Sygn. akt: KIO 1572/19

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Hochtief Infrastructure GmbH z siedzibą w Essen oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex A Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1572/19 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 353^1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia rażąco wygórowanych kar umownych mogących być zastosowanych przez Zamawiającego, których to poziom jest nieakceptowalny, przy jednocześnie braku określenia przesłanek dla możliwości nałożenia na niego kary umownej przez wykonawcę w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczy punktu 41.5.6.1 załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Hochtief Infrastructure GmbH z siedzibą w Essen oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Hochtief Infrastructure GmbH z siedzibą w Essen oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Hochtief Infrastructure GmbH z siedzibą w Essen oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań

Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1572/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na budowę Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego hybrydowego (znak postępowania: ZP-DK/2018/01/6).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 020-040889.

W dniu 12 sierpnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Hochtief PPP Solutions GmbH z siedzibą w Essen, Hochtief Infrastructure GmbH z siedzibą w Essen oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący" lub „Konsorcjum Hochtief"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353^1 KC oraz art. 484 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na:

a) pozbawieniu wykonawcy możliwości zabezpieczenia prawnego finansowania obrotowego dla Etapu Inwestycyjnego, czy dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17%) wynagrodzenia za etap inwestycyjny przy jednoczesnej zdolności upadłościowej Zamawiającego,

b) ukształtowaniu treści pkt 1.81 Załącznika nr 3 do SIWZ: Wada Istotna - wada powodująca (bezpośrednio lub pośrednio) niezdatność Dokumentacji Projektowej, Robót Budowlanych, zainstalowanych lub zamontowanych przez Partnera Prywatnego instalacji, urządzeń, systemów, dóbr materialnych lub jakichkolwiek innych elementów, do określonego w Umowie użytku, uniemożliwiająca bezpieczną eksploatację lub powodująca ograniczenie możliwości bezpiecznej eksploatacji przedmiotu Umowy, polegająca na znacznym odstępstwie od PFU lub Dokumentacji Projektowej. Do wad istotnych Dokumentacji Projektowej należą m.in.: brak koordynacji branżowej, niezgodność projektu wykonawczego z budowlanym, niewłaściwy zakres uprawnień projektowych, niezgodność rozwiązań z obowiązującymi przepisami, obowiązującymi normami, sztuką budowlaną, PFU, technicznymi warunkami przyłączenia, brak sprawdzeń, opinii, uzgodnień, niepoprawna forma dokumentacji i inne uniemożliwiające realizację Przedsięwzięcia zgodnie z Prawem Budowlanym. Za wadę istotną uznaje się również sytuację, w której zainstalowane lub zamontowane elementy nie są własnością Partnera Prywatnego lub są obciążone prawem lub prawami osób trzecich;" (w sytuacji gdy pkt kolejny stanowi: „Wada Nieistotna - każda Wada, która nie jest Wadą Istotną;"),

c) nałożeniu w treści SIWZ rażąco wygórowanych kar umownych mogących być zastosowanych przez Zamawiającego, których to poziom jest nieakceptowalny, przy jednocześnie braku określenia przesłanek dla możliwości nałożenia na niego kary umownej przez wykonawcę, w szczególności:

- pkt 41.5.4 Załącznika nr 3 do SIWZ „Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Inwestycyjnym nie może przekroczyć 40% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny”,

- pkt 41.5.4 „Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Utrzymania i Zarządzania nie może przekroczyć w danym roku rozliczeniowym 100% Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania za dany rok”,

- pkt 42.2. „Łączna odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu Umowy, niezależnie od podstawy prawnej, w tym z tytułu czynów niedozwolonych i kar umownych, nie przekroczy 70% Wynagrodzenia”,

- pkt 41.5.4 „odstąpienia od Umowy przez Podmiot Publiczny z przyczyn określonych w pkt 37 Umowy lub innych określonych w Umowie przyczyn stanowiących podstawę odstąpienia z winy Partnera Prywatnego w wysokości 20% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny z wyjątkiem okoliczności, o której mowa w pkt 37.1.10 Umowy”,

- pkt 41.5.6.1 „Podmiot Publiczny może naliczyć kary umowne: dotyczące Etapu

Inwestycyjnego, których podstawa naliczenia ujawniła się w trakcie trwania tego etapu - do Dnia Zakończenia Umowy”,

d) wprowadzeniu rozwiązania pozwalającego przerzucić odpowiedzialność za kwalifikowalność wydatków: „12.1.9. przestrzegania wszystkich zasad określonych w Umowie o Dofinansowanie w zakresie w jakim Partner Prywatny uczestniczy w realizacji

Projektu, a w szczególności zasad dotyczących kwalifikowalności wydatków, warunków otrzymania zaliczki przez Podmiot Publiczny, wniosków o płatność i rozliczania Projektu, kontroli Projektu oraz archiwizacji dokumentów.”,

e) wprowadzeniu regulacji: pkt 30.1.1 „Nieusunięcia Awarii, Wady, usterki stwierdzonej na Etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres kolejnych 7 dni z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, jeżeli całkowicie uniemożliwia realizację zadań statutowych Podmiotu Publicznego zgodnie z przepisami prawa”,

f) wprowadzeniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% całkowitej ceny podanej w ofercie: „W Dniu Zawarcia Umowy Partner Prywatny przedstawi Podmiotowi Publicznemu zabezpieczenie ma kwotę stanowiącą 10% ceny całkowitej podanej w Ofercie przez Partnera Prywatnego (cena brutto).”,

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez:

a) ukształtowanie terminów realizacji prac budowlanych datami sztywnymi: „pkt IV SIWZ Termin wykonania i realizacji zamówienia: od dnia zawarcia umowy do 31 marca 2022 r. na projektowanie i budowę obiektu, 153 miesiące na etap Utrzymania i Zarządzania obiektem.”, gdy zdaniem Odwołującego powinny być określone w miesiącach lub tygodniach,

b) wprowadzenie klauzul społecznych dopiero na etapie zaproszenia do składania oferty w pkt V.2 SIWZ i wymogu złożenia Załącznika nr 7 - Oświadczenie dot. klauzuli społecznych,

c) wskazanie maksymalnej wysokości oferowanego wynagrodzenia za etap inwestycyjny, co Zamawiający uczynił m.in. pkt. 9.3 Umowy PPP,

d) niezałączenie umowy o dofinansowanie do dokumentacji przetargowej.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jej załącznikach w sposób wskazany przez Odwołującego:

1. dodanie rozdziału dotyczącego zabezpieczenia prawnego finansowania obrotowego dla Etapu Inwestycyjnego oraz dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17%) wynagrodzenia za etap inwestycyjny:

„1.23. Finansowanie - finansowanie Etapu Inwestycyjnego przez Partnera Prywatnego za pomocą środków pozyskanych przez Partnera Prywatnego od Instytucji Finansującej i/lub stanowiących kapitał własny/środki własne Partnera Prywatnego, zgodnie z załącznikiem

nr ..... do SIWZ/Założenia do Kalkulacji Wynagrodzenia Partnera Prywatnego/. Podmiot

Publiczny dopuszcza możliwość Finansowania w formie wykupu wierzytelności przez Instytucję Finansującą, a przeniesienie wierzytelności na Instytucję Finansującą nie wymaga dodatkowej zgody Podmiotu Publicznego;

„1.92. Zabezpieczenia finansowania - Zabezpieczenie wierzytelności wynikających z czynności polegających na finansowaniu Etapu Inwestycyjnego na podstawie Artykułu 93 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. 326, 730, 1) Prawo bankowe i ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, CZĘŚĆ TRZECIA POSTĘPOWANIE EGZEKUCYJNE.

1.93. Otwarcie Finansowania - dzień przedłożenia Partnerowi Prywatnemu przez Podmiot Publiczny dokumentu potwierdzającego ustanowienie przez Podmiot Publiczny zabezpieczeń prawnych zapłaty całości roszczeń Partnera Prywatnego o Wynagrodzenie oraz spłaty całości Finansowania, w formie określonej w Umowie,

1.94. Zamknięcie Finansowania - dzień uzyskania Finansowania rozumiany jako dzień przedłożenia Podmiotowi Publicznemu uwierzytelnionej kopii umowy podpisanej przez Partnera Prywatnego z Instytucją Finansującą zapewniającej finansowanie Etapu Inwestycyjnego lub innego dokumentu potwierdzającego w inny sposób posiadanie przez

Partnera Prywatnego środków na realizację Etapu Inwestycyjnego, po przedłożeniu Partnerowi Prywatnemu przez Podmiot Publiczny dokumentu potwierdzającego ustanowienie przez Podmiot Publiczny zabezpieczeń prawnych zapłaty całości roszczeń Partnera Prywatnego o Wynagrodzenie oraz spłaty całości Finansowania, w formie Zabezpieczenia Finansowania określonego w Umowie;"

„8. Zamknięcie Finansowania.

8.1. Podmiot Publiczny dopuszcza i wyraża zgodę na przeniesienie wierzytelności z Umowy przysługujących Partnerowi Prywatnemu na Instytucję Finansującą pod następującymi warunkami:

1) Przeniesione mogą zostać wyłącznie wierzytelności z tytułu realizacji robót budowlanych;

2) Przeniesione mogą zostać wyłącznie wierzytelności bezsporne, z zatwierdzonym przez Podmiot Publiczny harmonogramem spłaty należności, co do których prawidłowo zostały wystawione faktury VAT, w szczególności z zachowaniem procedury Odbioru Robót. Podmiot Publiczny potwierdzi bezsporność wierzytelności i jej ostateczną kwotę, a także harmonogram jej spłat, w postaci dodatkowego dokumentu, podpisanego przez Podmiot Publiczny lub poprzez potwierdzenie na fakturze jej zaakceptowania przez Podmiot Publiczny lub w innej formie stanowiącej zobowiązanie do zapłaty przez Podmiot Publiczny;

3) Podmiot Publiczny nie będzie stroną umowy przeniesienia wierzytelności, a także umowy finansowania z instytucją finansującą;

8.1.1. Zamknięcie Finansowania nastąpi w terminie do ..... miesięcy od dnia

podpisania Umowy, tj. do dnia .....

8.2. Zamknięcia Finansowania oraz jego termin są zależne od terminu ustanowienia przez Podmiot Publiczny zabezpieczeń prawnych zapłaty całości roszczeń Partnera Prywatnego

o Wynagrodzenie oraz spłaty całości Finansowania, w terminie do ..... dni od dnia

przekazania przez Partnera Publicznego zabezpieczeń prawnych finansowania, tj. do dnia

.....Podmiot Publiczny ustanowi zabezpieczenia prawne zapłaty całości roszczeń

Partnera Prywatnego o Wynagrodzenie oraz spłaty całości Finansowania poprzez ustanowienie Zabezpieczenia Finansowania.

8.4. Zabezpieczenie prawne zapłaty całości roszczeń Partnera Prywatnego o Wynagrodzenie oraz spłaty całości Finansowania nastąpi, według wyboru Podmiotu

Publicznego, w formie:

a) hipotek na nieruchomościach Podmiotu Publicznego np. przy ul. Trylińskiego w Olsztynie oraz Tuwima 10, ustanowionych przed rozpoczęciem Robót Budowlanych, ustanowionych zgodnie z zapisami działu II ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o księgach wieczystych i hipotece oraz w przepisach wykonawczych do tej ustawy (rozp. Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 marca 1983 r. w sprawie wykonania przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece, albo

b) Umowy poręczenia wystawionej przez Podmiot Nieposiadający Zdolności Upadłościowej, na mocy której poręczyciel zobowiązuje się względem Partnera Prywatnego oraz Instytucji Finansującej wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby Podmiot Publiczny zobowiązania nie wykonał (art. 876 § 1 k.c.). Oświadczenie poręczyciela powinno być złożone na piśmie pod rygorem nieważności (§ 2 tegoż art.).

c) współzobowiązania podmiotu/organu nieposiadającego zdolności upadłościowej (w tym przypadku wszystkie dokumenty umowne są współpodpisywane przez podmiot/organ, który nie posiada zdolności upadłościowej (np. Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Zarząd Województwa Warmińsko-Mazurskiego), albo

d) bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji bankowej, albo,

8.5. Na pisemny wniosek Partnera Prywatnego wraz z uzasadnieniem, złożony przed upływem terminu wskazanego w pkt 8.1. Umowy, Podmiot Publiczny może wyrazić zgodę na wydłużenie terminu Zamknięcia Finansowania o okres nieprzekraczający kolejnych 30 dni. Wydłużenie terminu Zamknięcia Finansowania nie stanowi podstawy do wydłużenia terminu realizacji Etapu Inwestycyjnego, chyba że Podmiot Publiczny wyrazi na to zgodę na piśmie.

8.6. Partner Prywatny nie rozpocznie wykonywania Robót Budowlanych do dnia Zamknięcia Finansowania.

8.7. W przypadku niedokonania Zamknięcia Finansowania z winy Partnera Prywatnego w terminie określonym w pkt 8.1. lub 8.5. Umowy, Podmiotowi Publicznemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy z winy Partnera Prywatnego. Partnerowi Prywatnemu nie przysługują z tego tytułu jakiekolwiek roszczenia względem Podmiotu Publicznego, w tym roszczenia odszkodowawcze, kary umowne, z wyjątkiem Wynagrodzenia za odebrane prace z zakresu Projektowania w kwocie wyliczonej na podstawie Kalkulacji Wynagrodzenia Partnera Prywatnego.

8.8. W przypadku niedokonania Zamknięcia Finansowania z winy Podmiotu Publicznego lub z powodu nieustanowienia przez Partnera Publicznego Zabezpieczenia Finansowania w terminie określonym w pkt 8.1., jak również w przypadku przekroczenia z winy Podmiotu Publicznego terminu określonego w pkt 8.2. Umowy, Partnerowi Prywatnemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy z winy Podmiotu Publicznego. Podmiotowi Publicznemu nie przysługują z tego tytułu jakiekolwiek roszczenia względem Partnera Prywatnego, w tym roszczenia odszkodowawcze oraz kary umowne."

„36. Zmiany Umowy.

36.3. Na uzasadniony wniosek Instytucji Finansującej, Strony mogą wprowadzić do Umowy zmiany, których wprowadzenie ni oraz które nie prowadzą do zmiany rozkładu ryzyk i zadań pomiędzy Stronami.

