury SSPW. Powyższa nieprecyzyjność postanowienia umowy prowadzi do sytuacji, w której odwołujący nie ma możliwości należytego skalkulowania ryzyka, jakie może wystąpić na etapie realizacji zamówienia, a następnie nie jest w stanie uwzględnić tego ryzyka w cenie składanej oferty.

Niezależnie od braku precyzji kwestionowanego postanowienia wzoru umowy Odwołujący podnosi, iż postanowienie § 12 ust 10 wzoru umowy prowadzi do rażącego naruszenia zasad równowagi kontraktowej stron umowy, zatem pozostaje sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Niezrozumiałym pozostaje zatem, dlaczego to wykonawca (Partner Prywatny) ma ponosić koszty z tego tytułu, zwłaszcza, że koszty te na obecnym etapie postępowania są niemożliwe do oszacowania a mogą być gigantycznie wysokie odwołujący może zobowiązać się do przełożenia Infrastruktury SSPW, jednak na koszt zamawiającego, a nie wykonawcy.

W tym miejscu odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami § 1 pkt 99, w związku z § 1 pkt 4 wzoru umowy, Infrastruktura Pasywna Sieci SSPW zostanie

wybudowana na podstawie odrębnej umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a firmą AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES SAU (dalej „ACISA”).

Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy odwołujący podnosi, iż nie może zostać zobowiązany do dokonania przełożenia (cokolwiek miałoby oznaczać to pojęcie) całej Infrastruktury SSPW (a zatem również zakresu obejmującego Infrastrukturę Pasywną Sieci SSPW) oraz poniesienia związanych z tym kosztów, albowiem to ACISA a nie Odwołujący jest wykonawcą Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW. Koszty tej operacji powinien ponieść zamawiający bądź wykonawca Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, czyli ACISA.

W związku z powyższym odwołujący żąda:

- 1.) doprecyzowania postanowień § 12 ust 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, jakie „przepisy prawa” zamawiający ma na myśli w przypadku zaistnienia obowiązku Podmiotu Publicznego do przełożenia Infrastruktury SSPW,
- 2.) doprecyzowania postanowień § 12 ust. 10 wzoru umowy poprzez wskazanie definicji „przełożenia” Infrastruktury SSPW,
- 3.) modyfikacji postanowień § 12 ust. 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż „(...) Partner Prywatny dokona przełożenia tej infrastruktury SSPW na koszt Podmiotu Publicznego”,

Alternatywnie, Odwołujący żąda wykreślenia postanowienia § 12 ust. 10 ze wzoru umowy.

Odwołujący dalej wskazuje, iż nie może wyrazić zgody na zaakceptowanie szeregu postanowień wzoru umowy, których analiza prowadzi do wniosku zaistnienia rażącego naruszenia zasady równowagi kontraktowej stron umowy, a tym samym rodzących ryzyko uznania ich za nieważne jako nieważne. W tym zakresie odwołujący kwestionuje postanowienia § 7 ust. 4 wzoru umowy w powiązaniu z postanowieniami § 1 pkt. 33 i 95, § 5 ust. 1 lit. a, § 7 ust. 1,3,5,6 i 8, § 20 ust. 1, 2 i 7, § 33 ust. 1 pkt. 1, § 33 ust. 2, § 33 ust. 2 pkt. 9, § 36 ust. 3 oraz § 47 ust. 2 pkt. 1, § 47 ust. 5 wzoru umowy. W szczególności Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 4 wzoru umowy:

„Na potrzeby realizacji Etapu Rozbudowy Podmiot Publiczny udostępni Partnerowi Prywatnemu Węzły w następującym zakresie i terminach:

- a) dla trzech obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.06.2015 r.,
- b) dla kolejnych pięciu obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.07.2015 r.,
- c) dla kolejnych sześciu obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.08.2015 r.

Następnie Odwołujący wskazuje na postanowienia § 20 wzoru umowy:

„1. Dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW Partner Prywatny zobowiązany jest wykonać najpóźniej do dnia 10.09.2015 r. (Termin Zakończenia Rozbudowy), co oznacza, że w tym terminie Partner Prywatny zobowiązany jest zakończyć tą część Przedsięwzięcia wraz z dokonaniem Odbioru Końcowego przez Podmiot Publiczny.

2. W przypadkach przewidzianych w Umowie termin, o którym mowa w ust. 1, może zostać zmieniony, w drodze aneksu, w żadnym jednak przypadku nie dłużej niż do dnia 31.10.2015 r.

7. Partner Prywatny zobowiązany jest przygotować całą Sieć SSPW do świadczenia Usług Dostępowych w terminie do dnia 31.10.2015 r."

Odwołujący podnosi, iż wykonanie Etapu Rozbudowy w wymaganym terminie jest uzależnione od daty udostępnienia Partnerowi Prywatnemu Węzłów, stosownie do § 7 ust. 4 wzoru umowy. Innymi słowy, jeżeli Zamawiający nie udostępni Partnerowi Prywatnemu Węzłów w powołanym wyżej zakresie i terminach, wykonanie zamówienia przez Odwołującego w określonym w § 20 ust. 1 wzoru umowy terminie do dnia 10.09.2015 r. (Termin Zakończenia Rozbudowy) nie będzie absolutnie możliwe. Możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę w wymaganym terminie nie zapewnia także § 20 ust. 2 wzoru umowy, bowiem wydłużenie terminu realizacji zamówienia (Terminu Zakończenia Rozbudowy) nie jest obowiązkiem zamawiającego, lecz jedynie jego dobrą wolą.

W związku z powyższym, Zamawiający usiłuje w sposób nadmierny obciążyć Partnera Prywatnego całym ryzykiem braku możliwości zrealizowania Etapu Rozbudowy w przewidzianym umownie Terminie Zakończenia Rozbudowy,

Zaproponowany przez Zamawiającego wzór umowy rozkłada prawa i obowiązki obu Stron Umowy w taki sposób, że powyższe konsekwencje mogą dotknąć Partnera Prywatnego nawet w przypadku braku jakiegokolwiek zawinienia po jego stronie, a w szczególności w przypadku zaistnienia okoliczności, za których wyłączną odpowiedzialność ponoszą Podmiot Publiczny lub osoby trzecie, lub też zaistnieją one na skutek okoliczności niezależnych od Podmiotu Prywatnego.

Odwołujący niniejszy zarzut formułuje także w odniesieniu do Relacji, o których mowa w § 1 pkt. 86 wzoru umowy. Mianowicie, zapisy zaproponowane przez Zamawiającego dotyczące zakresu i terminów przekazania Węzłów (§ 7 ust. 4 wzoru umowy) w żadnych wypadku nie gwarantują że Zamawiający przekaże w tych terminach również Relacje. W praktyce możemy mieć zatem do czynienia z sytuacją w której Węzły sieci zostaną

przekazane, natomiast łączące je Relacje nie będą gotowe. Analogicznie więc jak w zakresie Węzłów, jeżeli Zamawiający nie udostępni Partnerowi Prywatnemu Relacji razem z Węzłami, wykonanie zamówienia przez Odwołującego w określonym w § 20 ust. 1 wzoru umowy terminie do dnia 10.09.2015 r. (Termin Zakończenia Rozbudowy) nie będzie możliwe. Możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę w wymaganym terminie nie zapewnia także § 44 ust. 1 wzoru umowy, bowiem wydłużenie terminu realizacji zamówienia (Terminu Zakończenia Rozbudowy) jest obwarowane określonymi w umowie warunkami.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień wzoru umowy w następujący sposób:

- 1) wprowadzenie takich zmian w postanowieniach § 1 pkt. 33 i 95, § 5 ust. 1 lit. a, 20 ust 1 i 2 oraz § 47 ust. 5 projektu Umowy (oraz wszelkich innych postanowieniach Umowy i pozostałych dokumentów przetargowych, w których wskazana została data 10.09.2015 roku), zgodnie z którymi Termin Zakończenia Rozbudowy Sieci zostanie określonym nie stałą datą dzienną (10.09.2015 roku), lecz poprzez wskazanie interwału czasowego nie krótszego niż 5 miesięcy począwszy od Daty Zawarcia Umowy, co pozwoli na uniknięcie po stronie Wykonawcy niemożliwości wykonania Etapu Rozbudowy w wymaganym terminie, w przypadku gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy Umowa zostanie podpisana w krótkim okresie przed obecnie wyznaczonym przez Zamawiającego Terminem Zakończenia Rozbudowy Sieci (np. na skutek przedłużających się procedur odwoławczych po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty);
- 2) wprowadzenie zmiany do postanowień § 7 ust. 1 i 4 projektu Umowy, zgodnie z którymi Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do przekazania Podmiotowi Prywatnemu w dzierżawę całości Infrastruktury SSPW w określonym terminie (analogicznie jak w § 7 ust. 4 odnośnie Węzłów) umożliwiającym Podmiotowi Prywatnemu należyte wykonanie wszystkich obowiązków na Etapie Rozbudowy w umownych terminach, w tym do Terminu Zakończenia Rozbudowy Sieci - zwracamy uwagę, że wykonanie prawidłowego testowania elementów Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW będzie możliwe przy założeniu należytego wykonania wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW przez jej wykonawcy / wykonawców, odebrania przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW (czyli również Relacji, a nie tylko Węzłów) od jej wykonawcy / wykonawców oraz dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu;
- 3) wprowadzenie do postanowienia § 7 ust. 3 projektu Umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym obowiązek Partnera Prywatnego do odebrania przekazywanej Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW we wskazanym terminie wiąże go, ile nie zostaną stwierdzone jakiegokolwiek wady tej Infrastruktury; ponadto w przedmiotowym postanowieniu należy

dodać, że Podmiot Prywatny przekazując swój wkład własny Podmiotowi Prywatnemu zobowiązane jest oświadczyć, że przekazywana część spełnia wymagania techniczne i prawne do należytego wykonania obowiązków Podmiotu Prywatnego na Etapie Operacyjnym oraz że jej stan jest kompletny i wystarczający do prowadzenia działalności operatorskiej, w tym w szczególności do należytego wykonania Umowy przez Podmiot Prywatny;

4) usunięcia postanowienia § 7 ust. 5 w całości jako obciążającego Partnera Prywatnego w sposób niewspółmierny ryzykiem braku terminowych odbiorów przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW od jej wykonawcy / wykonawców oraz dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu, a tym samym uzależniania możliwość dokonania Odbioru Końcowego od należytego i terminowego wykonania Umowy na Budowę Sieci przez wykonawcę / wykonawców Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, na co Podmiot Prywatny nie ma jakiegokolwiek wpływu;

5) mając na uwadze cel postanowienia § 7 ust. 8 projektu Umowy, a mianowicie konieczność zapewnienia Podmiotowi Prywatnemu możliwości weryfikacji Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW już na etapie jej odbioru przez Podmiot Publiczny na podstawie Umowy na Budowę SSPW, to postanowienie powinno zostać zmodyfikowane w taki sposób, aby było ono źródłem uprawnienia, które w sposób realny daje Podmiotowi Prywatnemu możliwość zabezpieczenia swoich interesów, a tym samym zabezpieczenia powodzenia funkcjonowania Sieci SSPW na Etapie Operacyjnym:

„Partner Prywatny, będzie na żądanie Podmiotu Publicznego uczestniczył, na zasadach konsultanta Podmiotu Publicznego, w czynnościach odbiorowych wykonywanych w ramach Umowy na Budowę SSPW, przy czym Podmiot Publiczny jest zobowiązany do uwzględniania wskazań takiego konsultanta odnośnie procedury odbiorowej, w szczególności w zakresie wnoszonych zastrzeżeń odnośnie stanu infrastruktury Pasywnej SSPW.“]

6) postanowienie § 20 ust. 2 projektu Umowy powinno ponadto przewidywać obowiązek po stronie Podmiotu Publicznego do zawarcia aneksu do Umowy przedłużającego Termin Zakończenia Rozbudowy Sieci w przypadku, gdy niezachowanie tego terminu nastąpiło na skutek okoliczności nieleżących po stronie Podmiotu Prywatnego;

7) postanowienie § 20 ust. 7 projektu Umowy powinno przewidywać możliwość odpowiedniego przedłużenia daty 31.10.2015 roku jako terminu na przygotowanie całej Sieci SSPW do świadczenia Usług Dostępowych, w przypadku gdy Termin Zakończenia Rozbudowy będzie wskazany jako późniejszy niż 10.09.2015 roku, np. poprzez wskazanie terminu na przygotowanie całej Sieci SSPW do świadczenia Usług Dostępowych jako terminu 41 Dni od daty Odbioru Końcowego;

8) usunięcie postanowienia § 33 ust. 1 pkt. 1 projektu Umowy wskazującego na konieczność ponoszenia przez Podmiot Prywatny ryzyka związanego z brakiem możliwości realizacji Przedsięwzięcia w Terminie Zakończenia Rozbudowy, jako ryzyka zdefiniowanego poprzez wskazanie skutku, a nie przyczyny, a zatem niemożliwego do oszacowania, a tym samym uniemożliwiającego Wykonawcy prawidłowego przygotowanie oferty;

9) dodanie do katalogu ryzyk ponoszonych przez Partnera Publicznego w § 33 ust. 2 projektu Umowy ryzyka nieterminowego odebrania przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW od jej wykonawcy / wykonawców oraz nieterminowego dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu w dzierżawę;

10) zmiany w zakresie § 33 ust. 2 pkt 9 Projektu Umowy poprzez wskazanie, że Podmiot Publiczny ponosi ryzyko dotyczące wystąpienia jakichkolwiek wad Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, chyba że powstały one z przyczyn niewłaściwego wykorzystywania Sieci SSPW przez Podmiot Prywatny na Etapie Operacyjnym;

11) doprecyzowanie § 36 ust. 3 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie kary umownej z tytułu niedochowania Terminu Zakończenia Rozbudowy Sieci w przypadku zwłoki (a nie opóźnienia), bądź opóźnienia, chyba że jest ono następstwem okoliczności, za które Partner Prywatny odpowiedzialności nie ponosi, bądź dodania w ostatnim zdaniu, że kara umowna nie przysługuje Partnerowi Publicznemu, jeżeli opóźnienie powstało z winy Podmiotu Publicznego lub siły wyższej lub na skutek innych okoliczności nieleżących po stronie Podmiotu Prywatnego (w tym z tytułu okoliczności leżących po stronie osób trzecich, a w szczególności po stronie wykonawców infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW

12) doprecyzowanie § 47 ust. 1 pkt. 1 oraz § 47 ust. 5 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie uprawnienia Podmiotu Prywatnego do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy Partner Prywatny opóźnia się ze swojej wyłącznej winy dłużej niż 30 dni w stosunku do Terminu Zakończenia Rozbudowy.

