

Brańsk, dnia 10.08.2022 r.

**Do**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A,

02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**GMINA BRAŃSK**

NIP 543 20 69 840

ul. Rynek 8, 17-120 Brańsk

e-mail: [sekretariat@bransk.pl](mailto:sekretariat@bransk.pl)

reprezentowana przez:

Andrzeja Jankowskiego –Wójta Gminy

**Odwołujący:**

**KOBA spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością**

ul. Mieszka I 4 /226, 15 – 054 Białystok

KRS: 0000569674

e-mail: [prawo@koba.pl](mailto:prawo@koba.pl)

reprezentowana przez:

Konrada Baranowskiego – Prezesa Zarządu

**sygn. akt KIO: 1978/22**

### **ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Gminy Brańsk ul. Rynek 8,17-120 Brańsk jako zamawiający, na podstawie art. 521 ust.1 ustawy Pzp, wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez KOBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Mieszka I 4 /226, 15 – 054 Białystok od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Pełnienie funkcji Operatora Infrastruktury Nadbużańskiej Szerokopasmowej Sieci Dystrybucyjnej na terenie Gminy Brańsk” znak SE.271.6.2022**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00259579/01 dnia 2022-07-18.

Wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

## **Uzasadnienie:**

### **Stan faktyczny**

Zamawiający Gmina Brańsk w dniu 18 lipca 2022 r. przekazała do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00259579/01 dnia 2022-07-18. Ogłoszenie opublikowano tego samego dnia na stronie prowadzonego postępowania pod adresem <https://samorząd.gov.pl/web/gmina-bransk/zamowienia-publiczne> oraz na miniportalu. Razem z ogłoszeniem zarówno na stronie jak i mini portalu zamieszczono Opis warunków postępowania o zawarcie umowy koncesji (dalej Jako OWK) wraz załącznikami obejmującymi:

- Załącznik nr 1 - Formularz Ofertowy;
- Załącznik nr 1a - Oświadczenie dotyczące wypełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 lub art. 14 RODO;
- Załącznik nr 1b - Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, składane na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. *o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego*;
- Załącznik nr 2 - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 35 ust. 1 *ustawy o koncesji*, o spełnieniu kryteriów kwalifikacji, o których mowa w art. 33 ust. 1 pkt. 1 i 2 *ustawy o koncesji*;
- Załącznik nr 3 - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 35 ust. 1 *ustawy o koncesji*, o braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 32 ust. 1 *ustawy o koncesji* oraz art. 32 ust. 2 pkt. 4 *ustawy o koncesji*;
- Załącznik nr 4 - Wzór umowy;
- Załącznik nr 5 - Przedmiot umowy koncesji;
- Załącznik nr 6 - Identyfikator postępowania na mini portalu.

W toku prowadzonego postępowania dnia 26 lipca 2022 r. wpłynęło zapytanie złożone przez Wykonawcę niebędącego Odwołującym do treści OWK na które dnia 28 lipca Zamawiający udzielił odpowiedzi. Odpowiedź została przekazana dla Wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz opublikowana na stronie prowadzonego postępowania i mini portalu.

W dniu 28 lipca 2022 r. do Zamawiającego na skrzynkę pocztową email: sekretariat@brank.pl wpłynęło odwołanie od P. Konrada Baranowskiego reprezentującego Odwołującego KOBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wobec treści dokumentów koncesji, w tym ogłoszenia o koncesji w prowadzonym postępowaniu. Informacja o wniesieniu odwołania przekazana została również przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 29 lipca 2022 r.

Zamawiający dnia 29 lipca 2022 r. wezwał Wykonawców biorących udział w postępowaniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego publikując wezwanie z kopią odwołania na stronie internetowej prowadzonego postępowania, mini portalu oraz przekazując wezwanie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Dnia 29 lipca 2022 r. do Zamawiającego wpłynął obszerny wniosek o wyjaśnienie treści OWK [REDAKTOWANE] Zamawiający dnia 10 sierpnia 2022 r. udzielił odpowiedzi na wniosek [REDAKTOWANE]

Ponadto Zamawiający w odniesieniu do zarzutów wskazanych w odwołaniu wyjaśnia:

