Sygn. akt: KIO 384/20

WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Monika Kawa-Ogorzałek
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PPP Solution Polska 2 Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie i Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miejską Kraków w imieniu której działa Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie, przy udziale wykonawcy Mota-Engil Central Europe PPP Road Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 10 odwołania.

2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPP Solution Polska 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze i:

A. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPP Solution Polska 2 Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie i Gulermak Agir Sanayi inęaat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze tytułem wpisu od odwołania,

B. zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PPP Solution Polska 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

i Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze na rzecz

Zamawiającego - Gminy Miejskiej Kraków w imieniu której działa Zarząd Dróg

Miasta Krakowa w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 384/20

Uzasadnienie

Gminę Miejska Kraków w imieniu której działa Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Linii Tramwajowej KAST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego" numer referencyjny: 2/IV/2018, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 067-149146.

Wartość zamówień przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

24 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PPP Solution Polska 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Gulermak Agir Sanayi in§aat ve Taahhut A.§. z siedzibą w Ankarze wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w sposób sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1445, dalej Ppp) przez zaniechanie przez Zamawiającego wprowadzenia do wzoru umowy (dalej: Umowa), a wręcz wykluczenie postanowienia dotyczącego zasad zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2177), w sytuacji w której umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a zatem zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp Zamawiający miał obowiązek przewidzieć wyżej opisaną waloryzacje, czego jednak zaniechał;

2. art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145, dalej: Kc) w zw. z art. 4 ust. 2 Ppp przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę) i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się w szczególności przez wprowadzenie w pkt 10.8 Umowy, rażąco wygórowanej kary umownej o równowartości wynagrodzenia uiszczonego przez Podmiot Publiczny zamiast wykonawcy na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, co może prowadzić w wielu sytuacjach do nieuzasadnionego wzbogacenia Podmiotu Publicznego (Zamawiającego) względem wykonawcy;

3. art. 357^1 Kc, art. 358^1 Kc, art. 632 § 2 Kc w związku z art. 5, art. 353^1 Kc oraz art. 58

Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, a także art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 Ppp, przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, przez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy;

4. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 Ppp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie okoliczności, które dla niego są niewiadome, a które dostępne są innym podmiotom biorącym udział w przedmiotowym Postępowaniu;

5. art. 140 ust. 1 Pzp w związku z art. 4 ust. 2 Ppp oraz art. 353^1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, przez zawarcie w Umowie postanowień, w których Zamawiający wskazał, iż określone wydarzenie stanowi Przypadek Kompensacyjny jedynie w zakresie terminów umownych (w tym Harmonogramu), co z góry uniemożliwi Partnerowi Prywatnemu pokrycie kosztów takiego Przypadku Kompensacyjnego, o ile powstaną;

6. art. 140 ust. 1 Pzp w związku z art. 4 ust. 2 Ppp oraz art. 353^1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa i nieproporcjonalny, przez uzależnienie powstania obowiązku zapłaty Partnerowi Prywatnemu Rekompensaty od warunku, iż „w wyniku wystąpienia jednego lub więcej Przypadków Kompensacyjnych, kwota Rekompensaty obliczona zgodnie z postanowieniami niniejszego pkt. 17.2 w danym roku kalendarzowym obowiązywania Umowy przekroczy 100 000" i ogranicza kwotę Rekompensaty do nadwyżki ponad 100 000 zł,

7. art. 140 ust. 1 Pzp w związku z art. 4 ust. 2 Ppp oraz art. 353^1 Kc w związku z art. 58 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ustawy z 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 118) przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa i takie skonstruowanie postanowień Umowy, których skutkiem jest brak obowiązku zapłaty odsetek przez Podmiot Publiczny przy odłożeniu w czasie płatności na rzecz Partnera Prywatnego co powoduje powstanie uszczerbku w mieniu Partnera Prywatnego, a także opatrzenie płatności warunkiem zależnym wyłącznie od swobodnego i nieograniczonego uznania Podmiotu Publicznego, co sprzeczne jest z naturą stosunku prawnego;

8. art. 353^1 Kc, art. 57 § 1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez zawarcie w Umowie, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa z naruszeniem proporcjonalności, zakazu zbywania udziałów i akcji przez Partnera Prywatnego, który to zakaz tyczy się wspólnika, nie będącego stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

9. art. 353^1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, a także naruszenie art. 23 ust. 6 Pzp przez zawarcie w Umowie wymagania, by Inwestorem był Partner Prywatny co uniemożliwia wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia działanie w formie konsorcjum rzeczowego, w którego naturze leży podział zadań i brak solidarnej odpowiedzialności wykonawców wobec podmiotów trzecich za własny zakres działań każdego z partnerów, podczas gdy takie wymaganie nie jest uzasadnione i proporcjonalne, zaś narzucenie solidarnej odpowiedzialności członkom konsorcjum rzeczowego jest sprzeczne z naturą tego stosunku prawnego;

10. art. 353^1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp i art. 7 Pzp przez wymaganie zawarcia zawarcie w Umowie oświadczenia, iż Partner Prywatny jest spółką celową, podczas gdy Odwołujący, jako konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może złożyć

takiego oświadczenia, bowiem w jego przypadku nie polega ono na prawdzie;

11. art. 140 ust. 1 Pzp w związku z art. 4 ust. 2 Ppp oraz art. 353^1 Kc w związku z art. 58 § 1 i 2 Kc i art. 14 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa i nieproporcjonalny przez nałożenie na Partnera Prywatnego obowiązku uzyskania trzech ofert na przeprowadzenie Transakcji Zabezpieczających;

12. art. 60e ust. 4 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert w sytuacji znacznych zmian koncepcji po ostatnim etapie negocjacji oraz wymaganiach dotyczących finansowej części oferty;

13. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawców do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz przy sformułowaniu kryteriów selekcji w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w treści SIWZ:

1. w związku z zarzutem nr 1: nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia Umowy o treść postanowienia zgodnego z treścią art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp, według którego wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę;

2. w związku z zarzutem nr 2: nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy w zakresie postanowienia 10.8 określającego karę umowną za dokonane przez Zamawiającego płatności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców przez określenie wysokości przedmiotowej kary na kwotę 10 000,00 zł za każdy przypadek płatności przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy należnego wynagrodzenia;

3. w związku z zarzutem nr 3: nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia 26.8 Umowy dotyczącego ewentualnego wykluczenia stosowania art. 357^1 Kc w sytuacji, w której podstawy do jego stosowania zaistnieją na etapie realizacji umowy;

4. w związku z zarzutem nr 4: nakazanie Zamawiającemu udostępnienie dokumentów lub informacji, jakimi parametrami technicznymi będzie się charakteryzował użytkowany tabor tramwajowy;

5. w związku z zarzutem nr 5: usunięcia postanowień ograniczających skutki Przypadku Kompensacyjnego jedynie do prawa Partnera Prywatnego do wydłużenia terminów umownych (a tym Zawartych w Harmonogramie) i wskazanie, iż zakres Przypadku Kompensacyjnego obejmuje w każdym przypadku również prawo do Rekompensaty;

6. w związku z zarzutem nr 6: zastąpienia w pkt 17.2.9 wyrażeń „100 000 (słownie sto tysięcy) złotych", wyrażeniami „0 (słownie zero) złotych";

7. w związku z zarzutem nr 7:

   I. w pkt. 17.2.17 zastąpienie wyrażenia „przy czym w celu uniknięcia wątpliwości, rozłożenie w czasie zapłaty Rekompensaty na podstawie pkt. 17.2.16 (a), (c) lub (d) powyżej, nie powoduje, iż od kwoty Rekompensaty mogą zostać naliczone Odsetki z tytułu takiego rozłożenia w czasie" wyrażeniem „przy czym Partnerowi Prywatnemu należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych za okres od 31 dnia po przekazaniu wyliczenia kwoty Rekompensaty zgodnie z pkt 17.2.11. do dnia zapłaty lub aktualizacji Modelu Finansowego, o którym mowa w pkt. 17.2.17 (a);

   II. zastąpienia całości pkt 17.2.22 Umowy postanowieniem „Bez względu na inne postanowienia niniejszego pkt. 17.2, jakakolwiek wypłata Rekompensaty,

zostanie dokonana: (a) w przypadku uznania jej za bezsporną przez Podmiot Publiczny - w terminie 30 dni od takiego uznania; (b) w przypadku jej ustalenia w Procedurze Rozstrzygania Sporów - zgodnie z właściwym orzeczeniem; (c) w innych przypadkach — w terminie 30 dni od daty wezwania do zapłaty przez Partnera Prywatnego; W przypadku (a) i (c) Strony mogą umową zamienić termin zapłaty", ewentualnie takiego sformułowania pkt 17.2.22 Umowy, w którym termin płatności będzie wynosił 30 do od daty ustalenia Rekompensaty, o ile strony nie postanowią inaczej, nie później jednak niż od daty wymagalności ewentualnego, prawomocnego orzeczenia;

8. w związku z zarzutem nr 8: usunięcia pkt 13.12.1 i 13.12.2 Umowy, ewentualnie uzupełnienie tych postanowień przez dodanie na początku każdego z nich wyrażenia „W przypadku, w którym Partner Prywatny jest spółką celową powołaną do realizacji Przedsięwzięcia", ewentualnie oprócz dodania na początku ww. wyrażenia, w pkt 13.12.1 dodania po wyrażeniu „zbycie lub obciążenie Udziałów" dodatkowo wyrażenia w Okresie Budowy i dwa lata po tym okresie";

9. w związku z zarzutem nr 9: usunięcia pkt 8.8.2 oraz 10.5.1. i 10.5.2 Umowy;

10. w związku z zarzutem nr 10: usunięcia pkt. 2.2.1 (e) Umowy;

11. w związku z zarzutem nr 11: usunięcia w pkt 13.7.11 Umowy wyrażenia „która zapewni dla każdej zawieranej transakcji uzyskanie kwotowania od co najmniej trzech (3) potencjalnych kontrahentów oraz"