13) zmianę postanowienia § 7 ust. 4 wzoru umowy w następujący sposób: „Na potrzeby realizacji Etapu Rozbudowy Podmiot Publiczny udostępni Partnerowi Prywatnemu Węzły i Relacje w następującym zakresie i terminach:(..Odwołujący wskazuje, że brak wprowadzenia powyższych zmian powoduje po stronie Wykonawcy ryzyko:

(i) zbyt krótkiego terminu realizacji Etapu Rozbudowy w razie późnego zawarcia Umowy (po dacie 10.04.2015r.)'

(ii) ryzyko braku możliwości Odbioru Końcowego wyłącznie na skutek braku gotowości do daty 10.09.2015 roku należycie wykonanej (nadającej się do odbioru) Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW z przyczyn nieleżących po stronie Podmiotu Prywatnego (np. wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy / wykonawców Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW niebędących stroną żadnej umowy z Podmiotem Prywatnym); a w

dalszej konsekwencji ryzyko kary umownej za opóźnienie (§ 36 ust. 3), odstąpienia w całości od Umowy przez Podmiot Publiczny (§ 47 ust. 1 pkt. 1 lub § 47 ust. 5) oraz zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia.

Odwolujący wskazuje, że jednym ze sposobów prawidłowego sformułowania postanowień umowy w kwestionowanym zakresie jest podejście zaprezentowane przez Województwo Dolnośląskie w postępowaniu Nr DT-W.I.272.1.2014 na „Pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej, w tym rozbudowa i eksploatacja sieci”. Mianowicie, w § 13 Załącznika Nr 1 stanowiącego „Istotne postanowienia umowy” opisano Zasady przekazania infrastruktury telekomunikacyjnej, gdzie w ust. 1 tego paragrafu Województwo Dolnośląskie wprowadziło następujące postanowienie umowne:

„1. Wkład własny Podmiotu publicznego zostanie wydany Partnerowi prywatnemu nie później niż do dnia 31 grudnia 2015 na podstawie obustronnie podpisanych protokołów przekazania. W przypadku gdyby wydanie wkładu własnego Podmiotu publicznego we wskazanym terminie było niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności, Operator infrastruktury może według swego wyboru:

1) jeżeli niemożliwe jest wydanie całego wkładu Podmiotu publicznego lub też jest możliwe jedynie w zakresie jaki dla Operatora infrastruktury nie miałby znaczenia ze względu na właściwości zobowiązań Operatora Infrastruktury albo ze względu na zamierzony cel Umowy - odstąpić od Umowy, w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności uzasadniających odstąpienie,

2) jeżeli jest możliwe częściowe wydanie wkładu Podmiotu publicznego, a część ta miałaby znaczenie ze względu na właściwości zobowiązań Operatora infrastruktury albo ze względu na zamierzony cel Umowy - przyjąć tą część i do czasu, kiedy wydanie całości będzie możliwe, opłacać roczny czynsz dzierżawny, i według zasad określonych w §6.

Ewentualne odstąpienie, o którym mowa w ust 1, pkt. 1) nie wywołuje jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla stron Umowy i nie może być powodem żądania naprawienia jakiegokolwiek szkody. ”

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art, 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez określenie końcowego terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty, bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący stwierdza, co następuje.

6. Jak już wyżej wskazano, zamawiający we wzorze umowy wskazał terminy Przekazania wkładu własnego Podmiotu Publicznego oraz Terminy realizacji prac. Są to postanowienia:

- § 7 ust. 4 wzoru umowy:

„Na potrzeby realizacji Etapu Rozbudowy Podmiot Publiczny udostępni Partnerowi Prywatnemu Węży w następującym zakresie i terminach:

- a) dla trzech obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.06.2015 r.,
- b) dla kolejnych pięciu obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.07.2015 r.,
- c) dla kolejnych sześciu obszarów inwestycyjnych w terminie do dnia 15.08.2015 r.

■ § 20 wzoru umowy

„1. Dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW Partner Prywatny zobowiązany jest wykonać najpóźniej do dnia 10.09.2015 r. (Termin Zakończenia Rozbudowy), co oznacza, że w tym terminie Partner Prywatny zobowiązany jest zakończyć tą część Przedsięwzięcia wraz z dokonaniem Odbioru Końcowego przez Podmiot Publiczny.”

2. W przypadkach przewidzianych w Umowie termin, o którym mowa w ust 1, może zostać zmieniony, w drodze aneksu, w żadnym jednak przypadku nie dłużej niż do dnia 31.10.2015 r.

7. Partner Prywatny zobowiązany jest przygotować całą Sieć SSPW do świadczenia Usług Dostępowych w terminie do dnia 31.10.2015 r.°

Odwołujący wskazuje, że określenie terminu wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty jest bardzo niebezpieczne dla wykonawcy i prowadzi go obarczenia go nadmiernym ryzykiem kontraktowym, a ponadto powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Nie sposób bowiem przewidzieć, kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę możliwość wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej w pełnym zakresie, tj. zarówno odwołań jak i skarg do Sądu Okręgowego. Może zatem zdarzyć się, że zawarcie umowy z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy (np. wskutek wniesionych odwołań, skarg, czy przedłużającej się procedury badania i oceny ofert) tak odwlecze się w czasie, że zachowanie powyższych terminów będzie niemożliwe albo niezwykle utrudnione. W ocenie Odwołującego termin wykonania zamówienia powinien być określony poprzez wskazanie liczby dni/tygodni/miesięcy/lat na wykonanie zamówienia od dnia zawarcia umowy. Wówczas, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy, Wykonawca będzie mieć tyle samo czasu na jej wykonanie.

Odwołujący przypomina również, że w przypadku opóźnienia wykonania Etapu Rozbudowy, poprzez przekroczenie Terminu Zakończenia Rozbudowy, wykonawca zobowiązany jest zapłacić Podmiotowi Publicznemu karę umowną w wysokości 0,25 % Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w odniesieniu do Terminu

Zakończenia Rozbudowy (§ 36 ust. 3 wzoru umowy). Tym bardziej więc, w przypadku gdy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy umowa zostanie podpisana w krótkim okresie przed obecnie wyznaczonym przez Zamawiającego Terminem Zakończenia Rozbudowy Sieci (np. na skutek przedłużających się procedur odwoławczych po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty), Zamawiający nie powinien przerzucać na Wykonawcę ryzyka związanego z przedłużającym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się modyfikacji postanowień SIWZ poprzez określenie końcowego terminu wykonania zamówienia poprzez wskazanie liczby dni/tygodni/miesiący/lat na wykonanie zamówienia, nie krótszego niż 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 poprzez wprowadzenie postanowień wzoru umowy oraz kryteriów oceny ofert powodujących, iż wykonawca nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego z osiągnięciem dodatniego wyniku z działalności operacyjnej, stwierdzić należy, co następuje.

Odwołujący wskazuje, że w Załączniku nr 4 do SIWZ Zamawiający opisał „Szczegółowe kryteria oceny ofert”- Jednym z kryteriów oceny ofert jest Kryterium Nr 1: Zaktualizowana wartość netto wydatków inwestycyjnych i operacyjnych, obejmująca wynagrodzenie partnera prywatnego (kwota pomocy publicznej) - waga 85%.

Zgodnie z brzmieniem Załącznika Nr 4 do SIWZ, intencją Zamawiającego jest premiowanie w ramach tego kryterium ofert, które wiążą się dla Podmiotu Publicznego z możliwie najniższymi wydatkami na realizację przedsięwzięcia, a zarazem przewidujących najkorzystniejsze wynagrodzenie, co zapewnia minimalizację pomocy publicznej udzielanej w projekcie „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie”.

W kryterium tym dla każdej z ofert zostaną obliczone łączne wydatki ponoszone przez Zamawiającego wyrażone za pomocą zaktualizowanej wartości netto (NPV) wydatków inwestycyjnych i wydatków operacyjnych, uwzględniającej wynagrodzenie partnera prywatnego, wg wzoru zaprezentowanego w Załączniku Nr 4 do SIWZ.

Następnie, odzwierciedleniem wskazanego wyżej kryterium i jednym z warunków realizacji umowy w sprawie zamówienia jest wymóg Zamawiającego dotyczący wskazania przez wykonawcę w Formularzu Oferty wskaźnika procentowego w następującym zakresie:

Stanowiąca wkład własny Podmiotu Publicznego część wydatków na realizację przedsięwzięcia w postaci zwrotu części zapłaconego przez Partnera Prywatnego podatku od nieruchomości ciężącego na Partnerze Prywatnym zgodnie z przepisami prawa w wysokości nie wyższej niż podany przez Partnera Prywatnego wskaźnik procentowy kwoty

podatku od nieruchomości dotyczącego infrastruktury SSPW, ustalana i płatna zgodnie z warunkami określonymi w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Partner Prywatny podaje wartość wskaźnika w procentach, w przedziale od 0% do 85%, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, ”

Dalej, niezwykle istotne w tym zakresie są postanowienia wzoru umowy w następującym zakresie:

■ § 6 ust. 5

Wkład własny Podmiotu Publicznego stanowi również obowiązek ponoszenia części wydatków i innych świadczeń na realizację Przedsięwzięcia wyspecyfikowanych poniżej w sposób wyczerpujący, tj.:

a)uiszczanie opłat za zajęcie pasa drogowego w celu umieszczenia urządzeń infrastruktury technicznej wchodzących w skład Sieci SSPW, określonych w zezwoleniach adresowanych na Podmiot Publiczny, wydanych na podstawie Ustawy o drogach publicznych,

b)uiszczanie opłat z tytułu zawartych przez Podmiot Publiczny umów użytkowania, o których mowa w art. 20 ustawy z dnia 18 lipca 2001r. - Prawo wodne,

c)poniesienie kosztów rocznych audytów, w wysokości maksymalnie do kwoty 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych złotych), jeżeli pokrycie tych kosztów przez Podmiot Publiczny zostało wskazane w Ofercie,

d)poniesienie kosztów pozyskania i opłacenia Praw Dysponowania Lokalami i Praw Dysponowania Nieruchomościami na potrzeby realizacji Węzłów od upływu okresu na jaki zostały pozyskane przez Podmiot Publiczny w ramach Budowy SSPW do końca Okresu Obowiązywania Umowy,

e)uiszczanie podatku od nieruchomości w zakresie ciążącym na Podmiocie Publicznym zgodnie z Przepisami Prawa,

f)zwrot części zapłaconego przez Partnera Prywatnego podatku od nieruchomości, ciążącego na Partnerze Prywatnym zgodnie z Przepisami Prawa, na warunkach określonych w ust 6.

• § 6 ust. 6 wzoru umowy

Podmiot Publiczny zwróci Partnerowi Prywatnemu część zapłaconego przez Partnera Prywatnego podatku od nieruchomości dotyczącego Infrastruktury SSPW na następujących warunkach:

a)kwotę zwrotu oblicza się jako podany w Ofercie procent (nie wyższy niż 85%) kwoty podatku od nieruchomości dotyczącego infrastruktury SSPW zapłaconego przez Partnera Prywatnego w danym roku kalendarzowym, z zastrzeżeniem lit b - d,

b)kwota zwrotu zostaje pomniejszona o kwotę podatku od nieruchomości związanego z Przedsięwzięciem i zapłaconego przez Podmiot Publiczny w danym roku kalendarzowym,

c)kwota zwrotu nie może być wyższa niż kwota konieczna do pokrycia straty z działalności wykonywanej w ramach Etapu Operacyjnego, która wystąpiła w danym roku kalendarzowym (jeżeli strata nie wystąpiła, zwrot nie przysługuje),

d)kwota zwrotu za dany rok kalendarzowy w żadnym wypadku nie może przekroczyć kwoty 2 000 000,00 (słownie: dwa miliony) zł,

e)zwrot przysługuje wyłącznie za okres od dnia zawarcia Umowy do upływu pełnych 7 lat kalendarzowych od tego dnia, przy czym okres ten może być wydłużony w drodze aneksu na warunkach określonych w §45,

f)zwrot przysługuje, jeżeli Partner Prywatny należycie wykonuje zobowiązania z Etapu Operacyjnego,

g)kwota zwrotu jest wypłacana na wniosek Partnera Prywatnego, odpowiednio udokumentowany, w terminie do 30 czerwca kolejnego roku kalendarzowego.