36.3.1 Dopuszcza się zmianę postanowień Umowy w przypadku wystąpienia Zdarzenia

Kompensacyjnego, w zakresie wysokości Wynagrodzenia Partnera Prywatnego oraz terminów realizacji obowiązków wynikających z Umowy."

„38. Odstąpienie od Umowy przez Partnera Prywatnego.

38.5. W przypadku odstąpienia przez Podmiot Prywatny z powodu nieustanowienia przez Partnera Publicznego zabezpieczeń finansowania z przyczyn wskazanych w pkt. 8.8., Podmiotowi Prywatnemu przysługuje prawo do nałożenia na Podmiot Publiczny kary w wysokości 15% Wynagrodzenia.

38.6. Rozliczenie Stron nastąpi na zasadach określonych w pkt 43 Umowy."

Nadanie jednolitego i lustrzanego w SIWZ brzmienia dla przesłanek odpowiedzialności:

„42. Odpowiedzialność odszkodowawcza.

42.2. Łączna odpowiedzialność Partnera Prywatnego lub Podmiotu Publicznego z tytułu Umowy, niezależnie od podstawy prawnej, w tym z tytułu czynów niedozwolonych i kar umownych, nie przekroczy 20% Wynagrodzenia."

2. zmianę definicji wady istotnej i nieistotnej w sposób następujący:

„pkt 1.81 Wada Istotna - cecha istotnie zmniejszająca wartość wykonanych Robót ze względu na cel oznaczony w Umowie lub wykonanie niezgodnie z Dokumentacją projektową lub z obowiązującymi w tym zakresie warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną, normami lub innymi dokumentami wymaganymi przepisami prawa, uniemożliwiająca czynienie właściwego użytku z Przedmiotu Umowy, wyłączająca jego normalne wykorzystanie zgodnie z celem Umowy lub odbierająca mu istotne cechy właściwe lub istotne cechy wyraźnie zastrzeżone w Umowie.

Pkt 1.82 Wada Nieistotna - cecha w niewielkim stopniu zmniejszająca wartość wykonanych Robót, której usunięcie jest łatwe i możliwe do wykonania w krótkim terminie i niewielkim kosztem".

Konieczne jest także dodanie definicji:

„Odbiór z usterkami - Odbiór Końcowy Etapu Inwestycyjnego jest dopuszczalny w przypadku:

(i) stwierdzenia niewystępowania istotnych wad uniemożliwiających korzystanie z części Obiektu będącego przedmiotem czynności odbiorowych,

(ii) oraz w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad, Strony będą zobowiązane do sporządzenia ich listy, i po ich usunięciu przez Partnera Prywatnego odbiór Obiektu uważa się za bezusterkowy (jednorazowy charakter) z chwilą złożenia przez Podmiot Prywatny gotowości do przystąpienia do czynności odbiorowych",

3. nadanie załącznikowi nr 3 do SIWZ brzmienia:

- pkt 41.5.4 Załącznika nr 3 do SIWZ „Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Inwestycyjnym nie może przekroczyć 5% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny";

- pkt 41.5.4 „Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Utrzymania i Zarządzania nie może przekroczyć w danym roku rozliczeniowym 20% Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania za dany rok",

- pkt 42.2. „Łączna odpowiedzialność Partnera Prywatnego i Podmiotu Publicznego z tytułu Umowy, niezależnie od podstawy prawnej, w tym z tytułu czynów niedozwolonych i kar umownych, nie przekroczy 20% Wynagrodzenia",

- pkt 41.5.4 „odstąpienia od Umowy przez Podmiot Publiczny z przyczyn określonych w pkt 37 Umowy lub innych określonych w Umowie przyczyn stanowiących podstawę odstąpienia z winy Partnera Prywatnego w wysokości 10% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny z wyjątkiem okoliczności, o której mowa w pkt 37.1.10 Umowy;

- usunięcie pkt 41.5.6.1 „Podmiot Publiczny może naliczyć kary umowne: dotyczące Etapu Inwestycyjnego, których podstawa naliczenia ujawniła się w trakcie trwania tego etapu - do Dnia Zakończenia Umowy;"

- nadanie brzmienia pkt 12.1.9. przestrzegania wszystkich zasad określonych w Umowie o Dofinansowanie w zakresie w jakim Partner Prywatny uczestniczy w realizacji Projektu, warunków otrzymania zaliczki przez Podmiot Publiczny, wniosków o płatność i rozliczania Projektu, kontroli Projektu oraz archiwizacji dokumentów,

- nadanie brzmienia pkt 46.1. Wprowadzenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% całkowitej ceny podanej w ofercie: „W Dniu Zawarcia Umowy Partner Prywatny przedstawi Podmiotowi Publicznemu zabezpieczenie ma kwotę stanowiącą 5 % ceny całkowitej podanej w Ofercie przez Partnera Prywatnego (cena brutto).",

4. nadanie brzmienia pkt 30.1.1. „Nieusunięcia Wady Istotnej stwierdzonej na Etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres kolejnych 7 dni z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, jeżeli całkowicie uniemożliwia realizację zadań statutowych Podmiotu Publicznego zgodnie z przepisami prawa",

5. nadanie pkt IV SIWZ brzmienia: „Termin wykonania i realizacji zamówienia: w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia. Na projektowanie i budowę obiektu, 153 miesiące na etap Utrzymania i Zarządzania obiektem", z konsekwencjami we wszystkich właściwych miejscach dokumentacji przetargowej,

6. wykreślenie wymagań dotyczących zastosowania klauzul społecznych w szczególności skreślenie pkt V.2 SIWZ i wykreślenie wymogu złożenia Załącznika nr 7 - oświadczenie dot. klauzul społecznych, a także kary umownej przewidzianej w pkt 41.4.15,

7. usunięcie z tabeli zamieszczonej w pkt 9.3. załącznika nr 3 kolumny O, względnie usunięcie wskaźników procentowych,

8. uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez przekazanie wykonawcom umowy o dofinansowanie.

W uzasadnieniu odwołania, w przedmiocie zarzutu wskazanego w punkcie 1a Odwołujący podał, że Zamawiający występuje w stosunkach prawnych we własnym imieniu i działa na własny rachunek, a Polska Akademia Nauk nie odpowiada za zobowiązania Zamawiającego (art. 46 ust. 1 i 3 ustawy o Polskiej Akademii Nauk). Zatem w przypadku braku wypłacalności Zamawiającego, wykonawca pozostaje bez żadnych zabezpieczeń dla zaspokojenia swoich roszczeń. Dlatego też brak zabezpieczenia prawnego finansowania obrotowego dla Etapu Inwestycyjnego i dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17 %) wynagrodzenia za etap inwestycyjny przy jednoczesnej zdolności upadłościowej

Zamawiającego, stanowi rażące nadużycie dobrych obyczajów w tym kontrakcie oraz zasady ekwiwalentności umów. Odwołujący podkreślał, iż na etapie dialogu konkurencyjnego, Zamawiający rozumiał ten istotny problem, dlatego też zaskoczeniem jest obecne ukształtowanie treści SIWZ. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, po pierwsze z pracochłonności i czasochłonności już przeprowadzonej procedury, oraz tego jak już na tym etapie konkurencja wykonawców jest drastycznie ograniczona. W rezultacie po co najmniej dwóch latach od przystąpienia do prac konkurencyjność prowadzonej procedury została w SIWZ praktycznie wyeliminowana. Zdaniem Odwołującego żadna instytucja finansująca nie podpisze umowy o finansowanie (tu dodatkowo umowy na dziesiątki milionów złotych) bez wcześniejszego zabezpieczenia. Kształtowanie „niebankowych" warunków umowy powoduje, że zniweczony może być dotychczasowy wysiłek Zamawiającego, gdyż żadna oferta nie zostanie złożona, bądź zniszczenie zasady konkurencyjności, jeśli zostanie złożona wyłącznie jedna oferta. System PPP z trudnością rozwija się w Polsce, a kształtowanie umów jak w tym wypadku, nie stanowi zachęty dla wykonawców aby ubiegali się o takie zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na taniość proponowanego rozwiązania w porównaniu z możliwością obniżenia ceny przez wykonawców (kwota pomniejszona o sumę odsetek za takie finansowanie bez zabezpieczeń), o ile oczywiście będzie możliwość w ogóle złożenia takiej oferty. Zatem proponowane rozwiązanie jest korzystne dla Zamawiającego, zabezpiecza jego szeroko rozumiany interes i jest uzasadnione potrzebą utrzymania konkurencyjności w postępowaniu.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1b Odwołujący przywołał definicje wady istotnej oraz wady nieistotnej zawarte odpowiednio w punktach 1.81 i 1.82 umowy PPP i wskazał, że w świetle tak ukształtowanych definicji, trudno sobie wyobrazić sytuację, którą w rzeczywistości można będzie zakwalifikować pod wadę nieistotną. W związku z tym faktycznie wszelkie wady będą kwalifikowane przez Zamawiającego jako wady istotne, a to ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia nie tylko interesu wykonawcy ale przede wszystkim z punktu widzenia osiągnięcia celu postępowania, np. pkt: 1.44., 1.45., 1.57-1.59., 1.61., 1.62., tabela pkt 16.3, 16.7., 16.9., dalej pkt 22.2.5-8., 22.2.12, 29.8.4., 29.9.3-5., 29.10.1-4., 29.12., 41.4.4-7. Odwołujący uzasadniał, że w związku z powyższym epatowanie przez Zamawiającego słowami zawartymi projekcie umowy:

- np. pkt 3.3.: „Przedsięwzięcie będzie realizowane z uwzględnieniem ścisłej współpracy Stron opartej na podziale ryzyk i zadań, stosownie do postanowień Umowy, z zachowaniem zasad wzajemnej lojalności, uczciwości, dobrych obyczajów oraz poszanowania wzajemnych interesów",

- np. pkt 4.6.: „Podmiot Publiczny zobowiązuje się do współpracy z Partnerem Prywatnym w duchu wzajemnego zaufania i lojalności, mając na uwadze dążenie do efektywnego wykonywania Umowy.",

- np. pkt 4.6.: „Partner Prywatny zobowiązuje się do współpracy z Podmiotem Publicznym w duchu wzajemnego zaufania i lojalności, mając na uwadze dążenie do efektywnego wykonywania Umowy",

- np. pkt 35.1.: „Strony zobowiązują się do współpracy w ramach Umowy w dobrej wierze, z zachowaniem zasad lojalności, uczciwości, zaufania i poszanowania swoich interesów.", jest bez pokrycia w tym stanie prawnym, i nie znajduje odzwierciedlenia w treści innych zapisów umowy kształtujących obowiązki stron.

Następnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 647 KC, jednym z podstawowych obowiązków inwestora (tutaj: Zamawiającego), w ramach umowy o roboty budowlane, jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia, wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego, który ukształtował jednolitą linię w tym zakresie. Mianowicie, Sąd Najwyższy stwierdza, że z art. 647 KC wynika obowiązek inwestora do dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia. W pozostałych zaś przypadkach - tj. wystąpienia wad nieistotnych - mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji, inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W celu wykazania, iż orzecznictwo Sądu Najwyższego faktycznie we wskazany sposób wykłada treść art. 647 kodeksu cywilnego, Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 99/07, w którym Sąd Najwyższy orzekł: „a) Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, b) Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek". Odwołujący

wskazał, że wyroku z dnia 7 kwietnia 1998 r. sygn. akt II CKN 673/97, Sąd Najwyższy orzekł podobnie. Kolejnym wyrokiem Sądu Najwyższego, dowodzącym niezgodności zaskarżanego przepisu wzoru umowy z normami prawa, jest zdaniem Odwołującego wyrok z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12.

Odwołujący wskazał, że cytowana wykładnia art. 647 KC, którego naruszenie niniejszym zarzuca się Zamawiającemu oznacza, że treść wzoru umowy, w brzmieniu wskazanym przez Zamawiającego, narusza również art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 647 KC w związku z art. 353^1 KC, a co za tym idzie, pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego. Dlatego też, zaskarżane postanowienie powinno być uznane za nieważne, na podstawie art. 58 § 2 KC, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 5 KC i w związku z art. 14 ustawy Pzp, stanowiąc w istocie nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania wzoru umowy w sposób zgodny z jego potrzebami. Dlatego też, zasadnym jest żądanie Odwołującego, aby kwestionowana regulacja wzoru umowy została zastąpiona treścią proponowaną przez Odwołującego. Tym samym bowiem, spełniony zostanie obowiązek Zamawiającego do dokonania odbioru wykonania robót i wypłaty wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia podczas odbioru jedynie nieistotnych wad, które mogą być w krótkim terminie usunięte.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1c Odwołujący przywołał stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt: IV CSK 223/15. Odwołujący uzasadniał, że wynagrodzenie musi być adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów wykonawcy. Analiza wskazanych postanowień projektu umowy, wskazuje na rażącą nieekwiwalentność świadczenia, jak i biorąc pod uwagę, że wykonawcy nie mogą być de facto karani za coś co nie wynika z ich winy. Zatem nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, zagraża trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy. Postanowienia umowne przecież podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie może być utożsamiane z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku. Chociaż w orzecznictwie tak KIO, jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w Pzp ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO z 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). Wskazuje się na swobodę Zamawiającego kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010 r., sygn. akt KIO 1698/10). Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość. W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r. sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Jednakże w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 3531 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC (tak też: wyrok KIO z 09.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 r. sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

Odwołujący podnosił, iż skala i wysokość kar przewidzianych dla wykonawcy i jednocześnie brak kar dla Zamawiającego, całkowite zerwanie z zasadą równowagi stron, to wszystko wskazuje że kary tracą one charakter nawet prewencyjny, a przecież podstawowym

elementem kary umownej jest charakter odszkodowawczy.

Dalej Odwołujący wskazywał, iż rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/035). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Odwołujący wskazał, iż jest świadomy, że na gruncie ustawy Pzp nie ma równowagi stron, oraz że Zamawiający, jako podmiot wydatkujący środki publiczne, uprawniony jest do stawiania siebie w uprzywilejowanej pozycji. Jednakże, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, również i uprzywilejowana pozycja Zamawiającego winna nie przekraczać granic określonych dyspozycją normy zawartej w art. 5 KC. Na potwierdzenie ww. stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1117/17.

