

**Wyrok**

**z dnia 30 lipca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Anna Osiecka**

**Aleksandra Patyk**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** oraz **2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Mallena Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4.6. odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej: ustawa o koncesji) w zw. z art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji.
2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy**

oraz **2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** oraz **2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**, tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **1) Pojazdów Szynowych PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** oraz **2) Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** na rzecz **Kolei Mazowieckich - KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 56 ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1920) w zw. z art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Koleje Mazowieckie - KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej: „zamawiającym”) prowadzą postępowanie o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym dla przedsięwzięcia pn.: *Zaprojektowanie i wybudowanie oraz eksploatacja hali utrzymaniowo-naprawczej pojazdów kolejowych w Sochaczewie (obejmująca świadczenie usług w poziomie utrzymania P4)*. Przedsięwzięcie jest realizowane w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1834) – zwanej dalej „ustawą o PPP”. Stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy o PPP do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 1920) – zwanej dalej: „ustawą o koncesji” - w zakresie nieuregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Ogłoszenie o koncesji zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 czerwca 2017 roku pod numerem 2017/S 104-208355. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy o koncesji.

W dniu 29 czerwca 2018 roku zamawiający przesłał do wykonawców – pocztą elektroniczną – zaproszenie do złożenia oferty wraz z załącznikami.

W dniu 9 lipca 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (zwani dalej łącznie: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na sformułowaniu treści oraz sporządzeniu dokumentacji postępowania oraz opisu przedmiotu umowy, w zakresie wskazanym w odwołaniu, niezgodnie z przepisami ustawy o PPP oraz ustawy o koncesji, prowadzących do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości. Odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 21 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez wadliwe,

nieproporcjonalne, arbitralne i nieoparte jakimikolwiek weryfikowalnymi obiektywnymi danymi skonstruowanie przez zamawiającego minimalnych wymagań dotyczących obowiązków partnera prywatnego w zakresie współpracy z zamawiającym w ramach umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej: umowy o PPP), w tym granic oferty cenowej partnera prywatnego (pkt 22 załącznika nr 2 do zaproszenia do składania oferty), wynikające z nieprecyzyjnego i niewyczerpującego ustalenia przez zamawiającego pełnego zakresu czynności utrzymaniowych dla wszystkich pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia, które będą miały być realizowane przez partnera prywatnego, a w konsekwencji również nieprecyzyjnego i niewyczerpującego ustalenia rozmiarów kosztów tych czynności utrzymaniowych, związane w szczególności z zaniechaniem przekazania i udostępnienia przez zamawiającego Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk; dalszą konsekwencją powyższego jest również ustalenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o PPP - zarzut zawarty w punkcie 4.1. odwołania;

2. art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprecyzyjny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, opis przedmiotu umowy o PPP, polegający na zaniechaniu przekazania i udostępnienia wykonawcom przez zamawiającego informacji odnoszących się do pełnego zakresu czynności utrzymaniowych dla wszystkich pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia, które będą miały być realizowane przez wykonawcę (partnera prywatnego), w szczególności zaniechaniu przekazania i udostępnienia przez zamawiającego Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty i złożenia oferty w postępowaniu przez wykonawców; powyższe stanowi również naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem zaniechanie udostępnienia przez zamawiającego opisanych wyżej informacji uprzywilejowuje w postępowaniu wykonawców będących producentami pojazdów, co do których DSU nie udostępnił zamawiający - wykonawcy ci posiadają z tego tytułu nieuzasadnioną i nieuprawnioną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w zakresie przygotowania i skalkulowania oferty na potrzeby udziału w postępowaniu - zarzut zawarty w punkcie 4.2. odwołania;

3. art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprecyzyjny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, opis przedmiotu umowy o PPP, polegający na zaniechaniu przekazania i udostępnienia wykonawcom przez zamawiającego kompletnych informacji, parametrów technicznych i specyfikacji oraz kompletnych Dokumentacji Systemu Utrzymania w odniesieniu do pozostałych pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia (m.in. pojazdów ER75 oraz lokomotyw i wagonów produkcji firmy Bombardier), co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty i złożenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a nadto prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postaci nieuzasadnionego uprzywilejowania w postępowaniu wykonawców będących producentami pojazdów, co do których kompletnych informacji, specyfikacji oraz DSU nie udostępnił zamawiający - wykonawcy ci posiadają z tego tytułu nieuzasadnioną i nieuprawnioną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w zakresie przygotowania i skalkulowania oferty na potrzeby udziału w postępowaniu - zarzut zawarty w punkcie 4.3. odwołania;
4. art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprawidłowy, nieproporcjonalny, a zarazem nieracjonalny w świetle obowiązujących przepisów prawa, opis przedmiotu umowy o PPP, polegający na określeniu w § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP (stanowiącego załącznik nr 1 do zaproszenia do składania oferty z dnia 29 czerwca 2018 roku) możliwości przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego w przypadku konieczności uzyskania przez partnera prywatnego (wykonawcę) nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia (decyzji środowiskowej), przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości uzyskania przedłużenia z tego samego powodu, czasu trwania Okresu Przygotowawczego, mimo iż zgodnie z treścią art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, wydanie decyzji środowiskowej musi nastąpić przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, a zatem w świetle treści § 1 pkt 41 i 42 oraz § 7 ust. 3 i 4 projektu umowy o PPP, uzyskanie takiej decyzji musi nastąpić w czasie trwania Okresu Przygotowawczego inwestycji, przypadającego przed rozpoczęciem Okresu Inwestycyjnego, wobec

czego uzyskanie nowej decyzji środowiskowej pozostaje bez znaczenia dla czasu trwania Okresu Inwestycyjnego - - zarzut zawarty w punkcie 4.4. odwołania;

5. art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprawidłowy, nieproporcjonalny, a zarazem nieracjonalny w świetle obowiązujących przepisów prawa, opis przedmiotu umowy o PPP, polegający na określeniu w § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP (stanowiącego załącznik nr 1 do zaproszenia do składania oferty z dnia 29 czerwca 2018 roku) możliwości przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego w przypadku konieczności uzyskania przez partnera prywatnego (wykonawcę) nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia (decyzji środowiskowej), przy jednoczesnym braku dopuszczenia możliwości uzyskania z tego samego powodu przedłużenia czasu trwania Okresu Przygotowawczego, a także Okresu Inwestycyjnego w przypadku konieczności uzyskania przez wykonawcę zmiany istniejącej decyzji środowiskowej, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez dyskryminujące ukształtowanie sytuacji faktycznej i prawnej tych wykonawców, których założony model realizacji przedsięwzięcia powodować będzie konieczność zmiany decyzji środowiskowej w stosunku do tych wykonawców, którzy takiego założenia nie przewidują albo przewidują jedynie uzyskanie nowej decyzji środowiskowej - zarzut zawarty w punkcie 4.5. odwołania;
6. art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 ustawy o koncesji w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprecyzyjny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, polegający na wskazaniu w § 2 ust. 5 i 6 projektu umowy o PPP (stanowiącego załącznik nr 1 do zaproszenia do składania oferty z dnia 29 czerwca 2018 roku), iż w przypadku wykonania przez partnera prywatnego (wykonawcę) hali myjni szrotkowej do całorocznego mycia i osuszania pojazdów z instalacją do rozmrażania wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zawarcia przez strony odrębnej umowy o korzystanie przez podmiot publiczny (zamawiającego) z hali myjni szrotkowej, podmiot publiczny „*może zwolnić partnera prywatnego z niektórych, wyraźnie przez niego oznaczonych obowiązków zawartych w dalszych postanowieniach Umowy, dotyczących wykonania niniejszej Umowy*”, co wobec: (i) ukształtowania zwolnienia z „określonych” obowiązków umownych jako jedynie fakultatywnego, niewiążącego uprawnienia zamawiającego oraz (ii) braku określenia konkretnego katalogu obowiązków umownych, z jakich następować będzie (bądź będzie mogło nastąpić) zwolnienie wykonawcy, stanowi nadto naruszenie

zasad równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji, a także zasady przejrzystości w działaniach zamawiającego poprzez umożliwienie zamawiającemu uznaniowego zwolnienia wybranego wykonawcy z dowolnych obowiązków umownych, jak również stanowi zarazem wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako podmiotu wszczynającego postępowanie i jego uprzywilejowanej pozycji względem wykonawcy - zarzut zawarty w punkcie 4.6. odwołania;

7. art. 353<sup>1</sup>, art. 5 k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji w zw. z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o PPP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy o PPP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako podmiotu wszczynającego postępowanie i uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na określeniu w § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP (stanowiącego załącznik nr 1 do zaproszenia do składania oferty z dnia 29 czerwca 2018 roku) rażąco zaniżonej i niewspółmiernej do rozmiaru szkody kary umownej, jaką podmiot publiczny (zamawiający) zobowiązany będzie uiścić na rzecz partnera prywatnego (wykonawcy) w przypadku przekazania do naprawy P4 w danym roku mniejszej liczby pojazdów KM niż 25, tj. kary umownej w wysokości 50.000 zł za jeden pojazd KM nieprzekazany do naprawy P4 w danym roku zgodnie z § 19 ust. 4 umowy o PPP, przy jednoczesnym wyłączeniu przez zamawiającego w § 30 ust. 11 projektu umowy o PPP prawa partnera prywatnego do dochodzenia od zamawiającego odszkodowania w przypadku, gdy szkoda wyrządzona przez zamawiającego z tytułu niewykonania obowiązku umownego przewyższy wysokość kary umownej; przedmiotowe działanie zamawiającego stanowi nadto naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie wykonawców przewidujących finansowanie inwestycji ze środków (aktywów) własnych w stosunku do wykonawców korzystających z posiadanej zdolności kredytowej w ten sposób, iż ukształtowanie zasad odpowiedzialności finansowej zamawiającego w opisanej wyżej sytuacji skutkuje brakiem gwarancji przychodu dla wykonawcy, przy jednoczesnym zwiększeniu ryzyka poniesienia przezeń straty w związku z nieprzekazywaniem przez zamawiającego pojazdów do napraw P4, co w konsekwencji skutkuje zaniżeniem możliwości wykonawcy uzyskania zdolności kredytowej dla przedsięwzięcia objętego postępowaniem - zarzut zawarty w punkcie 4.7. odwołania;
8. art. 31 ust. 1 i 2 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez ustalenie przez zamawiającego