Odwołujący podnosi i podkreśla, że zaproponowanie mechanizmu zwrotu podatku od nieruchomości, opisanego i narzuconego przez Zamawiającego w § 6 ust. 6 wzoru umowy, prowadzi do sytuacji, w której Operator Infrastruktury nie jest w stanie wypracować skumulowanego zysku z działalności operacyjnej w okresie 15 lat operowania. Odwołujący ponownie zwraca uwagę na fakt, iż prognoza przychodów przedstawiona w studium oraz w Załączniku 2A do SIWZ jest nierealna. Zagadnienie to dyskutowane było podczas poszczególnych rund dialogu konkurencyjnego z zamawiającym, jednak kwestie podnoszone przez odwołującego nie zostały uwzględnione w treści SIWZ przekazanej odwołującemu wraz z zaproszeniem do złożenia oferty. Aktualne postanowienia Formularza Oferty oraz wzoru umowy powodują, iż wykonawca zmuszany jest do złożenia oferty de facto poniżej kosztów wytworzenia, tj. nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego z osiągnięciem zysku.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie mechanizmu zwrotu podatku od nieruchomości, w taki sposób, aby umożliwiła ona Podmiotowi Prywatnemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany w następujący sposób:

I zmiana postanowień wzoru umowy polegająca na wprowadzeniu postanowień nie uzależniających zwrotu w pierwszych siedmiu latach od wystąpienia straty, bez ustanawiania ograniczenia górnego na zwrot (zdefiniowanego w § 6 ust. 6 lit. d wzoru umowy), a także dopuszczenie zwrotu z latami późniejszymi. Propozycja nowego brzmienia § 6 ust. 6 lit a), b) wzoru umowy:

Podmiot Publiczny zwróci Partnerowi Prywatnemu część zapłaconego przez Partnera Prywatnego podatku od nieruchomości dotyczącego Infrastruktury SSPW na następujących warunkach:

a) Za okres od dnia zawarcia umowy do upływu pełnych siedmiu lat kalendarzowych od tego dnia, kwotę zwrotu oblicza się jako podany w Ofercie procent (nie wyższy niż 85%) kwoty podatku od nieruchomości dotyczącego infrastruktury SSPW zapłaconego przez Partnera Prywatnego w danym roku kalendarzowym,

b) W okresie rozpoczynającym się po upływie pełnych siedmiu lat kalendarzowych od dnia zawarcia umowy do końca Okresu Obowiązywania Umowy, kwotę zwrotu oblicza się jako podany w Ofercie procent (nie wyższy niż 75%) kwoty podatku od nieruchomości dotyczącego Infrastruktury SSPW zapłaconego przez Partnera Prywatnego w danym roku kalendarzowym.

II. Zaproponowany wyżej mechanizm wymaga od zamawiającego jednoczesnej modyfikacji kryteriów oceny ofert poprzez dodanie parametru określającego procentową kwotę zwrotu w latach powyżej siódmego roku.

Odwołujący podkreśla, że zmiana dotycząca mechanizmu zwrotu podatku od nieruchomości ma charakter krytyczny z punktu widzenia uzyskania pozytywnego wyniku z działalności operacyjnej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 12 lutego 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Tytułem wstępu zamawiający wskazał, że niniejsze postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.) oraz w związku z treścią art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, z zastosowaniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.).

Zatem w toku oceny czynności podejmowanych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu należy mieć na względzie specyfikę niniejszego postępowania o zawarcie długoletniej umowy partnerstwa publiczno -prywatnego. Mamy bowiem do czynienia z bardziej skomplikowanym sposobem ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron, niż w przypadku typowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności zwrócić tu należy uwagę na kwestię ryzyka, którego przeniesienie w części na wykonawcę jest podstawą większości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Stosownie do art. 1 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Ponoszenie ryzyka przez strony umowy partnerstwa publiczno-prywatnego jest istotnym elementem takiej umowy. Nie jest więc możliwe zdjęcie z odwołującego wszelkich ryzyk, bowiem umowa, która zostanie

zawarta z wykonawcą miałyby charakter prostego zamówienia publicznego, a nie partnerstwa publiczno-prywatnego. W szczególności nie jest możliwe zdjęcie wskazywanych przez wykonawcę ryzyk, które jako profesjonalista powinien zabezpieczyć w ramach posiadanych przez siebie kompetencji.

Po pierwsze, zamawiający nie może określić w umowie terminu dłuższego niż 10.09.2015 r., a w ostateczności - w razie zawarcia aneksu - dłuższego niż 31.10.2015 r. Wiążąca zamawiającego umowa o dofinansowanie zawarta z Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości wymaga w tym terminie zakończenia projektu, a jego przekroczenie uniemożliwi sfinansowanie wydatków ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej. Jednocześnie nie ma możliwości zmiany terminu z umowy o dofinansowanie, co wynika z terminów ustanowionych dla Programu Operacyjnego. Z tych przyczyn w umowie z Partnerem Prywatnym nie jest możliwe ustalenie terminu dłuższego, ani oznaczenie terminu połączonego z niepewnym warunkiem w postaci daty zawarcia umowy.

Po drugie, Zamawiający nie może określić innych terminów przekazania Partnerowi Prywatnemu Węzłów w celu instalacji Infrastruktury Aktywnej SSPW, niż wskazane we wzorze umowy, bo są to najkrótsze możliwe terminy, w których odbierze Węzły od wykonawcy Infrastruktury Pasywnej SSPW, co reguluje zawarta z tym wykonawcą umowa. Relacje światłowodowe pomiędzy Węzłami, co przyznaje Odwołujący w odwołaniu, nie są konieczne

do instalacji Infrastruktury Aktywnej w Węzłach, a jedynie mają znaczenie dla przeprowadzenia testów wymaganych przy odbiorze Infrastruktury Aktywnej SSPW. Jeżeli Partner Prywatny nie będzie miał możliwości zakończenia Etapu Rozbudowy w terminie 10.09.2015 r. z powodu niedostępności Węzłów przez Zamawiającego w terminach określonych we wzorze umowy, to:

a) kara umowna nie będzie należna, skoro opóźnienie nastąpiło z winy

Zamawiającego, co wprost przewiduje par. 36 ust. 3 wzoru umowy,

b) Zamawiający nie będzie mógł odstąpić od umowy, bo opóźnienie nie będzie następstwem przyczyn, za które Partner Prywatny ponosi odpowiedzialność, co wprost przewiduje § 47 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy,

c) Zamawiający przedłuży Termin Zakończenia maksymalnie do 31.10.2015 r., do czego wprost uprawnia Zamawiającego § 44 ust. 2 wzoru umowy.

Po trzecie, partnerstwo publiczno-prywatne wymaga wspólnej realizacji przedsięwzięcia, a więc podziału zadań i ryzyk, a także kosztów i przychodów. Zamawiający zapewnia wybudowanie całej Infrastruktury Pasywnej SSPW, jej sfinansowanie w 100%, a także zakupienie od Partnera Prywatnego i sfinansowanie w 100% Infrastruktury Aktywnej SSPW. Ponadto, Zamawiający przyjął na siebie koszty finansowania bardzo wysokich opłat za

zajęcie pasa drogowego przez cały okres obowiązywania umowy, czyli również przez Etap Operacyjny, jak również koszty innych zadań wyspecyfikowanych w umowie. Wreszcie Zamawiający zaproponował zwrot kosztów podatku od nieruchomości w zakresie infrastruktury, który zgodnie z prawem będzie obciążał Partnera Prywatnego, by w ten sposób zminimalizować ryzyko tego, że wybudowana Infrastruktura SSPW nie będzie w stanie wygenerować nadwyżki przychodów pomimo należytego wykonywania przez Partnera Prywatnego działań sprzedażowych. Zwrot kosztów podatku nie ma być źródłem zysku Partnera Prywatnego. Po stronie Partnera Prywatnego pozostają zatem tylko koszty związane stricte z działalnością operacyjną, a w zamian ma prawo do zatrzymania wszelkich przychodów z opłat za świadczenie usług, z wyjątkiem ściśle określonego minimalnego czynszu gwarantowanego oraz takiej części przychodów, jaką sam uzna w ofercie za stosowną do płacenia Zamawiającemu jako zmiennego składnika czynszu. Skoro więc Partner Prywatny będzie prowadził działalność operacyjną na majątku publicznym i zatrzymywał z tego tytułu przychody, to powinien ponosić koszty takiej działalności, które normalnie ponoszą profesjonalni operatorzy telekomunikacyjni operujący na własnej infrastrukturze, jak ubezpieczenie majątku, utrzymywanie go w należyтым stanie, serwisowanie, wykonywanie obowiązków publicznoprawnych, w szczególności na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, przekładania urządzeń koniecznego w związku z budową lub przebudową dróg publicznych, czy obowiązków podatkowych.

Podobnie, Partner Prywatny nie może oczekiwać, że zamawiający zagwarantuje jemu przydatność udostępnianego majątku publicznego do prowadzenia działalności operacyjnej ani tego, że majątek ten będzie generował określone zyski. Są to ryzyka ściśle związane z działalnością operacyjną i powinny obciążać Partnera Prywatnego. Zamawiający nie jest profesjonalnym operatorem telekomunikacyjnym, który będzie usuwał ewentualne wady Infrastruktury Pasywnej SSPW i dlatego zgodnie ze wzorem umowy może jedynie zapewnić Partnerowi Prywatnemu korzystanie z uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji, jakie przysługują Zamawiającemu wobec wykonawcy infrastruktury pasywnej SSPW. Udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja związana z tą inwestycją określa rodzaj, jakość i lokalizację Infrastruktury Pasywnej SSPW, jak również zakres uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji, co w wystarczający sposób pozwala określić przedmiot wkładu Zamawiającego, a Partnerowi Prywatnemu właściwie ocenić ryzyka. Podkreślić trzeba, że dokonanie odbioru Infrastruktury Pasywnej SSPW przez Zamawiającego, nie zamyka drogi do późniejszego zgłoszenia wady i korzystania z uprawnień z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Wyżej wskazane okoliczności stanowią uzasadnienie postanowień wzoru umowy. Podkreślić też trzeba, że postanowienia wzoru umowy nie prowadzą do sytuacji, które błędnie Odwołujący przedstawia w odwołaniu. W szczególności nie jest prawdą, że kara umowna

będzie naliczona w razie opóźnienia z winy Zamawiającego, ani że Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy w razie opóźnienia z przyczyn, za które Partner Prywatny nie ponosi odpowiedzialności. Nic też nie wskazuje na to, że zawarcie umowy nie będzie możliwe w czasie umożliwiającym wykonanie Etapu Rozbudowy.

I. Brak interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp

(4) W pierwszej kolejności odnosząc się do treści zarzutów wskazać należy na występujący w naszej ocenie brak materialno-prawnej przesłanki wniesienia odwołania, co w konsekwencji powinno skutkować jego oddaleniem bez rozstrzygnięcia o merytorycznej zasadności zarzutów.

Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania wskutek braku po stronie Odwołującego legitymacji uprawniającej do wniesienia przedmiotowego odwołania.

II. Zarzut dotyczący niejasnych i niezrozumiałych postanowień umowy.

(8) W pierwszej kolejności zwracamy uwagę na aspekt formalny. Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. wskazanie takiej podstawy prawnej stawianego zarzutu jest jednak w naszej ocenie wadliwe. (9) Ponadto Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. art. 14 i 139 Pzp gdyż w ocenie wykonawcy wzór umowy zawiera niejasne i niezrozumiałe postanowienia niekorzystne i w tym upatrywał swojej szkody, z uwagi na niemożność wyliczenia ryzyka, a w konsekwencji na możliwość różnej wyceny tego ryzyka przez poszczególnych wykonawców, co w ocenie odwołującego skutkuje nieporównywalnością składanych w postępowaniu ofert.

(11) Okoliczność, iż postanowienia umowy prowadzą w ocenie wykonawcy do obciążenia go nadmiernym ryzykiem, nie oznacza niezgodności takiego postanowienia z przepisami ustawy Pzp.

(14) Odnosząc się szczegółowo do wskazanych w odwołaniu zarzutów dotyczących poszczególnych kwestionowanych postanowień umowy Zamawiający podnosi jak następuje.

(15) W odniesieniu do zarzutu dotyczącego §12 ust. 10 umowy należy wskazać, iż nie ma racji odwołujący twierdząc, że brak dokładnego wskazania przepisów prawa oraz brak zdefiniowania pojęcia "przełożenie urządzeń" powoduje niejasność postanowienia umowy uniemożliwiającego skalkulowanie ryzyka. Po pierwsze, jak już wyżej wykazano, nie narusza to żadnego przepisu Pzp. Po drugie, przepisy prawa są obowiązujące i Odwołujący jako profesjonalista w branży telekomunikacyjnej powinien wiedzieć na podstawie jakich przepisów

niniejszego pisma) Zamawiający podnosi, iż Termin końcowy wykonania zamówienia jest związany z umową o dofinansowanie i koniecznością rozliczenia projektu w określonych terminach. Postanowienia te zabezpieczają zatem interes publiczny związany z wykonaniem zobowiązań zawartych w umowie o dofinansowanie, a wykonanie świadczenia po tych

terminach nie ma dla Zamawiającego znaczenia, gdyż nie będzie ono mogło zostać rozliczone z dofinansowania UE. Niezależnie od powyższego, zdaniem Zamawiającego, wskazany w umowie termin jest całkowicie wystarczający do wykonania zamówienia (co znamienne, zwrócić trzeba uwagę, iż w żadnym miejscu odwołania Odwołujący nie dowodzi, że jest on zbyt krótki a jedynie wskazuje na zagrożenie związane z hipotetycznym przedłużaniem się procedur odwoławczych), a interesy Partnera Prywatnego są zabezpieczone poprzez zobowiązanie Zamawiającego do udostępniania węzłów do określonej daty. Ponadto, Partnera Prywatnego chronią przepisy o odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań umownych. Zamawiający nie ma obowiązku określania terminu od dnia zawarcia umowy. Ponadto zauważyć należy m.in., że kary umowne nie są należne, jeżeli opóźnienie powstało z winy Podmiotu Publicznego (§ 36 ust. 3 umowy). Tym samym nie jest prawdą twierdzenie z odwołania, że Partner Prywatny obciążony jest karami umownymi w sytuacji, gdy opóźnienie nastąpi wyłącznie z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

(17)W uzupełnieniu powyższej argumentacji dotyczącej zapisów umowy, które rzekomo naruszają równowagę kontraktową stron, Zamawiający z ostrożności odnosi się również do kwestii zapewnienia, że infrastruktura jest wolna od wad i nadaje się do prowadzenia działalności operacyjnej, zawartej w żądaniach odwołania dotyczących określonego sposobu modyfikacji umowy, choć nie znalazła one oparcia ani w postawionych w odwołaniu zarzutach, ani w ich rozwinięciu w dalszej części odwołania, ani w przywołanych okolicznościach faktycznych i prawnych.