12. Wyznaczenie terminu składania ofert na dzień 26 czerwca 2020 r.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

A. Brak waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 2 Ppp, w zakresie nieregulowanym w ustawie Ppp, w przypadkach innych niż określone w ust. 1 tego przepisu, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy Pzp. Przepisy Pzp należy więc stosować wprost, o ile Ppp nie reguluje danej kwestii w sposób odmienny. Ppp nie reguluje kwestii waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zatem zastosowanie w tym zakresie znajdą przepisy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 142 ust. 5 Pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawierać ma postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

1) stawki podatku od towarów i usług,

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Umowa jaka ma zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania jest umową na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zamawiający w projekcie Umowy przewidział możliwość waloryzacji w drodze definicji Istotnej Zmiany Prawa we wszystkich wymienionych powyżej przypadkach z wyłączeniem pkt 2. Co więcej, w samej definicji Istotnej Zmiany Prawa w Umowie zawarł: Celem uniknięcia wątpliwości, Istotna Zmiana Prawa nie obejmuje zmiany prawa polegającej na zmianie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 2177). Powyższe uregulowanie jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym Zamawiającego art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

B. Rażąco wygórowana kara umowna

Zgodnie z treścią postanowienia 10.8 Umowy: Jeżeli Partner Prywatny nie wywiąże się z obowiązków, o których mowa w pkt. 10.4, 10.5 lub 10.7 i z tego powodu Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, także w wyniku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w pkt. 10.4, Partner Prywatny zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Podmiotu Publicznego kary umownej w wysokości równowartości takiego wynagrodzenia uiszczonego przez Podmiot Publiczny na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. W przypadku braku zapłaty kary umownej przez Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny będzie uprawniony do jej potrącenia z Wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego kara umowna jest rażąco wygórowana, a skorzystanie z niej przez Zamawiającego może prowadzić w wielu sytuacjach do nieuzasadnionego wzbogacenia Podmiotu Publicznego.

C. Wykluczenie stosowania art. 357^1 Kc

Postanowieniem 26.8 Umowy, Zamawiający de facto (mimo uzupełnienia o postanowienia o sformułowanie „dozwolone Przepisami Prawa") wyłączył możliwość stosowania art. 357^1 Kc, co nie jest dopuszczalne. Na potwierdzenie zarzutu Odwołujący zacytował fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lutego 2018 roku: KIO 145/18 i KIO 173/18.

D. Koła/tory

W przypadku kosztów utrzymania infrastruktury w grę wchodzą koszty stałe oraz zmienne. W trakcie dialogu konkurencyjnego Odwołujący wskazywał Zamawiającemu, iż zmienne koszty eksploatacji infrastruktury tramwajowej zależą bezpośrednio od dwóch czynników:

1) Pracy eksploatacyjnej taboru tramwajowego (tram-km),

2) Parametrów technicznych tego taboru (m.in. twardość obręczy kół tramwajowych).

Zmienny koszt eksploatacji zależy także od profilu i geometrii linii tramwajowej, ale ten został już określony w PFU. Aby móc odpowiednio skalkulować i zaprognozować na okres 20-letni ponoszone koszty eksploatacji niezbędna jest deklaracja ze strony Zamawiającego, jakimi parametrami technicznymi będzie się charakteryzował użytkowany tabor tramwajowy. Udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja nie zawiera takiej deklaracji. Załącznik nr 3 „Zasady Udostęp_Infrastr Tramwaj dla MPK przez ZDMK" wskazuje, iż operator tramwajowy (MPK) ma obowiązek przedłożyć ZDMK oświadczenie, że każdy nowy wagon tramwajowy, który ma zostać wprowadzony do eksploatacji na linii spełnia wymogi w zakresie obowiązujących norm i przepisów (w szczególności dotyczy to skrajni taboru oraz twardości obręczy zestawów kołowych). Niestety, Zamawiający nie udostępnił w postępowaniu rzeczowych norm i przepisów.

W wyniku tarcia obręczy kół o powierzchnię szyny tramwajowej, ulegają one zużyciu. Nie jest ono równomierne dla obu elementów — twardszy element (tj. wykonany ze stali o większej zawartości węgla) zużywa się wolniej od bardziej miękkiego. W przypadku szyn oznacza to konieczność wykonywania tzw. napawania szyn w celu wyrównania ich powierzchni. Po kilkukrotnym wykonaniu napawania niezbędna jest wymiana szyny, gdyż nie jest możliwe dalsze odtwarzanie parametrów użytkowych wykorzystując tą technikę. Parametr ten nie tylko wpływa na konieczność częstszego wykonywania napawania, ale również na częstszą wymianę szyn. Przekłada się to na znaczący koszt po stronie partnera prywatnego, który powinien zostać uwzględniony w ofercie. Nie jest przy tym konieczna deklaracji konkretnych modeli taboru, wystarczającym będzie zadeklarowanie najważniejszych parametrów technicznych, wpływających na zużycie infrastruktury tramwajowej. Możliwe jest także umieszczenie w umowie PPP mechanizmu dostosowania wynagrodzenia w przypadku zmiany parametrów użytkowych taboru tramwajowego. Zamawiający wskazał, iż na potrzeby kalkulacji oferty, taborem referencyjnym jest „Krakowiak" produkcji zakładów PESA, ale Umowa oraz jej załączniki, dopuszczają możliwość użytkowania dowolnego taboru przez Zamawiającego na przedmiotowym odcinku linii tramwajowej. Umowa nie przewiduje dostosowania wynagrodzenia w przypadku użytkowania przez Zamawiającego innego taboru niż „Krakowiak".

E. Zarzuty w zakresie przypadku kompensacyjnego.

Przypadkami Kompensacyjnymi są zdarzenia, co do zasady tak nazwane w Umowie. Przypadek Kompensacyjny może spowodować dwa rodzaje skutków: wydłużenie terminów określonych w Umowie lub uzyskanie prawa do Rekompensaty, którą umowa definiuje jako świadczenie na rzecz Partnera Prywatnego wynikające z wystąpienia Przypadku Kompensacyjnego. W Umowie zastrzeżono jednak, że szereg Przypadków Kompensacyjnych będzie uprawniało Partnera Prywatnego jedynie do podwyższenia Wynagrodzenia. Przewidzenie a priori, iż wystąpienie Przypadku Kompensacyjnego nie daje wykonawcy prawa do domagania się podwyższenia wynagrodzenia jest nieproporcjonalne

i nie znajduje uzasadnienia. Jakiekolwiek przedłużenie czasu na wykonanie robót budowlanych zawsze skutkuje koniecznością wzrostu kosztów stałych, na przykład pensji pracowników, ubezpieczenia, ochrony, i innych. Tymczasem Podmiot Publiczny wymaga pokrycia przez Partnera Prywatnego kosztów na przykład niesprzyjających opadów atmosferycznych (8.8.33), niezasadna odmowa odbioru lub niezasadne nakazanie przeprowadzeni robót budowlanych na skutek odbioru (8.12), wyników nieprawdziwych oświadczeń Podmiotu Publicznego (4.2). W opinii Odwołującego takie postanowienia zawarte w SIWZ stanowią odpowiednik niegdyś widocznych postanowień w umowach dotyczących inwestycji infrastrukturalnych, w których zamawiający usiłowali wyłączyć obowiązek zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane ponad ryczałtem. Przewidzenie możliwości uzyskania Rekompensaty na wypadek wystąpienia Przypadku Kompensacyjnego nie oznacza automatyzmu uzyskania dodatkowego wynagrodzenia, natomiast wyłączenie możliwości uzyskania wynagrodzenia przez wykonawcę jest w chwili obecnej automatyczne. Odwołujący sprzeciwił się też postanowieniu umowy, iż Rekompensata przysługiwać ma jedynie ponad kwotę 100 000 zł rocznie. Brak uzasadnienia, dlaczego skutki działań Podmiotu Publicznego, generujące koszty do 100 000 zł rocznie dla Partnera Prywatnego, miałyby obciążać jedynie prywatną stronę przedsięwzięcia. Zastrzeżenia Odwołującego budzi również postanowienie 17.2.22 Umowy, mocą którego Podmiot Publiczny może wstrzymać wypłatę należnej Partnerowi Prywatnemu Rekompensaty z powodu Przypadku Kompensacyjnego do decyzji własnego organu. Podmiot Publiczny zastrzegł bowiem, iż w przypadku, jeżeli podejmie decyzję o wypłacie Rekompensaty jednorazowo lub w ratach, to zostanie ona dokonana „w roku budżetowym jej ustalenia (uznania za bezsporną przez Podmiot Publiczny lub roku rozstrzygnięcia sporu), pod warunkiem zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych na dokonanie takiego wydatku w uchwale budżetowej i WPF Gminy Miejskiej Kraków, bądź w przeciwnym razie nie później niż w kolejnym roku budżetowym, na który budżet będzie uchwalany przez Radę Miasta Krakowa, po ustaleniu kwoty Rekompensaty, w terminie nie dłuższym niż 90 dni od rozpoczęcia tego roku.

Termin płatności wynosi 60 dni od daty uznania kwoty za ostateczną, przy czym uznanie to może być wynikiem wyroku sądowego, zgodnie z Procedurą Rozstrzygania Sporów. Termin płatności obowiązuje jednak jedynie pod warunkiem wcześniejszego zagwarantowania środków w budżecie przez Podmiot Publiczny. W przeciwnym wypadku, brak jest terminu wymagalności, bowiem zależy on od podjęcia działań przez Podmiot Publiczny (podjęcia uchwały budżetowej). Podmiot Publiczny uzależnił więc wymagalność od spełnienia warunku i to zależnego wyłącznie od jego woli.

Podmiot Publiczny nie zawarł postanowienia, iż Partnerowi przysługują odsetki w przypadku płatności jednorazowej oraz zawarł w treści Umowy, iż Partnerowi Prywatnemu nie przysługują odsetki w przypadku innej metody płatności (pkt 17.2.17). Partner Prywatny sam musi wcześniej sfinansować koszty Przypadku Kompensacyjnego. Takie rozwiązanie jest nie tylko nieproporcjonalne, ale sprzeczne z prawem jak i zasadami współżycia społecznego i wykracza poza zasadę swobody umów. Podmiot Publiczny zachowuje sobie prawo do wskazania de facto dowolnej daty płatności swojego zobowiązania, kredytując się darmowo na koszt Partnera Prywatnego.