terminu składania ofert w postępowaniu w sposób nieuwzględniający i niedostosowany oraz nieproporcjonalny do stopnia skomplikowania przedsięwzięcia objętego postępowaniem oraz wymogów zamawiającego odnośnie przeprowadzenia wizji lokalnej i przeprowadzenia inwentaryzacji, jak również z pominięciem przez zamawiającego czasu niezbędnego dla wykonawców na sporządzenie oferty w niniejszym postępowaniu oraz przygotowania i pozyskania przez wykonawców dokumentów, których przedłożenia wraz z ofertą wymaga zamawiający, w tym w szczególności dokumentów żądanych przez zamawiającego na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców; ustalony przez zamawiającego termin składania ofert prowadzi przy tym do nierównego traktowania przez zamawiającego wykonawców biorących udział w postępowaniu, poprzez uprzywilejowanie wykonawców wykazujących spełnienie wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą własnych środków (aktywów) finansowych, przy jednoczesnym dyskryminującym traktowaniu wykonawców wykazujących spełnienie wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą posiadanych środków (aktywów) finansowych oraz posiadanej zdolności kredytowej, pomimo dopuszczenia przez zamawiającego obydwu możliwości w zakresie wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej - w konsekwencji, działanie zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, jak również narusza ono zasadę proporcjonalności - zarzut zawarty w punkcie 4.8. odwołania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu usunięcie nieprawidłowości opisanych powyżej, w szczególności poprzez:

1. w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu ad. 4.1 nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania;
2. w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu ad. 4.1:
  - a) w stosunku do pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk: nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom Dokumentacji Systemu Utrzymania dla tych pojazdów; ewentualnie: w przypadku niemożności udostępnienia przez zamawiającego Dokumentacji Systemu Utrzymania dla tych pojazdów: nakazanie zamawiającemu wyłączenia z zakresu przedsięwzięcia pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk (w tym 55 i 6 pięcioczęłonowych pojazdów oraz 10 dwuczłonowych pojazdów);
  - b) w stosunku do pozostałych pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia: nakazanie zamawiającemu udostępnienia wykonawcom kompletnych parametrów



technicznych i specyfikacji, w tym kompletnych Dokumentacji Systemu Utrzymania tych pojazdów;

- c) zmiany § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP poprzez dopuszczenie przedłużenia czasu trwania Okresu Przygotowawczego w przypadku konieczności uzyskania przez wykonawcę nowej decyzji środowiskowej lub zmiany decyzji środowiskowej; ewentualnie: zmiany § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP poprzez dopuszczenie przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego również w przypadku konieczności uzyskania przez wykonawcę zmiany decyzji środowiskowej;
- d) zmiany § 2 ust. 6 zd. 2 projektu umowy o PPP poprzez zastąpienie słów „może zwolnić” słowem „zwolni”, ewentualnie: nakazanie zamawiającemu wskazania w § 2 ust. 6 projektu umowy o PPP enumeratywnego katalogu przesłanek czy sytuacji, w których zamawiający zwolni partnera prywatnego z określonych obowiązków umownych;
- e) zmiany § 2 ust. 6 projektu umowy o PPP poprzez enumeratywne wskazanie zakresu obowiązków z jakich zwolniony będzie partner prywatny;
- f) zmiany § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP poprzez określenie wysokości kary umownej, jaką zobowiązany będzie zapłacić podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego (wykonawcy) w przypadku przekazania do naprawy P4 w danym roku mniejszej liczby pojazdów KM niż 25, w wysokości 33% wartości naprawy P4 pojazdu KM nieprzekazanego do naprawy P4 w danym roku zgodnie z § 19 ust. 4 umowy oraz zmiany § 30 ust. 11 projektu umowy o PPP poprzez wykreślenie zdania drugiego (*„Nie dotyczy kary, o której mowa w ust. 10 pkt 3 powyżej”*);
- g) dokonania modyfikacji treści zaproszenia do złożenia oferty (oraz pozostałych dokumentów postępowania) w zakresie terminu składania ofert i wyznaczenie go na dzień 15 października 2018 r.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazał, że przedmiot umowy o PPP, której dotyczy postępowanie, stanowi między innymi świadczenie przez partnera prywatnego na rzecz zamawiającego

(podmiotu publicznego) usług w poziomie utrzymania P4 w stosunku do pojazdów KM przekazanych partnerowi prywatnemu przez zamawiającego. Odwołujący podkreślił przy tym, iż zakres czynności, jakie winny być zrealizowane w poziomie utrzymania P4, wyznaczany jest każdorazowo indywidualnie w stosunku do każdego modelu pojazdu przez jego producenta i precyzowany jest on w tzw. Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU), sporządzanej przez producenta każdego modelu pojazdu. Zatem, zakres tych czynności nie jest tożsamy dla wszystkich rodzajów pojazdów i jest on zawsze wyznaczany sporządzonymi przez ich producentów indywidualnymi DSU. Odwołujący stwierdził, że dokumentacja ta opisuje w sposób jednolity, spójny i wyczerpujący wszystkie etapy i czynności procesu utrzymania pojazdu szynowego, niezbędne do prawidłowego wykonania czynności obsługowych i w zależności od wymagań producenta pojazdu może niejednokrotnie przewidywać wymóg wykonania czynności ponadstandardowych, wymóg zastosowania do napraw szczególnego rodzaju wyposażenia lub oprzyrządowania, czy też zastrzeżenie pewnego zakresu czynności do wyłącznej kompetencji producenta pojazdu. W ocenie odwołującego, powyższe wymaga od podmiotu realizującego te naprawy poczynienia dodatkowych, niekiedy znacznych nakładów bądź inwestycji, a także wpływa na zakres świadczenia wykonawcy czynności utrzymaniowych P4 i zakres kalkulacji, jakie zobowiązany jest on poczynić w celu świadczenia tych usług. Odwołujący stwierdził, iż DSU dla pojazdów objętych postępowaniem stanowi kluczowy dokument, umożliwiający wykonawcy ustalenie i ocenę faktycznego zakresu czynności, jakie zobowiązany będzie realizować oraz umożliwiający wycenę kosztów świadczenia takich usług, a w konsekwencji kalkulację ceny ofertowej, jak i przygotowanie, i złożenie oferty.

Odwołujący zauważył, iż opisany powyżej brak odnosi się również do 71 sztuk pojazdów składających się na nowy tabor zamawiającego. Zamawiający nie tylko nie udostępnił DSU pojazdów, ale również nie udostępnił nawet ogólnego wykazu czynności utrzymaniowych, jakich realizacji dla tych pojazdów będzie wymagał od partnera prywatnego, co powoduje, iż do chwili obecnej nieznanym i niedookreślonym jest zakres świadczenia partnera prywatnego dla 71 nowych pojazdów. Odwołujący wskazał, że harmonogram napraw na lata 2020-2038 przewiduje łącznie 877 napraw, w tym 142 naprawy obejmujące 71 nowych pojazdów (tj. 16,2%), zaś w latach 2020-2031, które są uwzględniane przy ocenie ofert wykonawców w ramach kryterium „Cena” oraz przy ocenie spełnienia minimalnych wymagań dotyczących obowiązków partnera prywatnego, łączna liczba napraw to 587, w tym 93 naprawy obejmujące 71 nowych pojazdów (tj. 15,84%). Tym samym, naprawy obejmujące 71 nowych pojazdów, stanowią istotną część całości usług utrzymaniowych w poziomie P4. Odwołujący podkreślił również, iż czynności względem nowych pojazdów mają istotny wpływ na wartość całego postępowania oraz na ceny przyjęte

przez zamawiającego jako założone górne limity wynagrodzenia partnera prywatnego z tytułu świadczenia usług utrzymaniowych w poziomie P4 (pkt 22 załącznika nr 2 do zaproszenia do składania oferty). Ponadto, wedle wiedzy posiadanej przez odwołującego, powstają one w znacznej części z komponentów produkowanych za granicą z nowych, importowanych części. Zdaniem odwołującego, powyższe świadczy o tym, że zamawiający w sposób niewłaściwy i niezgodny z przepisami prawa opisał i ukształtował przedmiot przedsięwzięcia oraz dopuścił się błędnego ukształtowania minimalnych wymagań stawianych wykonawcy w odniesieniu do jego obowiązków jako partnera prywatnego, niepopartego jakimikolwiek uzasadnionymi, weryfikowalnymi przesłankami odnoszącymi się do przedmiotu umowy, w tym granic oferty cenowej. Odwołujący stwierdził, że wobec braku w dokumentacji postępowania DSU (czy innych danych) dotyczących 71 nowych pojazdów, limity cenowe zostały ustalone przez zamawiającego w sposób arbitralny, nieznajdujący źródła i poparcia w dokumentacji pojazdów, która ma decydujący wpływ na zakres i wartość poszczególnych usług utrzymaniowych pojazdów.

Powyższe uchybienie, zdaniem odwołującego, nie może zostać na obecnym etapie naprawione przez zamawiającego, ponieważ w oparciu o wskazane przez zamawiającego dane dotyczące minimalnych wymagań, zostały już złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które zostały przez zamawiającego zweryfikowane i na ich podstawie do udziału w postępowaniu zaproszeni zostali określone wykonawcy. Odwołujący wskazał, że błędne ukształtowanie przez zamawiającego opisanych minimalnych wymagań mogło doprowadzić do zniekształcenia konkurencji w postępowaniu, z uwagi np. na rezygnację określonych wykonawców z ubiegania się o udział w tym postępowaniu, wobec wskazanych przez zamawiającego limitów sprecyzowanych w minimalnych wymaganiach. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, należy uznać, że postępowanie jest obarczone niepodlegającą usunięciu wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o PPP. W konsekwencji postępowanie powinno zostać unieważnione.