(18)Należy zauważyć, iż nieporozumieniem jest oczekiwanie przez Odwołującego, że Zamawiający będzie składał oświadczenia gwarantujące, że przekazywana infrastruktura (dotyczy to Infrastruktury Pasywnej) jest kompletna i wystarczająca do prowadzenia działalności operacyjnej, wolna od wad, a także spełnia wymagania techniczne i prawne do prowadzenia działalności przez Partnera Prywatnego - Zamawiający zamówił i sfinansował określoną infrastrukturę telekomunikacyjną, którą teraz udostępnia Partnerowi Prywatnemu wraz z niezbędnymi uprawnieniami z tytułu gwarancji i rękojmi wobec wykonawcy infrastruktury pasywnej. To partner prywatny jako profesjonalista musi ocenić, czy zamówiona infrastruktura jest wystarczająca do prowadzenia przez niego działalności operacyjnej na warunkach wymaganych w umowie. Uwzględniając powyższe, przedmiotowe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

III. Zarzut dotyczący kalendarzowego terminu na zakończenie wykonywania świadczeń.

(19) Odwołujący podnosi także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. art. 14 i 139 Pzp poprzez określenie terminu kalendarzowego (konkretna data) zakończenia wykonywania

zamówienia. Wykonawca wskazuje, iż nie jest znany termin na zakończenia postępowania przetargowego.

(20) W pierwszej kolejności zwracamy uwagę na to, iż art. 29 ust. 1 Pzp odnosi się do obowiązków zamawiającego związanych z opisem przedmiotu zamówienia, nie zaś ze sposobem określania terminu wykonania zamówienia o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp.

(21) Co istotne, Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w ostatnich latach dawała wyraz przekonaniu, iż nie można wykluczać uprawnienia zamawiającego do ustalania bezwzględnie obowiązujących wykonawców terminów wykonania zamówienia wyrażanych datą kalendarzową 4. Podobnie KIO w następujących wyrokach odnoszących się do dopuszczalności wyznaczenia terminu kalendarzowego na wykonanie świadczeń (głównie w odniesieniu do przetargów telekomunikacyjnych): wyrok z dnia 4 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2354/14, wyrok z dnia 3 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 17/14, wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r. sygn. akt: KIO 1042/14, wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 113/13 Jak podkreśla Izba 5, wyznaczenie terminu kalendarzowego nie prowadzi do utrudniania uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), ani też nie stanowi jakichkolwiek niejasności, czy też braku precyzji przy opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby brak zdolności adaptacyjnych konkretnego wykonawcy nie może przesądzać o niezgodności terminu kalendarzowego na wykonanie świadczenia z treścią ustawy Pzp. Podobnie w wyroku z dnia 23 lipca 2012 r. Sygn. akt: KIO 1433/12: Odnosząc się do pierwszego zarzutu dotyczącego ustalenia daty rozpoczęcia świadczenia usługi od dnia 1 października 2012 r. Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że ustalenie przez Zamawiającego daty dziennej rozpoczęcia świadczenia usługi bez odniesienia jej do momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego jako takie nie może być uznane za działanie sprzeczne z jakimkolwiek przepisem powszechnie obowiązującego prawa. 22) Co równie ważne, Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, iż przyjęty w dokumentacji postępowania termin jest nierealny, niemożliwy do wykonania. Należy wyraźnie podkreślić, iż zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. To na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Należy podkreślić, iż wykonawca nie przytacza żadnych okoliczności potwierdzających brak możliwości zrealizowania zamówienia w ramach terminów opisanych w dokumentacji postępowania. Na Zamawiającym spoczywają konkretne obowiązki dostarczenia (także w datach kalendarzowych) infrastruktury telekomunikacyjnej, to brak przekazania takiej infrastruktury nie będzie także tworzył negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, w tym ryzyka zapłaty kar umownych. Odwołujący pominął zatem wskazanie okoliczności faktycznych, które to mogłyby wskazywać na możliwość naruszenia jego interesów.

(23) W postępowaniu prowadzonym przez Województwo to przekazanie infrastruktury telekomunikacyjnej z góry określonych datach kalendarzowych gwarantuje wykonawcy możliwość dochowania terminów na rozpoczęcie wykonywania przez niego świadczeń.

(24) Warto także odnieść się do żądania zawartego w Odwołaniu, wyznaczenie 5-miesięcznego terminu na wykonanie zamówienia. Dlaczego termin ten miałby być 5 miesięczny (wykonawca nie przytacza żadnego uzasadnienia)

(25) Dodać w tym miejscu należy, że twierdzenia Odwołującego co do ukształtowania jego odpowiedzialności w taki sposób, iż ponosi on odpowiedzialność za opóźnienie w każdym przypadku, niezależnie od okoliczności nie jest prawdziwe. Przede wszystkim, jak już wskazano wyżej, interesy partnera prywatnego są zabezpieczone poprzez zobowiązanie Zamawiającego do udostępniania węzłów do określonej daty. Ponadto, Partnera Prywatnego chronią przepisy o odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań umownych. Zauważyć także należy m.in., że kary umowne nie są należne, jeżeli opóźnienie powstało z winy Podmiotu Publicznego lub z powodu Siły Wyższej (par. 36 ust. 3 umowy). Tym samym nie jest prawdą twierdzenie z odwołania, że Partner Prywatny obciążony jest karami umownymi w sytuacji, gdy opóźnienie nastąpi także z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

(26) Uwzględniając powyższe, przedmiotowy zarzut należy uznać za niezasadny.

IV. Zarzut dotyczący braku możliwości uzyskania dodatniego wyniku z działalności operacyjnej.

(27) Odwołujący podnosi także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. w zw. art. 14 poprzez takie określenie postanowień wzorca umowy oraz kryteriów oceny ofert, że wykonawca nie jest w stanie zrealizować umowy z osiągnięciem dodatniego wyniku z działalności operacyjnej.

Wykonawca przedstawia zarazem sprecyzowaną propozycję zmiany treści umowy polegającą na zwiększeniu obciążeń partnera publicznego w ramach zawiązywanej współpracy. W naszej ocenie tak sformułowany zarzut nie może zostać uwzględniony. (28) W pierwszej kolejności chcemy podkreślić następującą okoliczność, wskazywaną w orzecznictwie zamówień publicznych: Aby odwołanie mogło zostać uwzględnione w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, każdy z przedstawianych zarzutów faktycznych w pierwszej kolejności musi wskazywać i dowodzić jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony, w jaki sposób i jakim działaniem lub zaniechaniem zamawiającego. Wyłącznie po wykazaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i ich możliwego istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp) dopuszczalna jest ingerencja Izby w postanowienia SIWZ. Reasumując, postępowanie odwoławcze nie może służyć wykonawcy do rozstrzygnięcia na temat ekonomicznych aspektów związanych z realizacją przedmiotu partnerstwa publiczno - prywatnego, w tym także w zakresie możliwości zrealizowania umowy z osiągnięciem dodatniego wyniku z

działalności operacyjnej. Odnosząc się do twierdzeń i żądań odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu należy przede wszystkim wskazać, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że brak żądanego przez niego bezwarunkowego pokrycia przez Zamawiającego kosztów podatku od nieruchomości w zakresie infrastruktury uniemożliwia osiągnięcie dodatniego wyniku finansowego z działalności operacyjnej. Podkreślić należy, że przepisy prawa podatkowego nakładają na Partnera Prywatnego obowiązek uiszczania podatku od infrastruktury, nie są to obowiązki podatkowe Zamawiającego - stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. a) ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 849, podatnikami podatku od nieruchomości są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym spółki nie posiadające osobowości prawnej będące posiadaczami nieruchomości lub ich części, stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli posiadanie wynika z umowy zawartej z właścicielem, Agencją Własności Rolnej Skarbu Państwa.

(29) Zamawiający w 100% ponosi koszty budowy infrastruktury pasywnej i wyposażenia jej w infrastrukturę aktywną, a także koszt wysokich opłat za zajęcie pasa drogowego. Założenia są takie, że udostępniona infrastruktura powinna generować przychody, które pozwolą pokryć koszty i osiągnąć rozsądny zysk. Analizy przeprowadzone przez ekspertów w studium wykonalności przygotowanym na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju) pokazały, że partycypacja w kosztach podatku nie jest konieczna.

(30) Zamawiający zwraca ponadto uwagę, iż w takim zakresie w jakim było to możliwe uwzględniając granice interesu publicznego dopuścił możliwość udziału w części kosztów podatku od nieruchomości dotyczącego infrastruktury. W związku z tym zdecydował o wprowadzeniu postanowień, których celem jest zabezpieczenie partnera prywatnego przed sytuacją, w której z powodu podatku od nieruchomości będzie ponosił straty na działalności operacyjnej. Dla Zamawiającego nie jest jednak akceptowalna sytuacja, w której gwarantuje i partnerowi prywatnemu pokrycie części kosztów podatku od nieruchomości niezależnie od tego, jakie przychody i zyski partner prywatny osiąga z eksploatacji udostępnionej mu infrastruktury publicznej. Z punktu widzenia finansów publicznych nie wchodzi w grę sytuacja, w której partner prywatny osiąga zyski na działalności operacyjnej i jeszcze dodatkowo otrzymuje od Zamawiającego zwrot części kosztów podatku od nieruchomości. Dlatego zwrot tych kosztów warunkowany jest stratą, nie powinien być wyższy niż wysokość straty, a okres powinien być ograniczony do 7 lat, czyli z jednej strony początkowego okresu działalności, gdy przychody jeszcze nie są wysokie, a z drugiej strony okresu minimalnego wymaganego decyzją Komisji Europejskiej, w której istnieje obowiązek zapewniania efektywnego, hurtowego dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej (po upływie minimalnego okresu 7 lat Zamawiający nie powinien już finansować kosztów

działalności, która do tego momentu nie stała się opłacalna). W uzupełnieniu należy dodać, iż kwotowe ograniczenie zwrotu do 2.000.000 zł przewidziane umową wynika z możliwości budżetowych Województwa. (31) Reasumując całość stanowiska przedstawionego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, w naszej ocenie odwołanie to zasługuje na oddalenie.

w sprawie KIO 191/15

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie obejmuje trzy zarzuty sprecyzowane w odwołaniu jak poniżej:

a) zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, 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; ponadto postanowienia wzoru umowy prowadzą wprost do nadmiernego obciążenia wykonawcy ryzykiem braku możliwości zrealizowania umowy w wymaganym terminie, w konsekwencji naruszają zasady równowagi kontraktowej stron umowy i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

b) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez określenie końcowego terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty, bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego;

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 poprzez wprowadzenie postanowień wzoru umowy oraz kryteriów oceny ofert powodujących, iż wykonawca nie jest w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego z osiągnięciem dodatniego wyniku z działalności operacyjnej.

Na podstawie wyżej przedstawionych zarzutów odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby

- a) dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ,

- b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

Do tak sformułowanych zarzutów i żądań odwołania, których argumentacja została przedstawiona w szerokim zakresie powyżej odniósł się zamawiający wnosząc o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych przedstawiając swoje stanowisko również szczegółowo jak odwołujący co w szerokim zakresie Izba przywołała powyżej.

Odwołujący uzasadniał składając odwołanie, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia przedstawiając okoliczności w jego ocenie występujące po jego stronie a sprecyzowane w art.179 ust.1 ustawy Pzp, które upoważniają jego do wniesienia odwołania. Z kolei zamawiający prezentując swoje stanowisko szeroko argumentował brak interesu po stronie odwołującego w uzyskaniu zamówienia w związku z nie wykazaniem szkody co świadczy o brak spełnienia przesłanek z art.179 ust.1 ustawy Pzp. warunkujących wniesienie odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza rozważając argumentację obydwu stron stwierdza po stronie odwołującego wystąpienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Jako decydującą i wystarczającą przesłankę do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania w ocenie Izby stanowi okoliczność zaproszenia odwołującego do złożenia oferty co uczynił zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2015r. przesyłając odwołującemu Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Na marginesie należy zaznaczyć, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ a w szczególności postanowień wzoru umowy i kryteriów oceny ofert.

W praktyce Izby nie wymaga się od odwołujących prezentacji zagadnienia szkody w dosłownym cywilistycznym tego słowa znaczeniu jak to opisał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby przedstawiona w tym zakresie argumentacja odwołującego sprowadzająca się do stwierdzenia, że ma zamiar złożyć ofertę co jest jednoznaczne z osiągnięciem dochodu w przypadku uzyskania zamówienia, przekłada się wprost na prawo wniesienia odwołania w zakresie przesłanki „szkody”. Zakłada się, że każdy oferent, który ma prawo lub składa ofertę czyni to w celu uzyskania dochodu z potencjalnego bycia wykonawcą zamówienia a naruszenie ustawy, które tego prawa go pozbawia powoduje po jego stronie zdarzenie szkody. Mówiąc wprost Izba bada przede wszystkim czy odwołujący spełnia faktyczne i formalne przesłanki do zaistnienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia jako wykonawca. Spełnienie tego warunku niejako automatycznie przesądza o spełnieniu przesłanki poniesienia szkody w związku z podnoszonym naruszeniem przepisów ustawy.