Odwołujący podnosił, iż w tej sytuacji nie jest tak jak w klasycznych przetargach organizowanych wyłącznie na podstawie ustawy Pzp, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Tutaj największe ryzyko ponosi wykonawca. Dlatego tym bardziej przy ocenie postanowień umowy należy dostrzec, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona.

Tymczasem projekt umowy (pkt 41.5.6.1) przewiduje nawet nakładanie karna Partnera Prywatnego po 13 latach: „dotyczące Etapu Inwestycyjnego, których podstawa naliczenia ujawniła się w trakcie trwania tego etapu - do Dnia Zakończenia Umowy;”
w sytuacji gdy etap inwestycyjny jest odebrany i zakończeniu podstawa do naliczania kar upada. Skoro więc postanowienia umowne oczywiście podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, niniejszym Odwołujący wnosi o szeroką kontrolę wskazanych powyżej regulacji umownych.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1d Odwołujący przywołał brzmienie punktu 12.1.9 umowy PPP i wskazał, że powyższy warunek narusza przepisy wskazane w petitum, dlatego też powinien zostać wykreślony i zastąpiony przepisem czyniącym zadość normom prawnym. Nadto Odwołujący wniósł o zastąpienie wadliwego przepisu wskazaną przez wykonawcę treścią.

Odnosząc się do zarzutu, o którym mowa w punkcie 1e Odwołujący podniósł, iż bliżej nieokreślona awaria a nawet usterka może być pretekstem dla Zamawiającego do wypowiedzenia umowy, co już samo w sobie narusza w sposób rażący interes wykonawcy, to nadto nawet bliżej nieokreślona błaha usterka może doprowadzić do wypowiedzenia umowy przez Partnera Publicznego. Taka czynność nie dość, że rażąco narusza interes wykonawcy, to nadto może dojść do kolejnego pokrzywdzenia w postaci nałożenia dodatkowo kary

umownej.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1f Odwołujący wskazał, że wprowadzenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% całkowitej ceny podanej w ofercie w pkt 46.1 z całą pewnością jest korzystne dla Zamawiającego, gdyż pozwoli obniżyć cenę złożonych ofert, podniesie ich konkurencyjność i atrakcyjność dla Zamawiającego, a jednocześnie wciąż doskonale zabezpiecza jego szeroko rozumiany interes.

Przechodząc do zarzutu wskazanego w punkcie 2a Odwołujący uzasadniał, że nie sposób przymuszać wykonawcy do zawarcia umowy z datą realizacji dzienną, jak w tym przypadku. Z uwagi na powyższe, Odwołujący żąda wskazania przez Zamawiającego okresu realizacji poszczególnych etapów w miesiącach od dnia podpisania umowy. Tak ukształtowane postanowienie będzie także motywujące dla Zamawiającego jeśli rzeczywiście chce, aby zamówienie zostało zrealizowane do określonej daty, to będzie zmotywowany do sprawnego i rzetelnego przeprowadzenia procedury w celu jak najszybszego podpisania umowy. Nadto Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Koncepcją NOWEGO PZP prezentowaną przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Rozwoju oraz Urząd Zamówień Publicznych: „Wśród postanowień, które mogłyby zostać wskazane jako obowiązkowe elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny znaleźć się m.in: postanowienia dotyczące zalecanego terminu wykonania umowy określonego

w jednostkach czasu z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE, płatności częściowych, klauzul waloryzacyjnych, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż dwanaście miesięcy, czy obowiązku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.”

W zakresie zarzutu z punktu 2b Odwołujący podkreślił, iż na etapie zaproszenia do

składania ofert (w ogłoszeniu o postępowaniu oraz w trakcie dialogu konkurencyjnego brak takiego wymogu) i wymogu złożenia Załącznika nr 7 - Oświadczenie dot. klauzuli społecznych. Odwołujący zwracał uwagę na okres trwania umowy, na tendencję dotyczącą wskaźnika bezrobocia oraz na politykę społeczną i socjalną rządu, gdzie w tym ostatnim obszarze są to sfery, na które żaden oferent nie ma wpływu, więc nie powinien ponosić z tego tytułu żadnego ryzyka kontraktowego. Przerzucanie ryzyka generowanego przez rząd, w dodatku w całości nieprzewidywalnego - na wykonawcę z całą pewnością narusza dobre obyczaje.

Odnośnie zarzutu wskazanego w punkcie 2c Odwołujący dokonując analizy tabeli zawartej w punkcie 9.3 umowy PPP wskazał, że wykładając jej treść logicznie należy dojść do wniosku, że wynagrodzenie za etap inwestycyjny w PKT 1 tabeli jest określone jako 100%, a maksymalne wysokości części A i B zostały zdefiniowane zgodnie z ww. zapisami jako maksymalna wysokość wynagrodzenia za etap inwestycyjny, czyli wysokość ceny ofertowej. Podał, że część C = 100% wynagrodzenia za etap inwestycyjny - 83,37% wynagrodzenia za etap inwestycyjny (zdefiniowane max. 62 752 266,25 PLN brutto) - 2,46% wynagrodzenia za etap inwestycyjny (zdefiniowane max. 1 851 604,15 PLN brutto) =14,17 %

Co oznacza czysto matematycznie, że kwota wynagrodzenia za etap inwestycyjny nie może przekroczyć 75.269.600,9 PLN brutto, tzn. 61.194.797,5 netto. Ponieważ, gdy x to Wynagrodzenia za etap inwestycyjny:

83,37%*x= 62 752 266,25

X=62 752 266,25/83,37

X=75.269.600,9 PLN brutto - maksymalna możliwa wysokość wynagrodzenia za etap inwestycyjny zgodnie z pkt. 9.3 Umowy PPP, ponieważ zdefiniowano maksima dla 83,37% ze 100% oraz dla 2,46% ze 100 %. Z tego też powodu, ukształtowanie tabeli jest zdaniem Odwołującego nielogiczne, z tego też powodu Odwołujący wnosi o usunięcie kolumny C.

W końcu odnosząc się do zarzutu z punktu 2d odwołania Wykonawca wskazał, iż umowa o dofinansowanie w sposób naturalny przekłada się na ocenę działań i zaniechań wykonawcy przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. Umowa ta również pokazuje na ile Zamawiający od niej odstąpił, kreując własne postanowienia umowy w Załączniku nr 3. Powyższe w sposób naturalny przekłada się na pełną wiedzę wykonawcy oraz na atrakcyjność dla Zamawiającego sposobu kalkulacji ceny przez oferentów.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że zasadne jest także zwrócenie uwagi na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r. (II CSK 528/10), gdzie został wyrażony pogląd, że w ramach wyrażonej w art. 353^1 KC zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, która może się wyrażać nieekwiwalentnością ich wzajemnej sytuacji prawnej. Nieekwiwalentność ta stanowiąc wyraz woli stron nie wymaga, co do zasady, wystąpienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały. Jednakże obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący doszło wskutek świadomego lub tylko spowodowanego niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lipca 2019 r. wniósł

o oddalenie odwołania w całości.

W przedmiocie zarzutu odwołania wskazanego w punkcie 1a Zamawiający wskazał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego brak wprowadzenia wnioskowanych przez niego zapisów utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy.

Zamawiający uzasadniał, że treść SIWZ wraz z załącznikami nie ogranicza w żaden sposób możliwości wykonawcy w zakresie ustanawiania prawnych zabezpieczeń wykonania Umowy. Uczestnik postępowania, który przy finansowaniu inwestycji będzie korzystał ze środków np. instytucji finansowych, może ustanawiać zabezpieczenia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Analiza treści odwołania w tym zakresie, prowadzi do wniosku, iż Odwołujący formułując zarzut wskazuje na brak zabezpieczeń ze strony Zamawiającego. Innymi słowy oczekuje wprowadzenia do Umowy postanowień zabezpieczających jego umowy z instytucjami finansowymi lub postanowień gwarantujących ustanowienie żądanych przez niego zabezpieczeń. Zamawiający zwrócił uwagę na proponowane brzmienie umowy pkt 1.93 - Otwarcie Finansowania oraz 1.94 - Zamknięcie Finansowania.

Odnosząc się do argumentów podniesionych w treści odwołania w zakresie zdolności

upadłościowej oraz braku ekwiwalentności umów Zamawiający wskazał, iż posiadanie przez Zamawiającego zdolności upadłościowej było uczestnikom postępowania znane od początku prowadzonej procedury. Przepisy prawa w tym zakresie nie uległy zmianie od dnia wszczęcia postępowania. Podejmując decyzję o udziale w postępowaniu wszyscy wykonawcy mieli, lub co najmniej powinni mieć świadomość, że Zamawiający taką zdolność posiada, co wynika bezpośrednio z art. 67 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1183). Nadto Zamawiający podkreślał, iż umowa nie jest typową umową o roboty budowlane, a umową o partnerstwo publiczno-prywatne. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r, o partnerstwie publiczno-prywatnym - 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. Przepis jasno wskazuje, iż poniesienie wydatków lub zapewnienie poniesienia ich przez osobę trzecią jest obowiązkiem partnera prywatnego a nie podmiotu publicznego. Odwołujący nie wykazał w treści odwołania, dlaczego nie może zabezpieczyć umów z instytucjami finansowymi we własnym zakresie, tylko oczekuje tego rodzaju działań od Zamawiającego. Nie wykazał również co stoi na przeszkodzie sfinansowaniu realizacji inwestycji z własnych

środków, podczas gdy w trakcie postępowania wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej

i ekonomicznej na poziomie 40.000.000,00 zł. Przedłożone Zamawiającemu pismo (Commerzbanku z 8 marca 2018 r.) jasno wskazuje, iż Odwołujący posiada możliwość finansowania przedmiotowego zamówienia prowadzonego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Nie można się zatem zgodzić z twierdzeniem, jakoby brak zabezpieczenia spłaty należności ze strony Zamawiającego w jakikolwiek sposób utrudniał czy uniemożliwiał przygotowanie i złożenie oferty. Z dokumentów przekazanych wszystkim uczestnikom dialogu w grudniu 2018 r., w szczególności wniosku o dofinansowanie, jasno wynika obowiązek partnera prywatnego do wniesienia wkładu własnego na poziomie minimum 12,5% oraz wkładu własnego podmiotu publicznego na poziomie 2,5%. Pozostała część inwestycji ma zostać sfinansowana z dotacji. Wszyscy uczestnicy dialogu zostali zatem poinformowani o sposobie finansowania przedmiotowej inwestycji. Struktura finansowania została przedstawiona i znalazła swój wyraz również w treści formularza ofertowego poprzez ograniczenie procentowe wynagrodzenia za część inwestycyjną, która ma być sfinansowana z dotacji ze środków UE. Analizując treść umowy w zakresie zarzutów wskazanych w treści odwołania, rozkład praw i obowiązków stron należy odczytywać w świetle całokształtu umowy oraz obowiązujących przepisów, a nie jedynie wybranych pojedynczych rozwiązań. Odwołujący w treści odwołania zupełnie pominął fakt wprowadzenia szeregu zapisów umownych działających na korzyść Odwołującego, pomimo braku ustawowych obowiązków w tym zakresie dla Zamawiającego, stąd nie można się zgodzić z twierdzeniami o naruszeniu dobrych obyczajów czy zasady ekwiwalentności umów, m.in.: wprowadzono płatności częściowe za Etap Inwestycyjny - pkt 13.1.1 umowy PPP. Zamawiający wskazał, iż proponowany w ww. punkcie umowy zapis nie jest standardowym zapisem w przypadku umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Przedmiotowa inwestycja jest współfinansowana ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Działaniem standardowym i zalecanym jest w takim przypadku utworzenie rachunku powierniczego, na który zostaną przekazane środki finansowe od Instytucji Zarządzającej (dotacja), a następnie stopniowe ich uwalnianie w okresie utrzymania i eksploatacji. Takie rozwiązanie najpełniej realizuje definicję umowy ppp określoną w art. 7 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Co więcej jest dla Zamawiającego rozwiązaniem korzystnym, ponieważ wykonawca

w przypadku zaniechać na etapie utrzymania i zarządzania może nie otrzymać finansowania jeszcze za etap inwestycyjny.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom uczestników dialogu przewidział, iż całą kwotę dotacji rozliczy i przekaże wykonawcy po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego, dodatkowo w transzach, aby koszty inwestycji mogły ulec optymalizacji, a wykonawca nie był obciążony nadmiernymi kosztami finansowania inwestycji (tak jakby miało to miejsce w przypadku jednorazowej zapłaty po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego lub uwalnianiu środków z dotacji w okresie Utrzymania i Zarządzania wynoszącym 13 lat). Przyjęte rozwiązanie oznacza, iż ok. 85% kwoty zamówienia pochodzącej z dotacji oraz wkład własny podmiotu publicznego w wysokości ok. 2,5% (razem w uproszczeniu 87,5%) wykonawca otrzyma po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego. Jest to rozwiązanie wyjątkowo korzystne dla ewentualnego wykonawcy. Co ważne, zamawiający na etapie prowadzenia dialogu konkurencyjnego wypracował ww. sposób finansowania, po uzyskaniu uprzedniej zgody ze strony Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju. Tylko dzięki aktywności zamawiającego w tym zakresie wypracowano pierwszy w Polsce model finansowania partnerstwa publiczno-prywatnego hybrydowego, który nie obciąża Odwołującego kwalifikowalnością/niekwalifikowalnością wydatków.