Odwołujący dodał również, iż uchybienie w zakresie braku udostępnienia przez zamawiającego DSU dla 71 nowych pojazdów narusza przepisy art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 27 ustawy o koncesji w zakresie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert w tym postępowaniu. Zdaniem odwołującego, stanowi to również naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem daje to w sposób nieuprawniony przewagę w postępowaniu wykonawcy będącemu producentem 71 nowych pojazdów, objętych zakresem przedsięwzięcia. Znany będzie mu zakres i wartość czynności utrzymaniowych pojazdów, które produkuje.

Odwołujący podał, że w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu odnoszącego się do obarczenia postępowania wadą skutkującą koniecznością jego unieważnienia, wnosi o zobowiązanie zamawiającego do udostępnienia wykonawcom Dokumentacji Systemu Utrzymania dla pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk, ewentualnie o nakazanie zamawiającemu wyłączenia z zakresu przedsięwzięcia pojazdów nowego taboru. Odwołujący zaznaczył przy tym, iż możliwość co do wyłączenia tych pojazdów z zakresu przedsięwzięcia została przez zamawiającego dopuszczona w dokumentacji postępowania, bez konieczności jednoczesnej zmiany kwot wskazanych w pkt 22 załącznika nr 1 do zaproszenia do składania oferty.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że również już udostępnione i przekazane wykonawcom przez zamawiającego dokumentacje techniczne (specyfikacje) i DSU, dotyczące innych pojazdów aniżeli 71 pojazdów nowego taboru, tj. m.in. dotyczące pojazdów ER75 oraz lokomotyw i wagonów produkcji Bombardier, charakteryzują się kluczowymi brakami i wadami uniemożliwiającymi ustalenie zakresu świadczenia partnera prywatnego, a w konsekwencji kalkulację ceny ofertowej oraz przygotowanie i złożenie przez wykonawców ofert w niniejszym postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że w udostępnionych przez zamawiającego DSU brakuje załączonych dokumentów, do których odwołują się poszczególne postanowienia DSU albo też brakuje wskazania i omówienia kluczowych parametrów dla pojazdów nimi objętych, w tym wskazania chociażby producentów poszczególnych podzespołów pojazdów (co ma istotne znaczenie również z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawcę czynności utrzymaniowych). Przykładowo, odwołujący wskazał, że w DSU dla pojazdów typu ER75, które udostępnił zamawiający, podaje się, że wymagania związane z określonym podzespołem pojazdu sprecyzowane są na karcie 478, gdy tymczasem karta ta nie została nawet udostępniona wykonawcom przez zamawiającego, a zatem nie jest w dalszym ciągu możliwe ustalenie parametrów dla określonego podzespołu, a w konsekwencji nie jest również możliwe ustalenie związanych z tym czynności utrzymaniowych i wymagań dla tych czynności. Odwołujący zauważył, że w dniu 9 lipca 2018 roku zamawiający doręczył odwołującemu dalszą dokumentację, odnoszącą się do zakresu przedsięwzięcia, przy czym nie usuwa ona jednak wskazanych braków i pozostaje w dalszym ciągu niekompletna, przez co wykonawcy nie są w stanie dokonać dla pojazdów nią objętych kalkulacji ceny ofertowej, a w rezultacie złożyć ofert w niniejszym postępowaniu. Według odwołującego, zaniechanie przekazania przez zamawiającego wykonawcom kompletnych DSU oraz innych informacji odnośnie pojazdów ER75, a także lokomotyw i wagonów produkcji Bombardier, stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez danie nieuprawnionej przewagi podmiotom, które są producentami tych pojazdów.

Następnie, odwołujący wskazał, że w § 1 pkt 41 i 42 projektu umowy o PPP zamawiający zdefiniował poszczególne etapy realizacji przedsięwzięcia w postaci Okresu Przygotowawczego oraz Okresu Inwestycyjnego. Natomiast w § 7 ust. 3 i 4 projektu umowy o PPP zamawiający określił, że Okres Przygotowawczy będzie trwał nie dłużej niż do dnia 31 marca 2019 roku, a zakończenie trwania Okresu Inwestycyjnego wyznaczył na dzień 30 czerwca 2020 roku. Z § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP wynika możliwość przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego przedsięwzięcia do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy w przypadku, gdy partner prywatny będzie musiał uzyskać nową decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia.

W opinii odwołującego, wynikającą z § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP możliwość przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego z uwagi na konieczność uzyskania przez wykonawcę nowej decyzji środowiskowej, ocenić należy jako regulację nieracjonalną i nieproporcjonalną w stosunku do przedmiotu umowy o PPP oraz nielogiczną w świetle pozostałych przywołanych postanowień umowy o PPP. Odwołujący wskazał, że partner prywatny obowiązany jest uzyskać wszelkie wymagane decyzje oraz sporządzić niezbędną dokumentację pozwoleniową w czasie trwania Okresu Przygotowawczego, nie zaś Inwestycyjnego, który to Okres Inwestycyjny rozpoczyna swój bieg dopiero po uzyskaniu ostatecznej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i uzyskaniu pozwolenia na budowę. Zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, wydanie decyzji środowiskowej musi nastąpić przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. W czasie trwania Okresu Inwestycyjnego partner prywatny musi już dysponować niezbędną decyzją środowiskową w celu realizacji przedsięwzięcia, gdyż bez niej nie uzyskałby pozwolenia na budowę. Tym samym, w ocenie odwołującego, okoliczności związane z koniecznością uzyskania przez partnera prywatnego nowej decyzji środowiskowej winny być przez zamawiającego przewidziane w projekcie umowy o PPP jako ewentualna przesłanka dla przedłużenia czasu trwania Okresu Przygotowawczego inwestycji, zamiast Okresu Inwestycyjnego.

Jednocześnie odwołujący dodał, że przewidując w § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP możliwość przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego, zamawiający w sposób nieuzasadniony, zawęził możliwość dokonania przedłużenia czasu trwania tego Okresu do sytuacji, w której wykonawca musi uzyskać nową decyzję środowiskową, nie przewidując zarazem analogicznego rozwiązania w sytuacji, w której wykonawca musiałby uzyskać zmianę już istniejącej decyzji środowiskowej. Według odwołującego stanowi to również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w ten sposób, iż zamawiający w sposób pozbawiony uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych wyłączył możliwość

przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego w stosunku do wykonawców, których założony model realizacji przedsięwzięcia powodować będzie konieczność zmiany już istniejącej decyzji środowiskowej, uprzywilejowując tym samym tych wykonawców, których założona koncepcja realizacji przedsięwzięcia nie powoduje konieczności takiej zmiany.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że zgodnie z § 2 ust. 5 projektu umowy o PPP partner prywatny w ramach realizacji przedsięwzięcia wykona halę myjni szczotkowej do całorocznego mycia i osuszania pojazdów z instalacją do rozmrażania wraz z infrastrukturą towarzyszącą, jeżeli jej wykonanie zostanie oznaczone w ofercie i będzie podlegało pozytywnej ocenie przy wyborze oferty partnera prywatnego. Natomiast z § 2 ust. 6 wynika, że w takim wypadku możliwe jest zawarcie przez strony odrębnej umowy o korzystanie przez zamawiającego z tejże hali, w zamian za co podmiot publiczny „może zwolnić partnera prywatnego z niektórych, wyraźnie przez niego oznaczonych obowiązków zawartych w dalszych postanowieniach Umowy, dotyczących wykonania niniejszej Umowy”. Zdaniem odwołującego, opis przedmiotu umowy w tym zakresie jest niedostateczny i niejasny, albowiem nie sposób ustalić w jakiej konkretnie sytuacji i na podstawie jakich przesłanek zamawiający podejmie decyzję o zwolnieniu partnera prywatnego z jakichkolwiek obowiązków przewidzianych w umowie oraz z jakich obowiązków przewidzianych umową partner prywatny zostanie zwolniony. Odwołujący podniósł, że powyższe kwestie pozostawione zostały w zakresie pełnej dowolności i uznaniowości zamawiającego, który z sobie tylko znanych względów, może uznaniowo zdecydować się nie zwalniać partnera prywatnego z żadnych obowiązków wynikających z umowy o PPP, nawet mimo przekazania mu hali myjni, czy też zwolnić go z kluczowych obowiązków i wymagań przewidzianych w umowie, ze szkodą dla tych wykonawców, którzy z uwagi na wskazanie w umowie o PPP tych konkretnych obowiązków czy wymagań, zrezygnowali ze złożenia oferty w tym postępowaniu. Postanowienia projektu umowy o PPP w tym zakresie, według odwołującego, czynią postępowanie nieprzejrzystym oraz mogą stanowić naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Następnie, odwołujący odniósł się do postanowienia zawartego w § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP, z którego wynika, że w przypadku przekazania podmiotowi prywatnemu do naprawy P4 w danym roku mniejszej liczby pojazdów KM niż 25, zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz podmiotu prywatnego kary umownej w wysokości 50.000 zł za jeden nieprzekazany do naprawy P4 pojazd KM w danym roku zgodnie z § 19 ust. 4 umowy. Jednocześnie, odwołujący zaznaczył, że zamawiający w § 30 ust. 11 projektu umowy o PPP wyłączył możliwość dochodzenia przez partnera prywatnego od zamawiającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej. Odwołujący stwierdził, że ukształtowanie zasad odpowiedzialności finansowej

zamawiającego za niewykonanie przez niego obowiązków przewidzianych w umowie w powyższym zakresie, stoi w sprzeczności z zasadą podziału ryzyka związanego z realizacją przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, a także stanowi wykorzystanie przez zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu przez przerwaniem na partnera prywatnego rzeczywistych skutków niewywiązania się przez zamawiającego ze swoich zobowiązań. Odwołujący podkreślił, że kara umowna w wysokości 50.000 zł za jeden nie przekazany do naprawy P4 pojazd w najmniejszym nawet stopniu nie koreluje z potencjalną wysokością szkody, w szczególności w postaci utraty przychodu z tytułu zrealizowanej naprawy P4. Wysokość kary umownej, w ocenie odwołującego, ma charakter symboliczny, wobec rozmiaru naruszenia obowiązku umownego opisanego w § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP. Odwołujący zwrócił uwagę na funkcję kompensacyjną kary umownej. Kara umowna powinna pozwolić skompensować wierzycielowi wszystkie uszczerbki wynikające z naruszenia zobowiązania przez dłużnika, zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym, w tym też takie, które nie są w innych wypadkach uwzględniane. Wysokość kary umownej powinna odpowiadać przewidywanej wysokości szkody. Natomiast, w przedmiotowym postępowaniu, kara umowna została ukształtowana bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z rzeczywistym uszczerbkiem.

Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, należy rozpatrywać również w kontekście naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż wykonawcy uprawnieni są do skorzystania ze swojej zdolności kredytowej, potwierdzonej przez instytucje finansowe, w celu ubiegania się o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Podkreślił, że zdolność kredytowa wykonawcy uzależniona jest od oceny ryzyk związanych z danym projektem. Zatem, w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza pozbawienie wykonawcy przychodu z tytułu świadczonych napraw P4, w zamian za symboliczną karę umowną, wykonawcy zamierzający korzystać z posiadanej zdolności kredytowej w celu udziału w postępowaniu, mają ograniczone możliwości uzyskania pozytywnej oceny zdolności finansowej przez instytucje finansowe, a w konsekwencji znajdują się w gorszym położeniu w stosunku do wykonawców, którzy zamierzają finansować i wykazywać zdolność ekonomiczną i finansową dla udziału w postępowaniu w oparciu o własne aktywa finansowe.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP poprzez określenie kary umownej w wysokości adekwatnej do realnego wymiaru szkody, jaką partner prywatny poniósłby w przypadku nie wykonania zobowiązania przez zamawiającego, tj. w wysokości 33% wartości naprawy P4 pojazdu KM nieprzekazanego do naprawy P4 w danym roku. Ponadto, wnosił o

nakazanie zamawiającemu wykreślenia z § 30 ust. 11 zdania drugiego, tj. zdania o treści „*Nie dotyczy kary, o której mowa w ust. 10 pkt 3 powyżej*”, a w konsekwencji o możliwość dochodzenia od zamawiającego, w opisanej wyżej sytuacji, odszkodowania przenoszącego wartość zastrzeżonej kary umownej.

Ostatnią kwestią podnoszoną przez odwołującego jest termin składania ofert wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2018 roku, tj. przypadający w ciągu 46 dni od dnia skierowania do wykonawców zaproszenia do składania ofert.

W ocenie odwołującego, termin składania ofert jest nieproporcjonalny do stopnia skomplikowania przedsięwzięcia objętego postępowaniem oraz wymogów zamawiającego odnośnie przeprowadzenia wizji lokalnej i przeprowadzenia inwentaryzacji. Termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego dla wykonawców na sporządzenie oferty oraz przygotowanie i pozyskanie przez wykonawców dokumentów, których przedłożenie wraz z ofertą wymaga zamawiający, w tym w szczególności dokumentów żądanych przez zamawiającego na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Odwołujący powołał się na art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o koncesji, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest ustalić termin składania ofert uwzględniając w szczególności złożoność umowy koncesji oraz czas wymagany do sporządzenia oferty. W przypadku zaś, gdy oferty mogą być złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty koncesji, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty. Odwołujący podkreślił, że przedsięwzięcie, którego realizacji dotyczy postępowanie, ma charakter niezwykle złożony i wymaga na potrzeby przygotowania i złożenia oferty uwzględnienia szeregu wytycznych zamawiającego, jak również kwestii technicznych, ekonomicznych, gospodarczych i organizacyjnych. Zamawiający wymaga bowiem od wykonawców załączenia do oferty m.in. szczegółowych wykazów osób, jak również „*Koncepcji Przedsięwzięcia z uwzględnieniem budowy i wykorzystania infrastruktury „własnej”*”, a także kosztorysu inwestorskiego dla proponowanych elementów przedsięwzięcia. Odwołujący stwierdza, że przygotowanie tego rodzaju dokumentacji wymaga znacznego nakładu pracy oraz zaangażowania po stronie wykonawcy. Odwołujący zwrócił również uwagę na długość wyznaczonego przez zamawiającego terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kiedy to wykonawcy nie byli zobowiązani do przygotowania żadnych szczególnych kalkulacji, wyliczeń, koncepcji itp., a same wnioski obejmowały jedynie oświadczenia wykonawców odnoszące się m.in. do spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. Termin ten pierwotnie wyznaczony na dzień 16 sierpnia 2017 roku, został wydłużony przez zamawiającego do dnia 22 września



2017 roku (tj. 3,5 miesiąca od daty opublikowania ogłoszenia o postępowaniu). Odwołujący podniósł, że na obecnym etapie zwiększył się zakres dokumentacji, którą wykonawcy są zobowiązani przeanalizować (choćby projekt umowy o PPP, protokoły z negocjacji itp.), a sama oferta charakteryzuje się wyższym stopniem skomplikowania i rozbudowania aniżeli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i mimo to zamawiający wyznacza okres 1,5 miesiąca na przygotowanie i złożenie ofert.

Ponadto, odwołujący podniósł, że jednym z kryteriów kwalifikacji do udziału w postępowaniu jest znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie umowy o PPP w pełnym zakresie, przy czym za wystarczające zamawiający uznaje dysponowanie aktywami finansowymi albo prawem do ich natychmiastowego uzyskania w wysokości przynajmniej 33% zakładanych kosztów inwestycji i udokumentowanej perspektywy wypracowania pozostałych środków inwestycyjnych. Nadto, wykonawca powinien dysponować bądź posiadać możliwość uzyskania bez dodatkowych warunków i zastrzeżeń środków pieniężnych służących finansowaniu rozruchu Zakładu w Sochaczewie oraz kapitału obrotowego o łącznej wysokości 15,6 mln zł. Wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie powyższych kryteriów kwalifikacji poprzez załączenie do oferty odpowiednich dokumentów, datowanych na nie wcześniej niż 30 dni przed złożeniem oferty, potwierdzających spełnianie kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący zauważył, że mimo, iż zamawiający formalnie dopuszcza wykazanie spełnienia powyższych kryteriów kwalifikacji również poprzez powołanie się na posiadaną zdolność kredytową, to określony przez niego termin składania ofert uniemożliwia wykonawcom skorzystanie z tej możliwości. Stwierdził, że wykazanie przez wykonawcę zdolności kredytowej wymaga przeprowadzenia przez zewnętrzne instytucje finansowe stosownej procedury dotyczącej oceny zdolności finansowej wykonawcy, analizy wniosku kredytowego i przyznania finansowania, co trwa minimum 3 miesiące, a czasem do około 6 miesięcy od dnia złożenia stosownego wniosku. Wszczęcie tej procedury nie jest możliwe przed ustaleniem ostatecznych warunków postępowania. Tym samym jest ono możliwe dopiero od momentu skierowania przez zamawiającego do wykonawców zaproszenia do złożenia oferty, do którego załączona jest „ostateczna” treść dokumentów postępowania, w tym projekt umowy o PPP.

W ocenie odwołującego, określony przez zamawiającego termin składania ofert prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie przez zamawiającego wykonawców wykazujących spełnienie wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą własnych

środków finansowych, jednocześnie uniemożliwiając złożenie oferty przez wykonawców wykazujących spełnienie wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w oparciu o posiadaną zdolność kredytową.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

W dniu 10 lipca 2018 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o złożeniu odwołania, wzywając ich do przyłączenia się do postępowania odwoławczego.

W dniu 27 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy Mallena Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w formie pisemnej - po stronie odwołującego. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 lipca 2018 roku potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Mallena Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – w dniu 24 lipca 2018 roku – zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, w której wnosił o pominięcie zarzutów spóźnionych sformułowanych w punktach 4.1.– 4.3. odwołania, oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawartych w treści odpowiedzi na odwołanie (odpowiedź na odwołanie zamawiający złożył również za pośrednictwem poczty elektronicznej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 roku).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności z: ogłoszenia o koncesji, opisu przedsięwzięcia, protokołów negocjacji, korespondencji prowadzonej z wykonawcami, jak również z zaproszenia do składania ofert wraz z projektem umowy o PPP.

Ponadto, Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez strony w toku postępowania odwoławczego, tj.:

1. wydruku artykułu prasowego dotyczącego nowych pojazdów szynowych, zakupionych przez zamawiającego;

2. wykazu czynności utrzymaniowych – dokumentu przekazanego przez zamawiającego wykonawcy odwołującemu się w dniu 11.01.2018 roku wraz z modyfikacją dokonaną przez odwołującego, a dotyczącą zaznaczenia w odrębnej, dodatkowej, kolumnie, oznaczonej kolorem zielonym, braków w dokumentacji w żądanym zakresie (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa);
3. specyfikacji technicznej pojazdów - dokumentu przekazanego przez zamawiającego wykonawcom w dniu 5.07.2018 roku wraz z modyfikacją dokonaną przez odwołującego, a dotyczącą zaznaczenia w odrębnej, dodatkowej, kolumnie, oznaczonej kolorem zielonym, braków w przedstawionej dokumentacji;
4. wydruków z korespondencji mailowej prowadzonej z bankami (3 egzemplarze);
5. kopii umów zawieranych przez zamawiającego (13 egzemplarzy) oraz list obecności podczas wizji lokalnych (2 sztuki), załączonych do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 23 lipca 2018 roku.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy złożony przez odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o sygn. akt: KIO 2235/17 i KIO 2237/17, uznając, że jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba wzięła również pod uwagę pisemne stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 lipca 2018 roku.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że stosownie do art. 54 ust. 1 ustawy o koncesji odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy o PPP oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów ustawy. Odwołujący jako podmiot ubiegający się o zawarcie umowy o PPP legitymuje się interesem oraz wykazał, że może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

Zgodnie z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji *do wnoszenia i rozpoznawania odwołań stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdziału 2 Prawa zamówień publicznych, z wyjątkiem art. 180 ust. 2 tej ustawy, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.*

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis, w wysokości określonej zgodnie z art. 54 ust. 3 pkt 2 ustawy o koncesji.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 24 lipca 2018 roku oświadczył, iż uwzględnia zarzut wskazany w punkcie 4.6. odwołania. Jednocześnie wskazał, że akceptuje konieczność zmiany wyrazów „może zwolnić” na „zwolni”, zgodnie z żądaniem odwołującego.