Ad 1 . W zakresie zarzutów dotyczących dopuszczalnej formy złożenia oferty i innych dokumentów w ocenie Zamawiającego w sposób przejrzysty określono, iż ofertę oraz załączniki do oferty w prowadzonym postępowaniu można złożyć zarówno w postaci papierowej jak i elektronicznej. Zamawiający w rozdziale XIII ust. od 9 do 15 szczegółowo opisał składanie ofert w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, natomiast w ust. 16 tego rozdziału pkt od 1 do 6 składanie ofert w formie pisemnej. Ponadto w rozdziale XIV ust. 6 OWK zawarł zapis, iż ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym lub w formie pisemnej.

Ad 2. W zakresie zarzutu dotyczącego braku obowiązku wizji lokalnej Zamawiający potwierdza, iż w rozdziale VI. OWK zawarł zapis "Zamawiający informuje, że złożenie oferty nie wymaga odbycia wizji lokalnej lub sprawdzenia 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>”

Zamawiający określił, iż wszelką dokumentację postępowania niezbędną do sporządzenia oferty w jego ocenie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania z uwagi na fakt, że infrastruktura pasywna sieć światłowodowa zakopana jest pod ziemią. Ponadto Zamawiający szczegółowo opisał, iż umowie koncesji podlega jedynie sieć pasywna, a nie cała infrastruktura będąca w zasobach gminy. W odniesieniu do treści zarzutów wyjaśniam, iż:

- 1) Przedmiot umowy koncesji został dokładnie opisany w Załączniku Nr 5 do OWK, w dokumencie nie ma mowy o maszcie zlokalizowanym w miejscowości Świrydy, w związku z tym nie podlega on Umowie Koncesji. Plan orientacyjny jedynie informuje o fakcie, iż taki maszt w pobliżu istnieje i jest ułożony między nim, a pobliską szafą NSSD kabel światłowodowy, co według Zamawiającego może wpłynąć na większe zainteresowanie usługami Koncesjonariusza przez potencjalnych klientów – np. operatorów telefonii komórkowej, czy lokalnych operatorów świadczących usługi radiowe.
- 2) Punkty dystrybucyjne zostały opisane w Załączniku Nr 5 do OWK – Przedmiot umowy koncesji jako szafy aktywne i słupki kablowe, wyposażenie tych punktów opisano na stronie pierwszej: *„Infrastruktura na terenie Gminy Brańsk posiada 15 szaf aktywnych wyposażonych w możliwość zasilania energią elektryczną, przełącznice światłowodowe oraz zestawy grzewcze z termostatem, a także 11 słupków kablowych wyposażonych w przełącznice światłowodowe.”* Natomiast zapis *„wyposażonych w możliwość zasilania energią elektryczną”* świadczy o tym, iż punkty na dzień ogłoszenia postępowania nie są zasilane, a takie zasilanie będzie mógł zapewnić Koncesjonariusz poprzez podpisanie umowy na dostawę energii elektrycznej. Odnośnie samego wyposażenia, parametrów technicznych i funkcjonalności tych punktów Zamawiający może udostępnić dokumentację techniczną lub wskazać producentów i modele takich punktów na prośbę zainteresowanego Wykonawcy.
- 3) Zamawiający wyraźnie opisuje sieć jako infrastrukturę pasywną, natomiast elementy aktywne (switche) jakie do tej pory były w szafach aktywnych

zainstalowane zostały zdemonstrowane. Zamawiający ma świadomość, że każdy z operatorów korzysta z własnych już wdrożonych technologii różnych producentów, w związku z tym udostępnienie infrastruktury pasywnej pozwoli Koncesjonariuszowi na dostosowanie sieci do swoich potrzeb i wykorzystanie rozwiązań technologicznych, z których do tej pory korzystał.