Wobec powyższego w ocenie Izby odwołującemu przysługuje prawo złożenia odwołania a tym samym jego merytorycznego rozpoznania co Izba uczyniła jak poniżej.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu to jest:

a) zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, 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; ponadto postanowienia wzoru umowy prowadzą wprost do nadmiernego obciążenia wykonawcy ryzykiem braku możliwości zrealizowania umowy w wymaganym terminie, w konsekwencji naruszają zasady równowagi kontraktowej stron umowy i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

Zarzut ten nie został wykazany co Izba stwierdza po rozważeniu argumentacji obydwu stron przedstawionej powyżej przy prezentacji odwołania jak i odpowiedzi na odwołanie a w szczególności ich uzasadnień.

Jako podstawę prawną zarzutu przywołuje odwołujący art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby zarówno art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy jak i art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy nie mogą być w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym przywoływane jako naruszone, ponieważ wzór umowy został jako taki dokument załączony do SIWZ a także z postanowień SIWZ nie wynika aby zamawiający wykluczył stosowanie kodeksu cywilnego przy opracowaniu projektu umowy. Również odwołujący okoliczności nie stosowania kodeksu cywilnego nie udowodnił odnosząc się do postanowień kwestionowanego wzoru umowy. Odnosząc się do argumentacji podstawowej zarzutu w tym zakresie, że umowa zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe to szczegółowa analiza krytykowanych w uzasadnieniu odwołania poszczególnych uregulowań nie skłania Izby do podzielenia obaw odwołującego. Podniesione okoliczności co do braku precyzji pojęcia „przełożenia urządzeń” nie zasługują w ocenie Izby na uznanie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, który odnosi to pojęcie do majątku przekazanego operatorowi w dzierżawę przez zamawiającego a będącego przedmiotem odbioru końcowego. Izba nie znajduje podstaw do innego ujęcia tego sformułowania w umowie. Natomiast zarzut braku określenia w samej umowie przepisów prawa poprzez nie wskazanie konkretnych ustaw, rozporządzeń czy innych regulacji jest nieuprawnionym przede wszystkim z uwagi na bezwzględny charakter tych przepisów, które mają zastosowanie niezależnie czy są czy nie są wymienione w umowie. Ponadto również ze względu na okres trwania przyszłej umowy to jest 15 lat nierealne jest żądanie odwołania w tym zakresie na skutek możliwych zmian obowiązującego prawa w tak długim okresie czasu. Co do znaczenia słowa „przełożenie” to w ocenie Izby jest to słowo w języku polskim jednoznaczne. Tak więc argumentacja w odwołaniu o posługiwaniu się w umowie pojęciami niejasnymi i niezrozumiałymi w

odniesieniu do zwrotu „przełożenie urządzeń” nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistym stanie rzeczy. Zarzut naruszenia ustawy nie został wykazany przez odwołującego.

Również odwołujący nie wykazał niejasności czy niezrozumiałych sformułowań, co do zakresu odpowiedzialności czy to po stronie Partnera Publicznego, czy to po stronie Partnera Prywatnego. W ocenie Izby z projektu umowy wynika w jednoznaczny sposób, że odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu niewykonania czy nienależytego wykonania umowy w szczególności w zakresie podnoszonego etapu rozbudowy o infrastrukturę aktywną wyłączona jest jeżeli przyczyny leżą po stronie Zamawiającego czy spowodowane są siłą wyższą. Zamawiający potwierdził ponadto w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie, że odpowiada za działania wykonawcy, któremu zleci budowę infrastruktury pasywnej jak za własne działania. W związku z tym wszelkie przekroczenia terminów realizacji infrastruktury pasywnej nie obciążają Partnera Prywatnego to jest odwołującego. Niemniej w ocenie Izby uprawnionym jest w związku z przekazaniem przez zamawiającego w dzierżawę infrastruktury pasywnej przekazanie odwołującemu to jest Partnerowi Prywatnemu uprawnień przysługujących z tytułu rękojmi i gwarancji wobec wykonawcy infrastruktury pasywnej. Również skoro przyszły Partner Prywatny to jest w tym przypadku odwołujący ma użytkować przekazaną infrastrukturę w dzierżawę i czerpać z tego tytułu korzyści to jego obowiązkiem jest utrzymać przekazaną infrastrukturę w sprawności technicznej czy funkcjonalnej. Żądanie w odwołaniu obarczenia tym obowiązkiem zamawiającego jest nielogiczne, nieuprawnione a wręcz niesprawiedliwe. W myśl obowiązujących chociaż niepisanych reguł prowadzenia działalności gospodarczej „Kto czerpie korzyści z majątku prowadząc działalność gospodarczą ten powinien koszty z tym związane pokrywać we własnym zakresie”.

Kolejny zarzut w zakresie przedmiotowym odwołujący kwituje przez stwierdzenie, że „Na wstępie odwołujący wskazuje, iż swoboda umów nie może sięgać tak daleko, by naruszać przepisy o charakterze iuris cogentis, w tym zasady współżycia społecznego, poprzez rażące zachwianie ekwiwalentności świadczeń. W ocenie Izby zarzut ten w kontekście całokształtu uregulowań umowy partnerstwa publiczno – prywatnego jest nieuprawniony. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał aby jakiegokolwiek przepisy bezwzględnie obowiązujące zostały naruszone przez sformułowanie wzoru umowy. Tym bardziej, że równowaga stron w ocenie Izby została w stosunku do normalnych zasad ekonomicznych zachwiana, przez okoliczności przewidziane co do zwrotu podatku od nieruchomości oraz ponoszenia kosztów przełożeń infrastruktury w pasach drogowych, z obciążeniem po stronie zamawiającego. Izba uzasadnienie do takich zachowań zamawiającego widzi w związku z okolicznością, jak twierdzi zamawiający, potrzeby świadczenia usług w sektorach, w których komercyjne przedsięwzięcia nie są zainteresowane jej prowadzeniem.

Reasumując zarzut odwołania co do cytuję „Należy w sposób szczególny podkreślić, że przepisy kodeksu cywilnego wprost przewidują równość stron stosunku cywilnego” równości stron został zachwiany ale na korzyść odwołującego a nie zamawiającego.

Tak więc zarzut odwołania oparty na zakwestionowaniu postanowień wzoru umowy w zakresie § 12 ust. 10, zgodnie z którym „Partner Prywatny zobowiązuje się do: w przypadku, w którym zgodnie z przepisami prawa Podmiot Publiczny będzie obowiązany do przełożenia Infrastruktury SSPW, Partner Prywatny dokona przełożenia tej infrastruktury SSPW oraz poniesie związany z tym koszt” w ocenie Izby jest nieuprawniony z powodu okoliczności wskazanych w powyższych rozważaniach Izby.

Tym samym Izba nie podziela w szczególności argumentacji odwołującego jak i jego żądań jako nieuprawnionej, nieudowodnionej w szczególności w kontekście art. 353 ze zn 1 k.c. którą poniżej cytuję: ”Niezależnie od braku precyzji kwestionowanego postanowienia wzoru umowy Odwołujący podnosi, iż postanowienie § 12 ust 10 wzoru umowy prowadzi do rażącego naruszenia zasad równowagi kontraktowej stron umowy, zatem pozostaje sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Niezrozumiałym pozostaje zatem, dlaczego to wykonawca (Partner Prywatny) ma ponosić koszty z tego tytułu, zwłaszcza, że koszty te na obecnym etapie postępowania są niemożliwe do oszacowania a mogą być gigantycznie wysokie odwołujący może zobowiązać się do przełożenia Infrastruktury SSPW, jednak na koszt zamawiającego, a nie wykonawcy.

W tym miejscu odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z postanowieniami § 1 pkt 99, w związku z § 1 pkt 4 wzoru umowy, Infrastruktura Pasywna Sieci SSPW zostanie wybudowana na podstawie odrębnej umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a firmą AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES SAU (dalej „ACISA”).

Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy odwołujący podnosi, iż nie może zostać zobowiązany do dokonania przełożenia (cokolwiek miałyby oznaczać to pojęcie) całej Infrastruktury SSPW (a zatem również zakresu obejmującego Infrastrukturę Pasywną Sieci SSPW) oraz poniesienia związanych z tym kosztów, albowiem to ACISA a nie Odwołujący jest wykonawcą Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW. Koszty tej operacji powinien ponieść zamawiający bądź wykonawca Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, czyli ACISA.

W związku z powyższym odwołujący żąda:

- 4.) doprecyzowania postanowień § 12 ust 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, jakie „przepisy prawa” zamawiający ma na myśli w przypadku zaistnienia obowiązku Podmiotu Publicznego do przełożenia Infrastruktury SSPW,
- 5.) doprecyzowania postanowień § 12 ust. 10 wzoru umowy poprzez wskazanie definicji „przełożenia” Infrastruktury SSPW,

6.) modyfikacji postanowień § 12 ust. 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż „(...) Partner Prywatny dokona przełożenia tej infrastruktury SSPW na koszt Podmiotu Publicznego”,

Alternatywnie, Odwołujący żąda wykreślenia postanowienia § 12 ust. 10 ze wzoru umowy.

Izba również stwierdza brak podstaw do uznania racji odwołującego co do zachwiania równowagi kontraktowej w postanowieniach przewidzianych i przywoływanych na te okoliczność przez odwołującego jak poniżej. Cytuję: „Odwołujący dalej wskazuje, iż nie może wyrazić zgody na zaakceptowanie szeregu postanowień wzoru umowy, których analiza prowadzi do wniosku zaistnienia rażącego naruszenia zasady równowagi kontraktowej stron umowy, a tym samym rodzących ryzyko uznania ich za nieważne jako nieważne. W tym zakresie odwołujący kwestionuje postanowienia § 7 ust. 4 wzoru umowy w powiązaniu z postanowieniami § 1 pkt. 33 i 95, § 5 ust. 1 lit. a, § 7 ust. 1,3,5,6 i 8, § 20 ust. 1, 2 i 7, § 33 ust. 1 pkt. 1, § 33 ust. 2, § 33 ust. 2 pkt. 9, § 36 ust. 3 oraz § 47 ust. 2 pkt. 1, § 47 ust. 5 wzoru umowy”.

Izba również uznała za nieudowodnione twierdzenie w odwołaniu, że umowa obciąża całą odpowiedzialnością wykonawcę/odwołującego w przypadku nie dotrzymania terminów umowy wraz z obciążeniem w takiej sytuacji odwołującego karami umownymi. Z analizy umowy za słuszne Izba uznała stanowisko zamawiającego, który wyjaśnił podstawę żądania wykonania umowy w konkretnych terminach z powodu wiążących jego umów o dofinansowanie przedsięwzięcia pod warunkiem uruchomienia działalności operacyjnej z dniem 01.11.2015r. Również odwołujący nie udowodnił w kontekście postanowień umowy, że nie będzie zwolniony z odpowiedzialności jako wykonawca, jeżeli nie dotrzymanie terminu umowy spowodowane będzie z winy zamawiającego lub siły wyższej.

W kontekście postawionych zarzutów okazało się, że są one nieuprawnione wobec ich brzmienia, ponieważ zamawiający z obiektywnych przyczyn nie może zmienić terminów realizacji umowy, a w przypadku jego winy lub siły wyższej wykonawca nie będzie odpowiadał za opóźnienie w wykonaniu umowy.

Co do argumentacji odwołującego odnoszącej się do użycia w miejsce „opóźnienia” „zwłoki” to Izba z uwagi na charakter przedsięwzięcia w tym finansowany ze środków unijnych nie znajduje podstaw do uwzględnienia żądania zmiany w tym zakresie. Bowiem od wykonawcy w tych realnych warunkach są podstawy do wymagań nadzwyczajnej staranności w miejsce należytej staranności.

Na rozprawie wyjaśniono również kwestię terminów przekazania relacji, czyli sieci w kontekście terminów przekazania węzłów. Z wyjaśnień odwołującego wynika, że na etapie rozbudowy niezbędne są węzły, w których będą instalowane urządzenia infrastruktury aktywnej. Natomiast relacje mogą być przekazane w terminie późniejszym w celu uruchomienia całej infrastruktury zarówno pasywnej jak i aktywnej czyli odbiorów końcowych dla uruchomienia działalności operacyjnej.

W związku z powyższym nie potwierdzają się okoliczności podnoszone w odwołaniu, że zamawiający usiłuje w sposób nadmierny obciążyć Partnera Prywatnego całym ryzykiem braku możliwości zrealizowania Etapu Rozbudowy w przewidzianym umownie Terminie Zakończenia Rozbudowy.

Okoliczności przedmiotowego zamówienia wskazują na zasadność obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za działania osób przy pomocy, których będzie wykonywał działania tak jak obciążony będzie zamawiający za działania wykonawcy infrastruktury pasywnej. Również zasadne jest prawo zamawiającego do przekazania wykonawcy infrastruktury aktywnej/operatorowi uprawnień z gwarancji i rękojmi do wykonawcy infrastruktury pasywnej w związku z przekazaniem całej infrastruktury wykonawcy infrastruktury aktywnej/operatorowi.

Takie regulacje obowiązków umownych pomiędzy zamawiającym a odwołującym Izba uznaje za uprawnione w związku z przejściem infrastruktury w użytkowanie od zamawiającego.