F. Status inwestora.

Umowa w punkcie 8.8.2 oraz oświadczenie wskazane w 10.5.2 Umowy wskazuje, iż Partner Prywatny pełni funkcję inwestora, nie pełni jej zaś Podmiot Publiczny (pkt 10.5.1 Umowy). Zdaniem Odwołującego status inwestora nie zależy od woli stron, ale od spełnienia określonych przesłanek wynikających z Ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1186, dalej: PrBud) i mocą umowy strony nie mogą wskazać, że określony podmiot jest inwestorem. Podmiot Publiczny narusza tym postanowieniem zasadę nieingerowania w sposób wykonania zamówienia.

G. Zarzut w zakresie transakcji zabezpieczających.

Zgodnie z treścią Umowy, Partner Prywatny ma obowiązek zawrzeć transakcje zabezpieczające przed zmianą stopy procentowej. Istotą takiej transakcji jest, iż zamiast przez okres trwania transakcji płacić zmienną stopę procentową (np. Libor 3m +1%), której nie sposób przewidzieć, Partner Prywatny płaci instytucji udzielającej zabezpieczenia stałą stopę (np. 3%). Umowa określa obowiązek Partnera Prywatnego zapewnienia uzyskania ofert od co najmniej 3 potencjalnych kontrahentów mających zaoferować transakcje zabezpieczające (pkt 13.7.12 Umowy). Brak tych 3 ofert daje prawo odmowy Podmiotowi Publicznemu wyrażenia zgody na transakcje Zabezpieczające (pkt 13.7.14) i przerzucenia na Partnera Prywatnego ryzyka zmian stopy procentowej, które stanowi podstawowe ryzyko finansowe projektu. Partner Prywatny nie może odpowiadać za okoliczność, czy podmioty trzecie złożą ofertę. Odwołujący wskazał przy tym, że w rzeczywistości uzyskanie oferty na zabezpieczenie stopy procentowej spoza kręgu instytucji kredytujących jest zasadniczo niemożliwe, bowiem brak jest możliwości udzielenia zabezpieczenia na należnościach

wynikających z Umowy podmiotom trzecim (te zostaną udzielone instytucjom kredytującym).

H. Zarzut w zakresie ograniczenia sprzedaży udziałów.

Zgodnie z pkt 13.12.1 Umowy zbycie lub obciążenie udziałów lub akcji Partnera Prywatnego wymaga uprzedniej, pisemnej zgody Podmiotu Publicznego, w ocenie Odwołującego jest niezgodne z prawem i stanowi ograniczenie o nieproporcjonalnym charakterze. Zgodnie z art. 57 § 1 Kc „Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia prawa, jeżeli według ustawy prawo to jest zbywalne." Co prawda, zgodnie z § 2 tego artykułu „Przepis powyższy nie wyłącza dopuszczalności zobowiązania, że uprawniony nie dokona oznaczonych rozporządzeń prawem", jednak udziałami nie rozporządza Partner Prywatny, a jego udziałowcy, zatem nie jest uprawnionym, który może się zobowiązać do niedokonywania sprzedaży. Zamawiający nie może żądać złożenia nieprawdziwego oświadczenia od Odwołującego.

Sprzedaż udziałów w podmiocie biorącym udział w wykonaniu zamówienia publicznego nie jest zmianą umowy o wykonanie zamówienia, nie dotyczy strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego, a więc znajduje się całkowicie poza zakresem materii uregulowanej w Pzp oraz poza zainteresowaniem Zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający oświadczył, że zarzuty nr 1, 3 i 10 stały się bezprzedmiotowe. 9 marca 2020 r. Zamawiający zmienił SIWZ i wzór Umowy w sposobów zgodny z żądaniami Odwołującego w zakresie ww. zarzutów. W pozostałym zakresie Zamawiający wskazał:

1. Zarzut nr 2

Dokonana przez Zamawiającego 9 marca 2020 r. modyfikacja SIWZ dotyczyła bezpośrednio tego zarzutu. Zgodnie z nowym brzmieniem pkt. 10.8, w przypadku gdy Partner Prywatny zapłaci Podmiotowi Publicznemu karę umowną, o której mowa w zdaniu pierwszym punktu 10.8 Umowy lub Podmiot Publiczny dokona potrącenia kary umownej z Wynagrodzenia Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania z tego samego tytułu jedynie w przypadku, gdy szkoda Podmiotu Publicznego będzie przewyższała wysokość zapłaconej lub potrąconej kary umownej, przy czym Podmiot Publiczny będzie dochodził odszkodowania jedynie w kwocie przewyższającej zapłaconą przez Partnera Prywatnego lub potrąconą z Wynagrodzeniem karę umowną. W ten sposób spór między stronami niniejszego postępowania stał się bezprzedmiotowy.

W ocenie Zamawiającego kara umowna nie jest rażąco wygórowana, skoro pokrywa jeden do jednego szkodę poniesioną przez Zamawiającego.

Zarzut nr 4

W odniesieniu do taboru tramwajowego użytkowanego obecnie w Krakowie i który będzie także poruszał się po trasie, którą wybuduje Partner Prywatny, Zamawiający w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, służącym do opisu przedmiotu zamówienia, w pkt. 4.10 „Warunki techniczne Podmiotu Publicznego dotyczące projektowania" zadeklarował jakiego typu tramwaje są eksploatowane w Krakowie, wskazując, iż „Nowym odcinkiem sieci tramwajowej mogą być kierowane wszystkie występujące w Krakowie wagony tramwajowe, w szczególności: 105 N/Na (w składach dwu lub trzy wagonowych), N8, NGT6, NGT8, El, El z przyczepą C3, GT8S, 405N, EU8N, PESA „Krakowiak" (PESA 2014N)". Ponadto, zgodnie z informacją przekazywaną w trakcie dialogu konkurencyjnego, taborem, który najbardziej wpływa na jakość szyn oraz specyfikę wykonania trasy tramwajowej jest tabor zakupiony przez Miasto Kraków od PESA typ 2014N „Krakowiak", dlatego też Zamawiający każdorazowo wskazuje odniesienie do pracy przewozowej tramwajów „Krakowiak" .

W Krakowie istnieje podział odpowiedzialności za usługi związane z transportem publicznym — Podmiot Publiczny (Zarząd Dróg Miasta Krakowa) odpowiada za stan infrastruktury, natomiast operatorem przewozowym jest MPK S.A., która organizuje okresowo postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę obręczy nieobrobionych mechanicznie do kół tramwajowych, specyfikacja techniczna z którą każdy oferent może się zapoznać, dokumentacja jest ogólnodostępna i znajduje się na stronie internetowej MPK w Krakowie. Odwołujący posiada zatem pełną wiedzę o tym, jakie tramwaje spośród obecnie eksploatowanych w Krakowie będą poruszały się po nowej trasie i może zapoznać się z ogólnodostępnymi materiałami dotyczącymi parametrów technicznych taboru (np. strona internetowa http:/l). Nie jest natomiast możliwe do przewidzenia, jakiego rodzaju tabor tramwajowy będzie poruszał się po torach w przyszłości. Technologia zmienia się bardzo szybko w każdej dziedzinie

życia i równie dobrze w przyszłości mogą zostać wyprodukowane tramwaje, które w mniejszym zakresie, a nie w większym, będą wpływać na degradację szyn niż tramwaje dzisiejsze. Problem ten dotyczy jednak wszystkich potencjalnych oferentów w przedmiotowym Postępowaniu, którzy wykorzystując swoją profesjonalną wiedzę i doświadczenie powinni próbować oszacować i odpowiednio wycenić w ofercie ryzyko zmiany technologii w zakresie rodzaju taboru, który może być produkowany w przyszłości.
Zarzut nr 5

Istotą umowy Ppp jest wzajemny i realny podział ryzyk pomiędzy jej strony (art. 1 ust. 2 Ppp). Może się on ujawniać, np. w podziale zadań czy w ponoszeniu kosztów przez strony umowy. W ramach umów Ppp (umów wieloletnich) zaistnienie przypadków niezależnych od partnera prywatnego, a wpływających na jego zobowiązania wynikające z umowy, w tym czas lub koszty ich realizacji, jest czymś zupełnie naturalnym. Pożądane jest zatem z uwagi na wieloletni charakter umowy wprowadzenie mechanizmów w ramach wykonywania umowy pozwalających na dokonanie zmiany warunków umownych w zakresie wynagrodzenia i terminów, z uwagi na wystąpienie zdarzeń niezależnych od partnera prywatnego, których wystąpienie w perspektywie zazwyczaj kilkudziesięcioletniej jest zdecydowanie bardziej prawdopodobnie aniżeli w klasycznych kontraktach krótkoterminowych. Z tej przyczyny Zamawiający przygotowując Umowę a priori założył, iż określone wynagrodzenie Partnera Prywatnego w ofercie, jak również terminy realizacji przedsięwzięcia mogą ulec zmianie w sytuacji wystąpienia Przypadków Kompensacyjnych (wskazanych wprost w treści Umowy). Jest to instytucja charakterystyczna i powszechna dla umów Ppp, której celem jest doprowadzenie do tego, aby partner prywatny znalazł się w takiej samej sytuacji gospodarczej, w jakiej znajdowałby się, gdyby taki Przypadek Kompensacyjny nie nastąpił. Część z nich, zdaniem Zamawiającego, wymaga uwzględnienia nie tylko samego przesunięcia terminów wynikających z umowy, ale także dodatkowej płatności na rzecz partnera prywatnego. Jednakże uzależnione jest to od charakteru zdarzenia, stanowiącego dany Przypadek Kompensacyjny. Niektóre zdarzenia nie będą rodziły znaczących, dodatkowych kosztów po stronie Partnera Prywatnego, które powinny skutkować przyznaniem Rekompensaty. Są to np. opóźnienie rozpoczęcia Robót Budowlanych przez późniejsze przekazanie nieruchomości na rzecz Partnera Prywatnego, np.: w związku z wydłużeniem okresu ich pozyskania od osób trzecich (pkt. 4.4.7 Umowy), czasowy brak możliwości prowadzenia Robót Budowlanych w związku z pracami wykonywanymi na terenie budowy przez Przedsiębiorstwa Użyteczności Publicznej (pkt. 8.8.21 Umowy), opóźnienie rozpoczęcia Robót Budowalnych, w związku z uzyskaniem ZRID później niż zakładał Partner Prywatny (pkt. 8.6.1 Umowy). W przypadku gdy Partner Prywatny inaczej oceni, po pierwsze samo ryzyko wystąpienia danego Przypadku Kompensacyjnego, a po drugie ryzyko wzrostu kosztów, powinien to odpowiednio wycenić w swojej ofercie, na co Zamawiający wyraża — formułując w przedstawiony sposób treść SIWZ — swoja zgodę. Zdaniem Zamawiającego wszystkie Przypadki Kompensacyjne obecnie objęte Rekompensatą to sytuacje, w których ewentualne Dodatkowe Koszty i Wydatki Partnera Prywatnego zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z § 2 pkt 1 i 3 Rozporządzenia ws. rodzajów ryzyk, ryzyko budowy obejmuje zdarzenia powodujące zmianę kosztów lub terminów wytworzenia nowych środków trwałych lub ulepszenia już istniejących, w szczególności związane: z opóźnieniem w zakończeniu robót budowlanych oraz ze wzrostem kosztów. Ryzyka te składające się na ogólne ryzyko budowy mogą zostać przeniesione w całości na partnera prywatnego zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 1 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 realizacje lub poniesienia ich przez osobę trzecią").