Zgodnie z Wytycznymi w zakresie zagadnień związanych z przygotowaniem projektów inwestycyjnych, w tym projektów generujących dochód i projektów hybrydowych na lata 2014-2020 (dalej jako „wytyczne ppp") projekty hybrydowe mogą być realizowane w oparciu o 4 modele (przygotowane przez inicjatywę JASPERS). Jedynym możliwym

modelem do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu był Model 4 - Projektuj-Buduj-Finansuj- Eksploatuj. W tym modelu projekt jest realizowany w oparciu o umowę PPP, która obejmuje projektowanie, budowę i finansowanie oraz eksploatowanie inwestycji, a nakłady inwestycyjne, które podlegają refundacji są ponoszone przez partnera prywatnego (Rozdział 13, str. 85 wytycznych ppp). Tylko dzięki staraniom Zamawiającego Ministerstwo wyraziło zgodę na model finansowania, w którym partner nie będzie odpowiedzialny za kwalifikowalność wydatków, co jest dużo korzystniejszym rozwiązaniem dla uczestników postępowania. Ocena kwalifikowalności wydatków została przeniesiona na ocenę prawidłowości wydatków ponoszonych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze fakt przyjęcia tak korzystnego sposobu przekazania środków pochodzących z dotacji dla wykonawcy, w ocenie Zamawiającego brak przewidzenia zabezpieczeń należności dla wykonawcy nie narusza przepisów prawa ani równowagi kontraktowej. Zamawiający nie ma prawnego obowiązku ustanawiania zabezpieczeń na rzecz wykonawcy, nie ma również obowiązku wprowadzania cesji wierzytelności. Nie można również zapominać, iż Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, zatem nie może zaciągać zobowiązań, których nie będzie mógł spłacić.

Odnosząc się do proponowanych przez Odwołującego zapisów umowy Zamawiający podkreślił, że:

- ustanowienie hipotek nie należy tylko i wyłącznie do decyzji Zamawiającego. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1302 z późn. zm.) do dokonania przez państwową osobę prawną czynności prawnej w zakresie rozporządzenia składnikami aktywów trwałych w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, zaliczonymi do wartości niematerialnych

i prawnych, rzeczowych aktywów trwałych lub inwestycji długoterminowych, w tym wniesienia

ich jako wkładu do spółki lub spółdzielni, wymaga zgody Prezesa Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej - jeżeli wartość rynkowa składników aktywów trwałych przekracza 5 000 000 złotych (art. 38 ust. 1 pkt 2). Nie jest zatem możliwe wpisanie do Umowy skutecznego zobowiązania Zamawiającego do ustanowienia tego rodzaju zabezpieczenia. Wystąpienie o taką zgodę wymaga wskazania wartości zobowiązania oraz nazwy wykonawcy. Zamawiający nie może skutecznie zobowiązać się do ustanowienia tego rodzaju zabezpieczenia,

- propozycja poręczeń lub współzobowiązania jest również wykluczona, ponieważ byłyby to poręczenia instytucji niepowiązanych z Zamawiającym i Zamawiający nie może po swojej stronie wpisać obowiązku ich ustanowienia, w szczególności biorąc pod uwagę fakt braku informacji co do wysokości takiego poręczenia oraz podmiotu, na rzecz którego miałoby nastąpić. Nie można oczekiwać, że instytucja niepowiązana z Zamawiającym udzieli np. promesy poręczenia przy braku informacji co do kwoty i podmiotu, na rzecz którego poręczenie miałoby zostać ustanowione,

- bezwarunkowa gwarancja bankowa powoduje z kolei nadmiernie wysokie koszty po stronie Zamawiającego, podczas gdy finansowanie zgodnie z art. 7 ustawy PPP należy do obowiązków partnera prywatnego;

- cesja wierzytelności - cesja wierzytelności z Umowy o Dofinansowanie wyklucza przekazywanie środków z dotacji w formie zaliczki dla Zamawiającego, zatem przy jej wprowadzeniu nie będzie możliwości częściowych płatności za etap inwestycyjny zgodnie z §5 ust. 7 Umowy o Dofinansowanie: „Przeniesienie praw z Umowy (cesja wierzytelności) wymaga zgody Instytucji Zarządzającej RPO WiM wyrażonej w formie pisemnej.
W przypadku dokonania cesji wierzytelności, dofinansowanie nie może być przekazywane Beneficjentowi w formie zaliczki”.

Podsumowując Zamawiający podniósł, że Odwołujący w zakresie stawianego zarzutu, biorąc pod uwagę treść umowy, zmierza do ukształtowania jej treści w sposób korzystny dla potencjalnego wykonawcy, w oderwaniu jednak od obowiązujących przepisów prawa. Pomimo wpisania korzystnego sposobu rozliczania umowy poprzez przekazanie całej kwoty dotacji już na Etapie Inwestycyjnym oraz przejęcia przez Zamawiającego ryzyka uznania wydatków za kwalifikowalne/niekwalifikowalne, oczekuje ustanowienia szczególnych zabezpieczeń swoich należności, w tym poprzez propozycje rozwiązań niemożliwych
w świetle obowiązujących przepisów i przyjętych rozwiązań w umowie niezaskarżonych przez uczestników postępowania.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie zaskarżył postanowień umowy PPP wskazujących na jego zdolność ekonomiczną i finansową do wykonania umowy PPP tj.: pkt 4.7.6, 4.7.9 oraz 6.1.1.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w punkcie 1b Zamawiający podniósł, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego brak wprowadzenia wnioskowanych przez niego zapisów utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla

niego zapisów wzoru umowy. W ocenie Zamawiającego wskazana definicja jest jasna i precyzyjna, w żaden sposób nie utrudnia udziału w postępowaniu ani nie powoduje pogorszenia sytuacji wykonawcy w stosunku do pozostałych uczestników dialogu. Podane przez Odwołującego wyroki są chybione w kontekście zapisów umownych. Zostały wydane w sprawach, w których zapisy umów brzmiały inaczej, niż w przedmiotowym postępowaniu. Po raz kolejny autor odwołania wybiórczo przytoczył zapisy wzoru umowy, nie dokonując ich należytej interpretacji. Umowa przewiduje szereg postanowień dotyczących odbioru zarówno dokumentacji projektowych, jak i poszczególnych etapów procesu inwestycyjnego, tj. 22.2.5 - 22.2.5, 22.2.6, 22.2.7, 22.2.8.

Umowa reguluje zatem szczegółowo proces odbiorowy oraz sposób postępowania w przypadku stwierdzenia wady istotnej lub nieistotnej. Przy czym w przypadku powstania sporu została w umowie przewidziana Procedura Rozstrzygania Sporów (Rozdział 45 Umowy). Odnosząc się do odbiorów robót budowlanych na Etapie Inwestycyjnym, również zostały szczegółowo uregulowane w Rozdziale 29 Umowy. Sposób dokonywania odbiorów oraz definicje wady istotnej i nieistotnej są powiązane ściśle ze sposobem rozliczenia projektu z Instytucją Zarządzającą. Po wykonaniu danego etapu prac zamawiający wystąpi do Instytucji Zarządzającej o zaliczkę, na podstawie wystawionej faktury przez wykonawcę, następnie dokona jej opłaty w wysokości otrzymanej dotacji powiększonej o wkład własny zamawiającego. Ponieważ otrzymaną zaliczkę należy rozliczyć, tj. potwierdzić opłacenie faktury w 100%, wprowadzono następujące zapisy powiązane z czynnościami odbiorowymi: 29.9.4 i 29.9.5. Brak odbioru może powodować jedynie wystąpienie Wady Istotnej (stąd brak uzasadnienia dla oparcia w orzeczeniach przedstawionych w treści odwołania); wystąpienie wad nieistotnych nie stoi na przeszkodzie w dokonaniu odbioru, jednak na potrzeby pełnego rozliczenia wniosku o płatność, usunięcie wad nieistotnych jest warunkiem przedłożenia przez wykonawcę kolejnej faktury. Wskazane zapisy mają swoje uzasadnienie w połączeniu z korzystnym dla wykonawcy sposobem przekazania środków pochodzących z dotacji. Środki przekazywane dla wykonawcy w trakcie realizacji Umowy (pochodzące z budżetu UE) będą w istocie wymagały wystąpienia przez zamawiającego o tzw. zaliczkę, która następnie podlega rozliczeniu. Zgodnie z 9 ust. 6 UOD Przekazanie Beneficjentowi kolejnej zaliczki nastąpi po rozliczeniu w 100% wcześniej udzielonej zaliczki oraz po zatwierdzeniu przez Instytucję Zarządzającą RPO WiM wcześniejszych wniosków o płatność. Brak pełnego rozliczenia pierwszej zaliczki uniemożliwia przekazanie kolejnej, stąd konieczność usunięcia wad nieistotnych przed wystąpieniem o kolejną zaliczkę do Instytucji Zarządzającej. Dlatego koniecznym stało się wprowadzenie zapisu warunkującego wystawienie kolejnej faktury usunięciem również wad nieistotnych.

Zamawiający podkreślał, iż rozliczenia nie będą następowały częściej niż co 6 miesięcy, zatem wykonawcy będą mieli dostatecznie długi czas na usunięcie wad nieistotnych. Nadto czynności odbiorowe zostały również uregulowane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Zgodnie z pkt 2.9.1.3 - Odbiór częściowy polega na ocenie ilości i jakości wykonanych części robót. Odbioru częściowego robót dokonuje się dla zakresu robót określonego w dokumentach umownych wg zasad jak przy odbiorze ostatecznym robót. Odbioru robót dokonuje Inspektor nadzoru. Oznacza to, iż przyjęto model dokonywania odbiorów prac, które zostały wykonane. Zatem niewykonanie prac nie tyle spowoduje brak odbioru, ile niewykonanie danych elementów spowoduje ich odebranie na kolejnym odbiorze. Powyższe potwierdzają zapisy umowy PPP w części dotyczącej płatności, tj. pkt 13.1.1.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 1c Zamawiający wskazał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. W pierwszej kolejności Odwołujący nie wykazał, dlaczego zapisy wzoru umowy utrudniają mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie bardziej korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy.

Zamawiający wskazał, iż analiza odwołania pozwala przyjąć, że zakwestionowane zostały postanowienia 41.4.1, 41.5.4, 41.5.5, 41.5.6.1 oraz 42.2. Zamawiający zwrócił uwagę na nieścisłość zarzutów wykonawcy odnośnie braku w umowie zastrzeżenia kar umownych obciążających Zamawiającego. Postanowienia 41.5.1 oraz 41.5.2 projektu umowy przewidują obowiązek zapłaty przez Podmiot Publiczny kar umownych na rzecz Podmiotu Prywatnego. Przypadki aktualizujące odpowiedzialność zamawiającego z tytułu kar umownych dotyczą odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy przez Partnera Prywatnego z winy Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, że pozostałe obowiązki Zamawiającego wobec wykonawcy stanowią obowiązki pieniężne (zapłata wynagrodzenia), zatem ich niewykonanie, zgodnie z art. 483 § 1 KC nie mogło stanowić źródła powstania kary umownej. W konsekwencji, kara umowna na rzecz wykonawcy została zastrzeżona we wszystkich dopuszczalnych prawnie przypadkach. Powyższe jednoznacznie zatem świadczy o tym, że argument dotyczący nierówności stron i wykorzystania przez Zamawiającego swojej dominującej pozycji do zastrzeżenia kar umownych wyłącznie na swoją rzecz nie mogą być uznane za zasadne.

Następnie Zamawiający wskazał, że postanowienia, których zmiany domaga się wykonawca dotyczą (z jednym wyjątkiem) postanowień „zatrzymujących" kary umowne, tj. dotyczących maksymalnych limitów odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych. Jako takie, postanowienia te nie stanowią bezpośredniej podstawy do naliczenia kar

umownych, a jedynie określają granice odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu. Podstawy do naliczenia samych kar umownych stanowią postanowienia 41 A. 1 41.4.15 projektu umowy, które nie zostały przez wykonawcę zakwestionowane (poza postanowieniem 41.5.4). Świadczy to o tym, że Odwołujący nie kwestionuje co do zasady wysokości jednostkowej kar umownych za poszczególne naruszenia postanowień umowy, uznając ich wysokość za proporcjonalną do wysokości mogącej powstać po stronie Zamawiającego szkody a także wagi interesu publicznego, który chronią.

Należy podnieść, że postanowienia 41.5.4, 41.5.5, 41.5.6.1 oraz 42.2 wzoru umowy ustanawiające górną granicę odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych są korzystne dla wykonawcy, ponieważ uniemożliwiają naliczenie kar umownych powyżej ustanowionych granic. Dzięki temu, wykonawca jest w stanie z góry wykalkulować maksymalną wysokość swojej potencjalnej odpowiedzialności z tytułu kar umownych.

Takie postanowienia nie są przy tym wymagane prawem, Zamawiający mógł z nich całkowicie zrezygnować i poprzestać na wskazaniu stawki procentowej kary umownej za określone przypadki naruszenia postanowień umownych, zdecydował się jednak zastosować ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy w celu dodatkowej ochrony jego interesów.

Zamawiający uzasadniał, iż naliczenie kar umownych w projekcie umowy zostało uzależnione od wystąpienia zwłoki, a nie opóźnienia w wykonaniu określonych obowiązków przez wykonawcę. Oznacza to, że aby zaistniała podstawa do naliczenia kary umownej, niewykonanie zobowiązania we wskazanym w umowie terminie musi wynikać z winy wykonawcy. W takim wypadku uznaje się, że termin końcowy naliczania kary umownej zależny jest wyłącznie od dłużnika, w związku z czym dłużnik jest w stanie samodzielnie ustalić, kiedy termin ten nastąpi. W orzecznictwie uznaje się, że w takich przypadkach, dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej bez wskazywania jej górnej granicy. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 czerwca 2017 r. (IV CSK 525/16).