Reasumując Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądań zmian umowy podniesionych w odwołaniu jak poniżej:

„W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień wzoru umowy w następujący sposób:

1) wprowadzenie takich zmian w postanowieniach § 1 pkt. 33 i 95, § 5 ust. 1 lit. a, 20 ust 1 i 2 oraz § 47 ust. 5 projektu Umowy (oraz wszelkich innych postanowieniach Umowy i pozostałych dokumentów przetargowych, w których wskazana została data 10.09.2015 roku), zgodnie z którymi Termin Zakończenia Rozbudowy Sieci zostanie określonym nie stałą datą dzienną (10.09.2015 roku), lecz poprzez wskazanie interwału czasowego nie krótszego niż 5 miesięcy począwszy od Daty Zawarcia Umowy, co pozwoli na uniknięcie po stronie Wykonawcy niemożliwości wykonania Etapu Rozbudowy w wymaganym terminie, w przypadku gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy Umowa zostanie podpisana w krótkim okresie przed obecnie wyznaczonym przez Zamawiającego Terminem Zakończenia Rozbudowy Sieci (np. na skutek przedłużających się procedur odwoławczych po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty);

2) wprowadzenie zmiany do postanowień § 7 ust. 1 i 4 projektu Umowy, zgodnie z którymi Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do przekazania Podmiotowi Prywatnemu w dzierżawę całości Infrastruktury SSPW w określonym terminie (analogicznie jak w § 7 ust. 4 odnośnie Węzłów) umożliwiającym Podmiotowi Prywatnemu należyte wykonanie wszystkich obowiązków na Etapie Rozbudowy w umownych terminach, w tym do Terminu Zakończenia Rozbudowy Sieci - zwracamy uwagę, że wykonanie prawidłowego testowania elementów Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW będzie możliwe przy założeniu należytego wykonania wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW przez jej wykonawcy / wykonawców, odebrania przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW (czyli również Relacji, a nie tylko Węzłów) od jej wykonawcy / wykonawców oraz dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu;

3) wprowadzenie do postanowienia § 7 ust. 3 projektu Umowy zastrzeżenia, zgodnie z którym obowiązek Partnera Prywatnego do odebrania przekazywanej Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW we wskazanym terminie wiąże go, ile nie zostaną stwierdzone jakiegokolwiek wady tej Infrastruktury; ponadto w przedmiotowym postanowieniu należy dodać, że Podmiot Prywatny przekazując swój wkład własny Podmiotowi Prywatnemu zobowiązane jest oświadczyć, że przekazywana część spełnia wymagania techniczne i prawne do należytego wykonania obowiązków Podmiotu Prywatnego na Etapie Operacyjnym oraz że jej stan jest kompletny i wystarczający do prowadzenia działalności operatorskiej, w tym w szczególności do należytego wykonania Umowy przez Podmiot Prywatny;

4) usunięcia postanowienia § 7 ust. 5 w całości jako obciążającego Partnera Prywatnego w sposób niewspółmierny ryzykiem braku terminowych odbiorów przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW od jej wykonawcy / wykonawców oraz dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu, a tym samym uzależniania możliwość dokonania Odbioru Końcowego od należytego i terminowego wykonania Umowy na Budowę Sieci przez wykonawcę / wykonawców Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, na co Podmiot Prywatny nie ma jakiegokolwiek wpływu;

5) mając na uwadze cel postanowienia § 7 ust. 8 projektu Umowy, a mianowicie konieczność zapewnienia Podmiotowi Prywatnemu możliwości weryfikacji Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW już na etapie jej odbioru przez Podmiot Publiczny na podstawie Umowy na Budowę SSPW, to postanowienie powinno zostać zmodyfikowane w taki sposób, aby było ono źródłem uprawnienia, które w sposób realny daje Podmiotowi Prywatnemu możliwość zabezpieczenia swoich interesów, a tym samym zabezpieczenia powodzenia funkcjonowania Sieci SSPW na Etapie Operacyjnym:

„Partner Prywatny, będzie na żądanie Podmiotu Publicznego uczestniczył, na zasadach konsultanta Podmiotu Publicznego, w czynnościach odbiorowych wykonywanych w ramach Umowy na Budowę SSPW, przy czym Podmiot Publiczny jest zobowiązany do uwzględniania wskazań takiego konsultanta odnośnie procedury odbiorowej, w szczególności w zakresie wnoszonych zastrzeżeń odnośnie stanu infrastruktury Pasywnej SSPW.“]

6) postanowienie § 20 ust. 2 projektu Umowy powinno ponadto przewidywać obowiązek po stronie Podmiotu Publicznego do zawarcia aneksu do Umowy przedłużającego Termin Zakończenia Rozbudowy Sieci w przypadku, gdy niezachowanie tego terminu nastąpiło na skutek okoliczności nieleżących po stronie Podmiotu Prywatnego;

7) postanowienie § 20 ust. 7 projektu Umowy powinno przewidywać możliwość odpowiedniego przedłużenia daty 31.10.2015 roku jako terminu na przygotowanie całej Sieci SSPW do świadczenia Usług Dostępowych, w przypadku gdy Termin Zakończenia Rozbudowy będzie wskazany jako późniejszy niż 10.09.2015 roku, np. poprzez wskazanie terminu na przygotowanie całej Sieci SSPW do świadczenia Usług Dostępowych jako terminu 41 Dni od daty Odbioru Końcowego;

8) usunięcie postanowienia § 33 ust. 1 pkt. 1 projektu Umowy wskazującego na konieczność ponoszenia przez Podmiot Prywatny ryzyka związanego z brakiem możliwości realizacji Przedsięwzięcia w Terminie Zakończenia Rozbudowy, jako ryzyka zdefiniowanego poprzez wskazanie skutku, a nie przyczyny, a zatem niemożliwego do oszacowania, a tym samym uniemożliwiającego Wykonawcy prawidłowego przygotowanie oferty;

9) dodanie do katalogu ryzyk ponoszonych przez Partnera Publicznego w § 33 ust. 2 projektu Umowy ryzyka nieterminowego odebrania przez Podmiot Publiczny wszystkich elementów Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW od jej wykonawcy / wykonawców oraz nieterminowego dalszego ich przekazania Podmiotowi Prywatnemu w dzierżawę;

10) zmiany w zakresie § 33 ust. 2 pkt 9 Projektu Umowy poprzez wskazanie, że Podmiot Publiczny ponosi ryzyko dotyczące wystąpienia jakichkolwiek wad Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW, chyba że powstały one z przyczyn niewłaściwego wykorzystywania Sieci SSPW przez Podmiot Prywatny na Etapie Operacyjnym;

11) doprecyzowanie § 36 ust. 3 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie kary umownej z tytułu niedochowania Terminu Zakończenia Rozbudowy Sieci w przypadku zwłoki (a nie opóźnienia), bądź opóźnienia, chyba że jest ono następstwem okoliczności, za które Partner Prywatny odpowiedzialności nie ponosi, bądź dodania w ostatnim zdaniu, że kara umowna nie przysługuje Partnerowi Publicznemu, jeżeli opóźnienie powstało z winy Podmiotu Publicznego lub siły wyższej lub na skutek innych okoliczności nieleżących po

stronie Podmiotu Prywatnego (w tym z tytułu okoliczności leżących po stronie osób trzecich, a w szczególności po stronie wykonawców infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW 12) doprecyzowanie § 47 ust. 1 pkt. 1 oraz § 47 ust. 5 projektu Umowy poprzez zastrzeżenie uprawnienia Podmiotu Prywatnego do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy Partner Prywatny opóźnia się ze swojej wyłącznej winy dłużej niż 30 dni w stosunku do Terminu Zakończenia Rozbudowy.

13) zmianę postanowienia § 7 ust. 4 wzoru umowy w następujący sposób: „Na potrzeby realizacji Etapu Rozbudowy Podmiot Publiczny udostępni Partnerowi Prywatnemu Węzły i Relacje w następującym zakresie i terminach:(..Odwołujący wskazuje, że brak wprowadzenia powyższych zmian powoduje po stronie Wykonawcy ryzyko:

(i) zbyt krótkiego terminu realizacji Etapu Rozbudowy w razie późnego zawarcia Umowy (po dacie 10.04.2015r.)'

(ii) ryzyko braku możliwości Odbioru Końcowego wyłącznie na skutek braku gotowości do daty 10.09.2015 roku należycie wykonanej (nadającej się do odbioru) Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW z przyczyn nieleżących po stronie Podmiotu Prywatnego (np. wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy / wykonawców Infrastruktury Pasywnej Sieci SSPW niebędących stroną żadnej umowy z Podmiotem Prywatnym); a w dalszej konsekwencji ryzyko kary umownej za opóźnienie (§ 36 ust. 3), odstąpienia w całości od Umowy przez Podmiot Publiczny (§ 47 ust. 1 pkt. 1 lub § 47 ust. 5) oraz zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia.

II Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez określenie końcowego terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty, bez uwzględnienia tego, że nie wiadomo kiedy zakończy się postępowanie o udzielenie zamówienia i kiedy możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podtrzymuje na okoliczność tego zarzutu argumentację odnoszącą się do zarzutu powyżej rozpatrzonego i nie widzi podstaw do zmiany określenia terminu wykonania umowy zgodnie z żądaniem odwołującego. Zamawiający w przekonujący sposób argumentował zarówno w cytowanej powyżej odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie celowość ustalenia terminów wykonania umowy przez wskazanie jego daty a nie okresów czasowych wykonania. Na marginesie Izba wskazuje, że błędna jest argumentacja odwołującego, że nie do ustalenia jest termin czy wielokrotność postępowań odwoławczych. Ponadto żądanie 5 miesięcznego terminu na wykonanie zamówienia nie zostało poparte żadną argumentacją odwołującego.

III. Zarzut dotyczący braku możliwości uzyskania dodatniego wyniku z działalności operacyjnej. To jest zarzut oparty na naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. w zw. art. 14 poprzez takie określenie postanowień wzorca umowy oraz kryteriów oceny ofert, że wykonawca nie jest w stanie zrealizować umowy z osiągnięciem dodatniego wyniku z działalności operacyjnej.

Izba po rozważeniu stanowisk stron zarówno w pismach procesowych jaki i na rozprawie nie znajduje podstaw do dodatkowych obciążeń partnera publicznego w ramach zawiązywanej współpracy. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich żądań co do oczekiwanych dodatkowych obciążeń zamawiającego ponad przyjęte w projekcie umowy. Przede wszystkim nie udowodnił, że nie osiągnie dodatniego wyniku finansowego na prowadzonej działalności operacyjnej. Również nie zakwestionował po jego stronie obowiązku uiszczania podatku od nieruchomości a co wynika z bezwzględnie obowiązującego prawa na co wskazał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający. Poza zakwestionowaniem aktualności Studium Wykonalności z 2011r. i powoływaniem się na zmiany cenowe usług nie przywołał żadnego na tę okoliczność dowodu. Natomiast zamawiający podtrzymał aktualność opracowania Studium wykonalności, który przewiduje osiągnięcie wyniku dodatniego na prowadzonej działalności operacyjnej. Cytat z odpowiedzi na odwołanie jak poniżej „Zamawiający w 100% ponosi koszty budowy infrastruktury pasywnej i wyposażenia jej w infrastrukturę aktywną, a także koszt wysokich opłat za zajęcie pasa drogowego. Założenia są takie, że udostępniona infrastruktura powinna generować przychody, które pozwolą pokryć koszty i osiągnąć rozsądny zysk. Analizy przeprowadzone przez ekspertów w studium wykonalności przygotowanym na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju) pokazały, że partycypacja w kosztach podatku nie jest konieczna”. Dlatego też partycypacja przewidziana jest, jak wyjaśniał zamawiający, jeżeli pomimo prawidłowo prowadzonej działalności występują straty.

„Dla Zamawiającego nie jest jednak akceptowalna sytuacja, w której gwarantuje i partnerowi prywatnemu pokrycie części kosztów podatku od nieruchomości niezależnie od tego, jakie przychody i zyski partner prywatny osiąga z eksploatacji udostępnionej mu infrastruktury publicznej. Z punktu widzenia finansów publicznych nie wchodzi w grę sytuacja, w której partner prywatny osiąga zyski na działalności operacyjnej i jeszcze dodatkowo otrzymuje od Zamawiającego zwrot części kosztów podatku od nieruchomości. Dlatego zwrot tych kosztów warunkowany jest stratą, nie powinien być wyższy niż wysokość straty, a okres powinien być ograniczony do 7 lat, czyli z jednej strony początkowego okresu działalności, gdy przychody jeszcze nie są wysokie, a z drugiej strony okresu minimalnego wymaganego decyzją Komisji Europejskiej, w której istnieje obowiązek zapewniania efektywnego, hurtowego dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej (po upływie minimalnego okresu 7

lat Zamawiający nie powinien już finansować kosztów działalności, która do tego momentu nie stała się opłacalna). W uzupełnieniu należy dodać, iż kwotowe ograniczenie zwrotu do 2.000.000 zł przewidziane umową wynika z możliwości budżetowych Województwa”. Z tak przedstawionym stanowiskiem w sprawie nie polemizował na rozprawie odwołujący.

Wobec powyższego, że żaden z zarzutów nie został udowodniony przez odwołującego a zamawiający zaprzeczył zarzutom i żądaniom odwołania, przedstawiając odpowiedź na odwołanie oraz przedstawiając argumentację na rozprawie, Izba nie stwierdza naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. Tym samym nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Odwołanie w sprawie Sygn. akt KIO 199/15

Pismem z dnia 30 stycznia 2015r. drugi odwołujący TELEPIN S.A. ul. Tytusa Chałubińskiego 8; 00-613 Warszawa wniósł odwołanie od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podnosząc następujące zarzuty.