Zarzut nr 6

W toku dialogu konkurencyjnego jego uczestnicy, w tym Odwołujący, nie kwestionowali będącego przedmiotem Zarzutu nr 6 podziału ryzyka. Jedyną kwestią podnoszoną przez uczestników dialogu była wartość kwotowa limitu, ostatecznie obniżona z 500 000 zł do 100 000 zł rocznie. Tym samym w ramach negocjacji strony wspólnie ustaliły brzmienie pkt 17.2.9 Umowy.

Celem ustanowienia limitu kwotowego nie jest wyeliminowanie możliwości zgłaszania niewielkich roszczeń, bowiem zgodnie z umową każdy Przypadek Kompensacyjny może zostać zgłoszony Zamawiającemu. Jednakże ustanowiony limit kwotowy, po którego przekroczeniu nastąpi płatność ze strony Zamawiającego w zakresie nadwyżki nad określonym limitem, służy uniknięciu konieczności każdorazowego pokrywania takich roszczeń przez stronę publiczną w formie oddzielnej Rekompensaty. Przykładowo, jeżeli w danym roku wartość Rekompensaty wyniesie 120 000 zł, Partner Prywatny otrzyma od Podmiotu Publicznego 20 000 zł. Dzięki corocznemu ujęciu w wynagrodzeniu Partnera Prywatnego kwoty odpowiadającej limitowi Rekompensaty nie będzie konieczne uruchamianie dodatkowych środków ze strony Zamawiającego, gdyż a priori pokryje on je w uiszczanym na rzecz Partnera Prywatnego Wynagrodzeniu. W związku z powyższym nie można mówić w takiej sytuacji o nadużyciu prawa, naruszeniu zasady proporcjonalności, zasad współżycia społecznego czy właściwości stosunku prawnego. Odwołujący

w tym zakresie będzie w pełni zaspokojony przez płatność Wynagrodzenia.

Zarzut nr 7

Modyfikacja SIWZ z 9 marca 2020 r. dotyczyła bezpośrednio tego zarzutu. Zgodnie ze zmianą SIWZ, w przypadku gdy obowiązek zapłaty Rekompensaty będzie wynikał z prawomocnego wyroku sądowego, zapłata nie będzie mogła zostać odroczona przez Podmiot Publiczny do kolejnego roku budżetowego.

Pozostałe żądania Odwołującego wynikające z podniesionego zarzutu nie są możliwe do uwzględnienia. Wnioskowane przez Odwołującego zastąpienie wyrażenia: „przy czym w celu uniknięcia wątpliwości, rozłożenie w czasie zapłaty Rekompensaty na podstawie art. 17.2.6 (a), (c) lub (d) powyżej, nie powoduje, iż od kwoty Rekompensaty mogą zostać naliczone Odsetki z tytułu takiego rozłożenia w czasie" przez wyrażenie: „przy czym Partnerowi Prywatnemu należą się odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych za okres od 31 dnia po przekazaniu wyliczenia kwoty Rekompensaty zgodnie z pkt 17.2.11 do dnia zapłaty lub aktualizacji Modelu Finansowego, o którym mowa w pkt. 17.2.17 (a)", prowadziłoby do uzyskania przez Partnera Prywatnego nieuzasadnionej korzyści kosztem Podmiotu Publicznego. Punkt 17.2.19 Umowy stanowi, że w przypadku gdy płatność Rekompensaty miałaby zostać odroczona w czasie, zgodnie z pkt. 17.2.6 (a) lub (c), Partner Prywatny zobowiązany jest do poszukiwania finansowania zewnętrznego kwoty Rekompensaty. Tym samym nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że wykonawca będzie musiał sam sfinansować koszty Przypadku Kompensacyjnego. Tymczasem, zgodnie z pkt. 17.2.19, Partner Prywatny powinien poszukiwać zewnętrznego finansowania wydatków, do których poniesienia będzie zobligowany w razie wystąpienia Przypadku Kompensacyjnego. Jeżeli natomiast Partner Prywatny takie finansowanie znajdzie, a Podmiot Publiczny je zaakceptuje, Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do pokrycia Partnerowi Prywatnemu kosztów takiego finansowania, obejmujących także odsetki od kredytu zaciągniętego na pokrycie wydatków związanych z Przypadkiem Kompensacyjnym. Jeżeli natomiast Partner Prywatny z obiektywnych przyczyn rynkowych nie znajdzie finansowania zewnętrznego dla Przypadku Kompensacyjnego lub Podmiot Publiczny nie zaakceptuje kosztu finansowania, Podmiot Publiczny zapłaci Partnerowi Prywatnemu Rekompensatę w formie jednorazowej płatności, pokrywającej całość dodatkowych wydatków poniesionych przez Partnera Prywatnego z tytułu Przypadku Kompensacyjnego. Nie jest także możliwa zmiana pkt. 17.2.22 Umowy w sposób wnioskowany przez Odwołującego. Podmiot Publiczny, jako jednostka samorządu terytorialnego, zobowiązany jest do corocznego przyjmowania uchwały budżetowej, zgodnej z Wieloletnią Prognozą Finansową. Projekt budżetu Prezydent Miasta przedstawia Radzie

Miasta do 15 listopada danego roku, natomiast uchwała budżetowa musi zostać podjęta przez Radę Miasta najpóźniej do końca roku poprzedzającego rok kalendarzowy, na który przyjmowany jest dany budżet. Siłą rzeczy, środki zaprogramowane w budżecie na cały kolejny rok budżetowy nie mogą przewidywać wydatków z tytułu wszystkich Przypadków Kompensacyjnych, których wystąpienie jest na ogół trudne do przewidzenia, a jeszcze trudniejsze oszacowanie wartości Rekompensaty, którą Podmiot Publiczny będzie zobowiązany zapłacić na rzecz Partnera Prywatnego. Tymczasem Prezydent Miasta nie może dokonać wydatkowania środków gminy jeżeli takie wydatki nie zostały przewidziane w budżecie. Wynika to jednoznacznie z art. 10 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Postanowienia pkt. 17.2.17 i 17.2.22 w ocenie Zamawiającego nie są sprzeczne z art. 8 Ustawy o przeciwdziałaniu opóźnieniom. Art. 8 przywołanej ustawy dotyczy zupełnie innej sytuacji, tj. takiej, w której nastąpiło opóźnienie płatności w transakcjach handlowych, tj. brak spełnienia świadczenia mimo jego wymagalności. Nie dotyczy to natomiast odroczenia wymagalności wierzytelności w przypadkach przewidzianych wyraźnie w Umowie, jak w pkt. 17.2.22, lub w przypadku zaistnienia sporu między kontrahentami, co do wartości świadczenia. Nie jest ono bowiem wtedy wymagalne, a Partner Prywatny nie może wystawić rachunku lub faktury.

Zarzut nr 8

Dokonana przez Zamawiającego 9 marca 2020 r. modyfikacja SIWZ dotyczyła bezpośrednio tego zarzutu. Zgodnie ze zmianą SIWZ nowe brzmienie pkt. 13.2.1 Umowy stanowi, że zgoda Zamawiającego na zbycie Udziałów będzie konieczna jedynie w stosunku do Partnera Prywatnego bądź do spółki celowej będącej członkiem konsorcjum tworzącym Partnera Prywatnego, jeżeli Partnerem Prywatnym będzie konsorcjum. Analogiczna zmiana dotyczy pkt. 13.2.1 Umowy. Z uwagi na powyższe, spór w tym zakresie stał się zatem pomiędzy stronami niniejszego postępowania bezprzedmiotowy. Nie jest natomiast możliwe uwzględnienie żądania usunięcia pkt. 13.12.1 i 13.12.2 Umowy. Trudno bowiem dopatrzyć się w wymogu udzielenia zgody przez Zamawiającego na zbycie udziałów naruszenia właściwości stosunku prawnego, sprzeczności z zasadami współżycia społecznego oraz nadużycia prawa naruszającego proporcjonalność. Zdaniem Zamawiającego twierdzenie

Odwołującego, zgodnie z którym postanowienie Umowy przewidujące konieczność uzyskania zgody Zamawiającego na zbycie udziałów było niezgodne z prawem. Partner Prywatny może zobowiązać się, że jego udziały nie zostaną zbyte bez zgody Zamawiającego. Takie zobowiązanie jest podejmowane przez zarząd w imieniu spółki celowej. Jeżeli mimo takiego zobowiązania ze strony Partnera Prywatnego jego wspólnicy dokonaliby zbycia udziałów, powinni być świadomi, iż nastąpi w ten sposób naruszenie Umowy, której przecież Partner Prywatny jest stroną, co narazi go na rozwiązanie Umowy i utratę przez spółkę wartości. Ponadto spółki celowe są kontrolowane przez spółki z grupy, a co za tym idzie żadna spółka celowa nie zawrze jakiejkolwiek ważnej umowy bez zgody jej wspólnika lub spółki kontrolującej grupę kapitałową, która w związku z tym jest świadoma postanowień zawieranej umowy.

