

Białystok, 28.07.2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: KOBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Mieszka I 4 /226, 15 – 054 Białystok
KRS: 0000569674
e-mail: prawo@koba.pl
tel.: 507-054-984
reprezentowana przez Konrada Baranowskiego – Prezesa Zarządu

Zamawiający: Gmina Brańsk
ul. Rynek 8, 17 – 120 Brańsk
tel.: 85 737 50 31, faks: 85 737 58 04
e-mail: sekretariat@bransk.pl

ODWOŁANIE

wobec treści dokumentów koncesji, w tym ogłoszenia o koncesji, w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji prowadzonym przez Gminę Brańsk na „Pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Nadbużańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk”, prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Brańsk, znak postępowania: SE.271.6.2022

Działając w imieniu Odwołującego – KOBA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, na podstawie art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej jako **ustawa**), art. 55 ustawy i art. 514 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako **prawo zamówień publicznych**) w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy, **składam odwołanie wobec treści dokumentów koncesji**, tj. wobec treści ogłoszenia o koncesji i Opisu warunków postępowania o zawarcie umowy koncesji, w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji o szacunkowej wartości poniżej progów unijnych, na „Pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Nadbużańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk”, prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Brańsk, znak postępowania: SE.271.6.2022.

- 1. Zaskarżam następujące zapisy ogłoszenia o koncesji z dnia 18 lipca 2022 r., zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych po numerem 2022/BZP 00259579/01 (dalej jako ogłoszenie o koncesji):**

- 1) **Sekcja III pkt 3.7)** zapis o treści: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert albo wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz oświadczeń w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym” w zakresie, w jakim Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty w formie elektronicznej pomimo, że w innych zapisach dokumentów koncesji dopuszczono możliwość złożenia oferty w formie elektronicznej,
 - 2) **Sekcja V pkt 5.9.3)** zapis o treści: „Miejsce składania wniosków/ofert. W formie elektronicznej za pośrednictwem ePUAP pod adresem <https://epuap.gov.pl/wps/portal> lub <https://miniportal.uzp.gov.pl> lub formie papierowej na adres: Urząd Gminy Brańsk, ul. Rynek 8, 17-120 Brańsk” w zakresie, w jakim Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, pomimo, że w innych zapisach dokumentów koncesji dopuszczono możliwość złożenia oferty w tej formie,
 - 3) **Sekcja VI pkt 6.2) ppkt 2** o treści: „Zobowiązanie innego podmiotu (w oryginale) w formie pisemnej, Wykonawca składa wraz z ofertą” w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego możliwości złożenia zobowiązania innego podmiotu w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.
2. **Zaskarżam następujące zapisy Opisu warunków postępowania o zawarcie umowy koncesji z dnia 18 lipca 2022 r. (dalej jako OWK):**
- 1) **Rozdział VI. WIZJA LOKALNA** o treści: „Zamawiający informuje, że złożenie oferty nie wymaga odbycia wizji lokalnej lub sprawdzeniem dokumentów dotyczących zamówienia jakie znajdują się w dyspozycji Zamawiającego, a jakie będą udostępniane podmiotom zgłaszającym chęć udziału w postępowaniu. Wszelkie dokumenty znajdują się na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem: <https://samorząd.gov.pl/web/gmina-bransk/zamowienia-publiczne>”, w zakresie przyjęcia, że złożenie oferty nie wymaga przeprowadzenia wizji lokalnej przez wykonawców i niedopuszczenia możliwości wzięcia udziału w wizji lokalnej przez wykonawców, podczas gdy opis przedmiotu koncesji i dokumenty udostępnione przez Zamawiającego nie pozwalają na dokonanie rzetelnej wyceny kosztów związanych z utrzymaniem i eksploatacją Sieci będącej przedmiotem umowy koncesji oraz wysokości czynszu dzierżawnego,
 - 2) **Rozdział XIII ust. 2** o treści: „Ofertę, oświadczenia, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w postaci elektronicznej, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach określonych w

rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2020 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452)”, w zakresie w jakim zapis nie przewiduje możliwości złożenia wskazanych dokumentów w formie pisemnej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym,

- 3) **Rozdział XIII ust. 21** o treści: „Oświadczenia wstępne o których mowa w rozdziale IX składa się razem z ofertą, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym” w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego możliwości złożenia oświadczeń wstępnych w formie pisemnej, w przypadku, gdy oferta składana jest w formie pisemnej,
 - 4) **Rozdział XIII ust. 25** o treści: „Oświadczenia wstępne wskazane w rozdziale IX OWP przekazuje się środkiem komunikacji elektronicznej wskazanym w pkt 9” w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego możliwości złożenia oświadczeń wstępnych wraz z ofertą za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca, w przypadku, gdy oferta składana jest w formie pisemnej,
 - 5) **Rozdział XIII ust. 32** o treści: „Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści OWP wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert” w całości jako sprzeczny z postanowieniami art. 25 ustawy,
 - 6) **Rozdział XVII ust. 1** o treści: „Ofertę należy złożyć poprzez Platformę do dnia 03.08.2022 r. do godziny 9:00” w zakresie, w jakim zapis nie przewiduje terminu złożenia oferty w formie pisemnej,
 - 7) **Rozdział XVII ust. 3** o treści: „Otwarcie ofert następi w dniu 03.08.2022 r. o godzinie 11:00” w zakresie przewidzenia przez Zamawiającego, że otwarcie ofert nastąpi dopiero po upływie dwóch godzin od upływu terminu składania ofert, co nie znajduje uzasadnienia, w szczególności mając na uwadze dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości złożenia oferty w formie pisemnej.
3. **Zaskarżam następujące zapisy Załącznika nr 4 do OWK – Wzór umowy koncesji na usługi (dalej jako Wzór umowy):**
- 1) **pkt 1 ppkt 1.3** o treści: „Dniu Otwarcia - należy przez to rozumieć Dzień udostępnienia Infrastruktury do korzystania przez Klientów przypadający nie później niż w ciągu 14 dni od dnia wejścia w życie umowy;”, w zakresie, w jaki przewiduje obowiązek koncesjonariusza do udostępnienia Sieci do korzystania przez klientów w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie umowy, podczas gdy udostępnienie Sieci w

tym terminie nie jest możliwe m.in. z uwagi na treść motywu 45 Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 6 czerwca 2013 r. nr C(2013)3430 tj. obowiązek zatwierdzania opłat przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej warunkujący możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych,