Wobec powyższego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 4.6. odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 ustawy o koncesji w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji.

Izba wskazuje, że dla wywarcia skutku w postaci możliwości umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego czy to w całości, czy w części, konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w danym zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Skuteczne skorzystanie przez zamawiającego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej (uwzględnienia zarzutów odwołania) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego w oznaczonym zakresie, bądź odpowiednio w całości, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego w całości lub w części. Podkreślić też należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

*Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.*

Izba działając na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów odwołania,

z tym zastrzeżeniem, że zarzut podniesiony w punkcie 4.1. odwołania Izba uznała za spóźniony.

Na wstępie Izba wskazuje, iż nie podziela argumentacji zamawiającego odnośnie kwestii spóźnienia zarzutów dotyczących zaniechania przedstawienia Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk oraz zaniechania przedstawienia kompletnych informacji, parametrów, technicznych i specyfikacji oraz kompletnych Dokumentacji Systemu Utrzymania w odniesieniu do pozostałych pojazdów wchodzących w zakres przedsięwzięcia.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zgodnie z opisem przedsięwzięcia wszelkie aspekty techniczne, finansowe i prawne przedsięwzięcia mogły być przedmiotem negocjacji.

Nie było sporne, że 11 stycznia 2018 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego wyciąg z Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów zamawiającego, tj. dokumentację zawierającą wykaz czynności utrzymaniowych w poziomie P4 dla tych pojazdów. Zamawiający w toku rozprawy w dniu 24 lipca 2018 roku potwierdził, że przekazany wykonawcy odwołującemu się w styczniu br. wykaz czynności utrzymaniowych mógł być przedmiotem negocjacji. Ponadto, zamawiający przyznał w toku rozprawy, że nie zawiadomił wykonawców formalnie o zakończeniu negocjacji, tak jak to przewidywał opis postępowania, a co finalnie znalazło swój wyraz w czynności zaproszenia do składania ofert w dniu 29 czerwca 2018 roku.

Odnosnie kwestii niedostępności Dokumentacji Systemu Utrzymania dla nowych pojazdów to informacja w tym zakresie została zakomunikowana wykonawcy odwołującemu się w toku negocjacji w dniu 8 stycznia 2018 roku, ale nie znalazła swojego formalnego uzewnętrznienia. Jak już wyżej wskazano, negocjacje cały czas trwały i wykonawca mógł w jakimś, choć niewielkim stopniu, oczekiwać, że zamawiający inaczej odniesie się do tej kwestii.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. A zatem, to podczas negocjacji obie strony tego procesu przedstawiają swoje stanowiska, co do określonych aspektów, lecz istotnym jest wynik tych negocjacji, któremu zamawiający daje wyraz w przesłanych wraz z zaproszeniem do składania ofert dokumentach. Tym samym, wykonawca, który nie odnalazł w dokumentach przekazanych przez zamawiającego,

informacji, które w jego ocenie są niezbędne do złożenia oferty, to przysługuje mu uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W konsekwencji Izba uznała, że bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów związanych z zaniechaniem przekazania przez zamawiającego dokumentacji pojazdów szynowych należy liczyć od daty przesłania zaproszenia do składania ofert.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.1. odwołania, tj.:

zarzutu naruszenia art. 21 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 39 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez wadliwe, nieproporcjonalne, arbitralne i niepoparte jakimikolwiek weryfikowalnymi obiektywnymi danymi skonstruowanie przez zamawiającego minimalnych wymagań dotyczących obowiązków partnera prywatnego w zakresie współpracy z zamawiającym w ramach umowy o PPP, w tym granic oferty cenowej partnera prywatnego – zarzut w ocenie Izby spóźniony.

Na wstępie należy zauważyć, że konstrukcja i uzasadnienie zarzutu wskazują na to, że jego istotą jest kwestionowanie przez odwołującego sposobu skonstruowania przez zamawiającego minimalnych wymagań dotyczących obowiązków partnera prywatnego, w tym granic oferty cenowej, w sposób wadliwy i arbitralny, wynikający z nieprecyzyjnego i niewyczerpującego ustalenia przez zamawiającego pełnego zakresu czynności utrzymaniowych dla wszystkich pojazdów objętych przedsięwzięciem. Innymi słowy, w ramach tego zarzutu, odwołujący kwestionował ukształtowanie minimalnych wymagań przez zamawiającego.

Podkreślić zatem należy, że zamawiający wymagania minimalne, w tym granice cenowe oferty, określił już na etapie ogłoszenia o koncesji z dniem 1.06.2017 roku i pozostają do chwili obecnej w niezmienionym kształcie. Ponadto, zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy o koncesji *zamawiający nie może w trakcie negocjacji zmieniać kryteriów oceny ofert ani minimalnych wymagań.*

Tym samym zarzut arbitralnego skonstruowania przez zamawiającego minimalnych wymagań, w tym granic cenowych oferty, jest w ocenie Izby zarzutem spóźnionym.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.2. odwołania, tj.:

zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprecyzyjny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, opis przedmiotu umowy o PPP polegający na zaniechaniu przekazania i udostępnienia wykonawcom przez zamawiającego

informacji odnoszących się do pełnego zakresu czynności utrzymaniowych dla wszystkich pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia, które będą miały być realizowane przez wykonawcę (partnera prywatnego), w szczególności zaniechaniu przekazania i udostępnienia przez zamawiającego Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) pojazdów nowego taboru w liczbie 71 sztuk, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty i złożenia oferty w postępowaniu przez wykonawców – zarzut niezasadny.

Odwołujący w podstawie prawnej zarzutu powoływał się na:

Przepis art. 26 ust. 1 i 2 ustawy o koncesji, który stanowi, iż:

- 1. Zamawiający określa w dokumentach koncesji wymagania techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji.*
- 2. Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody.*

Przepis art. 27 ustawy o koncesji, który stanowi, iż *zamawiający może określić w opisie przedmiotu umowy koncesji wymagania związane z realizacją umowy koncesji, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem.*

Przepis art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji, zgodnie z którym *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Pozostałe przepisy powołane przez odwołującego, tj. art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji dotyczą kwestii stosowania ustawy o koncesji do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

W ocenie Izby zarzut wskazany w punkcie 4.2. odwołania jest bezzasadny. Istota tego zarzutu sprowadza się do kwestii braku udostępnienia przez zamawiającego Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU), ewentualnie jakichkolwiek informacji odnoszących się do pełnego zakresu czynności utrzymaniowych dla 71 pojazdów objętych

zakresem przedsięwzięcia, co w ocenie odwołującego, w konsekwencji, prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty i złożenia jej w postępowaniu, a także uprzywilejowuje wykonawców, będących producentami tych pojazdów, którzy z tego tytułu posiadają nieuzasadnioną i nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami w zakresie przygotowania i skalkulowania oferty.

Przede wszystkim, co podnosił zamawiający, Dokumentacja Systemu Utrzymania dla 71 sztuk nowych pojazdów nie znajduje się w posiadaniu zamawiającego. Dokumentację zamawiający otrzyma dopiero w 2019 roku, przed dostawą nowych pojazdów, a zatem aktualnie nie ma nawet fizycznej możliwości jej udostępnienia. Powyższe wprost wynika z oświadczenia zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 lipca 2018 roku (strona 2) i znajduje potwierdzenie w załączonych do odpowiedzi na odwołanie dowodach (kopia umowy ramowej dotyczącej dostawy 71 nowych elektrycznych zespołów szynowych).

Tym samym, nie ma jakichkolwiek podstaw, aby zobowiązać zamawiającego do udostępnienia dokumentacji, której obecnie nie posiada.

Ponadto, Izba uznała za wiarygodną argumentację zamawiającego, z której wynika, że z uwagi na tajemnice klauzulowe zawarte w umowach z dostawcami pojazdów pełna Dokumentacja Systemu Utrzymania może zostać zasadniczo przedstawiona dopiero na etapie przystąpienia do realizacji umowy przez wykonawcę i w celu jej wykonania.