Zarzut nr 9

Prawo budowlane nie zawiera legalnej definicji inwestora. W oparciu o zadania inwestora i jego kompetencje określone w szczególności w art. 18, art. 28 ust. 2 i art. 32 ust. 6 Prawa budowlanego, przyjmuje się powszechnie, że jest to „podmiot, któremu udzielono pozwolenia na budowę. Pozwolenie na budowę może być wydane jedynie temu, kto posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane (art. 4 oraz art. 32 ust. 4 pkt 2 Prawa budowlanego). Z tego wynika, że właśnie ten szczególny stosunek do nieruchomości jest cechą wyróżniającą inwestora. Inwestorem może wiec być podmiot, który na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości zobowiązał się wybudować na tej nieruchomości obiekt budowlany dla jej właściciela. Umowa ta musi jednakże zawierać takie postanowienia, które świadczą o tym, że właściciel przekazuje uprawnienie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Powyższa sytuacja występuje na gruncie zaskarżonych postanowień Umowy (pkt 8.8.2, 10.5.1, 10.5.2). Nie mają one jednak charakteru ingerującego w sposób wykonania zamówienia, a jedynie charakter deklaratywny, stwierdzający, że inwestorem jest Partner Prywatny. Określone bowiem w Umowie obowiązki i uprawnienia Partnera Prywatnego, w szczególności konieczność uzyskania przez niego pozwolenia na budowę (pkt 8.3 — 8.6), prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane na podstawie umowy (pkt 4.4.1), zlecenie przez właściciela nieruchomości (Zamawiającego) wybudowania na niej infrastruktury tramwajowej na rzecz Zamawiającego, organizacja budowy i finansowanie przedsięwzięcia wskazują na przeniesienie na Partnera Prywatnego obowiązków inwestora Powyższe warunki umowne zostały wypracowane w toku dialogu konkurencyjnego, a Zamawiający na gruncie przepisów Pzp ma pełne prawo do ostatecznego ukształtowania SIWZ wedle swojego uznania.

Zarzut nr 11

Uwzględnienie przedmiotowego zarzutu byłoby sprzeczne z interesem Zamawiającego i mogłoby prowadzić do postawienia zarzutu rozporządzenia mieniem Miasta Krakowa w sposób naruszający zasadę gospodarności. Zgodnie z utrwaloną praktyką Ppp, Partner Prywatny odpowiedzialny jest za zapewnienie finansowania przedsięwzięcia. Podmiot Publiczny nie będzie mu wypłacał w okresie projektowania i budowy żadnego wynagrodzenia, ani żadnych innych kosztów związanych z budową poza ściśle określonymi w Umowie przypadkami kompensacyjnymi, definiującymi zakres ryzyk będących po stronie publicznej. Partner Prywatny zapewni finansowanie całości przedsięwzięcia przez kredyt zaciągnięty w banku (lub kilku bankach) oraz przez zapewnienie wkładu własnego. Umowa w ściśle określony sposób reguluje kwestie związane z zapewnieniem finansowania oraz spłatą zaciągniętych przez Partnera Prywatnego kredytów. Co do zasady, okres spłaty tych kredytów jest również wieloletni, niewiele krótszy od okresu eksploatacji. Koszty takiego kredytu oparte są o oprocentowanie zmienne, uzależnione od aktualnej sytuacji rynkowej. Zgodnie z obecnym brzmieniem Umowy, wynagrodzenie Partnera Prywatnego kalkulowane jest w taki sposób, aby pokryło ono nie tylko koszty budowy, eksploatacji i zysku, ale również koszty odsetkowe związane ze spłatą zaciągniętych kredytów. Co istotne, to po stronie Podmiotu Publicznego znajduje się ryzyko zmiany stopy procentowej. Obarczenie tym ryzykiem Partnera Prywatnego nie jest spotykane w praktyce Ppp i w efekcie prowadziłoby do braku złożenia ofert w postępowaniu. Obciążenie tym ryzykiem Podmiotu Publicznego oznacza z kolei, że zmiana stóp procentowych będzie miała bezpośrednie przełożenie na wynagrodzenie Partnera Prywatnego: określony wzrost kosztów obsługi zadłużenia w wyniku zmiany stóp procentowych będzie oznaczać tożsamy wzrost wynagrodzenia Partnera Prywatnego, aby pokryć mu koszty związane ze spłatą odsetek od zaciągniętych kredytów. W celu zarzadzania ryzykiem zmiany stóp procentowych zawierane są transakcje zabezpieczające. mające na celu zmianę stopy zmiennej na stałą stopę procentową. Dzięki temu faktyczne oprocentowanie spłacanych przez Partnera Prywatnego kredytów jest stałe w okresie, na jaki te transakcje zostały zawarte, niezależnie od kształtowania się zmiennej stopy procentowej (np. WIBOR 3M). Co więcej, w wyniku zawarcia transakcji zabezpieczających wysokość wynagrodzenia Partnera Prywatnego wypłacana w przyszłości jest w pełni przewidywalna.

Partner Prywatny kalkulując swoje wynagrodzenie przed złożeniem oferty, w części dotyczącej kosztów obsługi zadłużenia posługuje się referencyjną stawką oprocentowania, którą określa Zamawiający i która jest taka sama dla wszystkich oferentów. Taki zabieg jest konieczny z uwagi na zachowanie porównywalności ofert. Do wartości referencyjnej obrazującej wartość rynkową oprocentowania (tożsamą ze wskaźnikiem WIBOR), każdy z partnerów prywatnych dolicza marżę, którą wynegocjuje indywidualnie z bankami przed złożeniem oferty i która to marża nie może co do zasady ulec zmianie w okresie trwania Umowy. Dopiero po zawarciu umowy, w celu wyeliminowania ryzyka zmiany stóp procentowych, zawierane są transakcje zabezpieczające, w wyniku których wynegocjowana stawka stałego oprocentowania zastępuje wartość referencyjną określoną przez Zamawiającego do złożenia oferty, a wynagrodzenie jest ponownie kalkulowane w oparciu o te nową stawkę. W celu zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na tym, aby ostateczne oprocentowanie kredytów miało charakter rynkowy (a co za tym idzie wysokość wynagrodzenia była rynkowa), Umowa zobowiązuje Partnera Prywatnego do przestrzegania z góry ustalonej i zaakceptowanej uprzednio pisemnie przez Podmiot Publiczny konkurencyjnej procedury przetargowej, która zapewni dla każdej zawieranej transakcji uzyskanie kwotowania od co najmniej trzech potencjalnych kontrahentów. Jest to tym bardziej istotne, że to Zamawiający (a nie Partner Prywatny) ma interes w tym, aby to stałe oprocentowanie ustalone w wyniku zawarcia transakcji zabezpieczających było jak najniższe. Gdyby Zamawiający nie wymagał przedstawienia od Wykonawcy trzech ofert od potencjalnych kontrahentów transakcji zabezpieczających, prowadziłoby do pozbawienia jakiegokolwiek wpływu Zamawiającego na ryzyko, za które to on odpowiada zgodnie z Umowa.

Zarzut nr 12

Poza samym zarzutem zawartym w petitum odwołania (tj. zarzut naruszenia art. 60e ust. 4 Pzp) oraz żądaniem (tj. przedłużenie terminu składania ofert do 26 czerwca 2020 r.), Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swojego zarzutu. W szczególności Odwołujący w żaden sposób nie wskazał na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 60e ust. 4 Pzp. W świetle orzecznictwa KIO dotyczącego interpretacji art. 180 ust. 3 Pzp, zarzut odwołania musi być postawiony wyraźnie, tzn. wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie ani doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania.

Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert w Postępowaniu 14 lutego 2020 r., a pierwotny termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 14 maja 2020 r. Tym samym pierwotny termin składania ofert w Postępowaniu wynosi dokładnie 90 dni, zatem termin zgodny jest z przepisami Pzp.

Zarzut nr 13

Odwołujący nie sprecyzował, jakie konkretnie czynności podjęte przez Zamawiającego miały świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz legalizmu.

Odpowiedź na odwołanie wniósł także Przystępujący. Wniósł on o oddalenie odwołań i poparł całą argumentację Zamawiającego, wskazując ponadto w zakresie zarzutów nr 8 i 9:
Zarzut nr 8

Zamawiający wprowadzając 9 marca 2020 r. modyfikację postanowień SIWZ w zasadzie uwzględnił przedmiotowy zarzut. Wymóg udzielenia zgody na zbycie udziałów został ograniczony do spółki celowej będącej członkiem konsorcjum tworzącym Partnera Prywatnego, w przypadku gdy jest nim konsorcjum. Zamawiający nie uwzględnił jedynie ewentualnego postulatu Odwołującego o wprowadzenie ograniczenia czasowego, co do wymogu uzyskania zgody na zbycie udziałów spółki celowej. W ocenie Przystępującego wprowadzenie wymogu uzyskania zgody Zamawiającego na zbycie udziałów jest rozwiązaniem standardowym na rynku projektów Ppp i nie można obronić tezy o jego niezgodności z prawem. Z uwagi na postanowienia projektu Umowy, możliwość zbywania udziałów została jedynie ograniczona, a nie całkowicie wyłączona.

Zarzut nr 9.

Na gruncie przepisów Ppp zarówno Partner Prywatny, jak również Partner Publiczny, mogą pełnić funkcje inwestora w rozumieniu prawa budowlanego. W pierwszym przypadku wszelkie decyzje związane z realizacją procesu budowlanego będą uzyskiwane przez Partnera Prywatnego w jego imieniu i na jego rzecz. Skutkiem drugiego podejścia jest to, iż zadania przypisane inwestorowi, takie jak np. nadzór inwestorski i dokonywanie odbioru

robót budowlanych, należą do strony publicznej, a Partner Prywatny będzie uzyskiwał wszelkie decyzje administracyjne w imieniu i na rzecz Podmiotu Publicznego, na podstawie odpowiedniego umocowania.

Ppp nie określa żadnych kryteriów dotyczących pełnienia funkcji inwestora przez którąkolwiek ze stron, pozostawiając swoistą dowolność w tym zakresie stronom Umowy oraz możliwość szczegółowego uregulowania tej kwestii w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym w zależności od charakteru danego przedsięwzięcia. Co za tym idzie, nie istnieją żadne przeszkody natury prawnej uniemożliwiające powierzenie roli inwestora Partnerowi Prywatnemu.