- 2) **pkt 1 ppkt 1.21** o treści: „Remoncie i Naprawach - należy prze to rozumieć wszelkie roboty wykonywane przez Koncesjonariusza w zakresie Infrastruktury polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiące bieżącej Konserwacji”, w zakresie, w jakim zapis obciąża koncesjonariusza koniecznością wykonania wszystkich remontów i napraw, niezależnie od przyczyny konieczności dokonania remontu lub naprawy,
- 3) **pkt 4 ppkt 4.1.1.2** o treści: „niezwłoczne informowanie Zamawiającego, o każdej i wszelkich awariach, uszkodzeniach Infrastruktury na Nieruchomości oraz możliwości ich wystąpienia”, w zakresie w jakim nakłada na koncesjonariusza obowiązek informowania Zamawiającego o możliwości wystąpienia awarii lub uszkodzeń Sieci, podczas gdy koncesjonariusz nie jest w stanie przewidzieć możliwości wystąpienia awarii lub uszkodzeń Sieci,
- 4) **pkt 4 ppkt 4.1.1.3** o treści: „nadzór nad podmiotami dokonującymi wszelkich przeglądów serwisowych, pomiarów, badań, konserwacji, bieżących napraw i modernizacji infrastruktury i wszelkich instalacji i urządzeń znajdujących się na terenie objętym umową koncesji, w tym wynikających z odrębnych przepisów. Koncesjonariusz będzie odpowiedzialny za zapewnienie, że wszystkie naprawy, wymiany i konserwacje będą jakości i klasy co najmniej równej tej, co przedmiot takiej naprawy lub konserwacji” w zakresie, w jakim nakłada na koncesjonariusza obowiązek sprawowania nadzoru nad wszystkimi podmiotami wykonującymi wskazane w zapisie czynności, nawet, jeżeli koncesjonariusz nie ma prawnych środków zapewniających mu nadzór nad tymi podmiotami,
- 5) **pkt 4 ppkt 4.1.1.4** o treści: „bieżące utrzymanie porządku i czystości Nieruchomości i Infrastruktury”, w całości z uwagi na nałożenie na Koncesjonariusza niemożliwego do wykonania obowiązku, gdyż nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć, stanowią własność pomiotów trzecich, w tym w znacznej części stanowią pasy drogowe, a co za tym idzie koncesjonariusz nie ma prawa do wykonywania czynności porządkowych na tych nieruchomościach,
- 6) **pkt 4 ppkt 4.1.2.2** o treści: „planowanie, przekazywanie, wdrażanie, koordynowanie i nadzorowanie wszystkich spraw związanych z pozyskiwaniem Klientów i kreowaniem wizerunku Infrastruktury”, w zakresie w jakim nakłada na koncesjonariusza niedookreślony obowiązek kreowania wizerunku Infrastruktury i nie precyzuje konkretnych działań, które ma podejmować koncesjonariusz,
- 7) **pkt 4 ppkt 4.1.11** o treści: „bieżące prowadzenie serwisu internetowego o Infrastrukturze”, w zakresie, w jakim zapis nie precyzuje szczegółowo obowiązków

w zakresie prowadzenia serwisu internetowego oraz nie określa, czy serwis internetowy istnieje, czy też koncesjonariusza będzie zobowiązany do jego utworzenia,

- 8) **pkt 5 ppkt 5.1.1** o treści: „Infrastruktury na czas obowiązywania Umowy w terminie czternastu (14) Dni od dnia zawarcia umowy w stanie umożliwiającym korzystanie z Infrastruktury w zakresie zależnym od Zamawiającego”, w zakresie w jakim zapis nie przewiduje przekazania koncesjonariuszowi Infrastruktury w zakresie niezależnym od Zamawiającego,
- 9) **pkt 5 ppkt 5.1.2.** o treści: „dokumentacji projektowej w terminie siedmiu (7) dni od dnia zawarcia umowy”, w zakresie, w jakim zapis nie przewiduje obowiązku przekazania przez Zamawiającego dokumentacji powykonawczej dotyczącej budowy Sieci,
- 10) **pkt 8 ppkt 8.3.2** w zakresie nieprzewidzenia możliwości rozwiązania umowy w przypadku nierentowności świadczenia usług przez koncesjonariusza,
- 11) **pkt 10 ppkt 10.2** o treści: „Koncesjonariusz ma prawo wypowiedzieć Umowę z 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, jeżeli Zamawiający w sposób rażący i uporczywy narusza warunki niniejszej Umowy lub przepisy obowiązującego Prawa, pomimo co najmniej dwukrotnego pisemnego wezwania przez Koncesjonariusza do usunięcia wskazanych naruszeń oraz terminów ich wystąpienia”, w zakresie w jakim:
 - a) wymaga się od koncesjonariusza dwukrotnego wezwania Zamawiającego do usunięcia wskazanych naruszeń oraz terminów ich wystąpienia, oraz
 - b) nie przewiduje prawa koncesjonariusza do wypowiedzenia umowy w przypadku nierentowności świadczenia usług,
- 12) **pkt 11 pkt 11.6.5** o treści: „termin wykonania koniecznych Remontów i Napraw lub Modernizacji” w zakresie, w jakim zapis przewiduje prawo arbitralnego określenia terminu wykonywania Remontów i Napraw lub Modernizacji,
- 13) **pkt 11 ppkt 11.7** o treści: „Koncesjonariusz zobowiązany jest do wykonania prac w zakresie oraz terminie, ustalonym w Raporcie Stanu Technicznego” w zakresie, w jakim zapis nie przewiduje dodatkowej zapłaty dla koncesjonariusza z tytułu wykonania Modernizacji,
- 14) **pkt 16 ppkt 16.5** o treści: „W przypadku uzyskania przez Zamawiającego informacji lub podejrzeń o nieprawidłowościach w wykonywaniu Umowy przez Koncesjonariusza, Zamawiający będzie miał prawo do przeprowadzenia Kontroli, po poinformowaniu o niej Koncesjonariusza z jedno (1) - dniowym wyprzedzeniem”, w zakresie przewidzenia bardzo krótkiego, tj. jednodniowego terminu na zawiadomienie koncesjonariusza przed rozpoczęciem kontroli,
- 15) **pkt 16 ppkt 16.8.4** o treści: „Wytyczne lub wskazówki, co do dalszej działalności Koncesjonariusza wraz z terminem realizacji wytycznych”, w zakresie, w jakim

przysnaje Zamawiający prawo arbitralnego określenia terminu realizacji wytycznych przez Koncesjonariusza,