Odnosnie alternatywnego żądania sformułowanego przez odwołującego w zakresie tego zarzutu, tj. wyłączenia z zakresu przedmiotowego przedsięwzięcia nowych pojazdów, które dopiero zostaną dostarczone zamawiającemu, to - w ocenie Izby - na tym etapie postępowania wykonawca nie może domagać się wyłączenia z zakresu przedsięwzięcia pojazdów, wchodzących w skład nowego taboru. Izba zauważa, iż zamawiający już w ogłoszeniu o koncesji z dnia 1 czerwca 2017 roku – w opisie przedsięwzięcia - dopuszczał możliwość włączenia nowego taboru w zakres przedsięwzięcia: *„Zamawiający może zagwarantować przekazywanie do napraw taboru do 2031 roku, na podstawie poniższego harmonogramu, który jest harmonogramem planowanym, z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie gwarantuje przekazania do napraw niezakupionego do tej pory nowego taboru w liczbie 71 sztuk (w tym 55 i 6 pięcioczęłonowych pojazdów oraz 10 dwuczęłonowych), jeżeli zostaną one skutecznie nabyte, co obejmuje również nabycie ich posiadania”*, czyli przewidywał taką możliwość, ale nie gwarantował tego. Z dniem 22 marca 2018 roku nastąpiła zmiana opisu przedsięwzięcia w ten sposób, iż zamawiający określił, że *„Zamawiający może zagwarantować przekazywanie do napraw taboru do 2031 roku, na podstawie poniższego harmonogramu, który jest harmonogramem*



*planowanym, w tym przekazywanie do napraw nowego taboru w liczbie 71 sztuk (w tym 55 i 6 pięciocłonowych pojazdów oraz 10 dwucłonowych), jeżeli zostaną one skutecznie nabyte, co obejmuje również nabycie ich posiadania.”.*

Zatem, stwierdzić należy, że opis przedsięwzięcia już z datą ogłoszenia, a najpóźniej, z dniem 22.03.2018 roku wskazywał na możliwość przekazywania do napraw w ramach przedmiotowego przedsięwzięcia nowo zakupionych pojazdów KM w liczbie 71 sztuk. Odwołujący nie wnosił odwołania od tak ukształtowanego opisu przedsięwzięcia, a jako profesjonalny podmiot działający w tej branży, musiał zdawać sobie sprawę z tego, że zamawiający nie dysponuje Dokumentacją Systemu Utrzymania pojazdów, które zostaną dopiero w przyszłości nabyte, w związku z czym należy uznać zarzut w tym zakresie za spóźniony. Inaczej rzecz ujmując, skoro zatem w marcu 2018 r. zamawiający dopuścił 71 sztuk nowych pojazdów i objął je zakresem przedsięwzięcia, i nie zostało to zaskarżone w marcu 2018 r. to spóźnione jest żądanie wyłączenia z przedsięwzięcia owych 71 nowych pojazdów.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.3. odwołania, tj.:

zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprecyzyjny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, opis przedmiotu umowy o PPP polegający na zaniechaniu przekazania i udostępnienia wykonawcom przez zamawiającego kompletnych informacji, parametrów technicznych i specyfikacji oraz kompletnych Dokumentacji Systemu Utrzymania w odniesieniu do pozostałych pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia (m.in. pojazdów ER75 oraz lokomotyw i wagonów produkcji firmy Bombardier), co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty i złożenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a nadto prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postaci nieuzasadnionego uprzywilejowania w postępowaniu wykonawców będących producentami pojazdów, co do których kompletnych informacji, specyfikacji oraz DSU nie udostępnił zamawiający – zarzut nieuzasadniony.

Odwołujący jako podstawę prawną ww. zarzutu powołał te same przepisy, co w ramach zarzutu z punktu 4.2 odwołania. Ich brzmienie zostało przytoczone powyżej.

Przede wszystkim należy wskazać, że uzasadnienie zarzutu odwołującego ma charakter ogólny i nieskonkretyzowany. Odwołujący jedynie stwierdził, że zamawiający zaniechał przekazania i udostępnienia wykonawcom kompletnych informacji, parametrów

technicznych, specyfikacji oraz kompletnych Dokumentacji Systemu Utrzymania w odniesieniu do pozostałych pojazdów objętych zakresem przedsięwzięcia. Jednak dalej odwołujący nie poparł swojego stanowiska głębszą analizą, czy dowodami. W żaden sposób nie odniósł się do zakresu dokumentacji pojazdów przekazanej mu przez zamawiającego w styczniu br., nie wyspecyfikował w odwołaniu tych braków, a co więcej nie wykazał, że jakiegokolwiek braki uniemożliwiają mu wycenę i złożenie oferty. Uzasadnienie tego zarzutu było niedostateczne i nie mogło w jakikolwiek sposób prowadzić do jego uwzględnienia. Dodać należy, że dopiero na etapie rozprawy odwołujący przedstawił wykaz czynności utrzymaniowych otrzymanych od zamawiającego, w którym wyodrębnił dodatkową kolumnę, gdzie podjął próbę wyspecyfikowania braków tejże dokumentacji (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), a nadto przedstawił specyfikację techniczną otrzymaną od zamawiającego w lipcu br. jako dodatkową dokumentację, gdzie dokonał podobnego zabiegu.

W ocenie Izby powyższe stanowi nieudolną próbę rozszerzenia podstaw faktycznych zarzutów odwołania, które powinny być w sposób precyzyjny i konkretny sformułowane w treści odwołania. Odwołujący, jak zostało wskazane powyżej, w odwołaniu powoływał się jedynie ogólnikowo na braki w dokumentacji, nie wskazując nawet zakresu tych braków.

Nadto, odwołujący nie wykazał, jaki, ewentualne braki w dokumentacji, mogą mieć wpływ na uniemożliwienie przygotowania rzetelnej oferty i skalkulowanie ceny oferty. Innymi słowy, nie wykazał, że udostępniony przez zamawiającego wyciąg z dokumentacji pojazdów, jest niewystarczający do złożenia oferty. Nadto, nie wykazał, że zaniechanie zamawiającego przekazania kompletnych informacji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutów opisanych w punkcie 4.4. i 4.5. odwołania, tj.:

zarzutów naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez nieprawidłowy, nieproporcjonalny, a zarazem nieracjonalny w świetle obowiązujących przepisów prawa, opis przedmiotu Umowy o PPP w § 38 ust. 2 projektu Umowy o PPP (dotyczącym Okresu Przygotowawczego i Okresu Inwestycyjnego) – zarzuty nieuzasadnione.

Izba postanowiła się łącznie odnieść do obu zarzutów, z tego względu, że obejmują one jednakowe podstawy prawne, dotyczą tego samego postanowienia umowy, a nadto okoliczności, stanowiące uzasadnienie ww. zarzutów, mimo, że są nieco odmienne w każdym z zarzutów, to jednak są one w znaczącym stopniu zbieżne, gdyż dotyczą kwestii

uregulowania podstaw możliwości przedłużania Okresu Przygotowawczego i Okresu Inwestycyjnego.

Odwołujący jako podstawę prawną ww. zarzutu powołał przepisy, których brzmienie zostało przytoczone przy uzasadnieniu rozstrzygnięcia wcześniejszych zarzutów (pkt 4.2.).

Zgodnie z postanowieniem § 38 ust. 2 projektu Umowy o PPP: „*Ustanowienie w Harmonogramie Inwestycyjnym Przedsięwzięcia, bądź wprowadzenie w trybie określonym w § 11 ust. 5 terminu dłuższego niż określony w § 7 ust. 4, wymaga zgody Podmiotu publicznego, przy czym zmieniony termin nie może wynieść więcej jak 24 (słownie: dwadzieścia cztery) miesiące od Daty Zawarcia, a jeżeli Partner Prywatny będzie musiał uzyskać nową decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację Przedsięwzięcia albo wystąpi inny szczególny przypadek – 36 (słownie: trzydzieści sześć) miesięcy od Daty Zawarcia. Partner Prywatny w celu uzyskania zgody przedstawia szczegółowe wyjaśnienie przyczyn wydłużenia terminu dla zakończenia Okresu Inwestycyjnego*”.

W § 1 pkt 41 i 42 projektu umowy o PPP zamawiający zdefiniował Okres Przygotowawczy i Okres Inwestycyjny. Z kolei w § 7 ust. 3 i 4 określił czas ich trwania.

I tak odpowiednio:

§ 1 pkt 41: „*Okres Inwestycyjny – oznacza okres liczony od następnego dnia po upływie Okresu Przygotowawczego do dnia uzyskania przez Partnera Prywatnego ostatecznej decyzji o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie dla ostatniego z Obiektów realizowanych w ramach Przedsięwzięcia albo dokonania zawiadomienia o zakończeniu budowy przyjętego bez sprzeciwu zgodnie z Prawem Budowlanym dla ostatniego z Obiektów realizowanych w ramach Przedsięwzięcia w zakresie zapewniającym gotowość operacyjną do wykonywania Usług na rzecz KM.*”.

§ 1 pkt 42: „*Okres Przygotowawczy - oznacza wstępny okres realizacji Przedsięwzięcia rozpoczynający się z Datą Zawarcia w ramach którego, Partner Prywatny sporządza Dokumentację Pozwoleniową i uzyskuje niezbędne Decyzje, który zakończy się w dniu uzyskania ostatecznej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę lub dokonania zgłoszenia budowy Obiektu bez sprzeciwu dla ostatniego z Obiektów realizowanych w ramach Przedsięwzięcia, zgodnie z Prawem Budowlanym.*”.

§ 7 ust. 3: „*Okres Przygotowawczy będzie trwał nie dłużej niż do dnia 31 marca 2019 roku, co Partner Prywatny zobowiązany jest uwzględnić w przedstawionym szczegółowym Harmonogramie Inwestycyjnym Przedsięwzięcia (HIP). Powyższe oznacza, że wszelkie*

*czynności, do wykonania których zobowiązany jest Partner Prywatny w Okresie Przygotowawczym zobowiązany jest on wykonać do dnia 31 marca 2019 r.”.*

*§ 7 ust. 4: „Okres Inwestycyjny będzie trwał do dnia 30 czerwca 2020 roku, co Partner Prywatny zobowiązany jest uwzględnić w przedstawionym szczegółowym Harmonogramie Inwestycyjnym Przedsięwzięcia (HIP). Powyższe oznacza, że wszelkie czynności, do wykonania których zobowiązany jest Partner Prywatny w Okresie Inwestycyjnym zobowiązany jest on wykonać do 30 czerwca 2020 roku z zastrzeżeniem postanowień szczególnych Umowy, w szczególności § 38 Umowy”.*

Odnośnie zarzutu, iż ewentualne okoliczności związane z koniecznością uzyskania przez partnera prywatnego nowej decyzji środowiskowej, winny być przez zamawiającego przewidziane w projekcie umowy o PPP jako ewentualna przesłanka dla przedłużenia czasu trwania Okresu Przygotowawczego, zamiast Okresu Inwestycyjnego, Izba stwierdza, co następuje.