Zamawiający argumentował, że zakwestionowane postanowienia 41.5.4, 41.5.5, 41.5.6.1 oraz 42.2 wzoru umowy są korzystne dla wykonawcy i stanowią zabezpieczenie jego interesu. Natomiast uzasadnieniem dla zastrzeżenia w pkt 41.4.1 projektu umowy kary umownej w razie odstąpienia od umowy z winy Partnera Prywatnego w wysokości wyższej niż przewidziana w przypadku odstąpienia od umowy z winy zamawiającego jest waga interesów podlegających ochronie. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że w przypadku niewykonania umowy przez wykonawcę z jego winy, ryzyko obciążające Zamawiającego jest daleko większe, niż ryzyko wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest bowiem rozliczyć otrzymane dofinansowanie, w razie stwierdzenia nieprawidłowości, musi liczyć się z koniecznością zwrotu otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami. Natomiast po stronie wykonawcy zachodzi jedynie ryzyko braku osiągnięcia zakładanego zysku. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, kary umowne zastrzeżone w umowach o wykonanie zamówień publicznych mają na celu nie tylko zabezpieczenie zamawiającego przed powstaniem ewentualnej szkody, lecz również pełnią funkcję dyscyplinującą ewentualnych wykonawców, aby terminowo i prawidłowo wykonywali swoje zobowiązania. W orzeczeniu KIO/UZP 1839/09 z dnia 19 lutego 2012 r. wskazano, że zasada swobody umów w ustawie Pzp doznaje ograniczenia już na etapie tworzenia siwz, bowiem zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika również z przepisów ustawy Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. ustawy Pzp), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 ustawy Pzp). W świetle powyższego, nie można uznać, że wskazywana różnica w wysokościach kary umownej za odstąpienie od umowy świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego swojej dominującej pozycji.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1d Zamawiający wskazał, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego wprowadzenie zapisu utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy. W ocenie Zamawiającego wskazany zapis w żadnym stopniu nie powoduje „przerzucenia" ryzyka ponoszenia kwalifikowalności wydatków na wykonawcę. Taki zapis musiałby być powiązany z zapisem, wskazującym, iż w przypadku uznania wydatków za niekwalifikowalne odpowiedzialność ponosi partner prywatny. Wprowadzenie kwestionowanego zapisu do wzoru umowy ma swoje oparcie w treści Umowy

o Dofinansowanie.

Treść pkt 12.1.9 umowy PPP wynika z treści UoD, która w §26 ust. 18 stanowi: „Beneficjent zobowiązany jest do wprowadzenia praw i obowiązków wynikających z Umowy do Umowy PPP zawartej z Partnerem prywatnym pod rygorem określonym w § 23 ust. 1

pkt 8" (pod rygorem rozwiązania UoD). Stąd wprowadzenie kwestionowanej klauzuli było obowiązkiem Zamawiającego. Wniosek o dofinansowanie wraz z umową o dofinansowanie zostały udostępnione wszystkim uczestnikom już 17 grudnia 2018 r., zatem Odwołujący przy dołożeniu minimum staranności winien znać podstawy wprowadzania kolejnych, związanych z zapisami umowy o dofinansowanie zapisów umowy ppp. Zamawiający miał obowiązek narzucić wykonawcy przestrzeganie zasad wynikających z UoD. Odwołujący kwestionując zapis Umowy jednocześnie nie zakwestionował pozostałych zapisów dotyczących jego obowiązków w zakresie dofinansowania wynikających z treści Umowy, do realizacji których konieczna jest znajomość zasad określonych w Umowie o Dofinansowanie m.in. zawartych w punktach 12.1.4, 12.1.6, 13.1.4. Mając na uwadze powyższe, nałożenie na Odwołującego obowiązku przestrzegania zasad określonych w UoD w zakresie w jakim Partner Prywatny uczestniczy w realizacji Projektu jest w pełni uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu z punktu 1e Zamawiający uzasadniał, że w jego ocenie Odwołujący kwestionuje inny pkt niż wskazany w odwołaniu, tj. 39.1.1 - przesłankę wypowiedzenia Umowy w razie Nieusunięcia Awarii, Wady, usterki stwierdzonej na Etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres kolejnych 7 dni z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, jeżeli całkowicie uniemożliwia realizację zadań statutowych Podmiotu Publicznego zgodnie z przepisami Prawa. Zdaniem Zamawiającego zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie z uwagi na to, iż nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego wprowadzenie zapisu utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy. Zamawiający wskazał, iż wszyscy uczestnicy dialogu było informowani o fakcie prowadzenia długotrwałych i kosztownych badań naukowych przez zamawiającego, w tym badań na zwierzętach, których przerwanie skutkuje koniecznością zwrotu wielomilionowych dotacji i grantów. Nie jest prawdziwe twierdzenie, iż bliżej nieokreślona usterka może być pretekstem do wypowiedzenia umowy. Zapis umowy ogranicza się jedynie do nieusunięcia Wady lub Usterki całkowicie uniemożliwiającej realizację zadań statutowych zgodnie z przepisami prawa. Niemniej nieprzerwana działalność Instytutu w zakresie dotyczącym jego statutowych działań jest niezbędna. Zapis w istocie jest korzystny dla Odwołującego, ponieważ nie pozwala na wypowiedzenie umowy z jakiejkolwiek przyczyny, a jedynie w przypadku całkowitego uniemożliwienia prowadzenia działalności statutowej, przy czym wypowiedzenie umowy będzie wymagało udowodnienia braku całkowitej możliwości prowadzenia działalności statutowej ze strony Zamawiającego. Ciężar dowodu w tym zakresie będzie spoczywał na Zamawiającym.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1f Zamawiający wskazał, iż zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego wprowadzenie zapisu utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy. Kwestionowanie na tym etapie procedury wysokości zabezpieczenia wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu, świadczyć może jedynie o braku elementarnej wiedzy z zakresu prawa zamówień publicznych. W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji VI.3.9 wskazano, iż „Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę 10 % ceny brutto podanej w ofercie." Stąd parametr nie może ulec zmianie na obecnym etapie procedury. Przyjęta wysokość zabezpieczenia jest zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowy zapis znajdował się w treści ogłoszenia o zamówieniu i nie był kwestionowany na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ustosunkowując się do zarzutu wskazanego w punkcie 2a odwołania Zamawiający podał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący nie wykazał, dlaczego wprowadzenie zapisu utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu, ograniczając się w istocie do wskazania jednostronnie korzystnych dla niego zapisów wzoru umowy. Zamawiający podkreślał, iż wskazanie terminu wykonania datą dzienną nie jest zakazane przepisami prawa. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał braku realności wskazanego terminu, który jest związany z okresem rozliczeniowym obecnej perspektywy finansowej oraz zapisami Umowy o Dofinansowanie. Nadto wskazany we wzorze Umowy termin jest zgodny z propozycją Odwołującego, którą przesłał Zamawiającemu w trakcie dialogu konkurencyjnego. W chwili obecnej Odwołujący kwestionuje w istocie termin realizacji, który podczas dialogu wskazał jako realny. Dalej Zamawiający wskazał, iż koncepcja nowej ustawy Pzp, do której odwołuje się Odwołujący również wskazuje: „Wśród postanowień, które mogłyby zostać wskazane jako obowiązkowe elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny znaleźć się postanowienia dotyczące zalecanego terminu wykonania umowy określonego w jednostkach czasu

z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione, np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE [...]", a z takim projektem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Wskazane terminy są terminami realnymi. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na szeroki katalog możliwych zmian umowy, w tym terminów, w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w treści Umowy PPP.

Przechodząc do zarzutu z punktu 2b Zamawiający wskazał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Do wprowadzenia klauzul społecznych Zamawiający zobowiązał się na etapie składania wniosku o dofinansowanie, do którego dostęp wszyscy uczestnicy dialogu uzyskali w dniu 17 grudnia 2018 r. W procedurze dialogu konkurencyjnego opis przedmiotu zamówienia jest przekazywany wraz z zaproszeniem do składania ofert, stąd wprowadzenie klauzul społecznych na tym etapie jest w pełni uzasadnione i zgodne z przepisami prawa.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2c Zamawiający wyjaśnił, że nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. W pierwszej kolejności Odwołujący nie wykazał, dlaczego wprowadzenie zapisu utrudnia mu złożenie oferty w porównaniu z innymi uczestnikami dialogu. Wskazanie maksymalnego procentowego poziomu wynagrodzenia w stosunku do ceny ofertowej za etap inwestycyjny jest związane z treścią Umowy o Dofinansowanie oraz wysokością wkładu własnego Zamawiającego. Mechanizm w założeniu zapewnia również pełne wykorzystanie kwoty dotacji, co leży w interesie publicznym. Mechanizm w żadnym stopniu nie ogranicza łącznej wartości wynagrodzenia, jakie otrzyma potencjalny wykonawca. Ogranicza jedynie wysokość wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny wypłaconego ze środków pochodzących z dotacji oraz z wkładu własnego zamawiającego. Nadwyżka ponad maksymalne kwoty zostanie wypłacona zgodnie z harmonogramem płatności na etapie Utrzymania i Zarządzania. Odwołujący może dowolnie ukształtować wysokość wynagrodzenia, z tym, że powyżej określonego pułapu Zamawiający dokona zapłaty w okresie Utrzymania i Zarządzania.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2d Zamawiający wskazał, że zarzut jest nieprawdziwy. Wszyscy uczestnicy dialogu otrzymali pełny dostęp nie tylko do Umowy o Dofinansowanie, ale również do wniosku o dofinansowanie od dnia 17 grudnia 2018 r. W związku z tym brak dołączenia UoD jako oddzielnego załącznika do SIWZ nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia wykonawców. Każdy z uczestników dialogu otrzymał pełny dostęp już w 2018 r. i przy dołożeniu minimum należytej staranności mógł się z nimi zapoznać. Sam Odwołujący, po otrzymaniu tych dokumentów, wielokrotnie domagał się wyjaśnień poszczególnych zapisów, co w ocenie Zamawiającego świadczy o zapoznaniu się z przekazanymi dokumentami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex A Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 sierpnia 2019 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, zaproszenie do złożenia oferty skierowane do Odwołującego, korespondencję między Zamawiającym a Konsorcjum Hochtief w toku dialogu wraz z protokołami ze spotkań negocjacyjnych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 sierpnia 2019 r.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 353^1 oraz art. 484 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w treści SIWZ rażąco wygórowanych kar umownych mogących być zastosowanych przez Zamawiającego, których to poziom jest nieakceptowalny, przy jednocześnie braku określenia

przesłanek dla możliwości nałożenia na niego kary umownej przez wykonawcę w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła punktu 41.5.6.1 załącznika nr 3 do SIWZ.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Hochtief zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 3 do SIWZ stanowiła Umowa o partnerstwie publiczno - prywatnym w przedmiocie realizacji przedsięwzięcia pn.: „Budowa Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności w formule partnerstwa publiczno - prywatnego hybrydowego" [zwana dalej „umową PPP"]. Jednym z załączników do umowy PPP była umowa o dofinansowanie wraz z załącznikami [zwana dalej „UoD"].

Zgodnie z sekcją VI.3) pkt 9 ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę 10 % ceny brutto podanej w ofercie. Powyższy zapis został zawarty również w rozdziale XVI pkt 1 SIWZ oraz w punkcie 46.1 umowy PPP.

Zgodnie z działem IV SIWZ, termin wykonania i realizacji zamówienia: od dnia zawarcia umowy do 31 marca 2022 r. na projektowanie i budowę obiektu, 153 miesiące na etap Utrzymania i Zarządzania obiektem.

W punkcie V.2. SIWZ zawierającym dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia w zakresie klauzul społecznych Zamawiający postawił wymóg, iż oferty złożone w postępowaniu muszą zawierać deklarację spełnienia klauzuli społecznej. W celu spełnienia ww. klauzuli, Wykonawca/Partner Prywatny zobowiązany był oświadczyć, iż do realizacji zamówienia, przez cały okres trwania umowy, będzie zatrudniać co najmniej pięć osób w okresie Etapu Inwestycyjnego oraz co najmniej jedną osobę w okresie Etapu Utrzymania i Zarządzenia, z poniższych grup:

- osobę niepełnosprawną w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,

lub

- osobę bezrobotną skierowaną z Urzędu Pracy,

lub

- osobę młodocianą w celu przygotowania zawodowego,

lub

- osobę, o której mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym z 13 czerwca 2003 r. lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Nadto jak wynika z SIWZ, Wykonawca/Partner Prywatny może zatrudnić większą ilość osób z powyżej wskazanych grup. Natomiast, spełnienie warunku dotyczy zatrudnienia pięciu osób w okresie Etapu Inwestycyjnego oraz jednej osoby w okresie Etapu Utrzymania i Zarządzania. Zatrudnienie w wymiarze adekwatnym do wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Na etapie wyboru oferty warunek weryfikowany będzie na podstawie oświadczenia Wykonawcy/Partnera Prywatnego. W związku z powyższym Wykonawca/Partner Prywatny jest zobowiązany do dołączenia do oferty wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ. Wykonawcy/Partnerzy Prywatni, którzy złożą ofertę bez deklaracji spełnienia klauzuli społecznej - zostaną jednokrotnie wezwani do uzupełnienia dokumentu.

W punkcie 1.81 umowy PPP Zamawiający podał definicję wady istotnej, zgodnie z którą, to wada powodująca (bezpośrednio lub pośrednio) niezdatność Dokumentacji Projektowej, Robót Budowlanych, zainstalowanych lub zamontowanych przez Partnera Prywatnego instalacji, urządzeń, systemów, dóbr materialnych lub jakichkolwiek innych elementów, do określonego w Umowie użytku, uniemożliwiająca bezpieczną eksploatację lub powodująca ograniczenie możliwości bezpiecznej eksploatacji przedmiotu Umowy, polegająca na znacznym odstępstwie od PFU lub Dokumentacji Projektowej. Do wad istotnych Dokumentacji Projektowej należą m.in.: brak koordynacji branżowej, niezgodność projektu wykonawczego z budowlanym, niewłaściwy zakres uprawnień projektowych, niezgodność rozwiązań z obowiązującymi przepisami, obowiązującymi normami, sztuką budowlaną, PFU, technicznymi warunkami przyłączenia, brak sprawdzeń, opinii, uzgodnień, niepoprawna forma

dokumentacji i inne uniemożliwiające realizację Przedsięwzięcia zgodnie z Prawem Budowlanym. Za wadę istotną uznaje się również sytuację, w której zainstalowane lub zamontowane elementy nie są własnością Partnera Prywatnego lub są obciążone prawem lub prawami osób trzecich.

Z kolei wadą nieistotną jest każda wada, która nie jest Wadą Istotną (punkt 1.82 umowy PPP).