- 16) pkt 16 ppkt 16.10** o treści: „Wyłącznymi powodami uznania przez Koncesjonariusza, że raport pokontrolny Zamawiającego, o którym mowa w Punkcie 16.9 powyżej, jest bezzasadny i zawiera błędy będzie udokumentowanie przez Koncesjonariusza zgodności realizacji Przedmiotu Umowy z zapisami Oferty, Prawem oraz celami Zamawiającego określonymi w niniejszej Umowie”, w zakresie, w jakim wyłącza możliwość kwestionowania przez koncesjonariusza raportu pokontrolnego z innych powodów,
- 17) pkt 17 ppkt 17.1** o treści: „Koncesjonariusz zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących sytuacjach:
- 17.1.1. za każdy rozpoczęty dzień Zwłoki w przedstawieniu przez Koncesjonariusza dokumentów potwierdzających posiadanie polis ubezpieczeniowych, o których mowa w Załączniku B, w wysokości 5.000,00 PLN,;
 - 17.1.2. za każdy dzień Zwłoki w wykonaniu każdego z zaleceń wskazanych w Raporcie Stanu Technicznego, o którym mowa w Punkcie 11.5 - w wysokości 5.000 PLN;
 - 17.1.3. za każdy dzień Zwłoki w wykonaniu każdego z zaleceń wskazanych w raporcie pokontrolnym, o którym mowa w Punkcie 16.9 - w wysokości 5.000 PLN;
 - 17.1.4. za każdy dzień Zwłoki w przedmiocie przekazania Zamawiającemu Infrastruktury wraz z Nieruchomością po zakończeniu Okresu Obowiązywania Umowy określonego w Punkcie 8, w wysokości 5.000 PLN”,
- w zakresie, w jakim przewiduje rażąco wygórowane kary umowne nakładane na koncesjonariusza;
- 18) pkt 19 ppkt 19.6** w całości jako zawierający zobowiązanie koncesjonariusza do przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do jakichkolwiek materiałów, wytworzonych przez koncesjonariusza w związku z wykonaniem przedmiotu umowy koncesji, co naruszenia interesy koncesjonariusza, w zakresie, w jakim zobowiązuje koncesjonariuszami do przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do materiałów dotyczących ściśle działalności koncesjonariusza, jak np. projektów ulotek koncesjonariusza, ofert, plakatów związanych z świadczeniem usług w oparciu o Sieć,
- 19)** zaniechanie wprowadzenia zapisu zawierającego oświadczenie Zamawiającego potwierdzające, że przekazywana Sieć jest w pełni sprawna i bez remontów i Napraw nadaje się do świadczenia usług będących przedmiotem koncesji,
- 20)** zaniechanie wprowadzenia zapisu zobowiązującego Zamawiającego do zapłaty kary umownej w przypadku opóźnienia w przekazaniu koncesjonariuszowi dokumentacji projektowej i powykonawczej w terminach określonych w umowie, podczas gdy

terminowe przekazanie tej dokumentacji ma szczególnie istotne znaczenie dla realizacji obowiązków koncesjonariusza wynikających z umowy.

4. Ponadto, zaskarżam następujące zaniechania Zamawiającego:

- 1)** zaniechanie wskazania w dokumentach koncesji wysokości kosztów utrzymania Nadbużańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk (**dalej jako Sieć**) lub podstawy do wyliczenia takich kosztów, w szczególności zaniechanie wskazania:
 - a)** kosztów związanych z utrzymaniem infrastruktury na nieruchomościach, na których zlokalizowana jest Sieć,
 - b)** warunków, na jakich można korzystać z nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć, w szczególności warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
 - c)** wartości Sieci, podczas gdy informacje te są niezbędne w celu ustalania wysokości podatku od nieruchomości, który będzie zobowiązany uiszczać koncesjonariusz,
 - d)** zasad rozliczeń z tytułu zużytej energii elektrycznej,
- co uniemożliwia prawidłowe określenie wysokości kosztów, które będzie ponosił koncesjonariusz realizując umowę koncesji, a co za tym idzie brak jest możliwości prawidłowej kalkulacji wysokości czynszu,
- 2)** zaniechanie dokładnego opisu przedmiotu koncesji polegające na:
 - a)** braku wskazania w dokumentach koncesji dokładnego przebiegu Sieci z określeniem właścicieli nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć oraz warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
 - b)** niewskazaniu jednoznacznie, czy dzierżawie podlegają urządzenia aktywne oraz jeśli tak, to gdzie znajdują się urządzenia aktywne oraz jakie to są urządzenia,
 - c)** nieprzekazaniu pełnej dokumentacji podwykonawczej budowy Sieci,
 - d)** niewskazaniu jednoznacznie, czy dzierżawie podlegają również maszty radiowe, w sytuacji, gdy np. Zamawiający nie wskazuje w Załączniku nr 5 do OWK wieży w Świrydach jako będącej przedmiotem dzierżawy, zaś wieżę w Świrydach oznacza na planie orientacyjnym dołączonym do OWK,
 - e)** braku opisu sposobu budowy kanalizacji, w tym zaniechaniu udostępnienia pełnych schematów,
 - f)** braku podania informacji o punktach dystrybucyjnych, w tym niewskazanie, czy w tych punktach dostępne jest zasilanie, ile jest takich punktów, jaka jest ich wysokość, jakie jest ich wyposażenie,
- co uniemożliwia prawidłowe określenie wysokości kosztów, które będzie ponosił koncesjonariusz realizując umowę koncesji, a co za tym idzie brak jest możliwości prawidłowej kalkulacji wysokości czynszu.

5. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) art. 12 ust. 1 ustawy** poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości przejawiające się w szczególności w:
 - a)** wprowadzeniu w treści ogłoszenia o koncesji oraz OWK sprzecznych zapisów w zakresie formy, w jakiej może zostać złożona oferta, sposobu składania ofert, formy w jakiej należy złożyć pozostałe dokumenty oraz sposobu przekazania pozostałych dokumentów, co nie pozwala wykonawcom na jednoznaczne ustalenie dopuszczalnej formy oraz sposobu składania ofert i innych dokumentów w postępowaniu,
 - b)** przyjęciu, że złożenie oferty nie wymaga przeprowadzenia wizji lokalnej i niedopuszczenie możliwości wzięcia udziału w wizji lokalnej przez wykonawców,
 - c)** nieokreśleniu terminu składania ofert, w przypadku składania ofert w formie pisemnej,
 - d)** przewidzeniu, że otwarcie ofert przez Zamawiającego nastąpi dopiero dwie godziny po upływie terminu składania ofert,
 - e)** określeniu warunków przyszłej umowy koncesji w sposób jednostronnie korzystny dla Zamawiającego i obciążający koncesjonariusza wszystkimi ryzykami związanymi z realizacją umowy koncesji, w tym przewidzeniu terminu rozpoczęcia świadczenia usług będących przedmiotem koncesji niemożliwego do zrealizowania z uwagi na wymogi wynikające z przepisów prawa,
 - f)** zaniechaniu wskazania w dokumentach koncesji wysokości kosztów utrzymania Sieci lub podstawy do wyliczenia takich kosztów,
 - g)** zaniechaniu dokładnego opisanie przedmiotu koncesji;
- 2) art. 25 ust. 2 ustawy** poprzez określenie zasad przekazywania dodatkowych informacji dotyczących dokumentów koncesji, w szczególności terminu na zadawanie pytań oraz terminu udzielenia odpowiedzi, w sposób sprzeczny z treścią art. 25 ust. 2 ustawy,
- 3) art. 26 ust. 1 ustawy** poprzez nieokreślenie w dokumentach koncesji wszystkich wymogów technicznych i funkcjonalnych usług, będących przedmiotem umowy koncesji oraz niedopuszczenie możliwości wzięcia udziału w wizji lokalnej przez wykonawców, polegające w szczególności na:
 - a)** zaniechaniu wskazania w dokumentach koncesji wysokości kosztów utrzymania Sieci lub podstawy do wyliczenia takich kosztów,
 - b)** zaniechaniu dokładnego opisanie przedmiotu koncesji.

6. Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o koncesji poprzez:
 - a) zmianę zapisu w **Sekcji III pkt 3.7)** i nadanie mu następującej treści:
„Zamawiający dopuszcza składanie ofert albo wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz oświadczeń w formie pisemnej, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”,
 - b) zmianę zapisu **Sekcji V pkt 5.9.3)** i nadanie mu następującej treści: „Miejsce składania wniosków/ofert. W formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym za pośrednictwem ePUAP pod adresem <https://epuap.gov.pl/wps/portal> lub <https://miniportal.uzp.gov.pl> lub formie papierowej na adres: Urząd Gminy Brańsk, ul. Rynek 8, 17-120 Brańsk”,
 - c) zmianę zapisu **Sekcji VI pkt 6.2) ppkt 2** i nadanie mu następującej treści:
„Zobowiązanie innego podmiotu (w oryginale) w formie pisemnej – w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę w formie pisemnej albo w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – jeżeli wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany OWK poprzez:
 - a) zmianę zapisu **Rozdziału VI. WIZJA LOKALNA** i nadanie mu następującej treści: „Zamawiający przewiduje możliwość odbycia wizji lokalnej na wniosek wykonawcy. Wykonawca we wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnej wskaże miejsca, które mają być objęte wizją. Termin przeprowadzenia wizji zostanie ustalony przez Zamawiającego z wykonawcą, który złoży wniosek o przeprowadzenie wizji. Przeprowadzenie wizji będzie potwierdzone protokolarnie przez Zamawiającego i Wykonawcę”,
 - b) zmianę zapisu **Rozdziału XIII ust. 2** i nadanie mu treści: „Ofertę, oświadczenia, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, sporządza się w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach określonych w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2020 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452)”,
 - c) zmianę zapisu **Rozdziału XIII ust. 21** i nadanie mu następującej treści:
„Oświadczenia wstępne o których mowa w rozdziale IX składa się razem z ofertą,

pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – w przypadku składania oferty w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym albo w formie pisemnej – w przypadku składania oferty w formie pisemnej”,

- d) zmianę zapisu **Rozdziału XIII ust. 25** i nadanie mu następującej treści: „Oświadczenia wstępne wskazane w rozdziale IX OWP przekazuje się środkiem komunikacji elektronicznej wskazanym w pkt 9 albo wraz z ofertą za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca, w przypadku, gdy oferta składana jest w formie pisemnej”,
- e) zmianę zapisu **Rozdziału XIII ust. 32** i nadanie mu następującej treści: „Jeżeli wnioski o przekazanie dodatkowych informacji wpłynęły do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa terminu składania ofert, zamawiający jest obowiązany, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, bez ujawniania źródła wniosku:
 - 1) przekazać informacje wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji,
 - 2) zamieścić informacje na swojej stronie internetowej, jeżeli wniosek dotyczy dokumentu koncesji udostępnianego przed przystąpieniem wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji”,
- f) zmianę zapisu **Rozdziału XVII ust. 1** i nadanie mu następującej treści: „Ofertę należy złożyć do dnia 03.08.2022 r. do godziny 9:00”,
- g) zmianę zapisu **Rozdziału XVII ust. 3** i nadanie mu następującej treści: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 03.08.2022 r. o godzinie 9:15”;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany Wzoru umowy poprzez:
 - a) zmianę zapisu **pkt 1 ppkt 1.3** i nadanie mu następującej treści: „Dniu Otwarcia - należy przez to rozumieć Dzień udostępnienia Infrastruktury do korzystania przez Klientów przypadające nie później niż w ciągu 14 dni od dnia zatwierdzenia cennika opłat przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej”,
 - b) zmianę zapisu **pkt 1 ppkt 1.21** i nadanie mu następującej treści: „Remonty i Naprawy - należy przez to rozumieć wszelkie roboty wykonywane przez Koncesjonariusza w zakresie Infrastruktury polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiące bieżącej Konserwacji. Roboty będą polegały na odtworzeniu stanu pierwotnego, jeśli zmiany tego stanu wynikły z działania lub zaniechania Koncesjonariusza, a nie działania siły wyższej lub podmiotu trzeciego. Odtworzenie stanu pierwotnego, który uległ zmianie na podstawie działania siły wyższej lub podmiotów trzecich są rozliczane przez Strony jak Modernizacje”,