Ad 3. W zakresie zarzutu dotyczącego udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące dokumentu koncesji

Zamawiający wyjaśnia, iż nastąpiła omyłka pisarska w informacji podanej w OWK w zakresie terminu na udzielenie wyjaśnień. W dniu 10 sierpnia 2022 r. dokonano autokorekty OWK w zakresie skreślenia w rozdziale XIII ust. 32. i zastąpienie go zapisem treści „Wniosek o przekazanie dodatkowych informacji koncesjonariusz składa zgodnie z art. 25 ustawy o koncesji”. Ponadto Zamawiający w rozdziale III OWK wskazał, iż do prowadzonego postępowania zastosowania mają:

1. Ustawa dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej jako: ustawa o koncesji).
2. Ustawa dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (dalej jako: *kodeks cywilny*).
3. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (dalej jako: *ustawa Pzp*) wraz z aktami wykonawczymi.

Ad 4. W zakresie zarzutów dotyczących zapisów OWK rozdział XVII ust. 1 w zakresie terminu składania ofert Zamawiający wyjaśnia, iż w rozdziale XVIII ust. 2 OWK wskazał, iż „o terminie złożenia oferty decyduje czas pełnego przeprocesowania transakcji na Platformie lub w przypadku oferty w formie pisemnej czas rejestracji oferty w systemie EZD Urzędu Gminy Brańsk”. W związku z powyższym Zamawiający nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za nieterminowe dostarczenie ofert bez względu na formę ich złożenia.

Ad 5. W zakresie zarzutów dotyczących zapisów OWK rozdział XVII ust. 3 w zakresie terminu otwarcia ofert Zamawiający wyjaśnia, iż w rozdziale XVIII ust. 1 wyznaczył, iż

ofertę należy złożyć do dnia 03.08.2022 r. do godziny 9:00 natomiast otwarcie ofert wyznaczył na 03.08.2022 r. o godzinie 11:00. W ocenie odwołującego 2 h pomiędzy złożeniem ofert to zbyt długi czas. Zamawiający wyznaczając terminy złożenia i otwarcia musiał uwzględnić zarówno względy techniczne pobrania złożonych ofert elektronicznych a także otrzymania ofert złożonych w wersji papierowej na kancelarię Urzędu ich zarejestrowanie w systemie EZD i przekazanie Komisji. W ocenie Zamawiającego 2 h różnicy nie wpływa na przejrzystość prowadzonego postępowania.

Ad 6. W zakresie zarzutów zaniechania podania przez Zamawiającego informacji niezbędnych do określenia wysokości kosztów świadczenia usług stanowiących przedmiot koncesji Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami zarówno załącznika nr 4 OWK tj. wzoru umowy koncesji jak i Załącznika nr 5 do OWK Opisie przedmiotu koncesji zawarł zapisy, pozwalające na rzetelne ustalenie kosztów. Zamawiający we wzorze umowy koncesji w pkt. 12 zawarł zapisy dotyczące finansowania umowy koncesji brzmiący: "12. Finansowanie i wynagrodzenie

12.2 Wynagrodzeniem Koncesjonariusza będzie: prawo do czerpania, pożytków z Infrastruktury, obejmujące w szczególności opłaty pobierane z tytułu najmu/dzierżawy/użytkowania Infrastruktury, ze sprzedaży usług telekomunikacyjnych;

12.3 Wynagrodzeniem Zamawiającego będzie: z tytułu niniejszej Umowy Koncesjonariusz zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kwotę, tj.: czynsz dzierżawny w wysokości netto .... zł plus stosowana stawka podatku VAT w wysokości 23%, tj. ....zł, co daje brutto .....zł, którą Koncesjonariusz będzie wносił na konto Zamawiającego, na podstawie faktury wystawionej przez Zamawiającego na koniec każdego miesiąca. Zapłata wynagrodzenia następować będzie na podstawie faktury, wystawionej na koniec każdego miesiąca, na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany na fakturze, w terminie 14 dni od dnia wystawienia faktury przez Zamawiającego. Za dzień zapłaty strony uznają dzień wpływu środków na rachunek bankowy Zamawiającego".

Zamawiający w dokumentacji postępowania OWK i załącznikach określił, iż tytułem umowy koncesji pobierany będzie czynsz dzierżawny. Określenie kosztów jakie

Koncesjonariusz może ponosić w związku z korzystaniem z infrastruktury i czerpaniem z niej korzyści leży po stronie Koncesjonariusza. Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy Koncesjonariusz eksploatacją i utrzymaniem infrastruktury zajmie się sam czy zleci ją dla firmy podwykonawczej za dodatkowym wynagrodzeniem.