Funkcję inwestora w przedmiotowym przedsięwzięciu pełnić będzie Podmiot Prywatny. Na Podmiot Prywatny przeniesiono bowiem szereg obowiązków charakterystycznych dla tej funkcji — m.in. obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę (pkt. 8.3-86), prawo do dysponowania nieruchomościami na celu budowlane na podstawie umowy (pkt. 4.4.1), zlecenie przez właściciela nieruchomości (Zamawiającego) wybudowania na niej infrastruktury tramwajowej na rzecz Zamawiającego, organizacja budowy i finansowania przedsięwzięcia, zapewnienie opracowania projektów, zapewnienie kierownika budowy, opracowanie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wykonanie i odbiory robót budowalnych oraz ustanowienie nadzoru inwestorskiego i autorskiego. Tym samym, kwestionowane przez Odwołującego postanowienia Umowy stanowią jedynie wyraz przyjętej w Umowie konstrukcji podziału zadań i ryzyk pomiędzy Partnerem Prywatnym oraz Partnerem Publicznym, wypracowanej w toku dialogu konkurencyjnego, w którym Odwołujący uczestniczył.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe PPP Road Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił wykonawca.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W dniu 9 marca 2020 r. Zamawiający wprowadził zmiany do treści SIWZ - zmienił stanowiący część II SIWZ projekt umowy o Partnerstwie Publiczno-Prywatnym. Informacja o wprowadzonych zmianach została przekazana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Odwołującemu i jego pełnomocnikom reprezentującym go w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

W wyniku wprowadzonych zmian, stan faktyczny stanowiący podstawę dla wniesienia odwołania uległ zmianie.

Izba uznała, że wszystkie zarzuty odwołania zostały uzasadnione w sposób zanadto ogólny i nieprecyzyjny. Skutkiem powyższego była konieczność doprecyzowania zarzutów i wyjaśnienia ich przez Odwołującego w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp 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. W odwołaniach dotyczących treści SIWZ żądania odwołania stanowią dopełnienie zarzutów, bowiem w tych granicach, dopełnionych stawianym żądaniem rozpoznawane są podnoszone zarzuty. W ocenie Izby konieczność wyjaśniania zakresu zarzutów i żądań na etapie rozprawy stanowi dowód, że zarzuty odwołania nie odpowiadały w pełni dyspozycji art. 180 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane przez niego postanowienia wzoru umowy były niezgodne z wskazanymi w odwołania przepisami, nie wyjaśnił też na czym, w jego ocenia miała polegać niezgodność określonych postanowień wzoru umowy z tymi przepisami.

Pisemna odpowiedź na odwołanie wniesiona przez Zamawiającego w ocenie składu orzekającego dowiodła, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy stanowią wynik rozmów z wykonawcami prowadzonymi przez Zamawiającego z biorącymi udział w dialogu konkurencyjnym.

Ponadto Izba uznała:

Zarzuty nr 1, 3 i 10 odwołania podlegały umorzeniu.

Odwołujący, ze względu na wprowadzone przez Zamawiającego zmiany SIWZ z 9 marca 2020 r., w toku posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron i uczestników 13 marca 2020 r. oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 1, 3 i 10. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że w zakresie ww. zarzutów zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania, zgodnie z unormowaniem art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp.

Zarzut nr 2.

Odwołujący postawił przedmiotowy zarzut w oparciu o brzmienie punktu 10.8 projektu umowy sprzed 9 marca 2020 r.:

„Jeżeli Partner Prywatny nie wywiąże się z obowiązków, o których mowa w pkt. 10.4, 10.5 lub 10.7 i z tego powodu Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, także w wyniku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w pkt. 10.4, Partner Prywatny zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Podmiotu Publicznego kary umownej w wysokości równowartości takiego wynagrodzenia uiszczonego przez Podmiot Publiczny na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. W przypadku braku zapłaty kary umownej przez Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny będzie uprawniony do jej potrącenia z Wynagrodzenia”.

9 marca 2020 r. punkt 10.8 projektu umowy został zmieniony przez Zamawiającego i uzyskał brzmienie:

„10.8 Jeżeli Partner Prywatny nie wywiąże się z obowiązków, o których mowa w pkt. 10.4, 10.5 lub 10.7 i z tego powodu Podmiot Publiczny będzie zobowiązany do zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, także w wyniku wystąpienia zdarzeń, o których mowa w pkt. 10.4, Partner Prywatny zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Podmiotu Publicznego kary umownej w wysokości równowartości takiego wynagrodzenia uiszczonego przez Podmiot Publiczny na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. W przypadku braku zapłaty kary umownej przez Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny będzie uprawniony do jej potrącenia z Wynagrodzenia. W celu uniknięcia wątpliwości, jeżeli Partner Prywatny zapłaci Podmiotowi Publicznemu karę umowną, o której mowa w zdaniu pierwszym niniejszego punktu lub Podmiot Publiczny dokona potrącenia kary umownej z Wynagrodzeniem Partnera Prywatnego, Podmiot Publiczny będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania z tego samego tytułu, jedynie w przypadku, gdy szkoda Podmiotu Publicznego będzie przewyższała wysokość zapłaconej lub potrąconej kary umownej, przy czym Podmiot Publiczny będzie dochodził odszkodowania jedynie w kwocie przewyższającej zapłaconą przez Partnera Prywatnego lub potrąconą z Wynagrodzenia karę umowną”.

Biorąc pod uwagę ww. zmianę punktu 10.8 projektu umowy Izba uznała, że zarzut nr 2 odwołania zdezaktualizował się. Odwołujący oparł uzasadnienie zarzutu nr 2 na argumentacji zmierzającej do wykazania, że kara umowna wskazana w punkcie 10.8 jest rażąco wygórowana, a jej zastosowanie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Podmiotu Publicznego. Zmiana przedmiotowego postanowienia umowy wprowadziła limit wysokości możliwego do uzyskania przez Podmiot Publiczny odszkodowania ponad wysokość kary umownej. Tym samym w ocenie Izby, Zamawiający wprowadził do projektu umowy regulację, która uniemożliwia zaistnienie sytuacji opisanej przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu nr 2. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok, Izba bierze

za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izby rozstrzyga zatem uwzględniając stan faktyczny i okoliczności aktualne na moment zamknięcia rozprawy, a nie na moment sporządzenia odwołania albo jego złożenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut nr 2 uznając, że zarzut ten zdezaktualizował się - uzasadnienie i argumentacja dotycząca zarzutu nie odpowiada stanowi faktycznemu ustalonemu na chwilę zamknięcia rozprawy.

Zarzut nr 4.

Zamawiający w punkcie 4.10 Programu Funkcjonalno-Użytkowego „Warunki techniczne Podmiotu Publicznego dotyczące projektowania" wymienił typy tramwajów eksploatowanych obecnie w Krakowie, wskazując przy tym, że „nowym odcinkiem sieci tramwajowej mogą być kierowane wszystkie występujące w Krakowie wagony tramwajowe, w szczególności: 105 N/Na (w składach dwu lub trzy wagonowych), N8, NGT6, NGT8, EI, EI z przyczepą C3, GT8S, 405N, EU8N, PESA „Krakowiak" (PESA 2014N)". Ponadto, jako tabor najbardziej wpływający na stan techniczny szyn oraz specyfikę wykonania trasy tramwajowej Zamawiający wskazał tabor PESA typ 2014N „Krakowiak". Nie budzi również wątpliwości fakt, że wszystkie typy wagonów tramwajowych użytkowanych przez MPK S.A. spełniają wymagania norm wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 2 marca 2011 r. w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich wyposażenia. Biorąc pod uwagę ustalony w toku postępowania odwoławczego stan faktyczny skład orzekający uznał, że informacje dotyczące taboru tramwajowego, który będzie użytkowany w ramach realizacji umowy, są wystarczające do złożenia prawidłowej, zgodnej z SIWZ oferty. Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, że wykonawcy powinni uwzględnić tabor wywierający największy wpływ na stan techniczny torowiska tramwajowego.

Niezasadne jest z kolei żądanie Odwołującego, by Zamawiający określił jaki tabor tramwajowy będzie eksploatowany przez cały okres realizacji umowy. Umowa zostanie zawarta na 23 lata, przy czym trzy lata trwać mają roboty budowlane, a dwadzieścia następnych lat to okres eksploatacji. Biorąc pod uwagę zakładany czas trwania umowy niemożliwym jest oczekiwanie, by Zamawiający przewidział w sposób wiarygodny parametry tramwajów, które będą używane w przyszłości. Z tego względu Izba uznała zarzut nr 4 za niezasadny i oddaliła go.

Zarzut nr 5

Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane przez niego postanowienia umowy dotyczące Przypadków Kompensacyjnych były niezgodne z prawem.

Zgodnie z postanowieniami umowy - zarówno w wersji sprzed jak i po 9 marca 2020 r. - Przypadek Kompensacyjny może wywoływać dwa rodzaje skutków:

1. wydłużenie terminów określonych w Umowie,

2. uzyskanie prawa Partnera Prywatnego do rekompensaty.