- c) zmianę zapisu **pkt 4 ppkt 4.1.1.2** i nadanie mu następującej treści: „niezwłoczne informowanie Zamawiającego, o każdej i wszelkich awariach i uszkodzeniach Infrastruktury na Nieruchomości”,
- d) zmianę zapisu **pkt 4 ppkt 4.1.1.3** i nadanie mu następującej treści: „nadzór nad podmiotami dokonującymi **na zlecenie Koncesjonariusza** wszelkich przeglądów serwisowych, pomiarów, badań, konserwacji, bieżących napraw i modernizacji infrastruktury i wszelkich instalacji i urządzeń znajdujących się na terenie objętym umową koncesji, w tym wynikających z odrębnych przepisów. Koncesjonariusz będzie odpowiedzialny za zapewnienie, że wszystkie naprawy, wymiany i konserwacje będą jakości i klasy co najmniej równej tej, co przedmiot takiej naprawy lub konserwacji”,
- e) **usunięcie zapisu pkt 4 ppkt 4.1.1.4,**
- f) zmianę zapisu **pkt 4 ppkt 4.1.2.2** i nadanie mu następującej treści: „planowanie, przekazywanie, wdrażanie, koordynowanie i nadzorowanie wszystkich spraw związanych z pozyskiwaniem Klientów”,
- g) zmianę zapisu **pkt 4 ppkt 4.1.11** poprzez doprecyzowanie zasad prowadzenia serwisu internetowego przez koncesjonariusza, w tym wskazanie, czy serwis internetowy istnieje, czy też koncesjonariusz będzie zobowiązany do jego utworzenia,
- h) zmianę zapisu **pkt 5 ppkt 5.1.1** i nadanie mu treści: „Infrastruktury na czas obowiązywania Umowy w terminie czternastu (14) Dni od dnia zawarcia umowy w stanie umożliwiającym korzystanie z Infrastruktury”,
- i) zmianę zapisu **pkt 5 ppkt 5.1.2.** i nadanie mu następującej treści: „dokumentacji projektowej i **powykonawczej Infrastruktury** w terminie siedmiu (7) dni od dnia zawarcia umowy”,
- j) zmianę zapisu **pkt 8 ppkt 8.3.2** poprzez dodanie do jego treści **ppkt 8.3.2.3** o treści: „zgłoszenia przez Koncesjonariusza braku rentowności świadczonych usług przez co należy rozumieć, że przez okres co najmniej 6 miesięcy kalendarzowych przychody z sieci nie przekraczają miesięcznych kosztów Utrzymania i Zarządzania Infrastruktura”,
- k) **zmianę zapisu pkt 10 ppkt 10.2** i nadanie mu następującej treści: „Koncesjonariusz ma prawo wypowiedzieć Umowę z 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, jeżeli Zamawiający w sposób rażący i uporczywy narusza warunki niniejszej Umowy lub przepisy obowiązującego Prawa, pomimo pisemnego wezwania przez Koncesjonariusza do usunięcia wskazanych naruszeń oraz terminów ich wystąpienia, a także, gdy nie dojdzie do rozwiązania umowy za porozumieniem stron (pkt 8.3.2.3 Umowy) w terminie miesiąca od zgłoszenia braku rentowności Zamawiającemu”,

- l)** zmianę zapisu **pkt 11 pkt 11.6.5** i nadanie mu następującej treści: „propozycję terminu wykonania koniecznych Remontów i Napraw lub Modernizacji, która podlega akceptacji przez Koncesjonariusza”,
- m)** zmianę **pkt 11 ppkt 11.7** i nadanie mu następującej treści: „Koncesjonariusz zobowiązany jest do wykonania prac w zakresie oraz terminie, ustalonym w Raporcie Stanu Technicznego. Modernizacje są wykonywane na koszt Zamawiającego”,
- n)** zmianę **pkt 16 ppkt 16.5** o treści: „W przypadku uzyskania przez Zamawiającego informacji lub podejrzeń o nieprawidłowościach w wykonywaniu Umowy przez Koncesjonariusza, Zamawiający będzie miał prawo do przeprowadzenia Kontroli, po poinformowaniu o niej Koncesjonariusza z tygodniowym wyprzedzeniem”,
- o)** zmianę zapisu **pkt 16 ppkt 16.8.4** i nadanie im następującej treści: „Wytyczne lub wskazówki, co do dalszej działalności Koncesjonariusza wraz z propozycją terminu realizacji wytycznych, termin ich realizacji podlega zatwierdzeniu przez Koncesjonariusza”,
- p)** usunięcie zapisu **pkt 16 ppkt 16.10**,
- q)** zmianę zapisu **pkt 17 ppkt 17.1** i nadanie mu następującej treści:
„Koncesjonariusz zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w następujących sytuacjach:
 - 17.1.1. za każdy rozpoczęty dzień Zwłoki w przedstawieniu przez Koncesjonariusza dokumentów potwierdzających posiadanie polis ubezpieczeniowych, o których mowa w Załączniku B, w wysokości 1.000,00 PLN, ale nie więcej niż 2.000,00 PLN;
 - 17.1.2. za każdy dzień Zwłoki w wykonaniu każdego z zaleceń wskazanych w Raporcie Stanu Technicznego, o którym mowa w Punkcie 11.5 - w wysokości 1.000 PLN, ale nie więcej niż 2.000,00 PLN;
 - 17.1.3. za każdy dzień Zwłoki w wykonaniu każdego z zaleceń wskazanych w raporcie pokontrolnym, o którym mowa w Punkcie 16.9 - w wysokości 1.000 PLN, ale nie więcej niż 5.000,00 PLN;
 - 17.1.4. za każdy dzień Zwłoki w przedmiocie przekazania Zamawiającemu Infrastruktury wraz z Nieruchomością po zakończeniu Okresu Obowiązywania Umowy określonego w Punkcie 8, w wysokości 1.000 PLN, ale nie więcej niż 5.000,00 PLN”,
- r)** usunięcie zapisu **pkt 19 ppkt 19.6**,
- s)** wprowadzenie zapisu o treści: „Zamawiający oświadcza, że potwierdzające, że przekazywana Infrastruktura jest w pełni sprawna i bez konieczności wykonania Remontów, Napraw lub Modernizacji nadaje się do świadczenia usług będących przedmiotem koncesji”,

- t) wprowadzenie zapisu o treści: „Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Koncesjonariusza kary umownej w przypadku opóźnienia w przekazaniu Koncesjonariuszowi dokumentacji projektowej i powykonawczej w terminach wskazanych w Punkcie 5.1 - w wysokości 5.000 PLN za każdy dzień opóźnienia”.
- 4) nakazanie Zamawiającemu:
- a) wskazania w OWK wysokości kosztów utrzymania Sieci lub podstawy do wyliczenia tych kosztów, w szczególności określenia:
- wysokości kosztów związanych z utrzymaniem służebności na nieruchomościach, na których zlokalizowana jest Sieć,
 - warunków, na jakich można korzystać z nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć, w szczególności warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
 - wartości Sieci,
 - zasad rozliczenia z tytułu zużycia energii elektrycznej,
- b) uzupełnienia opisu przedmiotu koncesji, w szczególności o:
- wskazanie dokładnego przebiegu Sieci z określeniem właścicieli nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć oraz warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
 - informacje dotyczące liczby, lokalizacji i rodzaju urządzeń aktywnych zamontowanych na Sieci,
 - pełną dokumentację podwykonawcą budowy Sieci,
 - informacje dotyczące masztów radiowych, które będą przedmiotem dzierżawy,
 - informacje dotyczące sposobu budowy kanalizacji, w tym pełne schematy,
 - informacje dotyczące punktów dystrybucyjnych, w tym wskazanie ile jest takich punktów, czy dostępne jest w nich zasilanie, jaka jest ich wysokość i jak te punkty są wyposażone.
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Ogłoszenie o koncesji zostało zawieszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lipca 2022 r., numer ogłoszenia: 2022/BZP 00259579/01.

Interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania wyraża się w tym, że Wykonawca zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, stąd posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania wobec treści ogłoszenia o koncesji i innych dokumentów koncesji. Główny przedmiot działalności Odwołującego stanowi działalność w zakresie telekomunikacji przewodowej. Odwołujący posiada również wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (numer w rejestrze 1102). Przedmiot

działalności Odwołującego jest więc zbieżny z przedmiotem koncesji. Odwołujący, jako podmiot, który zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie uiszczenia wpisu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 28 lipca 2022 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 55 pkt 2 ustawy, tj. w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz zamieszczenia dokumentów koncesji na stronie internetowej. Ogłoszenie o koncesji zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 18 lipca 2022 r. Tego samego dnia Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej pozostałe dokumenty koncesji.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 lipca 2022 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 prawa zamówień publicznych w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy.

Uzasadnienie

Stan faktyczny

Dnia 30 lipca 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o koncesji. Tego samego dnia Zamawiający opublikował również na miniportalu i swojej stronie internetowej OWK.

Dowód:

- ogłoszenie o koncesji,
 - OWK,
- (w aktach postępowania)

Uzasadnienie zarzutów

1. Uzasadnienie zarzutów w zakresie zapisów dotyczących dopuszczalnej formy złożenia oferty oraz innych dokumentów

Odwołujący zaskarża następujące zapisy dokumentów koncesji:

1) ogłoszenie o koncesji:

- a) Sekcja III pkt 3.7) zapis o treści: „Zamawiający dopuszcza składanie ofert albo wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz

oświadczeń w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”,

- b) Sekcja V pkt 5.9.3) zapis o treści: „Miejsce składania wniosków/ofert. W formie elektronicznej za pośrednictwem ePUAP pod adresem <https://epuap.gov.pl/wps/portal> lub <https://miniportal.uzp.gov.pl> lub formie papierowej na adres: Urząd Gminy Brańsk, ul. Rynek 8, 17-120 Brańsk”
- c) Sekcja VI pkt 6.2) ppkt 2 o treści: „Zobowiązanie innego podmiotu (w oryginale) w formie pisemnej, Wykonawca składa wraz z ofertą”;

2) OWK:

- a) Rozdział XIII ust. 2 o treści: „Ofertę, oświadczenia, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w postaci elektronicznej, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach określonych w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2020 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452)”,
- b) Rozdział XIII ust. 21 o treści: „Oświadczenia wstępne o których mowa w rozdziale IX składa się razem z ofertą, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”,
- c) Rozdział XIII ust. 25 o treści: „Oświadczenia wstępne wskazane w rozdziale IX OWP przekazuje się środkiem komunikacji elektronicznej wskazanym w pkt 9”.

Z analizy wyżej zacytowanych zapisów dokumentów koncesji wynika, że Zamawiający wielokrotnie w sposób odmienny określa dopuszczalną formę w jakiej złożona ma być oferta, sposób składania ofert, a także formę pozostałych dokumentów składanych przez wykonawców oraz sposób ich złożenia. Np. zgodnie z jednym zapisem ofertę można złożyć w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, zgodnie zaś z kolejnym zapisem w formie elektronicznej lub formie pisemnej.

Niespójności dotyczą również formy i sposoby składania innych dokumentów niż oferta. W szczególności zgodnie z zapisem Sekcji VI pkt 6.2) ppkt 2 ogłoszenia o koncesji, zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów można złożyć wyłącznie w formie pisemnej. Mając na uwadze, że ofertę (najprawdopodobniej) będzie można złożyć również w formie elektronicznej oraz w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, zastrzeżenie obowiązku złożenia oświadczenia pomiotu trzeciego w formie pisemnej nie ma uzasadnienia. Wykonawca składający ofertę w formie elektronicznej oraz w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, nie będzie miał możliwości przekazania oświadczenia w formie pisemnej wraz z ofertą.

Zgodnie z art. 14 ust. 6 ustawy: „W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji o wartości mniejszej niż próg unijny ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”.

Zgodnie z innymi zapisami dokumentów koncesji:

- 1) Sekcja V pkt 5.3) ppkt 6 ogłoszenia o koncesji: „Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie pisemnej”,
- 2) Zamawiający w Rozdziale XIII opisał sposób złożenia oferty w przypadku, gdy będzie ona składana w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym oraz w przypadku, gdy jest ona składana w formie pisemnej,
- 3) Rozdział XIII ust. 11 OWK: „Ofertę, a także oświadczenie o jakim mowa w Rozdziale IX składa się w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie pisemnej szczegółowo opisanej w pkt . 16”,
- 4) Rozdział XIV ust. 6 OWK: „Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie pisemnej”.

Odwołujący wnioskuje z całości zapisów dokumentów koncesji, że celem Zamawiającego było wprowadzenie możliwości złożenia oferty (i innych dokumentów) w formie pisemnej, w formie elektronicznej oraz w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Jednakże niespójność zapisów w treści dokumentów koncesji nie daje Odwołującemu pewności co tego, w jakiej formie może złożyć ofertę i inne dokumenty.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany dokumentów koncesji, w tym ogłoszenia o koncesji, w sposób określony w pkt 6 ppkt 1 lit. a), b), c) oraz pkt 6 ppkt 2 lit. b), c) i d) petitum niniejszego odwołania.

2. Uzasadnienie zarzutu w zakresie zapisu dotyczącego braku wizji lokalnej

Zgodnie z Rozdziałem VI. OWK: „Zamawiający informuje, że złożenie oferty nie wymaga odbycia wizji lokalnej lub sprawdzeniem dokumentów dotyczących zamówienia jakie znajdują się w dyspozycji Zamawiającego, a jakie będą udostępniane podmiotom zgłaszającym chęć udziału w postępowaniu. Wszelkie dokumenty znajdują się na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem: <https://samorząd.gov.pl/web/gmina-bransk/zamowienia-publiczne>”. Odwołujący zaskarża wskazany zapis w całości.

Przyjęcie przez Zamawiającego, że aby złożyć ofertę nie jest konieczne przeprowadzenie wizji lokalnej, jest błędne. Konieczność przeprowadzenia wizji uzasadnia

opisany w niniejszym odwołaniu brak precyzyjnego opisanie przedmiotu koncesji przez Zamawiającego. Informacje i dokumenty, które udostępnił Zamawiający nie pozwalają na dokonanie rzetelnej wyceny kosztów związanych z utrzymaniem i eksploatacją Sieci będącej przedmiotem umowy koncesji oraz wysokości czynszu dzierżawnego.