Zgodnie z punktem 9.3 umowy PPP, wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny będzie przekazywane Partnerowi Prywatnemu na następujących zasadach:

Nr kolumny/ Nr wiersza	A	B	C	D	E
1	Podział Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny	Sposób finansowania	Udział:	Opis	Wartość brutto
2	Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny brutto w tym:		100,00%	Łączna kwota Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny brutto	.....zł
3	Część A	Ze środków UE	83,37%	Kwota ta jest iloczynem liczby 83,37% i wynagrodzenia łącznego za Część Inwestycyjną brutto. Kwota ta nie może stanowić więcej niż 62 752 266,25 zł. W przypadku gdy wynik działania jest większy niż kwota 62 752 266,25 zł należy wpisać kwotę 62 752 266,25 zł	.....zł
4	Część B	Ze środków własnych PAN	2,46%	Kwota ta jest iloczynem liczby 2,46% i wynagrodzenia łącznego za Część Inwestycyjną brutto. Kwota ta nie może stanowić więcej niż 1 851 604,15 zł. W przypadku gdy wynik działania jest większy niż kwota 1 851 604,15 zł należy wpisać kwotę 1 851 604,15 zł	.....zł

5	Część C	Zgodnie z Harmonogramem wynagrodzenia Części C Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny brutto		Część C= (Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny - Część A - Część B)	.....zł

Nadto zgodnie z punktem 9.3.1. umowy PPP, wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny będzie rozliczane w następujący sposób:

9.3.1.1. Część A - 83,37 % kwoty brutto Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny (.....zł brutto),

ale nie więcej niż 62 752 266,25 zł będzie wypłacona, nie częściej niż w okresach 6 - miesięcznych, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego. Kwota ta pochodzi ze środków UE przeznaczonych na realizację inwestycji zgodnie z Umową o Dofinansowanie;

9.3.1.2. Część B - 2,46 % kwoty brutto Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny (.....zł brutto),

ale nie więcej niż 1 851 604,15 zł będzie wypłacona, nie częściej niż w okresach 6 - miesięcznych, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego. Kwota ta pochodzi ze środków własnych Podmiotu Publicznego przeznaczonych na realizację inwestycji zgodnie z Umową o Dofinansowanie;

9.3.1.3 Część C - pozostała część za Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny (..... zł brutto)

będzie wypłacona cyklicznie w Okresach Rozliczeniowych przez Podmiot Publiczny zgodnie z przyjętym Harmonogramem wynagrodzenia Części C Wynagrodzenia. Kwota ta jest różnicą pomiędzy Wynagrodzeniem za Etap Inwestycyjny, a kwotami wskazanymi w pkt. 9.3.1.1 i

9.3.1.2.

Zgodnie z pkt 12.1.9 umowy PPP obowiązkiem Partnera Prywatnego jest przestrzeganie wszystkich zasad określonych w Umowie o Dofinansowanie w zakresie w jakim Partner Prywatny uczestniczy w realizacji Projektu, a w szczególności zasad dotyczących kwalifikowalności wydatków, warunków otrzymania zaliczki przez Podmiot Publiczny, wniosków o płatność i rozliczania Projektu, kontroli Projektu oraz archiwizacji dokumentów.

Stosownie do treści punktu 29.9.4 umowy PPP, Podmiot Publiczny dokona Odbioru Częściowego Etapu Inwestycyjnego w przypadku braku stwierdzenia Wad Istotnych. Odbiór Częściowy Etapu Inwestycyjnego zostanie dokonany z dniem podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Częściowego. W przypadku stwierdzenia przy odbiorze Wad Nieistotnych, Podmiot Publiczny wskaże w Protokole Odbioru Częściowego rodzaj Wad Nieistotnych oraz termin ich usunięcia - z uwzględnieniem warunków technicznych usunięcia danej wady. Partner Prywatny zobowiązany jest do usunięcia w ramach Wynagrodzenia Wad Nieistotnych w terminie wskazanym w Protokole Odbioru Częściowego. Z kolei zgodnie z punktem 29.9.5 umowy PPP, w przypadku nieusunięcia w wyznaczonym terminie Wad Nieistotnych, co uniemożliwi Podmiotowi Publicznemu rozliczenie wniosku o płatność złożonego do Instytucji Zarządzającej, Partner Prywatny nie może wystawić kolejnej Faktury Inwestycyjnej Rozliczeniowej do czasu dokonania rozliczenia wniosku o płatność przez Instytucję Zarządzającą.

Zgodnie z punktem 39.1.1 umowy PPP, Podmiot Publiczny może wypowiedzieć Umowę w przypadku nieusunięcia Awarii, Wady, usterki stwierdzonej na Etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres kolejnych 7 dni z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, jeżeli całkowicie uniemożliwia realizację zadań statutowych Podmiotu Publicznego zgodnie z przepisami Prawa.

Stosownie do treści punktu 41.4 umowy PPP Partner Prywatny zapłaci Podmiotowi Publicznemu karę umowną w następujących przypadkach:

- pkt 41.4.1 Odstąpienia od Umowy przez Podmiot Publiczny z przyczyn określonych w pkt 37 Umowy lub innych określonych w Umowie przyczyn stanowiących podstawę odstąpienia z winy Partnera Prywatnego w wysokości 20% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny z wyjątkiem okoliczności, o której mowa w pkt 37.1.10 Umowy,

Zgodnie z punktem 41.5.4 Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Inwestycyjnym nie może przekroczyć 40% Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny. Z kolei zgodnie z pkt 41.5.5 Łączna wysokość kar umownych naliczonych Partnerowi Prywatnemu na Etapie Utrzymania i Zarządzania nie może przekroczyć w danym roku rozliczeniowym 100% Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania za dany rok.

Z kolei zgodnie z pkt 42.2. Łączna odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu Umowy, niezależnie od podstawy prawnej, w tym z tytułu czynów niedozwolonych i kar umownych, nie przekroczy 70% Wynagrodzenia.

W rozdziale 45 umowy PPP Zamawiający przewidział procedurę rozstrzygania sporów w związku z realizacją jakiegokolwiek aspektu przedsięwzięcia, zakładającą w pierwszej kolejności podjęcie wzajemnych konsultacji przez Strony Umowy w celu polubownego rozwiązania sporu.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 353^1 oraz art. 484 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w treści SIWZ rażąco wygórowanych kar umownych mogących być zastosowanych przez Zamawiającego, których to poziom jest nieakceptowalny, przy jednocześnie braku określenia przesłanek dla możliwości nałożenia na niego kary umownej przez wykonawcę w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła punktu 41.5.6.1 załącznika nr 3 do SIWZ, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, jednakże nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem wykonawczym do tejże ustawy.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechać, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechać zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechać przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Nadto Izba wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

Pierwsza grupa zarzutów odwołania dotyczyła wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowania pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, dla której Odwołujący jako podstawę prawną podał art. 353^1 KC oraz art. 484 § 2 KC, art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucał, iż poszczególne postanowienia umowy PPP zostały skonstruowane z naruszeniem zasady swobody umów, z jednoczesnym nadużyciem przez Zamawiającego swojej pozycji oraz naruszeniem fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż w zakresie wszystkich zarzutów objętych ww. podstawą prawną Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 484 § 2 KC, zgodnie z którym, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Odwołujący nie przedstawił jednak w treści odwołania żadnego postanowienia umownego, które wyłączałoby wskazane w ww. przepisie uprawnienie, przez co ww. zarzut w ocenie Izby nie został uzasadniony.

Nadto wskazać należy, iż stosownie do treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 KC, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353^1 KC, 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. W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego, jak i umowa w sprawie PPP winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). Podkreślić jednak należy, iż powyższe okoliczności, z których Odwołujący wywodzi naruszenie ww. przepisów Kodeksu cywilnego muszą zostać wykazane, a przywołanie orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej w ww. zakresie nie można uznać za wystarczające.

Zarzut ukształtowania warunków realizacji umowy w sposób pozbawiający wykonawcy zabezpieczenia prawnego dla finansowania obrotowego dla Etapu Inwestycyjnego oraz dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17%) Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny przy jednoczesnej zdolności upadłościowej Zamawiającego

Istota ww. zarzutu sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy brak wprowadzenia do umowy PPP zabezpieczenia prawnego dla finansowania obrotowego dla Etapu Inwestycyjnego oraz dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17%) Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, stanowiło w okolicznościach przedmiotowej sprawy, rażące nadużycie dobrych obyczajów oraz zasady ekwiwalentności umów.

Analiza treści odwołania w zakresie ww. zarzutu prowadzi do wniosku, iż Odwołujący oczekuje wprowadzenia do umowy PPP postanowień zabezpieczających jego umowy z instytucjami finansowymi lub postanowień gwarantujących ustanowienie żądanych przez niego zabezpieczeń z uwagi na zdolność upadłościową Zamawiającego. Odwołujący nie twierdził, by treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczała wykonawcę w zakresie ustanowienia prawnych zabezpieczeń wykonania umowy PPP, a jedynie oczekiwał wprowadzenia takiego zabezpieczenia przez Zamawiającego.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1445) [dalej „ustawa PPP"], 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. Jak wynika zatem z powyższego przepisu poniesienie wydatków na realizację przedsięwzięcia lub zapewnienie poniesienia ich przez osobę trzecią jest obowiązkiem partnera prywatnego a nie podmiotu publicznego.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wbrew

obowiązkowi, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył żadnego dowodu potwierdzającego, że nie może zabezpieczyć umów z instytucjami finansowymi we własnym zakresie. Nie wykazał również co stoi na przeszkodzie sfinansowaniu realizacji inwestycji z własnych środków, podczas gdy w trakcie postępowania wykazał się posiadaną zdolnością finansową i ekonomiczną na kwotę znacznie wyższą niż wymagana przez Zamawiającego. Stanowiska Odwołującego nie potwierdza przedłożona przez wykonawcę korespondencja z Bankiem Gospodarstwa Krajowego, z której wynika jedynie, iż Odwołujący wystąpił do ww. Banku z prośbą o przesłanie zapisów umownych w celu zabezpieczenia finansowania dla projektu PPP. Odwołujący nie wykazał również, by zwracał się do innych niż Bank Gospodarstwa Krajowego instytucji finansowych o możliwość zabezpieczenia finansowania przedmiotowej

inwestycji oraz by ta wymagała ustanowienia takiego zabezpieczania ze strony Zamawiającego.

W kwestii zdolności upadłościowej Zamawiającego wskazać należy tylko tyle, iż posiadanie przez Zamawiającego zdolności upadłościowej było uczestnikom postępowania znane od początku prowadzonej procedury. Przepisy prawa w tym zakresie nie uległy zmianie od dnia wszczęcia postępowania. Tym samym podejmując decyzję o udziale w postępowaniu wszyscy wykonawcy mieli, lub co najmniej powinni mieć świadomość, że Zamawiający taką zdolność posiada, co wynika bezpośrednio z art. 67 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1183).

W ocenie Izby nie można pomijać również struktury finansowania przedmiotowej inwestycji, która była szczególnie akcentowana przez Zamawiającego. Jak wskazywał Zamawiający wydatki, które zostaną poniesione na realizację przedmiotowej inwestycji, w okolicznościach niniejszej sprawy, odbiegają od klasycznej definicji umowy PPP zawartej w art. 7 ustawy PPP. Jak wynika bowiem z wniosku o dofinansowanie, do którego wszyscy uczestnicy dialogu mają dostęp od grudnia 2018 r., obowiązkiem przyszłego partnera prywatnego będzie wniesienie wkładu własnego na poziomie minimum 12,5%. Z kolei wkład własny podmiotu publicznego został ukształtowany na poziomie 2,5%, pozostała zaś część inwestycji ma zostać sfinansowana z dotacji unijnej.

Dalej wskazać również należy, iż analiza przedmiotowego zarzutu winna być dokonana w świetle całokształtu postanowień umowy PPP, a nie jedynie wybranych pojedynczych rozwiązań, których analiza bez szerszego kontekstu, może prowadzić do nieprawidłowych wniosków. W tym kontekście należy wskazać, iż Odwołujący nie kwestionował faktu wprowadzenia szeregu zapisów umownych działających na jego korzyść, pomimo braku ustawowych obowiązków w tym zakresie dla Zamawiającego, jak choćby dotyczących płatności częściowych za etap inwestycyjny. Jak argumentował w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom uczestników dialogu przewidział, iż całą kwotę dotacji rozliczy i przekaże wykonawcy po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego, dodatkowo w transzach, aby koszty inwestycji mogły ulec optymalizacji, a wykonawca nie był obciążony nadmiernymi kosztami finansowania inwestycji (tak jakby miało to miejsce w przypadku jednorazowej zapłaty po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego lub uwalnianiu środków z dotacji w okresie Utrzymania i Zarządzania wynoszącym 13 lat). Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie oznacza, iż ok. 85% kwoty zamówienia pochodzącej z dotacji oraz wkład własny podmiotu publicznego w wysokości ok. 2,5% (razem w uproszczeniu 87,5%) wykonawca otrzyma po zakończeniu Etapu Inwestycyjnego. Jest to rozwiązanie wyjątkowo korzystne dla ewentualnego wykonawcy. Zamawiający podkreślał, iż na etapie prowadzenia dialogu konkurencyjnego wypracował ww. sposób finansowania, po uzyskaniu uprzedniej zgody ze strony Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie odparł również skutecznie stanowiska Zamawiającego w zakresie braku możliwości ustanowienia poszczególnych propozycji zabezpieczeń prawnych przedstawionych przez wykonawcę. I tak w odniesieniu do możliwości ustanowienia hipoteki Zamawiający uzasadniał, iż wprowadzenie ww. zabezpieczenia nie należy tylko i wyłącznie do decyzji Zamawiającego. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1302 z późn. zm.) do dokonania przez państwową osobę prawną czynności prawnej w zakresie rozporządzenia składnikami aktywów trwałych w rozumieniu ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, zaliczonymi do wartości niematerialnych i prawnych, rzeczowych aktywów trwałych lub inwestycji długoterminowych, w tym wniesienia ich jako wkładu do spółki lub spółdzielni, wymaga zgody Prezesa Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej - jeżeli wartość rynkowa składników aktywów trwałych przekracza 5 000 000 złotych (art. 38 ust. 1 pkt 2). Nie jest zatem możliwe wpisanie do umowy PPP skutecznego zobowiązania Zamawiającego do ustanowienia tego rodzaju zabezpieczenia. Wystąpienie o taką zgodę wymaga wskazania wartości zobowiązania oraz nazwy wykonawcy, przez co Zamawiający nie może skutecznie zobowiązać się do ustanowienia tego rodzaju zabezpieczenia.