Zamawiający wskazał, że niektóre zdarzenia stanowiące Przypadek Kompensacyjny nie będą rodziły znaczących dodatkowych kosztów po stronie Partnera Prywatnego, zatem nie będą skutkować przyznaniem Partnerowi Prywatnemu Rekompensaty. Są to między innymi:

1. opóźnienie rozpoczęcia robót budowlanych w wyniku opóźnienia przy przekazaniu nieruchomości na rzecz Partnera Prywatnego, np. w związku z wydłużeniem okresu ich pozyskania od osób trzecich - punkt 4.4.7 Umowy: „Brak przekazania Partnerowi Prywatnemu przez Podmiot Publiczny Nieruchomości dla realizacji poszczególnych Etapów zgodnie z Harmonogramem Realizacji Przedsięwzięcia, z przyczyn innych niż te, za których wystąpienie odpowiada Partner Prywatny, będzie stanowił Przypadek Kompensacyjny, jednak tylko w zakresie wydłużenia Okresu Projektowania i Budowy o rzeczywiste opóźnienie, które ten Przypadek Kompensacyjny wywołał",

2. czasowy brak możliwości prowadzenia robót budowlanych w związku z pracami wykonywanymi na terenie budowy przez przedsiębiorstwa użyteczności publicznej - punkt 8.8.21 Umowy: „Partner Prywatny jest zobowiązany przed rozpoczęciem robót budowalnych oraz w czasie ich prowadzenia do stałej ich koordynacji z pracami wykonywanymi przez podmioty trzecie (...). Jeżeli wykonywanie przez Partnera

Prywatnego Robót Budowlanych zostanie czasowo uniemożliwione, ze względu na prace wykonywane przez podmioty trzecie (np. Przedsiębiorstwa Użyteczności Publicznej) na nieruchomościach położonych w rejonie oddziaływania Przedsięwzięcia, których to prac Partner Prywatny przy dołożeniu należytej staranności, wynikającej z zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności nie mógł przewidzieć, jak również których nie mógł uwzględnić w prawidłowej koordynacji Robót Budowlanych, do której to koordynacji Partner Prywatny jest zobowiązany na podstawie niniejszego punktu, będzie to stanowiło Przypadek Kompensacyjny w zakresie przedłużenia terminu zakończenia Robót Budowlanych określonego w Harmonogramie Realizacji Przedsięwzięcia o rzeczywisty czas opóźnienia, które ten Przypadek Kompensacyjny wywołał."

3. opóźnienie rozpoczęcia robót budowalnych, w związku z uzyskaniem ZRID później niż zakładał Partner Prywatny - punkt 8.6.1 Umowy: „Jeżeli ZRID lub Pozwolenie na Budowę nie zostanie uzyskane w terminie określonym w Harmonogramie Realizacji Przedsięwzięcia, to w zakresie, w jakim będzie to wynikiem:

8.6.1.1 naruszenia przez właściwy Organ Administracji Przepisów Prawa z zakresu postępowania dotyczących terminu rozpatrzenia wniosku o ZRID lub Pozwolenia na Budowę lub terminu dokonania ponownej oceny oddziaływania Przedsięwzięcia na środowisko w ramach postępowania o wydanie ZRID lub Pozwolenia na Budowę; lub

8.6.1.2 zgłoszenia przez właściwy Organ Administracji (ponownych) uwag do poszczególnych elementów wniosku o wydanie ZRID lub Pozwolenia na Budowę, które: (i) w ramach toczącego się postępowania były już przedmiotem analizy przez właściwy Organ Administracji i zostały wówczas w sposób wyczerpujący wyjaśnione przez Partnera Prywatnego lub (ii) w sposób oczywisty będą nieuzasadnione lub nie będą miały związku z toczącym się postępowaniem; lub

8.6.1.3 wniesienia przez podmioty trzecie odwołań lub zaskarżenia nieostatecznego ZRID lub Pozwolenia na Budowę, które nie uzyskały rygoru natychmiastowej wykonalności;

w każdym z tych przypadków z przyczyn, za które Partner Prywatny nie ponosi odpowiedzialności, przypadek taki będzie stanowił Przypadek Kompensacyjny, jednak tylko w zakresie wydłużenia terminów wskazanych w Umowie, w tym w Harmonogramie Realizacji Przedsięwzięcia".

W ocenie składu orzekającego powyższe postanowienia umowy skonstruowane zostały w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa. Brak jest podstaw do uznania, że w kwestionowanych przez Odwołującego przypadkach zasadne jest stwierdzenie, że Partner Prywatny powinien mieć prawo do rekompensaty. Przypadki, w których Partnerowi Prywatnemu przysługiwać będzie jedynie prawo do wydłużenia terminu realizacji robót dotyczą sytuacji, w których uzasadnione jest stosowne przesunięcie określona zmiana tego terminu, a zmiana ta nie wywoła szkód po stronie Partnera Prywatnego.

Zamawiający przyznał możliwość uzyskania przez Partnera Prywatnego rekompensaty, w przypadku wystąpienia zdarzeń, istotnych z punktu widzenia komfortu Partnera Prywatnego w zakresie zwrotu trudnych do przewidzenia Dodatkowych Kosztów i Wydatków, tj.: zmiany warunków gruntowych w zakresie nieruchomości pomiędzy dniem złożenia oferty, a dniem przekazania Partnerowi Prywatnemu nieruchomości (pkt. 4.4.6 Umowy), braku wydania przez właścicieli lub zarządców infrastruktury technicznej warunków technicznych umożliwiających prowadzenie robót budowlanych (pkt. 8.8.10 Umowy), wystąpienia warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych w obszarze nieruchomości, w których zlokalizowany zostanie tunel, odbiegających w sposób istotny od przyjętych w Umowie (pkt. 8.8.34 Umowy), usunięcia awarii (np. uszkodzenia) infrastruktury tramwajowej spowodowanej wypadkiem drogowym (pkt. 8.4.3 Załącznika nr 7 do Umowy pt. „Standardy Eksploatacji").

Rekompensata została wyłączona w okresie realizacji robót budowlanych, a wyłączenie to wynika z podziału ryzyk między Partnera Publicznego i Partnera Prywatnego. Ponadto, w przypadku gdy Partner Prywatny uzna, że określone Przypadki Kompensacyjne będą generować dodatkowych kosztów po stronie Partnera Prywatnego, to powinien on odpowiednio wycenić to ryzyko w swojej ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut odwołania został uznany za bezpodstawny.

Zarzut nr 6

Kwestionowany przez Odwołującego punkt 17.2.9 wzoru umowy stanowi: „W przypadku, gdy wskutek wystąpienia Przypadku Kompensacyjnego Partnerowi Prywatnemu przysługuje Rekompensata, jej wysokość oraz sposób zapłaty zostanie ustalony zgodnie z pkt. 17.2.10 - 17.2.25, przy czym w celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że ilekroć w Umowie mowa jest o Przypadku Kompensacyjnym bez ograniczenia jego skutków do zmiany terminów, wówczas taki Przypadek Kompensacyjny obejmuje Rekompensatę. Rekompensata będzie przysługiwała Partnerowi Prywatnemu pod warunkiem, iż w wyniku wystąpienia jednego lub więcej Przypadków Kompensacyjnych, kwota Rekompensaty obliczona zgodnie z postanowieniami niniejszego pkt. 17.2 w danym roku kalendarzowym obowiązywania Umowy przekroczy 100.000 (słownie: sto tysięcy) złotych (przy czym kwota ta będzie corocznie waloryzowana o wskaźnik CPI), jednak wyłącznie w zakresie nadwyżki ponad kwotę 100.000 (słownie sto tysięcy) złotych (waloryzowaną corocznie o wskaźnik CPI). Zasada, o której mowa w zdaniu poprzedzającym nie dotyczy Zmiany Prawa polegającej na zwiększeniu wysokości stawki podatku VAT znajdującej zastosowanie do wyliczenia Wynagrodzenia zgodnie z Umową”.

Uzasadnienie zarzutu ograniczone zostało do stwierdzenia: „Odwołujący sprzeciwia się też ograniczeniu, iż Rekompensata przysługuje jedynie ponad kwotę 100 000 zł rocznie. Odwołujący wskazuje, iż brak jest uzasadnienia, dlaczego skutki działań Podmiotu Publicznego, generujące koszty do 100 000 zł rocznie dla Partnera Prywatnego, miałyby obciążać jedynie prywatną stronę przedsięwzięcia. Takie swoiste zwolnienie z odpowiedzialności do kwoty (100 000 zł x liczba lat) jest trudne do zrozumienia, co więcej — rażąco narusza jedną z podstawowych zasad prawa, iż „nikt nie może wyciągać pozytywnych skutków z własnego, bezprawnego działania”. Odwołujący spotkał się z argumentacją, że służy to przeciwdziałaniu zgłaszaniu niewielkich roszczeń. Odwołującemu trudno zrozumieć, co sprzecznego z prawem jest w zgłaszaniu roszczenia na kwotę 50 000 zł, czy też 100 000 zł. Dlaczego kwoty taki co roku (ewentualnie) miały by być swoistym prezentem dla strony publicznej?”.

Uzasadnienie zarzutu jest lakoniczne i sprowadza się jedynie do argumentacji ujmującej własne stanowisko Odwołującego, bez odniesienia do uzasadnienia prawnego. W takim stanie rzeczy Izba mogła poddać pod ocenę jedynie stanowisko prezentowane w odwołaniu, natomiast argumentacja wskazywana na rozprawie stanowiła nieuprawnione rozszerzanie zarzutu. Poddając pod rozpoznanie zarzut Izba uznała, że Odwołujący nie podjął nawet próby uzasadnienia przedmiotowego zarzutu, ani poparcia go jakąkolwiek, merytoryczną argumentacją.

Postanowienia umowy w tym zakresie zgodne są z prawem: w ocenie Izby punkt 17.2.9 wzoru umowy jest zgodny z prawem i stanowi odzwierciedlenie treści art. 1 ust. 2 Ppp, który stanowi, że partnerstwo publiczno-prywatne polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Zarzut nr 7

Treść kwestionowanego przez Odwołującego punktu 17.2.22 wzoru umowy sprzed jego zmiany 9 marca 2020 r. brzmiała: „Bez względu na inne postanowienia niniejszego pkt. 17.2, jakakolwiek wypłata Rekompensaty, uznanej za bezsporną przez Podmiot Publiczny lub wynikającej z rozstrzygniętego sporu, zostanie dokonana: (i) w roku budżetowym jej ustalenia (uznania za bezsporną przez Podmiot Publiczny lub roku rozstrzygnięcia sporu), pod warunkiem zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych na dokonanie takiego wydatku w uchwale budżetowej i WPF Gminy Miejskiej Kraków, bądź w przeciwnym razie nie później niż w (ii) w kolejnym roku budżetowym, na który budżet będzie uchwalany przez Radę Miasta Krakowa po ustaleniu kwoty Rekompensaty, w terminie nie dłuższym niż 90 (dni) od rozpoczęcia tego roku. Podmiot Publiczny poinformuje Partnera Prywatnego w terminie dziesięciu (10) Dni Roboczych od dnia uznania kwoty Rekompensaty za bezsporną lub od dnia rozstrzygnięcia sporu, o terminie realizacji tej części Rekompensaty, uwzględniając postanowienia zdania poprzedzającego”.