Wprowadzenie możliwości odbycia przez wykonawców wizji lokalnej uzasadniają w szczególności:

- 1) niespójności i sprzeczności w zakresie opisu przedmiotu koncesji wynikające z OWK, np. na podstawie treści OWK pojawia się wątpliwość, czy dzierżawie podlegają również maszty radiowe, gdyż Zamawiający nie wskazał wieży w Świrydach w Załączniku 5 do OWK, jednak oznaczył wieżę w Świrydach na planie orientacyjnym,
- 2) zaniechanie podania informacji o punktach dystrybucyjnych, w tym niewskazanie, czy w tych punktach dostępne jest zasilanie, ile jest takich punktów, jaka jest ich wysokość, jakie jest ich wyposażenie,
- 3) zamontowanie na Sieci urządzeń aktywnych, o których nie wspomina Zamawiający w ogłoszeniu o koncesji i OWK.

Opis infrastruktury, która ma być przedmiotem dzierżawy, nie jest precyzyjny, a często jego zapisy są sprzeczne. Podkreślić należy, że z treści ogłoszenia o koncesji i OWK wynika, że udostępniona zostanie wyłącznie infrastruktura pasywna. Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 pkt 1 OWK: „Przedmiotem koncesji jest pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Nadbuzańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk w zakresie: 1) przejęcia w zarządzanie Nadbuzańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk w postaci **infrastruktury pasywnej** w zamian za czynsz dzierżawny”.

Z informacji posiadanych przez Odwołującego, w tym zdobytych w toku samodzielnie przeprowadzonej wizji (w niewielkim zakresie, dostępnym Odwołującemu), wynika, że na wskazanej Sieci zamontowane są urządzenia aktywne (o których brak jest informacji w OWK sieci). Znajdowanie się na Sieci urządzeń aktywnych ma szczególnie istotne znaczenie dla ustalenia wysokości rzeczywistych kosztów utrzymania Sieci. Aby zamontować na Sieci urządzenia aktywne, konieczne jest dokonanie zmian w Sieci. Wprowadzenie takich zmian powoduje, że montaż innych urządzeń aktywnych lub demontaż istniejących wymaga podjęcia odpowiednich działań, w tym konfiguracji. Konieczność podjęcia takich działań zwiększa zaś koszty świadczenia usług (przedmiotu koncesji). Na podstawie OWK Odwołujący nie jest więc w stanie stwierdzić, czy urządzenia aktywne będą przedmiotem dzierżawy.

W związku z powyższym, obycie wizji lokalnej przez wykonawców jest niezbędne w celu ustalenia stanu przekazywanej Sieci. Z uwagi na szereg sprzeczności, niespójności i braków w opisie przedmiotu koncesji, nie jest możliwe ustalenie stanu i zakresu dzierżawionej Sieci w innych sposób, niż poprzez odbycie wizji lokalnej. Zarzut jest więc zasadny.

3. Uzasadnienie zarzutu w zakresie zapisu dotyczącego udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące dokumentów koncesji

Zamawiający wskazał w Rozdziale XIII ust. 32 OWK, że *„Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści OWP wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert”*. Wskazany zapis OWK jest sprzeczny z art. 25 ustawy. Zgodnie z tym przepisem: „1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o przekazanie dodatkowych informacji dotyczących dokumentów koncesji.

2. Jeżeli wniosek o przekazanie dodatkowych informacji wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa terminu składania ofert, zamawiający jest obowiązany, nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, bez ujawniania źródła wniosku:

- 1) przekazać informacje wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji;
- 2) zamieścić informacje na swojej stronie internetowej, jeżeli wniosek dotyczy dokumentu koncesji udostępnianego przed przystąpieniem wykonawców do postępowania o zawarcie umowy koncesji”.

Art. 25 ustawy przewiduje więc inne zasady zadawania pytań dotyczących dokumentów koncesji i inne terminy zadawania pytań i udzielania odpowiedzi na pytania, niż te określone przez Zamawiającego w treści OWK. Art. 25 ust. 2 ustawy przewiduje korzystniejszy dla wykonawców termin udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, niż termin określony przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że udzieli odpowiedzi na pytania nie później niż 2 dni przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie zaś z art. 25 ust. 2 ustawy, Zamawiający zobowiązany jest udzielić odpowiedzi nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Termin wynikający z art. 25 ust. 2 ustawy daje wykonawcom więcej czasu na zapoznanie się z odpowiedziami i przygotowanie oferty. Określenie przez Zamawiającego odmiennych – niż określone w art. 25 ustawy – zasad zadawania pytań i udzielania odpowiedzi na pytania, naruszenia interesy wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, zarzut jest w pełni zasadny.

4. Uzasadnienie zarzutów dotyczących zapisów w zakresie terminu składania ofert

Zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 1 OWK: „Ofertę należy złożyć poprzez Platformę do dnia 03.08.2022 r. do godziny 9:00”. Wskazany zapis OWK, ani inne zapisy dokumentów zamówienia, nie przewiduje terminu składania ofert w formie pisemnej (za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca, a nie za pośrednictwem Platformy). Zasadny jest więc wniosek o dokonanie zmiany tego zapisu, a tym samym potwierdzenie, że określony powyżej termin składania ofert dotyczy również oferty składanej

w formie pisemnej za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca.

5. Uzasadnienie zarzutów w zakresie zapisu dotyczącego terminu otwarcia ofert

Zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 1 OWK: „Ofertę należy złożyć poprzez Platformę do dnia 03.08.2022 r. do godziny 9:00”. Zgodnie zaś z Rozdziałem XVII ust. 3 OWK: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 03.08.2022 r. o godzinie 11:00”. Zamawiający przewidział więc, że otwarcie ofert nastąpi dopiero po upływie dwóch godzin od upływu terminu składania ofert. Przewidzenie tak długiego czasu pomiędzy upływem terminu składania ofert a otwarciem ofert nie znajduje uzasadnienia, w tym uzasadnienie takie nie wynika z dokumentów koncesji.

Zamawiający zobowiązany jest zapewnić równe traktowanie wykonawców, zachowanie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystość. Zamawiający jednocześnie dopuścił możliwość złożenia oferty w formie pisemnej, za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście lub za pośrednictwem posłańca. Długi czas pomiędzy upływem terminu składania ofert a otwarciem ofert nie zapewnia przejrzystości postępowania. Standardowy czas pomiędzy składaniem ofert a otwarciem ofert, którzy przewidują zamawiający publiczni w sytuacji, gdy oferty można składać w formie pisemnej, wynosi od 15 minut do 30 minut.

Mając powyższe na uwadze, zapis w zakresie terminy otwarcia ofert nie znajduje uzasadnienia w niniejszym postępowaniu, w związku z czym zasadny jest wniosek o jego zmianę.