Tak jak wskazywał odwołujący zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1405, z późn. zm.) *wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach następuje przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę, decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego oraz decyzji o pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych - wydawanych na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.*

Z kolei z § 1 pkt 42 projektu umowy o PPP wynika, że w Okresie Przygotowawczym Partner Prywatny uzyskuje niezbędne decyzje. Okres ten kończy się w dniu uzyskania ostatecznej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę lub dokonania zgłoszenia budowy obiektu.

Niemniej jednak istotą zarzutu jest to, że zamawiający nie przewidział możliwości wydłużenia Okresu Przygotowawczego w przypadku konieczności uzyskania przez partnera prywatnego nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia albo konieczności wystąpienia o zmianę istniejącej decyzji.

Zarzut jest niezasadny.

Odwołujący bowiem w żaden sposób nie wykazał, że czas trwania Okresu Przygotowawczego przewidziany przez zamawiającego w projekcie umowy o PPP (tj. do dnia 31 marca 2019 roku) jest zbyt krótki na dokonanie czynności przewidzianych do realizacji w tym Okresie, finalnie kończących się uzyskaniem pozwolenia na budowę, w szczególności z uwzględnieniem konieczności uzyskania nowej lub zmiany istniejącej decyzji

środowiskowej. A tylko w takim przypadku, tj. wykazania braku możliwości realizacji zamówienia przy założeniach wskazanych przez zamawiającego, bądź znaczących i przy tym nieuzasadnionych przeszkodach, wynikłych z naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, można byłoby stwierdzić, że zarzut się potwierdził. Natomiast samo wskazywanie na brak racjonalności uregulowania jednego z postanowień umowy w kontekście brzmienia innego, bez próby wykazania wpływu na rzeczywistą sytuację wykonawcy w tym postępowaniu jest bezprzedmiotowe.

Ponadto, jak zauważył zamawiający, Okres Przygotowawczy został wydłużony przez zamawiającego w stosunku do pierwotnie określonego o 3 miesiące, tj. do dnia 31 marca 2019 roku, przy czym, co wskazano powyżej, odwołujący nie udowodnił, że jest to termin zbyt krótki na realizację czynności, które winny być dokonane w ramach Okresu Przygotowawczego. Co więcej, odwołujący nie podjął nawet próby takiego wykazania.

Odnosnie zarzutu nieuzasadnionego zawężenia możliwości dokonania przedłużenia czasu trwania Okresu Inwestycyjnego do sytuacji, w której wykonawca musi uzyskać nową decyzję środowiskową, bez jednoczesnego uwzględnienia takiej możliwości w przypadku konieczności uzyskania zmiany istniejącej już decyzji środowiskowej, Izba stwierdza, co następuje.

Postanowienie § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP przewiduje możliwość wydłużenia Okresu Inwestycyjnego do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy jeśli partner prywatny będzie musiał uzyskać nową decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia albo jeśli wystąpi inny szczególny przypadek. Tak jak podnosił zamawiający, pojęcie „innego szczególnego przypadku” może obejmować również sytuację, w której zaistnieje konieczność uzyskania zmiany istniejącej już decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. W ocenie Izby, wobec tak ukształtowanego postanowienia § 38 ust. 2 projektu umowy o PPP, zbędne i nielogiczne byłoby nakazywanie zamawiającemu uwzględnianie dodatkowo okoliczności związanych z samą zmianą decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach poprzez doprecyzowanie postanowienia umowy, skoro taka okoliczność jest w istocie uwzględniona w obecnym brzmieniu tego postanowienia. Stwierdzić należy, że jeśli zamawiający dopuścił możliwość wydłużenia Okresu Inwestycyjnego w przypadku konieczności wystąpienia o wydanie nowej decyzji, to nie jest zasadne wnioskowanie, że nie dopuścił również takiej możliwości w przypadku konieczności wystąpienia jedynie o zmianę decyzji (skoro dopuścił więcej, to dopuścił i mniej). Podkreślić też należy, iż w obu przypadkach konieczna jest zgoda Podmiotu Publicznego, a zatem brak jest automatyzmu w wydłużeniu Okresu Inwestycyjnego, niezależnie od tego w oparciu o jaką przesłankę miałyby to nastąpić.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, zarówno zarzut wskazany w pkt 4.4., jak i w pkt 4.5. odwołania za nieuzasadnione.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.6. odwołania –

zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 27 ustawy o koncesji w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji – dotyczący budowy hali myjni szczotkowej - zarzut uwzględniony przez zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.7. odwołania, tj.:

zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup>, art. 5 k.c. w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji w zw. z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o PPP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy o PPP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako podmiotu wszczynającego postępowanie i uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na określeniu w § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP rażąco zaniżonej i niewspółmiernej do rozmiaru szkody kary umownej, przy jednoczesnym wyłączeniu przez zamawiającego prawa partnera prywatnego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej – zarzut niezasadny.

Odwołujący w podstawie prawnej zarzutu powoływał się m.in. na:

*Przepis art. 16 ust. 1 ustawy o koncesji, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz odpowiednio wykonawcę i koncesjonariusza w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380, 585 i 1579), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

*Przepis art. 353<sup>1</sup> k.c. stanowiący, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

*Przepis art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

Przepis art. 1 ust. 2 ustawy o PPP, zgodnie z którym *przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.*

Przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy o PPP stanowiącym, iż:

*1. Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego*

*3. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym określa skutki nienależytego wykonania i niewykonania zobowiązania, w szczególności kary umowne lub obniżenie wynagrodzenia partnera prywatnego lub spółki, o której mowa w art. 14 ust. 1.*

Ponadto, powołał się na przepisy art. 12 ust. 1, art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji i art. 4 ust. 1 ustawy o PPP, które były wymieniane również przy wcześniejszych zarzutach.

W ocenie Izby zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawowych.

Zgodnie z § 30 ust. 10 pkt 3 projektu Umowy o PPP: *„Podmiot publiczny jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Partnera Prywatnego kar umownych w przypadku: (...) 3) przekazania do Naprawy P4 w danym roku niniejszej liczby Pojazdów KM niż 25 (dwadzieścia pięć) - karę umowną w wysokości 50.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy) za jeden Pojazd KM nieprzekazany do Naprawy P4 w danym roku zgodnie z par. 19 ust. 4 Umowy.*

Z § 30 ust. 11 projektu Umowy o PPP wynika, że: *„Partner Prywatny zastrzega sobie prawo do dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania uzupełniającego w przypadku, jeżeli szkoda przewyższy wysokość kary umownej. Nie dotyczy kary, o której mowa w ust. 10 pkt 3 powyżej”.*

Tym samym, zamawiający wyłączył możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli szkoda za przekazanie do naprawy P4 w danym roku niniejszej liczby pojazdów KM niż 25 przewyższałaby wysokość kary umownej.

Na podstawie § 19 ust. 1 projektu umowy o PPP: *„Od rozpoczęcia Okresu Eksploatacyjnego Podmiot Publiczny zobowiązany jest przekazywać wszystkie Pojazdy KM określone w Załączniku nr 4 do Umowy Partnerowi Prywatnemu w celu świadczenia Usług na rzecz KM zgodnie z harmonogramem Napraw Pojazdów KM (HNP).”.*

Po pierwsze, Izba zauważa, że postanowienie § 30 ust. 10 pkt 3 zostało wprowadzone do projektu umowy na wniosek wykonawców, zgłoszony w toku negocjacji i to w brzmieniu proponowanym pierwotnie przez wykonawców, w tym z uwzględnieniem wysokości kary umownej proponowanej przez wykonawców.

Po drugie, zasadna też jest argumentacja zamawiającego, iż w ramach przedmiotowego postanowienia zamawiający ustanowił *sui generis* odpowiedzialność gwarancyjną w postaci kary umownej wyłącznej w wysokości 50.000 zł za jeden pojazd KM nieprzekazany do naprawy P4 w danym roku, w przypadku nie osiągnięcia gwarantowanej liczby 25 pojazdów w danym roku, zaś odpowiedzialność zamawiającego w tym zakresie będzie skutkiem wystąpienia okoliczności, na które zamawiający nie będzie mieć w istocie wpływu.

Kara umowna została uregulowana w art. 484 k.c., z którego wynika, że:

*§ 1 W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.*

*§ 2 Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.*

Należy wskazać, że powszechnie przyjmuje się w doktrynie i w orzecznictwie, iż obowiązek zapłaty kary umownej powstaje w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, które jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Tymczasem, § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy nakłada na zamawiającego obowiązek zapłaty kary umownej wyłącznie w sytuacji nieprzekazania w danym roku oznaczonej liczby pojazdów do napraw P4, niezależnie od zaistnienia dodatkowych okoliczności.

W wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. II CSK 331/12 Sąd Najwyższy stwierdził, że: „*Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu”, „bez względu na przyczynę niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania” (...)*



*obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (...) Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej zatem, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.”*

Izba uznała, że postanowienie § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy o PPP w istocie stanowi zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, albowiem statuuje obowiązek zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej w przypadku nieprzekazania do napraw w danym roku 25 sztuk pojazdów KM, niezależnie od tego czy niewykonanie zobowiązania wynikałoby z przyczyn, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność. W istocie zamawiający gwarantuje przekazanie do napraw w danym roku konkretną liczbę pojazdów, niezależnie od tego czy będzie to wynikać z rzeczywistego zapotrzebowania na usługi naprawcze/utrzymaniowe, czy też nie.