Z kolei propozycja poręczeń lub współzobowiązania jest również wykluczona, ponieważ byłyby to poręczenia instytucji niepowiązanych z Zamawiającym i Zamawiający nie może po swojej stronie wpisać obowiązku ich ustanowienia, w szczególności biorąc pod uwagę fakt braku informacji co do wysokości takiego poręczenia oraz podmiotu, na rzecz którego miałoby nastąpić. Nie można oczekiwać, że instytucja niepowiązana z Zamawiającym udzieli np. promesy poręczenia przy braku informacji co do kwoty

i podmiotu, na rzecz którego poręczenie miałoby zostać ustanowione.

Odnosząc się do kwestii bezwarunkowej gwarancji bankowej, wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał, by po jego stronie istniały przeszkody do ustanowienia takiego zabezpieczenia.

W końcu w przypadku cesji wierzytelności z Umowy o Dofinansowanie Zamawiający wskazał, iż UoD wyklucza przekazywanie środków z dotacji w formie zaliczki dla Zamawiającego, zatem przy jej wprowadzeniu nie będzie możliwości częściowych płatności za etap inwestycyjny zgodnie z §5 ust. 7 Umowy o Dofinansowanie. Zgodnie z ww. postanowieniem UoD, przeniesienie praw z Umowy (cesja wierzytelności) wymaga zgody Instytucji Zarządzającej RPO WiM wyrażonej w formie pisemnej. W przypadku dokonania cesji wierzytelności, dofinansowanie nie może być przekazywane Beneficjentowi w formie zaliczki.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania konieczności ustanowienia przez Zamawiającego zabezpieczenia prawnego dla finansowania obrotowego dla Etapu

Inwestycyjnego oraz dla finansowania długoterminowego 12,5% (aktualnie 14,17%) Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, przez co w konsekwencji nie wykazał, by brak takiego zabezpieczenia naruszał przepisy prawa, równowagi kontraktowej, czy też, by utrudniał lub uniemożliwiał wykonawcy złożenie oferty.

Zarzut wprowadzenia definicji wady istotnej, która zawiera wszelkie przypadki mogące

wystąpić w rzeczywistości, w związku z tym definicja wady nieistotnej wydaje się fikcją, jak też

Zamawiający nie zawarł definicji odbioru z usterkami

W ocenie Odwołującego, w świetle definicji ukształtowanych w pkt 1.81 i 1.82 umowy PPP referujących odpowiednio do wady istotnej oraz wady nieistotnej, trudno sobie wyobrazić sytuację, którą w rzeczywistości można będzie zakwalifikować jako wadę nieistotną, przez co faktycznie wszelkie wady będą kwalifikowane przez Zamawiającego jako wady istotne, których wystąpienie warunkuje możliwość uchylenia się przez inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót i zapłaty należnego wynagrodzenia.

Zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę Odwołujący nie wykazał w wystarczający sposób konieczności zastąpienia określonej w umowie PPP definicji wady istotnej oraz wady nieistotnej definicjami w kształcie wskazanym przez wykonawcę. Zauważyć należy, iż Odwołujący poza przyjętym przez siebie przypuszczeniem, iż wszelkie wady będą kwalifikowane przez Zamawiającego jako wady istotne, nie przedstawił innej argumentacji na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. Odwołujący nie wskazał, które fragmenty definicji wady istotnej określonej przez Zamawiającego należałoby zmodyfikować. Z kolei w zaproponowanej przez Odwołującego definicji wady nieistotnej zawarte zostały pojęcia niedookreślone i ocenne, jak np. „usunięcie jest łatwe", „krótkim terminie" czy „niewielkim kosztem", które również mogą być przedmiotem sporów między Partnerem Publicznym i Partnerem Prywatnym. Odwołujący nie wskazał również postanowienia umownego, z którego wynikałoby uprawnienie Zamawiającego do uchylenia się od odebrania dokumentacji projektowej czy robót budowlanych w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych.

Dalej wskazać należy, iż przywołane przez Odwołującego orzecznictwo sądów powszechnych potwierdzające, że inwestor (zamawiający) nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie (może to uczynić jedynie w przypadku stwierdzenia wad istotnych), nie pozostaje w sprzeczności z przyjętymi przez Zamawiającego definicjami zawartymi w punkcie 1.81 i 1.82 umowy PPP.

Co więcej, wskazać należy, iż analiza zasadności żądań Odwołującego winna być dokonywana z uwzględnieniem całościowego kształtu postanowień umowy, w przeciwnym razie ich wybiórcza lektura może prowadzić do nieprawidłowych wniosków. Słusznie w ocenie Izby argumentował Zamawiający, iż umowa PPP przewiduje szereg postanowień dotyczących odbioru zarówno dokumentacji projektowych (22.2.5 - 22.2.5, 22.2.6, 22.2.7, 22.2.8.), jak i poszczególnych etapów procesu inwestycyjnego (rozdział 29 umowy PPP), co nie było kwestionowane przez Odwołującego w toku rozprawy. Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiający sposób dokonywania odbiorów oraz definicje wady istotnej i nieistotnej są powiązane ściśle ze sposobem rozliczenia projektu z Instytucją Zarządzającą. Po wykonaniu danego etapu prac Zamawiający wystąpi do Instytucji Zarządzającej o zaliczkę, na podstawie wystawionej faktury przez wykonawcę, następnie dokona jej opłaty w wysokości otrzymanej dotacji powiększonej o wkład własny Zamawiającego. Ponieważ otrzymaną zaliczkę należy rozliczyć, tj. potwierdzić opłacenie faktury w 100%, w punktach 29.9.4 i 29.9.5 wprowadzono stosowne zapisy powiązane z czynnościami odbiorowymi. Jak wynika z ww. postanowień umownych, brak odbioru może powodować jedynie wystąpienie Wady

Istotnej, co pozostaje w zgodzie z tezami sądów powszechnych przywołanymi przez Odwołującego. Z kolei wystąpienie wad nieistotnych nie stoi na przeszkodzie w dokonaniu odbioru, jednak na potrzeby pełnego rozliczenia wniosku o płatność, usunięcie wad nieistotnych jest warunkiem przedłożenia przez wykonawcę kolejnej faktury. Co więcej, jak wyjaśnił Zamawiający, wskazane zapisy mają swoje uzasadnienie w połączeniu z korzystnym dla wykonawcy sposobem przekazania środków pochodzących z dotacji. Środki przekazywane dla wykonawcy w trakcie realizacji Umowy (pochodzące z budżetu UE) będą w istocie wymagały wystąpienia przez Zamawiającego o tzw. zaliczkę, która następnie podlega rozliczeniu. Jak wynika natomiast z § 9 ust. 6 UoD Przekazanie Beneficjentowi kolejnej zaliczki nastąpi po rozliczeniu w 100% wcześniej udzielonej zaliczki oraz po zatwierdzeniu przez Instytucję Zarządzającą RPO WiM wcześniejszych wniosków o płatność. Brak pełnego rozliczenia pierwszej zaliczki uniemożliwia przekazanie kolejnej, stąd konieczność usunięcia wad nieistotnych przed wystąpieniem o kolejną zaliczkę do Instytucji Zarządzającej. Dlatego jak wyjaśnił Zamawiający koniecznym stało się wprowadzenie zapisu warunkującego wystawienie kolejnej faktury usunięciem również wad nieistotnych. Jednocześnie jak podkreślał Zamawiający rozliczenia nie będą następowały częściej niż co 6 - miesięcy, zatem wykonawcy będą mieli dostatecznie długi czas na usunięcie wad nieistotnych.

W kontekście podnoszonych przez Odwołującego sporów powstających między inwestorami a wykonawcami na etapie odbioru dokumentacji projektowej, czy robót budowlanych dostrzec należy, iż w rozdziale 45 umowy PPP określono Procedurę Rozstrzygania Sporów zakładającą w pierwszej kolejności podjęcie wzajemnych konsultacji przez Strony Umowy w celu polubownego rozwiązania sporu.

W końcu Izba zauważa, że Odwołujący żądając dodania do postanowień umowy PPP definicji „odbioru z usterkami" w treści odwołania nie podał żadnego uzasadnienia dla takiego rozwiązania.

W świetle ww. okoliczności, przedmiotowy zarzut nie został uwzględniony.

Zarzut wprowadzenia kar umownych w wysokości rażąco wysokiej dla wykonawcy,

a jednocześnie pominięcie kar umownych lub odpowiednich kar umownych możliwych do

nałożenia na Zamawiającego

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności stawianych żądań co do obniżenia

poziomu poszczególnych limitów kar umownych. Analiza treści ww. zarzutu prowadzi do wniosku, iż Odwołujący nie kwestionował co do zasady wysokości jednostkowej kary umownej za poszczególne naruszenia postanowień umowy, a jedynie domagał się zmiany maksymalnych limitów odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych (poza jednym postanowieniem). Wskazać należy, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienia nie stanowią bezpośredniej podstawy do naliczenia kar umownych, a jedynie określają granice odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu, co też zasadniczo jest korzystne dla wykonawcy, ponieważ uniemożliwia naliczenie kar umownych powyżej ustanowionych granic.

Izba wskazuje, iż przedstawione przez Odwołującego stanowisko w zakresie kar umownych mogłoby znaleźć rację bytu w każdej sprawie zawisłej przed Izbą, jako że pozbawione jest uzasadnienia faktycznego właściwego dla niniejszej sprawy. Odwołujący na niespełna czterech stronach odwołania przywołał tezy wynikające z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące charakteru i funkcji kary umownej, braku równowagi stron na gruncie ustawy Pzp z zastrzeżeniem, iż owa nierównowaga nie ma charakteru absolutnego, jak również w przedmiocie ekwiwalentności świadczeń, które co do zasady nie jest sporne. Na końcu przedstawionego przez siebie wywodu wykonawca odniósł się jedynie do kary umownej przewidzianej w punkcie 41.5.6.1 umowy PPP, które to postanowienie, wobec uwzględnienia zarzutu odwołania przez Zamawiającego zostanie usunięte. Nadto Odwołujący wniósł o szeroką kontrolę zakwestionowanych regulacji umownych, nie przedstawiając przy tym własnego stanowiska w przedmiotowej sprawie. Izba podkreśla, iż przywołanie orzecznictwa na potwierdzenie prezentowanego stanowiska, zawierającego uniwersalne tezy nie jest wystarczające dla wykazania zasadności postawionego zarzutu i skorelowanego z nim żądania.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w umowie PPP brak jest zastrzeżenia kar umownych obciążających Zamawiającego. Postanowienia 41.5.1 oraz 41.5.2 umowy PPP przewidują obowiązek zapłaty przez Podmiot Publiczny kar umownych na rzecz Podmiotu Prywatnego. Przypadki aktualizujące odpowiedzialność zamawiającego z tytułu kar umownych dotyczą odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy przez Partnera Prywatnego z winy Zamawiającego. Zauważyć również należy, iż w przypadku niewykonania przez Zamawiającego obowiązków pieniężnych brak jest możliwości ustanowienia kary umownej z ww. tytułu zgodnie z art. 483 §

1KC. Słusznie również zauważył Zamawiający, iż mimo, że odwołujący się wykonawca zarzucił brak możliwości nałożenia kary umownej przez partnera prywatnego na podmiot publiczny w świetle ukształtowanych postanowień umowy PPP, to jednak w treści odwołania nie sformułował żądań, które taką odpowiedzialność by przewidywały.

W kwestii uzasadnienia dla zastrzeżenia w pkt 41.4.1 projektu umowy kary umownej w razie odstąpienia od umowy z winy Partnera Prywatnego w wysokości wyższej niż przewidziana w przypadku odstąpienia od umowy z winy Zamawiającego dodać można, iż za powyższym przemawia waga interesów podlegających ochronie.

W świetle powyższego Izba nie uwzględniła ww. zarzutu.

Zarzut obarczenia wykonawcy ryzykiem kwalifikowalności wydatków

Przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie z przyczyn formalnych, o których mowa we wstępie rozważań Izby. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w zakresie ww. kwestii przywołał brzmienie punktu 12.1.9 umowy PPP oraz stwierdził, że postanowienie to narusza przepisy wskazane w petitum odwołania i wniósł o jego zastąpienie własną propozycją. Izba wskazuje, że powyższe w żaden sposób nie daje podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący postawił skutecznie zarzut w ww. zakresie z uwagi na brak uzasadnienia prawnego oraz faktycznego w treści odwołania.

Zarzut wprowadzenia przesłanki wypowiedzenia umowy z powodu awarii, wady, usterki

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał tylko tyle, iż przesłanka wypowiedzenia umowy przez Podmiot Publiczny określona w punkcie 39.1.1 umowy PPP jest nadmierna, bowiem bliżej nieokreślona, czy błaha awaria lub usterka może stanowić dla Zamawiającego pretekst do wypowiedzenia umowy. W żądaniu odnoszącym się do ww. zarzutu Odwołujący wskazał, by punktowi 39.1.1 umowy PPP nadać brzmienie: „Nieusunięcia Wady Istotnej stwierdzonej na Etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres kolejnych 7 dni z przyczyn leżących po stronie Partnera Prywatnego, jeżeli całkowicie uniemożliwia realizację zadań statutowych Podmiotu Publicznego zgodnie z przepisami prawa.”. Analiza treści ww. postanowienia umownego oraz żądania Odwołującego prowadzi zatem do wniosku, iż wykonawca oczekiwał zastąpienia słów „awaria, wada, usterka” terminem „wada istotna”, pozostawiając przy tym niezmienioną dalszą część postanowienia punktu 39.1.1. umowy PPP.

Odnosząc się przedmiotowego zarzutu Izba wskazuje, że Odwołujący nie przeprowadził szerszego wywodu merytorycznego ograniczając się w swoich twierdzeniach jedynie do niczym nieuzasadnionych, przyszłych zamiarów Zamawiającego, w których aktualizowałby się przesłanka wypowiedzenia umowy PPP. Powyższe trudno uznać za prawidłową konstrukcję zarzutu z uwagi na lakoniczność jego warstwy faktycznej.