1. naruszenie art. 147 ust. 2 oraz art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez sporządzenie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt XXI ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz § 13 ust. 1 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Wzoru Umowy) w Postępowaniu w sposób sprzeczny z wymaganiami art. 150 ust. 1 i 2 w zw. z art. 147 ust. 2 Ustawy - tj. nie zapewniający co najmniej minimalnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wymaganej przepisem art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez nieustalenie wysokości zabezpieczenia w stosunku do maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy i w konsekwencji ustalenie zabezpieczenia poniżej wysokości 2% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, co nie gwarantuje skutecznego pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez niezapewnienie przez zamawiającego na etapie postępowania zachowania zasad uczciwej konkurencji i ustalenie kryteriów oceny oferty, które w połączeniu z niezapewnieniem należytego zabezpieczenia wykonania umowy umożliwiają nieuczciwą konkurencję.

Z uwagi na powyższe naruszenia, odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień pkt XXI ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz § 13 ust. 1 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Wzoru Umowy [dalej: Umowa], poprzez uwzględnienie przy określaniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy [dalej: ZNWU] oprócz wysokości Wynagrodzenia za Rozbudowę Sieci również kwoty Czynszu Dzierżawnego należnej Zamawiającemu w trakcie okresu trwania Umowy,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołanie zawiera w szczególności następujące uzasadnienie.

Wartość Zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, zatem złożenia odwołania wobec treści SIWZ jest, zgodnie z art. 180 ust. 1 Ustawy, w pełni dopuszczalne oraz uzasadnione.

Przedmiotowe postępowanie zawiera dwa etapy:

1. Etapie Rozbudowy, podczas którego, zgodnie m.in. z § 17 Umowy, zadaniem Partnera Prywatnego będzie dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie Infrastruktury Aktywnej Sieci SSPW wraz z przeniesieniem jej własności na Zamawiającego. Zobowiązaniem zamawiającego (Podmiotu Publicznego) na tym etapie będzie zgodnie m.in. z § 1 pkt 118 w zw. z § 2 ust. 1 oraz § 22 Umowy przede wszystkim zapłata wynagrodzenia, którego wysokość zostanie przez Partnera Prywatnego wskazana w ofercie [dalej: „Wynagrodzenie - Rozbudowa Sieci” - określenie z Umowy (§22), zgodnie z którą wynagrodzenie to obejmuje wyłącznie tę część zamówienia publicznego],
2. Etapie Operacyjnym, podczas którego, zgodnie m.in. z § 25 Umowy, zadaniem Partnera Prywatnego będzie przygotowanie Sieci SSPW do świadczenia usług, zapewnienie efektywnego dostępu hurtowego do Sieci SSPW oraz zapłata Czynszu Dzierżawy za korzystanie z ww. Sieci.

Zobowiązaniem Zamawiającego (Podmiotu Publicznego) na tym etapie będzie przede wszystkim zgodnie m. in. z § 6 ust. 1 Umowy udostępnienie - dzierżawa Sieci SSPW w zamian za otrzymywany od Partnera Prywatnego „Czynsz Dzierżawy” - definicja wprost z Umowy (§ 1 Pkt 14),

W pkt XXI ust. 1 SIWZ Zamawiający przewidział obowiązek ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy jednocześnie wskazując, że powinno ono stanowić 2% ceny ofertowej (Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, do dnia podpisania umowy, wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości stanowiącej 2 % ceny oferowanej).

W § 13 ust. 1 Umowy Zamawiający sprecyzował zaś, że:

Partner Prywatny przed podpisaniem Umowy wniósł zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, w wysokości 2% Wynagrodzenia ~ Rozbudowa Sieci, tj. w kwocie ... zł (słownie:.....złotych 00/100). Dowód wniesienia zabezpieczenia przez Partnera stanowi załącznik do Umowy. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z powyższym Zamawiający przewidział, że ZNWU obliczane będzie w odniesieniu wyłącznie do zaoferowanego wynagrodzenia za wykonanie Etapu Rozbudowy zgodnie z § 22 Umowy (Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci), pomijając całkowicie Etap Operacyjny, a tym samym wartość drugiej części wynagrodzenia - tj. Czynszu Dzierżawnego.

Należy mieć jednocześnie na uwadze, że:

Umowa ma zostać zawarta na okres 15 lat (§ 1 pkt 7 w zw. z § 1 pkt 15 oraz § 1 pkt 16 Umowy), przy czym Etap Rozbudowy nie powinien trwać dłużej niż do 10.09.2015 r. (Termin Zakończenia Rozbudowy - § 1 pkt 95 Umowy), a Partner Prywatny powinien uzyskać gotowość do świadczenia Usług Dostępowych nie później niż 01.11.2015 r. (Dzień Gotowości Świadczenia Dostępu - § 1 pkt 24 Umowy).

Z powyższego jednoznacznie wynika, że kluczowym zadaniem Umowy, mającym trwać ponad 14 lat, jest świadczenie przez Partnera Prywatnego usług operatorskich (Etap Operacyjny).

Zamawiający ocenia oferty wykonawców zgodnie ze Szczegółowymi Kryteriami Oceny Ofert (Załącznik 4 do SIWZ - kopia w załączeniu) [dalej: Szczegółowe Kryteria].

Szczegółowe Kryteria przewidują uwzględnienie przy ocenie ofert m.in. wysokości zaoferowanego przez wykonawców wypłacanego na ich rzecz wynagrodzenia za realizację Etapu Rozbudowy (Wynagrodzenie - Rozbudowa Sieci) oraz zaoferowanej wysokości czynszu z tytułu udostępnienia Sieci SSPW płatnej przez Partnera Prywatnego na rzecz

Zamawiającego (Czynsz Dzierżawy).

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wyraża zaniepokojenie, że oferta nieuczciwego wykonawcy, w której zaproponowano na rzecz Zamawiającego wysoki czynsz dzierżawy, uzyskując tym samym wysoką punktację, może zostać uznana za najkorzystniejszą podczas gdy taki wykonawca może w istocie dążyć do wykonania jedynie Etapu Rozbudowy jednocześnie zamierzając wypowiedzieć Umowę na Etapie Operacyjnym nigdy nie uiszczając należnego Zamawiającemu Czynszu Dzierżawy, podczas gdy jego wysokość będzie decydować o wygranej nieuczciwego wykonawcy przy jednoczesnej zaniżonej wartości (bo nie pokrywającej drugiego Etapu Umowy) wniesionego przezeń zabezpieczenia wykonania Umowy.

Zgodnie normą art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy:

1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.
2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu uwzględniając zakres zadań Partnera Prywatnego nie sposób przyjąć, że punktem odniesienia dla ustalenia wysokości ZN W U powinna być cena całkowita podana w ofercie, która w tym wypadku została nieprawidłowo potraktowana wyłącznie jako Wynagrodzenie - Rozbudowa Sieci.

Zamawiający ocenia oferty wykonawców zgodnie ze Szczegółowymi Kryteriami Oceny Ofert (Załącznik 4 do SIWZ - kopia w załączeniu) [dalej: Szczegółowe Kryteria].

Szczegółowe Kryteria przewidują uwzględnienie przy ocenie ofert m.in. wysokości zaoferowanego przez wykonawców wypłacanego na ich rzecz wynagrodzenia za realizację Etapu Rozbudowy (Wynagrodzenie - Rozbudowa Sieci) oraz zaoferowanej wysokości czynszu Z tytułu udostępnienia Sieci SSPW płatnej przez Partnera Prywatnego na rzecz Zamawiającego (Czynsz Dzierżawy).

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wyraża zaniepokojenie, że oferta nieuczciwego wykonawcy, w której zaproponowano na rzecz Zamawiającego wysoki czynsz dzierżawy, uzyskując tym samym wysoką punktację, może zostać uznana za najkorzystniejszą podczas gdy taki wykonawca może w istocie dążyć do wykonania jedynie Etapu Rozbudowy jednocześnie zamierzając wypowiedzieć Umowę na Etapie Operacyjnym nigdy nie

uiszczając należnego Zamawiającemu Czynnemu Dzierżawy, podczas gdy jego wysokość będzie decydować o wygranej nieuczciwego wykonawcy przy jednoczesnej zaniżonej wartości (bo nie pokrywającej drugiego Etapu Umowy) wniesionego przezeń zabezpieczenia wykonania Umowy.

Jednocześnie należy podkreślić, że uwzględnienie dla ustalenia wysokości ZNWU wartości Czynnemu Dzierżawy pozwoli na pełne zabezpieczenie zarówno Etapu Rozbudowy jak i Etapu Operacyjnego oraz pozwoli na zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji w Postępowaniu - tylko wtedy dojedzie do zrealizowania celu założonego w ww. przepisie Ustawy.

W przeciwnym wypadku bowiem nieuczciwi wykonawcy, których zamiarem będzie wyłącznie zrealizowanie Etapu Rozbudowy mogą wykorzystując aktualne Szczegółowe Kryteria zyskać punkty oferując bardzo wysoki czynsz, a następnie wypowiedzieć (lub doprowadzić do wypowiedzenia) Umowę po zakończeniu Etapu Rozbudowy i uzyskaniu za nie Wynagrodzenia, a z powodu zaniżonej wartości Zabezpieczenia Zamawiający będzie miał ograniczone (w stosunku do przewidzianych ustawowo) możliwości dochodzenia swoich roszczeń od nieuczciwego Wykonawcy.

Powyższe jednoznacznie narusza obowiązek zapewnienia przez zamawiającego podczas postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Ustawy), umożliwia bowiem wybór oferty nieuczciwego wykonawcy, którego celem jest jedynie zrealizowanie Etapu Rozbudowy;

Oczywiście Odwołujący jest świadomy, że w przypadku rozwiązania Umowy z przyczyn zależnych od Partnera Prywatnego Zamawiającemu przysługiwać będzie m.in.:

1.kara umowna w wysokości 30% wartości Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci (§ 36 ust. 1 lit b Umowy),

2.obowiązek zapłaty równowartości Części Gwarantowanej Czynnemu (Minimalnej - 100.000 zł rocznie i Dodatkowej - zaoferowanej przez wykonawcę), która byłaby należna, gdyby Umowa trwała przez pełen okres 15 lat (§ 29 ust. 3 Umowy),

3.odszkodowanie (+ potencjalnie na wykonawcę może zostać nałożony obowiązek zwrotu pomocy publicznej) (§ 26 ust. 1.2 Umowy),

Wskazać jednak należy, że ww. roszczenia zabezpieczone będą wyłącznie przez ZNWU w wysokości 2% wynagrodzenia za etap rozbudowy (Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci).

Wystarczy proste porównanie nawet samej wysokości kary umownej (30% Wynagrodzenia -

Rozbudowa Sieci) do wysokości ZNWU (2% Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci) by móc stwierdzić, że zabezpieczenie realizacji Umowy po wypłacie Wynagrodzenia za Etap Rozbudowy jest fikcyjne.

Celem zaś zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinno być umożliwienie zaspokojenia roszczeń Zamawiającego związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w przeciwnym wypadku dochodzi zaś (jak w przedmiotowym stanie faktycznym) do naruszenia art. 147 ust. 2 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, że odpowiednie ukształtowanie oferty pozwoli nieuczciwemu wykonawcy, przy zagwarantowaniu odpowiedniej wysokości Czynszu Dzierżawy, na wygranie Postępowania jednocześnie zapewniając temu wykonawcy zysk za Etap Rozbudowy przekraczający 2% Wynagrodzenia - Rozbudowa Sieci odpowiadającemu aktualnemu ryzyku straty kwoty zabezpieczenia (ZNWU).

Z powyższego Odwołujący wnioskuje, że dla nieuczciwego wykonawcy, zwłaszcza dla spółki celowej, może być korzystnym zrealizowanie jedynie Etapu Rozbudowy oraz wycofanie się (poprzez np. ogłoszenie upadłości) z realizacji Etapu Operacyjnego.

Tymczasem aktualne działanie Zamawiającego stanowić może potencjalnie naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 13 pkt 6 lit a) w zw. z art. 17 ust. 1 c) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych) poprzez wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych z naruszeniem procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych.

Niezależnie wskazujemy, że praktyka postępowania o podobnym przedmiocie zamówienia, tj. dot. uzbrojenia sieci telekomunikacyjnych w infrastrukturę aktywną oraz świadczenia usług operatorskich na podstawie umów o partnerstwie publiczno - prywatnym, wskazuje, że wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w tego typu sprawach określana jest w odniesieniu do wartości zobowiązań zamawiających.

Tytułem przykładu wskazuję postępowanie o udzielenie koncesji na „Pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej, w tym rozbudowa i eksploatacja sieci” (znak: DT- W.I.272.1.2014), w którym wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy została oszacowana na podstawie wartości przekazywanej wykonawcy infrastruktury wraz z wartością systemu paszportyzacji.

Ze względu na powyższe odwołujący wnosi jak we wstępie.

Pismem z dnia 12 luty 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał szkody jaką poniósł lub mógłby ponieść w wyniku wskazywanego przez siebie naruszenia przepisów Pzp, a niezależnie od powyższego podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, tym samym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Brak interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp

(1)W pierwszej kolejności odnosząc się do treści zarzutów wskazać należy na występujący w naszej ocenie brak materialno-prawnej przesłanki wniesienia odwołania, co w konsekwencji powinno skutkować jego oddaleniem bez rozstrzygnięcia o merytorycznej zasadności zarzutów.

(2)Stosownie do treści art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wynika zatem z powyższego przepisu, legitymacja uprawniająca do wniesienia środków ochrony prawnej (a w tym odwołania) wymaga wykazania, obok posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, szkody jaką wnoszący dany środek ochrony prawnej poniósł lub mógł ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W zakresie tej ostatniej przesłanki Wykonawca powinien wykazać o jakiego rodzaju szkodę (uszczerbek majątkowy), jaką doznał lub mógł doznać, chodzi oraz jaki jest związek tej szkody z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Co więcej, odwołujący wprost w odwołaniu wskazuje, że jego celem jest ochrona interesu Zamawiającego, który zdaniem Odwołującego powinien żądać wyższego zabezpieczenia.