Zmiana wzoru umowy z 9 marca 2020 r. objęła m. in. punkt 17.2.22, który zyskał brzmienie: „Bez względu na inne postanowienia niniejszego pkt. 17.2, jakakolwiek wypłata Rekompensaty, uznanej za bezsporną przez Podmiot Publiczny lub wynikającej z rozstrzygniętego sporu (z wyłączeniem prawomocnego wyroku sądowego zapadłego w sprawie pomiędzy Stronami), zostanie dokonana: (i) w roku budżetowym jej ustalenia (uznania za bezsporną przez Podmiot Publiczny lub roku rozstrzygnięcia sporu),

pod warunkiem zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych na dokonanie takiego wydatku w uchwale budżetowej i WPF Gminy Miejskiej Kraków, bądź w przeciwnym razie nie później niż w (ii) w kolejnym roku budżetowym, na który budżet będzie uchwalany przez Radę Miasta Krakowa po ustaleniu kwoty Rekompensaty, w terminie nie dłuższym niż 90 (dni) od rozpoczęcia tego roku. Podmiot Publiczny poinformuje Partnera Prywatnego w terminie dziesięciu (10) Dni Roboczych od dnia uznania kwoty Rekompensaty za bezsporną lub od dnia rozstrzygnięcia sporu, o terminie realizacji tej części Rekompensaty, uwzględniając postanowienia zdania poprzedzającego".

Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izby rozstrzyga zatem uwzględniając stan faktyczny i okoliczności aktualne na moment zamknięcia rozprawy, a nie na moment sporządzenia odwołania albo jego złożenia.

Biorąc pod uwagę wskazaną zmianę punktu 17.2.22 wzoru umowy, Izba uznała, że zarzut nr 7 odwołania zdezaktualizował się, a Odwołującemu przysługiwał środek odwoławczy wobec nowego brzmienia przedmiotowego punktu umowy.

Zarzut nr 8

Zgodnie ze zmianą SIWZ z 9 marca 2020 r. nowe brzmienie punktu 13.2.1 wzoru umowy stanowi, że zgoda Zamawiającego na zbycie udziałów będzie konieczna jedynie w stosunku do Partnera Prywatnego, bądź do spółki celowej będącej członkiem konsorcjum tworzącym Partnera Prywatnego, jeżeli Partnerem Prywatnym będzie konsorcjum.

Tym samym, podobnie jak w przypadku zarzutów nr 2 i 7 Izba uznała, że zarzut nr 8 zdezaktualizował się i podlega oddaleniu.

Zarzut nr 9

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia wzoru umowy:

8.8.2 Partner Prywatny będzie realizować Roboty Budowlane w charakterze inwestora w rozumieniu Przepisów Prawa, w tym Prawa Budowlanego.

10.5.1 Partner Prywatny zobowiązuje się, że w umowach z podwykonawcami zostanie zawarte oświadczenie Partnera Prywatnego, iż Podmiot Publiczny nie pełni funkcji inwestora w rozumieniu Prawa Budowlanego i nie odpowiada za wynagrodzenie należne podwykonawcom Partnera Prywatnego oraz ich dalszym podwykonawcom.

10.5.2 Partner Prywatny zobowiązuje się, że w umowach z podwykonawcami zostanie zawarte oświadczenie, że podwykonawca jest świadomy, że Partner Prywatny jest inwestorem odpowiedzialnym solidarnie wraz z nim wobec dalszych podwykonawców za zapłatę wynagrodzenia, jeżeli odpowiedzialność taka będzie wynikać z Przepisów Prawa. Odwołujący wniósł o usunięcie z wzoru umowy ww. postanowień, ale nie wyjaśnił i nie uzasadnił w jaki sposób te postanowienia naruszają przepisy prawa, których dotyczy przedmiotowy zarzut.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że jedynie właściciel nieruchomości może być inwestorem. Zgodnie z art. 4 PrBud każdy ma prawo zabudowy nieruchomości gruntowej, jeżeli wykaże prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, pod warunkiem zgodności zamierzenia budowlanego z przepisami. Przepis ten nie określa żadnego tytułu do dysponowania nieruchomością, zatem uznać należy, iż dopuszczalna jest każda, dozwolona prawem podstawa. Z kolei art. 32 ust. 4 pkt 2 PrBud pozwolenie na budowę może być wydane wyłącznie temu, kto złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Ponadto, biorąc pod uwagę wynikający z wzoru umowy zakres obowiązków Partnera Prywatnego wskazać należy, że odpowiada on określonemu w art. 18 PrBud zakresowi obowiązków inwestora:

> 1. Do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie:
>
> 1) opracowania projektu budowlanego i, stosownie do potrzeb, innych projektów,
>
> 2) objęcia kierownictwa budowy przez kierownika budowy,

3) opracowania planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,

4) wykonania i odbioru robót budowlanych,

5) w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót budowlanych lub warunkami gruntowymi, nadzoru nad wykonywaniem robót budowlanych

- przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych.

2. Inwestor może ustanowić inspektora nadzoru inwestorskiego na budowie.

3. Inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego.

Możliwość pełnienia funkcji inwestora przez Partnera Prywatnego została dostrzeżona także przez ustawodawcę. Zgodnie z brzmieniem art. 7b ust. 1 zdanie 2 Ppp: w przypadku gdy podmiot publiczny jest inwestorem, a nie stosuje się do niego przepisów, o których mowa w zdaniu pierwszym, partner prywatny informuje o tym podwykonawcę przed zawarciem z nim umowy. Wykładnia przytoczonego przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że a contrario możliwa jest do przewidzenia sytuacja, w której inwestorem nie będzie podmiot publiczny. W takim przypadku inwestorem będzie podmiot prywatny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy są uzasadnione i prawidłowe, a stanowisko i argumentacja Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie - zasadne. Z tego względu zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 11

Kwestionowany przez Odwołującego punkt 13.7.12 wzoru umowy brzmi: „Z zastrzeżeniem zdania drugiego, zawierając Transakcje Zabezpieczające Partner Prywatny będzie przestrzegać z góry ustalonej i zaakceptowanej uprzednio pisemnie przez Podmiot Publiczny konkurencyjnej procedury przetargowej, która zapewni dla każdej zawieranej transakcji uzyskanie kwotowania od co najmniej trzech (3) potencjalnych kontrahentów oraz przewidującej stały poziom marży (spread) kontrahenta powyżej obserwowalnego rynkowego kwotowania (na przykład z systemu Reuters lub Bloomberg) stanowiącego poziom referencyjny dla zawieranej transakcji. W odniesieniu do tej części Finansowania Głównego, która udzielona została przez EBI w oparciu o stałą stopę procentową, procedura konkurencyjna, o której mowa w zdaniu pierwszym, nie będzie miała zastosowania”. Odwołujący oparł swoją argumentację na twierdzeniu, że Partner Prywatny nie może odpowiadać za okoliczność, czy podmioty trzecie złożą ofertę. Z tego względu Odwołujący żądał, by punkt 13.7.12 wzoru umowy uzyskał brzmienie: „Z zastrzeżeniem zdania drugiego, zawierając Transakcje Zabezpieczające Partner Prywatny będzie przestrzegać z góry ustalonej i zaakceptowanej uprzednio pisemnie przez Podmiot Publiczny konkurencyjnej procedury przetargowej, przewidującej stały poziom marży (spread) kontrahenta powyżej obserwowalnego rynkowego kwotowania (na przykład z systemu Reuters lub Bloomberg) stanowiącego poziom referencyjny dla zawieranej transakcji. W odniesieniu do tej części Finansowania Głównego, która udzielona została przez EBI w oparciu o stałą stopę procentową, procedura konkurencyjna, o której mowa w zdaniu pierwszym, nie będzie miała zastosowania”. W ocenie składu orzekającego żądanie powyższe było nieuzasadnione. Partner Prywatny odpowiedzialny będzie za zapewnienie finansowania przedsięwzięcia, a Podmiot Publiczny w okresie projektowania i budowy nie będzie wypłacał Partnerowi Prywatnemu żadnego wynagrodzenia, ani żadnych innych kosztów związanych z budową poza ściśle określonymi we wzorze umowy Przypadkami Kompensacyjnymi, definiującymi zakres ryzyk będących po stronie publicznej. Partner Prywatny zapewni finansowanie całości przedsięwzięcia poprzez kredyt zaciągnięty w banku (lub kilku bankach) oraz poprzez zapewnienie wkładu własnego. Z tego względu, w ocenie Izby, postanowienie punktu 13.7.12 wzoru umowy jest racjonalne. Izba wzięła pod uwagę ponadto fakt, iż wzór umowy nie przewiduje żadnej sankcji za niezrealizowanie przez Partnera Prywatnego obowiązku uzyskania co najmniej trzech ofert od potencjalnych kontrahentów dla każdej zawieranej transakcji.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotowe postanowienie wzoru umowy nie jest sprzeczne z prawem, a Odwołujący nie podjął choćby próby wykazania, by to postanowienie uniemożliwiałoby bądź utrudniało złożenie przez Odwołującego oferty w postępowaniu, Izba oddaliła zarzut jako niezasadny.

Zarzuty nr 12 i 13

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

12. wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie ofert w sytuacji znacznych zmian koncepcji po ostatnim etapie negocjacji oraz wymaganiach dotyczących finansowej części oferty, oraz

13. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawców do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz przy sformułowaniu kryteriów selekcji w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny.

Zarzuty powyższe nie zostały jednak w żaden sposób uzasadnione. Odwołujący całkowicie pominął te zarzuty w treści uzasadnienia odwołania. Z tego względu, na podstawie art. 180 ust. 3 Pzp zarzuty podlegały oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972, dalej: Rozporządzenie w sprawie kosztów) wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000 zł. Odwołujący 24 lutego 2020 r. wpłacił na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 20 000 zł zamiast 15 000 zł. Odwołujący błędnie założył, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a nie usługi. Tym samym wpis od odwołania wniesiony przez Odwołującego był za wysoki. Rozstrzygając o kosztach, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę wpisu w prawidłowej wysokości, tj. 15 000 zł. Wobec powyższego, Odwołujący ma prawo żądać zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadwyżkę wobec kwoty wpisu wynikającego z § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie kosztów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów Rozporządzenia w sprawie kosztów.

Przewodniczący:.....