Abstrahując od okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby, nie można a priori wykluczyć sytuacji, w której nawet potencjalnie błaha usterka, czy awaria, spowoduje doniosłe konsekwencje dla działalności danego zamawiającego.

Przechodząc na grunt rozpoznawanej przez Izbę sprawy nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przyczyną wypowiedzenia umowy w świetle brzmienia punktu 39.1.1 umowy PPP może być błaha usterka, czy awaria. Czytając całościowo rzeczone postanowienie umowne należy wywnioskować, iż zapis umowy ogranicza się do nieusunięcia wady, usterki, awarii całkowicie uniemożliwiającej realizację zadań statutowych Zamawiającego zgodnie z przepisami prawa, a zatem z natury rzeczy muszą być to awarie, usterki czy wady mające doniosły i istotny charakter. Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający, w toku dialogu wszyscy uczestnicy byli informowani o fakcie prowadzenia długotrwałych i kosztownych badań naukowych przez Zamawiającego, w tym badań na zwierzętach, których przerwanie skutkuje koniecznością zwrotu wielomilionowych dotacji i grantów, co też uzasadnia wprowadzenie przesłanki wypowiedzenia umowy w ww. okolicznościach. Zwrócić również należy uwagę, iż wypowiedzenie umowy PPP przez Partnera Publicznego na podstawie punktu 39.1.1 umowy PPP wymaga łącznego spełnienia kilku przesłanek, których ciężar wystąpienia będzie spoczywał na Zamawiającym.

Mając na względzie powyższe, Izba nie uwzględniła ww. zarzutu.

Zarzut wprowadzenia wygórowanej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż lektura jego warstwy faktycznej prowadzi do wniosku, że jest ona nad wyraz ogólna, sprowadzająca się w istocie do jednozdaniowego stwierdzenia, że obniżenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 10% na 5% ceny podanej w ofercie jest korzystne dla Zamawiającego, gdyż pozwoli obniżyć cenę złożonych ofert, podniesie ich konkurencyjność i atrakcyjność dla Zamawiającego, zabezpieczając jednocześnie interes Zamawiającego.

Za Zamawiającym Izba wskazuje, że przedmiotowe postanowienie dotyczące wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostało wskazane już w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2018 r. i nie było kwestionowane przez wykonawców na ówczesnym etapie. Stąd też zarzuty

Odwołującego formułowane na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za spóźnione.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż przyjęta przez Zamawiającego wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10% ceny podanej w ofercie jest zgodna z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z uwagi na powyższe, ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Dla drugiej grupy zarzutów odwołania Konsorcjum Hochtief jako podstawę prawną wskazał art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż mimo, że Odwołujący w podstawie prawnej dla czterech zarzutów odwołania wskazał art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazujący opisania przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, to analiza uzasadnienia faktycznego zarzutu dotyczącego ukształtowania terminu realizacji zamówienia poprzez określenie go datą dzienną oraz zarzutu wprowadzenia dopiero na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia klauzul społecznych nie daje podstaw do stwierdzenia, iż właściwym postanowieniom specyfikacji Odwołujący zarzuca niejednoznaczne, czy też niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia. Nadto

w przypadku ww. zarzutów, jak również zarzutu wskazania maksymalnej wysokości oferowanego wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, co Zamawiający uczynił m.in. w pkt 9.3. załącznika nr 3 do SIWZ oraz zarzutu nieprzekazania wykonawcom pełnej dokumentacji mającej wpływ na kalkulację oferty, tj. umowy o dofinansowanie Odwołujący nie wskazywał, by kwestionowane w ramach ww. zarzutów postanowienia utrudniały mu dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał także, by Zamawiający ukształtował kwestionowane w ramach ww. zarzutów postanowienia specyfikacji w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

<u>Zarzut ukształtowania terminu realizacji zamówienia poprzez określenie go data dzienna</u>

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż określenie terminu realizacji inwestycji datą dzienną nie jest zakazane przepisami prawa. Dalej Izba zauważa, że Odwołujący w okolicznościach niniejszej sprawy nie kwestionował braku realności wskazanego przez Zamawiającego terminu końcowego etapu przeznaczonego na zaprojektowanie i wybudowanie obiektu. Odwołujący nie zaprzeczył również twierdzeniom Zamawiającego, iż termin ten (31 marca 2022 r.) jest związany z okresem rozliczeniowym obecnej perspektywy finansowej oraz zapisami Umowy o Dofinansowanie.

Ponadto, jak wykazał w toku postępowania odwoławczego przed Izbą Zamawiający, wskazany w SIWZ termin (31 marca 2022 r.) jest zgodny z propozycją Odwołującego, którą wykonawca Konsorcjum Hochtief przesłał Zamawiającemu w trakcie dialogu konkurencyjnego, co potwierdza pismo pt. „Odpowiedzi na pytania PAN z dnia 08.02.2019 r.”. Jednocześnie jak wskazał na rozprawie Zamawiający, propozycja Odwołującego zakładająca jako realny ww. termin przewidywała, że umowa PPP zostanie zawarta w grudniu 2019 r.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, iż koncepcja nowej ustawy Pzp, do której

odwoływał się Odwołujący wskazuje także, iż: „Wśród postanowień, które mogłyby zostać wskazane jako obowiązkowe elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny znaleźć się postanowienia dotyczące zalecanego terminu wykonania umowy określonego w jednostkach czasu z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione, np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE a z takim projektem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W końcu Izba wskazuje również, iż żądanie Odwołującego sformułowane w odwołaniu, by termin realizacji robót budowlanych wynikający z SIWZ, tj. 31 marca 2022 r. określić w miesiącach, tj. 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jest zbieżny z propozycją Odwołującego przedstawioną w toku dialogu konkurencyjnego. Zauważyć należy, iż przyjmując, że zawarcie umowy PPP nastąpi zgodnie z przewidywaniami Odwołującego w grudniu 2019 r., to koniec terminu określonego jako 27 miesięcy przypada na marzec 2022 r.

Zważywszy na ww. okoliczności przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut wprowadzenia dopiero na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia klauzul społecznych

W kontekście poczynionych na wstępie rozważań odnośnie konstrukcji zarzutów odwołania i w omawianym zakresie Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego miało ogólny charakter.

Analiza ww. zarzutu prowadzi do wniosku, iż Odwołujący w istocie kwestionował wyłącznie moment (etap) nałożenia na wykonawców wymogu dotyczącego spełnienia klauzuli społecznej wyrażającej się w obowiązku zatrudnienia pięciu osób w okresie Etapu Inwestycyjnego oraz jednej osoby w okresie Etapu Utrzymania i Zarządzania ze wskazanych przez Zamawiającego grup. Odwołujący nie zarzucał, iż spełnienie ww. wymogu jest nadmierne, czy też niemożliwe. Nadto mimo przywołania w podstawie prawnej ww. zarzutu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący nie wskazywał, by ww. postanowienie zostało opisane w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, czy też by omawiane wymogi Zamawiającego utrudniały mu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający uprawniony był na etapie zaproszenia wykonawców do składania ofert wraz z przekazaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia uszczegółowić ww. kwestię, skoro wprowadzenie deklaracji spełnienia klauzuli społecznej jest elementem opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia: 1) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy; 2) młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego; 3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych; 4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1828 oraz z 2018 r. poz. 650) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Ponadto w świetle art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 4, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera określenie w szczególności: a) liczby i okresu wymaganego zatrudnienia osób, których dotyczą te wymagania, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Powyższy przepis znajduje również zastosowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, bowiem jak wynika z treści art. 60e ust. 3 ustawy Pzp, treść przekazywanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert SIWZ, nie zawiera elementów wskazanych w art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Ponadto wskazać należy, iż dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym treść opisu przedmiotu zamówienia, nabiera swojego ostatecznego kształtu, po zakończeniu dialogu z wykonawcami, z chwilą przekazania zaproszenia do składania ofert, w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 241/18, prowadząc postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający, na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu i zaproszenia do dialogu, nie jest zobligowany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Dialog konkurencyjny jest postępowaniem odkrywczym, które jest ukierunkowane na uzyskanie przez zamawiającego wiedzy na temat rozwiązań dostępnych na rynku i wyboru najlepszego z nich, co oznacza, że wymagania

ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, charakterystyczne dla podstawowych trybów przetargowych, nie są możliwe do zastosowania na wstępnym etapie tej procedury.

Zwrócić należy również uwagę, iż w świetle art. 60d ust. 7 ustawy Pzp, prowadzony dialog może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia, a zatem spektrum zagadnień poruszanych w toku dialogu uzależnione jest wyłącznie od woli stron. Skoro zatem Zamawiający zobowiązał się do wprowadzenia klauzuli społecznej już na etapie składania wniosku o dofinansowanie, do którego dostęp mieli wszyscy uczestnicy dialogu od dnia 17 grudnia 2018 r., to również ww. zagadnienie mogło być przedmiotem dialogu w zakresie niepozostającym w sprzeczności z zapisami wniosku o dofinansowanie, jak również UoD.

W świetle powyższego ww. zarzut w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut wskazania maksymalnej wysokości oferowanego wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, co Zamawiający uczynił m.in. w pkt 9.3. załącznika nr 3 do SIWZ

Ww. zarzut w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie. Lektura treści tabeli zawartej w punkcie 9.3 wraz ze sposobem rozliczenia wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny przedstawionym w punktach 9.3.1.1 - 9.3.1.3 załącznika nr 3 do SIWZ, zdaniem Izby, nie daje podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający określił maksymalną kwotę wynagrodzenia należnego potencjalnemu Partnerowi Prywatnemu za Etap Inwestycyjny, co w konsekwencji pozbawiałoby Partnera Prywatnego swobody w ukształtowaniu wysokości wynagrodzenia. Zdaniem Izby z treści rzeczonej tabeli wynika maksymalna wysokość wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny wypłaconego ze środków pochodzących z dotacji (część A) oraz z wkładu własnego Zamawiającego (część B). Z powyższego nie wynika jednak brak możliwości zaoferowania przez Partnera Prywatnego wynagrodzenia tak za część A, jak i za część B, w kwocie wyższej aniżeli odpowiednio dla części A - 62 752 266,25 zł oraz dla części B - 1 851 604,15 zł. Co więcej, z treści ww. tabeli wynika jednoznacznie procedura określająca mechanizm postępowania, w przypadku gdy wynik działania matematycznego przewidzianego przez Zamawiającego dla obu części przekroczy ww. kwoty. W takiej bowiem sytuacji Partner Prywatny obowiązany będzie, w kolumnie E dla części A wskazać kwotę 62 752 266,25 zł, a dla części B kwotę - 1 851 604,15 zł. Z kolei Część C wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, jak wynika z punktu 9.3.1.3 umowy PPP to kwota będąca różnicą pomiędzy Wynagrodzeniem za Etap Inwestycyjny, a kwotami wskazanymi

w pkt. 9.3.1.1 (część A) i 9.3.1.2 (część B). Innymi słowy, nadwyżka wynagrodzenia ponad ww. kwoty za część A i B zostanie wypłacona partnerowi prywatnemu zgodnie z harmonogramem płatności na etapie Utrzymania i Zarządzania przez okres 153 miesięcy.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż tabela zawarta w punkcie 9.3. załącznika nr 3 do SIWZ ukształtowana została w sposób nielogiczny. Całościowa analiza ww. tabeli wraz z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, modelem finansowym stanowiącym załącznik nr 1 a do SIWZ oraz formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ prowadzi do odmiennych wniosków.

Podsumowując, w świetle punktu 9.3. umowy PPP Odwołujący może w sposób dowolny ukształtować wysokość wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny, z tym, że powyżej określonego pułapu za część A i B Zamawiający dokona zapłaty za nadwyżkę za te części w okresie Utrzymania i Zarządzania.

Zarzut nieprzekazania wykonawcom pełnej dokumentacji mającej wpływ na kalkulację oferty, tj. umowy o dofinansowanie

Bezspornie jednym z załączników do umowy PPP była umowa o dofinansowanie wraz z załącznikami. Nie było sporne między Stronami, iż Zamawiający nie przekazał Odwołującemu wraz z zaproszeniem do złożenia oferty umowy o dofinansowanie wraz z załącznikami.

Jak zostało ustalone w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, treść umowy o dofinansowanie oraz wniosku o dofinansowanie została udostępniona uczestnikom dialogu już w dniu 17 grudnia 2018 r., w odpowiedzi na prośbę Konsorcjum Hochitef, co potwierdza treść protokołu nr 1/2018 ze spotkania negocjacyjnego w dniu 10 grudnia 2018 r. Ponadto Zamawiający wykazał, iż treść obu dokumentów została zamieszczona w ww. dniu na serwerze FTP Zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż wykonawca ma pełny dostęp do ww. dokumentów, które jak oświadczył Zamawiający w toku rozprawy, zachowują swoją aktualność na obecnym etapie dialogu konkurencyjnego.

Co więcej, jak wynika z treści dokumentów negocjacyjnych z Konsorcjum Hochtief, Odwołujący wielokrotnie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie zagadnień poruszanych we wniosku o dofinansowanie projektu oraz w umowie o dofinansowanie, a zatem treść ww. dokumentów winna być znana wykonawcy.

W końcu wskazać również należy, iż w uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Hochtief nie przedstawiło szerszego wywodu uzasadniającego, jaki wpływ na kalkulację ceny oferty ma nieprzekazanie wykonawcy wraz z treścią SIWZ, w postaci odrębnego załącznika, umowy o dofinansowanie. Słusznie bowiem argumentował Zamawiający, iż zasadniczymi dokumentami niezbędnymi dla wyceny przedsięwzięcia jest Program Funkcjonalno - Użytkowy oraz warunki umowy PPP.

Uwzględniając powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy, nakazanie Zamawiającemu przekazania umowy o dofinansowanie, do której Konsorcjum Hochtief ma dostęp poprzez serwer FTP Zamawiającego, czemu wykonawca nie zaprzeczył oraz której treść jest mu znana, stanowiłoby zdaniem składu orzekającego Izby, nadmierny formalizm.

Z uwagi na powyższe, ww. zarzut nie został uwzględniony.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 4 085,60 zł, do kwoty wynikającej z ww. rozporządzenia, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: .....