Uwzględniając powyższe zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego odwołania wskutek braku po stronie odwołującego legitymacji uprawniającej do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez odwołującego należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności.

II Zarzut dotyczący zabezpieczenia należytego wykonania umowy. (8)Odwołujący podnosi, że Zamawiający naruszył art. 147 ust. 2 oraz art. 150 ust. 1 i 2 Pzp poprzez sporządzenie treści SIWZ w sposób sprzeczny z tymi przepisami. Tak postawiony przez Odwołującego zarzut należy uznać za całkowicie chybiony.

Po pierwsze, zwrócić należy uwagę na przyjętą przez ustawodawcę podstawę ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 150 Pzp). Zgodnie z nią wysokość zabezpieczenia jest ustalana w stosunku procentowym od ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. W przedmiotowym przypadku, ponieważ Zamawiający nie przewidział podania cen jednostkowych, podstawą ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinna być cena całkowita podana w ofercie. Stosownie do treści art. 2 pkt 1 Pzp, pojęcie ceny należy rozumieć w ten sposób, iż jest to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r., poz. 915). Zgodnie z przywołanymi przepisami cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić za towar lub usługę, przy czym w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Wynagrodzenie - Rozbudowa Sieci mieści się w pojęciu ceny, bowiem przedstawia pewną wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych z uwzględnieniem podatku od towarów i usług podaną w ofercie, którą następnie na etapie realizacji umowy Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu partnerstwa publiczno-privatnego na Etapie Rozbudowy. Natomiast wynagrodzenie za Etap Operacyjny ukształtowane zostało jako prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-privatnego (por. art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym [Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.]). Nie jest ono ceną w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów, ani też jego wartość nie jest wskazywana w ofercie ani w umowie - nie jest ona znana, bowiem zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-privatnego (por. art. 7 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym). Powyższe pozbawia zatem normatywnego znaczenia ewentualnego przyjęcia jako podstawy ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w oparciu o oszacowanie wartości pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-privatnego. Podstawą ustalenia zabezpieczenia nie może być, jak podnosi to Odwołujący, wartość Czynszu Dzierżawnego. Zauważyć należy, iż czynsz ten nie jest ceną, a co więcej jest on świadczeniem należnym Zamawiającemu za korzystanie przez Wykonawcę z sieci, zatem nie jest zobowiązaniem Zamawiającego i nie może stanowić podstawy ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z tej samej oczywistej przyczyny, że to w ogóle nie jest ceną, podstawą ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie może być wartość przekazywanej

wykonawcy infrastruktury, co Odwołujący proponuje posługując się przykładem postępowania prowadzonego przez Województwo Dolnośląskie, którego przedmiotem było „pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej, w tym rozbudowa i eksploatacja sieci” (znak: DT-W.1.272.1.2014). Zwrócić jednocześnie trzeba uwagę, iż przykład ten jest całkowicie nieadekwatny do przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Województwo Lubelskie, bowiem przepisami stosowanymi do wyboru partnera prywatnego w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Dolnośląskie były przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu do wyboru partnera prywatnego stosowane są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi nie określają, w przeciwieństwie do ustawy Prawo zamówień publicznych, żadnych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc pozwalają koncesjodawcy na swobodne kształtowanie, warunków dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym podstawy ustalenia jego wysokości. (10) Po drugie, co istotne, Zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu określił podstawę ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z treścią ogłoszenia, wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, do dnia podpisania umowy, wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości stanowiącej 2% ceny ofertowej brutto. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zatem jednoznacznie odnosił do ceny jako podstawy ustalenia wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, iż w konsekwencji, niezależnie od swej niezasadności, przedmiotowy zarzut jest spóźniony, bowiem powinien być zgłoszony w terminie przewidzianym w art. 182 Pzp na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

(11) Zabezpieczenie w wysokości 10% łącznej ceny za sprzęt stanowiłoby nadmierne zabezpieczenie i zbyt duże obciążenie dla Partnera Prywatnego, a w razie ewentualnej upadłości Partnera Prywatnego tak czy inaczej nie wystarczyłoby na pełne zaspokojenie roszczeń Zamawiającego.

(12) Po czwarte wreszcie, zauważyć należy, iż w obecnym stanie prawnym żądanie przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, niezależnie od szacunkowej wartości zamówienia, jest wyłącznie prawem Zamawiającego a nie jego obowiązkiem.

(13) Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż zarzut ustalenia przez Zamawiającego kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z naruszeniem przepisów Pzp jest całkowicie bezpodstawny i nie zasługuje w związku z tym na uwzględnienie.

Zarzut ustalenia kryteriów oceny ofert, które umożliwiają nieuczciwą konkurencję.

(15) W zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący podnosi, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie na etapie postępowania zachowania zasad uczciwej konkurencji i ustalenie kryteriów oceny oferty, które w połączeniu z niezapewnieniem należytego zabezpieczenia wykonania umowy umożliwiają nieuczciwą konkurencję.

(16) W odniesieniu do tak postawionego zarzutu i treści odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu należy przede wszystkim wskazać na jego wadliwość formalną. Stosownie do art. 180 ust. 3, który określa zawartość odwołania, powinno ono wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tymczasem Odwołujący ograniczył się w gruncie rzeczy do przywołania normy prawnej z art. 7 ust. 1 mającej charakter generalnej zasady nakazującej Zamawiającemu prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wskazania, że kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu tej generalnej zasadzie nie odpowiadają. Odwołujący nie określił przy tym jakie konkretnie postanowienia tych kryteriów nie odpowiadają prawu i dlaczego oraz na czym polega naruszenie wskazanej wyżej zasady udzielania zamówień publicznych w określonym stanie faktycznym. Tak postawiony zarzut ma w istocie charakter blankietowy, do którego trudno się odnieść nie znając szczegółów w zakresie podstawy prawnej i faktycznej jego wniesienia. Jednocześnie zaznaczyć należy, że ewentualne przedstawienie konkretyzacji zarzutu na rozprawie jest czynnością spóźnioną i nie może zostać uwzględnione, bowiem stanowi konkretyzację nowych, nie postawionych wcześniej w odwołaniu zarzutów. Odwołujący zarazem nie określił także swojego żądania w rozumieniu art. 180 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, postawiony przez Odwołującego w sposób blankietowy zarzut nie może zostać uwzględniony. (18) Odwołujący w treści odwołania ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż „wyraża zaniepokojenie że oferta nieuczciwego wykonawcy (...) może zostać uznana za najkorzystniejszą podczas gdy taki wykonawca może w istocie dążyć do wykonania jedynie etapu rozbudowy”. W ocenie Zamawiającego nie można uznać, iż odwołujący dowiódł naruszenia wskazanego w odwołaniu art. 7 ust. 1 Pzp. Warto bowiem pamiętać, iż 2: zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar

udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić. Co więcej, jak podkreśla się w orzecznictwie 3: Warunkiem nienaruszania konkurencji jest brak uniemożliwienia 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. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Odwołujący nawet nie stara się dowieść, iż uniemożliwiono mu złożenie oferty lub też doszło do niezasadnego uprzywilejowania konkretnych uczestników niniejszego postępowania. Reasumując, w naszej ocenie postawiony zarzut zasługuje na oddalenie. (19) Niezależnie od powyższego w tym miejscu wyjaśnić należy, że przedstawiona w odwołaniu analiza zależności pomiędzy wysokością Czynszu Dzierżawnego, a możliwymi hipotetycznie działaniami nieuczciwego wykonawcy jest niezwykle uproszczona i w konsekwencji nie posiadająca żadnej wartości w zakresie opisu stanu faktycznego. Zamawiający wyszedł z założenia, że zobowiązania związane z czynszem nie są z góry znane, bo zależą od faktycznie osiągniętych przychodów, a ich osiągnięcie wiąże się z dodatkowymi ryzykami na Etapie Operacyjnym, dlatego też Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert przewidział ograniczenia, w wyniku których złotówka pewnego wydatku Zamawiającego w postaci ceny za infrastrukturę aktywną jest wyżej punktowana niż złotówka niepewnego dochodu Zamawiającego w postaci czynszu, do którego w ofercie zobowiązuje się Partner Prywatny. W konsekwencji, co całkowicie pomija w swej analizie Odwołujący, po pierwsze, trzeba zwrócić uwagę, iż Czynsz Dzierżawny możliwy do wskazania w ofercie jest ograniczony do 50% przychodów, co wyklucza nieuczciwe oferty. Po drugie, Zamawiający wprowadził współczynnik korygujący 0,2 dla deklaracji czynszu od 0,25% do 20% przychodów (oznacza to, że każda złotówka czynszu do oceny ofert będzie przyjmowana jako 20 groszy), oraz współczynnik korygujący 0,01 dla deklaracji czynszu pomiędzy 20 a 50% przychodów (oznacza to, że każda złotówka czynszu do oceny ofert będzie przyjmowana jako 1 grosz). Współczynnik korygujący również ma uniemożliwić osiągnięcie nieuzasadnionej liczby punktów za deklaracje w zakresie czynszu. Jednocześnie nie można zobowiązania z tytułu czynszu pominąć, bo jest on istotnym elementem minimalizującym wysokość pomocy publicznej i stanowi kryterium wymagane przez Komisję Europejską w decyzji zatwierdzającej pomoc publiczną w projekcie SSPW. W konsekwencji, co do zasady, kryterium skonstruowane jest w oparciu o bilans wydatków Zamawiającego związanych z przedsięwzięciem i przychodów jakie otrzymuje z tytułu Czynszu Dzierżawnego, przy czym strumień przychodów z tego czynszu, jako obciążony ryzykami realizacji przedsięwzięcia (przychody, dostępność infrastruktury,

warunki makroekonomiczne etc.) korygowany jest odpowiednimi współczynnikami w porównaniu z pewnym wynagrodzeniem płaconym przez Zamawiającego za realizację Etapu Rozbudowy. (20) Reasumując całość stanowiska przedstawionego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, w naszej ocenie odwołanie to zasługuje na oddalenie.

w sprawie o Sygn. akt KIO 199/15

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zarzuty odwołania nie zostały wykazane przez odwołującego.

Żaden z obydwu zarzutów odwołania nie potwierdził się w wyniku rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp. wskazanych w odwołaniu w związku z postanowieniami SIWZ w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak i ustanowienia kryteriów oceny ofert.

Odwołujący sformułował zarzut pierwszy w następujący sposób: Naruszenie art. 147 ust. 2 oraz art. 150 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp. tj. nie zapewniający co najmniej minimalnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poprzez ustalenie zabezpieczenia poniżej wysokości 2% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, co nie gwarantuje skutecznego pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Reasumując odwołujący uważa, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być ustalone nie tylko od wynagrodzenia dla wykonawcy ale również od czynszu dzierżawnego płaconego zamawiającemu przez wykonawcę, ponieważ w innym przypadku wykonawcy nie będą zainteresowani realizacją drugiej części zamówienia –działania operacyjne.

Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest prawem a nie obowiązkiem zamawiającego zarówno co do jego ustalenia jak i wysokości ustalenia mając na względzie podstawę jego ustalenia to jest wynagrodzenia dla wykonawcy czy zobowiązania zamawiającego przy cenach jednostkowych.

Jak powyżej wskazano odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze zarzut przedawnienia jeżeli chodzi o naruszenie art.147 i 150 ustawy Pzp. przy ustaleniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy potwierdził się. Powyższe wynika z faktu, że w Ogłoszeniu o zamówieniu w dniu 10 maja 2014 roku podano wysokość i podstawę zabezpieczenia należytego wykonania umowy to jest 2 % ceny ofertowej. W związku z tym termin do wniesienia odwołania rozpoczął bieg od dnia 10 maja 2014r. a nie od 21 stycznia 2015 r. i wynosi 10 dni od powzięcia wiadomości o powyższym fakcie. Natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 30 stycznia 2015r. to jest z przekroczeniem terminu na wniesienie odwołania w części zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do rozpoznania podniesionego zarzutu w odwołaniu.

Co do drugiego zarzutu odwołania to oparty jest on na art.7 ustawy Pzp w związku z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji przy ustaleniu kryterium oceny ofert. Niemniej wynika on z okoliczności nieprawidłowego ustalenia zabezpieczenia wykonania umowy to jest tylko od wynagrodzenia wykonawcy a nie również od oferowanego czynszu dzierżawnego. W ocenie Izby w takiej sytuacji rozpoznanie zarzutu co do kryterium oceny ofert jest możliwe tylko w przypadku rozpoznania zarzutu co do nieprawidłowego ustalenia zabezpieczenia. Bowiem w przypadku prawidłowo ustalonego zabezpieczenia zarzut niewłaściwego kryterium ofert nie ma racji bytu. Natomiast z uwagi na to, że zarzut z art.147 i 150 ustawy Pzp nie podlega rozpoznaniu jako przedawniony to oparty na nim zarzut niewłaściwego kryterium oceny ofert również nie ma podstaw do rozpoznania. Reasumując dopóki Izba nie stwierdzi naruszenia zasad ustalenia zabezpieczenia to nie może stwierdzić naruszenia zasad ustalenia kryterium oceny ofert w związku z ustaleniem zabezpieczenia. Do stwierdzenia naruszenia zasad ustalenia kryterium oceny ofert konieczne jest wykazanie naruszenia zasad ustalenia zabezpieczenia.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 191/15 i KIO 199/15