Zamawiający w ogłoszeniu o koncesji nr 2022/BZP 00259579/01 dnia 2022-07-18 wskazał w sekcji IV SEKCJA IV przedmiot umowy koncesji pkt. 4.4.1.) Szacunkowa wartość umowy koncesji: 150000,00 PLN; w rozdziale V pkt. 1 OWK Termin obowiązywania umowy koncesji: 60 miesięcy od dnia podpisania umowy koncesji.

Ponadto Zamawiający wyjaśnia, iż:

- 1) Koszty związane z utrzymaniem infrastruktury na nieruchomościach, na których zlokalizowana jest sieć leżą po stronie właściciela takiej infrastruktury, w związku z tym Koncesjonariusz nie ponosi tych kosztów, ponieważ właścicielem infrastruktury pozostaje Gmina Brańsk.
- 2) Zamawiający wyjaśnia, iż warunki korzystania z nieruchomości na których zlokalizowana jest sieć zawarte zostaną w protokole przekazania infrastruktury.
- 3) Koncesjonariusz nie będzie zobowiązany do pokrywania kosztów związanych z podatkiem od nieruchomości.
- 4) Zamawiający nie określa zasad rozliczania z tytułu zużycia energii elektrycznej, ponieważ nie udostępnia w ramach Umowy Koncesji takiego zasilania.

W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego podano wszelkie informacje pozwalające na rzetelne określenie kosztów świadczenia usługi tytułem umowy koncesji.

Ad 7. W zakresie zarzutów zaniechania dokładnego opisanie przez zamawiającego przedmiotu koncesji zarzuty nie zasługują na uwzględnienie gdyż:

- 1) Zamawiający w załączniku E do umowy wskazał dokładny przebieg sieci poprzez zamieszczenie map. Ponadto warunki korzystania z nieruchomości na których zlokalizowana jest sieć zawarte zostaną w protokole przekazania infrastruktury zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 4 do OWK.

- 2) Zamawiający w dokumentacji postępowania wyraźnie wskazuje, iż w wyposażeniu sieci nie znajdują się urządzenia aktywne co zawarto w Załączniku Nr 5 do OWK – Przedmiot umowy koncesji.
- 3) W ocenie Zamawiającego dokumentacja projektowa to również dokumentacją powykonawczą, którą zgodnie zapisami pkt. 5.1.2 załącznika nr 4 do OWK wzoru umowy koncesji Zamawiający zobowiązuje się do przekazania Koncesjonariuszowi protokołem przekazania w terminie siedmiu (7) dni od dnia zawarcia umowy”.
- 4) Załącznik Nr 5 do OWK – Przedmiot umowy koncesji nie zawiera urządzeń aktywnych, czy masztów radiowych, w związku z tym elementy te nie są przedmiotem koncesji.
- 5) Zamawiający w Załączniku C do Umowy Koncesji (opis infrastruktury) wskazał, że na całej długości sieci wybudowano mikrokanalizację 2x14/10 stanowiącą rurę ochronną dla kabla światłowodowego. Wskazał również zabezpieczenia na przejściach poprzecznych i skrzyżowaniach oraz modele zastosowanych studni kablowych czy długości zapasów kabla w studniach i zasobnikach.
- 6) Informacja o punktach dystrybucyjnych została wskazana w dokumentacji tj. Załącznik E do umowy, natomiast informacja o możliwości zasilenia punktów w energię elektryczną zawarta w Załączniku Nr 5 do OWK – Przedmiot umowy koncesji jednoznacznie wskazuje, że taka energia nie jest obecnie do punktów dostarczana.

Zważywszy na powyższe, wnoszę jak na wstępie.

#### Wójt Gminy Brańsk



Signed by /  
Podpisano przez:

Andrzej Jankowski

Date / Data: 2022-  
08-10 15:45

#### Załączniki:

- dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania zamawiającego;
- wyjaśnienia przekazane [REDACTED] w dniu 10.08.2022 r.
- zmiana ogłoszenia z dnia 10.08.2022 r.