6. Uzasadnienie zarzutów w zakresie zaniechania podania przez Zamawiającego informacji niezbędnych do określenia wysokości kosztów świadczenia usług stanowiących przedmiot koncesji

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 pkt 7 OWK: „Przedmiotem koncesji jest pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Nadbużańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk w zakresie: (...) ponoszenia **wszelkich kosztów** związanych z utrzymaniem i eksploatacją infrastruktury będącej przedmiotem umowy koncesji”. Analogiczny zapis znalazł się w Załączniku nr 5 do OWK – Opisie przedmiotu koncesji. W pkt 1.10 wzoru umowy koncesji (Załącznik nr 4 do OWK) wprowadzono również definicję Kosztów Utrzymania i Zarządzania, przez które należy rozumieć wszelkiego rodzaju koszty związane z Utrzymaniem i Zarządzaniem Infrastrukturą ponoszone przez Koncesjonariusza w związku z wykonywaniem postanowień Umowy w ramach Usług Zarządzania.

Nie ulega więc wątpliwości, że koncesjonariusz zobowiązany będzie do ponoszenia wszelkich kosztów związanych z utrzymaniem i eksploatacją Sieci. Posiadanie przez wykonawców informacji o wysokości tych kosztów jest więc niezbędne do dokonania prawidłowej kalkulacji w zakresie opłacalności świadczenia usług będących przedmiotem koncesji, a co za tym idzie również do prawidłowej kalkulacji wysokości czynszu

dzierżawnego. Zamawiający zaś zaniechał podania w dokumentach zamówienia wysokości kosztów ponoszonych na utrzymanie i eksploatację Sieci, a także nie podał informacji niezbędnych do ewentualnego obliczenia wysokości tych kosztów przez wykonawców.

Wskazać należy, że Zamawiający nie wskazał w szczególności:

- 1) kosztów związanych z utrzymaniem infrastruktury na nieruchomościach, na których zlokalizowana jest Sieć,
- 2) warunków, na jakich można korzystać z nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć, w szczególności warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
- 3) wartości Sieci,
Podanie przez Zamawiającego wartości Sieci jest niezbędne do obliczenia wysokości podatku od nieruchomości, który zobowiązany będzie płacić koncesjonariusz.
- 4) zasad rozliczenia z tytułu zużycia energii elektrycznej.

Mając powyższe na uwadze, zasadny jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu wskazania w OWK wysokości kosztów utrzymania Sieci lub podstawy do wyliczenia tych kosztów (zgodnie z pkt 6 ppkt 4 lit. a) petitum niniejszego odwołania).

7. Zarzuty w zakresie zaniechania dokładnego opisanie przez Zamawiającego przedmiotu koncesji

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy: „Zamawiający określa w dokumentach koncesji wymogi techniczne lub funkcjonalne robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem umowy koncesji”. Zamawiający jest więc zobowiązany do opisanie usług będących przedmiotem umowy koncesji. Zamawiający zaniechał dokonania dokładnego opisu przedmiotu koncesji, co przejawia się w niepodaniu niezbędnych informacji, podaniu informacji niejednoczonych oraz często niespójnych. Na podstawie informacji i dokumentów przekazanych przez Zamawiającego, Odwołujący nie jest w stanie ocenić uwarunkowań, które będą towarzyszyły świadczeniu usług przez koncesjonariusza.

Wskazuję, że Zamawiający w szczególności:

- 1) **nie wskazał** w dokumentach koncesji dokładnego przebiegu Sieci, w tym nie wskazał właścicieli nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć oraz nie podał warunków wejścia na teren nieruchomości, dokonywania konserwacji i napraw,
Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający wprowadził w pkt 6 ppkt 6.1.2 Wzoru umowy następujący zapis: „wedle najlepszej wiedzy Zamawiającego, Nieruchomość jest wolna od roszczeń i zobowiązań osób trzecich, poza prawami i roszczeniami ujawnionymi na Dziej Zawarcia Umowy w księgach wieczystych prowadzonych dla Nieruchomości”. Zamawiający powołuje się na prawa i roszczenia ujawnione w księgach wieczystych nieruchomości, jednak nie podaje numerów tych ksiąg, czy też innych danych pozwalających na ustalenie ich numerów i danych właścicieli nieruchomości, na których zlokalizowana jest Sieć.

2) **nie wskazał**, czy na Sieci znajdują się urządzenia aktywne, a jeśli tak, to gdzie znajdują się urządzenia aktywne oraz jakie to są urządzenia, oraz czy ich posadowienie nie generuje dodatkowych kosztów związanych z obsługą sieci

Jak wyjaśnił Odwołujący już powyżej, zgodnie z posiadanymi informacjami, w ramach Sieci zamontowane są urządzenia aktywne. OWK nie wskazuje jednak, aby jakiegokolwiek urządzenia aktywne były przedmiotem dzierżawy, jednak urządzenia te oznaczono na planach orientacyjnych. Wskazana kwestia wymaga więc wyjaśnienia.

3) **nie przekazał** pełnej dokumentacji podwykonawcy wykonania Sieci,

Zamawiający przekazał wyłącznie, w ramach opisu przedmiotu koncesji, dokumentację projektową. Zamawiający nie przekazał zaś dokumentacji podwykonawczej dotyczącej budowy Sieci, która w sposób pełniejszy opisuje stan Sieci.

4) **nie wskazał** jednoznacznie, czy dzierżawie podlegają również urządzenia aktywne czy maszyny radiowe,

Np. Zamawiający nie wskazuje w Załączniku nr 5 do OWK wieży w Świrydach jako będącej przedmiotem dzierżawy, zaś wieżę w Świrydach oznacza na planie orientacyjnym dołączonym do OWK. Wskazana kwestia wymaga więc wyjaśnienia.

5) **nie opisał** sposobu budowy kanalizacji, w tym zaniechał udostępnienia pełnych schematów,

Zamawiający podał jedynie informacje dotyczące budowy kabli światłowodu, nie podał zaś żadnych informacji o sposobie zbudowania kanalizacji.

6) **nie podał** informacji o punktach dystrybucyjnych, w tym nie wskazał, czy w tych punktach dostępne jest zasilanie, ile jest takich punktów, jaka jest ich wysokość, jakie jest ich wyposażenie.

Powyżej opisane braki i niespójności w opisie usług będących przedmiotem koncesji oraz stanie Sieci uniemożliwiają prawidłowe określenie wysokości kosztów, które będzie ponosił koncesjonariusz realizując umowę koncesji, a co za tym idzie brak jest możliwości prawidłowej kalkulacji wysokości czynszu. Mając powyższe na uwadze, zarzuty są uzasadnione. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu koncesji w zakresie określonym w pkt 6 ppkt 4 lit. b) petitum niniejszego odwołania.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) wydruk Odwołującego z KRS,
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 7.500,00 zł,
- 3) potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.



Signed by /
Podpisano przez:
Konrad
Baranowski
Date / Data:
2022-07-28 12:27