Co więcej, słusznie podnosił zamawiający, iż podstawowe zobowiązanie zamawiającego to przekazanie wszystkich pojazdów określonych w załączniku nr 4 do umowy do napraw, zgodnie z § 19 ust. 1 projektu umowy, przy czym co również podnieść należy, pierwotnie zamawiający nie gwarantował liczby sztuk przekazywanych do napraw w danym roku, a którą to minimalną liczbę wprowadził do postanowień umowy w odpowiedzi na oczekiwania wykonawców zgłaszane podczas negocjacji.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut za niezasadny. Ze względów, o których mowa była powyżej, niezasadny jest również zarzut odwołującego w zakresie wyłączenia przez zamawiającego prawa partnera prywatnego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej, o której mowa w § 30 ust. 10 pkt 3 projektu umowy.

W zakresie zarzutu opisanego w punkcie 4.8. odwołania, tj.:

zarzutu naruszenia art. 31 ust. 1 i 2 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o PPP w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji poprzez ustalenie przez zamawiającego terminu składania ofert w postępowaniu w sposób nieuwzględniający i niedostosowany oraz nieproporcjonalny do stopnia skomplikowania przedsięwzięcia objętego postępowaniem oraz wymogów zamawiającego – zarzut niezasadny.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o koncesji, które to przepisy zostały powołane przez odwołującego jako podstawa prawna podniesionego zarzutu:

1. Zamawiający ustala termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, uwzględniając w szczególności złożoność umowy koncesji oraz czas wymagany do sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu lub oferty.

2. W przypadku gdy oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji mogą być złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty koncesji, zamawiający wyznacza termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, z uwzględnieniem ust. 3 i 4.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż termin określony przez zamawiającego jest terminem niewystarczającym do przygotowania i złożenia oferty, w tym do dokonania wszelkich czynności niezbędnych dla złożenia rzetelnej oferty. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie są gołosłowne. Odwołujący zwracał m.in. uwagę na znaczący stopień skomplikowania przedsięwzięcia objętego postępowaniem, konieczność przedłożenia dokumentów w postaci szczegółowych wykazów osób, sporządzenia „Koncepcji Przedsięwzięcia”, kosztorysu inwestorskiego oraz na konieczność przeprowadzenia wizji lokalnej i inwentaryzacji.

Odnosnie stanowiska odwołującego wskazać należy przede wszystkim, że odwołujący nie udowodnił, iż obiektywnie nie jest w stanie przedsięwziąć wymaganych czynności oraz przygotować i złożyć oferty w określonym przez zamawiającego terminie. Dodatkowo, stwierdzić należy, że wykonawcy w toku negocjacji stopniowo zapoznawali się z poziomem skomplikowania przedsięwzięcia. W kolejnych etapach negocjacji negocjowane były poszczególne aspekty przedsięwzięcia, w tym aspekty techniczne, finansowe i prawne. Oczywistym jest, iż zostały one finalnie ukształtowane dopiero po zakończeniu negocjacji, jednakże nie można powiedzieć, iż stopień skomplikowania przedsięwzięcia w takim przypadku, sam w sobie, może mieć decydujący wpływ na niemożność złożenia oferty w wyznaczonym terminie, tym bardziej, że odwołujący tego w żaden sposób nie udowodnił. Odnosnie argumentacji związanej z koniecznością przeprowadzenia wizji lokalnej, to jak podnosił zamawiający, jej odbycie było możliwe przez cały okres od ogłoszenia od wszczęcia postępowania, a sam odwołujący odbył ją dwukrotnie.

Wiodącym argumentem odwołującego dla uzasadnienia powyższego zarzutu było to, że nie może on w terminie wyznaczonym na składanie ofert, tj. w terminie 46 dni, pozyskać

dokumentów z banku potwierdzających sytuację ekonomiczną i finansową, stanowiącą kryterium kwalifikacji.

W załączniku nr 4 do Zaproszenia do składania oferty – *Opis postępowania o zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym* – zamawiający podał, iż: „do oferty wykonawca zobowiązany jest załączyć dokumenty, datowane nie wcześniej niż 30 dni przed złożeniem oferty, potwierdzające spełnienie kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.:

(a) pochodzący od instytucji kredytowej do której mają zastosowanie przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE. L Nr 176, str. 1 zdefiniowanej w art. 4 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia), dokumentu potwierdzającego dysponowanie w dacie wystawienia tego dokumentu aktywami finansowymi albo prawem do ich natychmiastowego uzyskania (bez dodatkowych warunków i zastrzeżeń) w wysokości przynajmniej 33% zakładanych kosztów inwestycji,

(b) pochodzący od instytucji, o której mowa ad. (a) dokument potwierdzający zdolność pozyskania pozostałych środków inwestycyjnych gwarantujących planową realizację inwestycji, istniejącą w dacie wystawienia tego dokumentu, przy czym bez obowiązku zwiększenia aktywów wykonawcy bądź podjęcia innych działań zwiększających taką zdolność,

- dokument, o którym mowa powyżej może być zastąpiony dokumentem pochodzącym od podmiotu, który w rozumieniu przepisów o przejęciu kontroli zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (...),

(c) pochodzący od instytucji, o której mowa ad. (a) dokument potwierdzający dysponowanie w dacie wystawienia tego dokumentu aktywami finansowymi albo prawem do ich uzyskania (bez dodatkowych warunków i zastrzeżeń), środków służących finansowaniu rozruchu Zakładu w Sochaczewie oraz kapitału obrotowego w łącznej wysokości o łącznej wysokości co najmniej 15,6 mln zł (słownie: piętnaście milionów sześćset tysięcy złotych).”.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dopuścił wykazanie spełnienia kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej zarówno poprzez powołanie się wykonawców na własne środki finansowe, jak poprzez powołanie się na posiadaną zdolność kredytową. Jednakże, pomimo formalnego dopuszczenia możliwości powoływania się na zdolność kredytową, w ocenie odwołującego, zamawiający poprzez ukształtowanie terminu składania ofert, uniemożliwił wykonawcom skorzystanie z tej możliwości. Jednocześnie zauważył, że przeprowadzenie stosownej procedury przez zewnętrzne

instytucje finansowe, dotyczącej oceny zdolności finansowej wykonawcy trwa minimum 3 miesiące, a nawet około 6 miesięcy.

Na dowód powyższego odwołujący przedłożył wydruki korespondencji mailowej prowadzonej z bankami w tym zakresie.

Izba dokonując oceny dokumentów przedłożonych przez odwołującego, uznała, że są one niewystarczające do udowodnienia twierdzeń odwołującego. Dokumenty te wprawdzie wskazują na średni czas przebiegu procesu kredytowego przy projektach inwestycyjnych na 8-12 tygodni, uśredniony okres 3 miesięcy, czy w jednej z instytucji finansowych wydłużenie procesu o dodatkowe 34 dni z uwagi na konieczność przedłożenia oferty finansowania, jednakże z treści tych dokumentów wynika również to, że czas procedowania wniosków w tym zakresie jest bardzo względny i zależy od wielu czynników. Nie jest wykluczone, że w danym projekcie, właśnie z uwagi na jego wartość, instytucje kredytowe byłyby zainteresowane pozyskaniem takiego klienta i przyspieszyłyby czas procedowania. Nie zostało w żaden sposób udowodnione, że właśnie dla tego konkretnego przedsięwzięcia, okres 46 dni byłby niewystarczający dla rozpatrzenia wniosku wykonawcy w tym zakresie. Należy wskazać, że choć banki mają określone standardy działalności, to jednak istnieje duże zindywidualizowanie w sposobie oceny wniosków, choćby z tytułu na doświadczenie we współpracy z danym klientem. Tym samym, ogólne zapewnienia co do uśrednionego czasu potrzebnego na procedowanie wniosków, z jednoczesnym powoływaniem się na uzależnienie procesu od wielu czynników, nie przesądza, że nie jest możliwym uzyskanie w określonym przez zamawiającego terminie dokumentów, pochodzących od instytucji kredytowej, potwierdzających spełnienie kryteriów kwalifikacji odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Dodatkowo, Izba zauważa, że odwołujący jedynie udostępnił wydruki e-maili pochodzące od banków, nie przedkładając jednocześnie wydruków pełnej korespondencji mailowej, w tym wydruków e-maili skierowanych do banku z konkretnymi zapytaniem, tym samym nie wiadomo w odpowiedzi na pytania o jakiej treści banki wyrażały swoje stanowiska.

Z tych też względów Izba uznała złożone przez odwołującego dowody za niemiarodajne i nie potwierdzające zasadności podnoszonego przez niego zarzutu.

Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska zamawiającego, iż wykonawcy mogli wszcząć stosowną procedurę jeszcze przed otrzymaniem zaproszenia do składania ofert. Oczywiście nie jest to wykluczone, ale nie można przerzucać na wykonawcę ciężaru w tym zakresie. Zamawiający wymaga tych dokumentów na etapie składania ofert, co następuje po zaproszeniu do złożenia oferty.

Argumentacja dotycząca określonego przez zamawiającego harmonogramu postępowania i przewidywanego przez zamawiającego terminu 3-miesięcznego na złożenie ofert, liczonego od dnia wystosowania zaproszenia do składania ofert, jest niezasadna. Po pierwsze, termin składania ofert został określony wiążąco dopiero na etapie zaproszenia wykonawców do złożenia oferty. Po drugie, już na etapie negocjacji zamawiający sygnalizował wykonawcom, że termin na złożenie ofert będzie wynosił 45 dni. Po trzecie, już w trakcie negocjacji wykonawcy mieli świadomość, że są przesunięcia w harmonogramie z uwagi na przedłużenie się kolejnych etapów, co wynikało m.in. z tego, że harmonogram w tym przypadku był jedynie pewną projekcją przewidywanych działań.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie należało oddalić w zakresie, w jakim nie zostało ono uwzględnione przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 54 ust. 2 i 3 ustawy o koncesji w zw. z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp – stosownie do jego wyniku - zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł.

W związku z powyższym Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 3 sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....