

POSTANOWIENIE
z dnia 22 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 22 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o. o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Racibórz Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Remondis Sp. z o. o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **Remondis Sp. z o. o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Remondis Sp. z o. o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz **Miasto Racibórz Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

Miasto Racibórz (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wybór partnera, wykonawcy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego dla przedsięwzięcia - „Zaprojektowanie, budowa, finansowanie i eksploatacja instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów na terenie Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Raciborzu”.

W dniu 29 lipca 2014 r. Remondis Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych bądź Prawa zamówień publicznych) w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., nr 19, poz. 100 z późn. zm.; dalej: ustawa o partnerstwie bądź PPP) oraz w zw. z art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1 i art. 2 pkt 5) ppkt b) oraz art. 2 pkt 3) PPP oraz art. 58 k.c. i art. 3531 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i postanowień Umowy o partnerstwo publiczno-prywatne (dalej jako: „Umowa”) w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych mających wpływ na sporządzenie oferty oraz mogący prowadzić do nieważności Umowy, w zakresie, w jakim Zamawiający nie dookreślił przedmiotu oraz podstawy prawnej do wkładu własnego Zamawiającego-Podmiotu publicznego do partnerstwa publiczno-prywatnego;
2. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 §1 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz prowadzący w zawarcia umowy nieważnej na podstawie przepisów obowiązującego prawa poprzez określenie ostatecznego terminu zakończenia Okresu Przygotowania na dzień 31 marca 2015 r. i Okresu Budowy na dzień 30 grudnia 2015 r.;
3. art. 7 ust.1 PZP w związku z art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 91 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie treści SIWZ i załączników do SIWZ w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i niespójny;
4. art. 6 ust. 1 i 2 pkt 1) PPP w związku z art. 4 ust. 2 PPP w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 58 §1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi

przepisami, w zakresie w jakim Zamawiający pominął kryterium podziału ryzyka realizacji przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym,

5. art. 3531 i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie Umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

- a. Zamawiający nie przewidział maksymalnej wysokości kar umownych;
- b. Zamawiający określił wysokość kar umownych w sposób nadmiernie wygórowany;
- c. Zamawiający nie uzależnił prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy o okoliczności zawinionych przez Wykonawcę;

6. naruszenie art. 3531 k.c., art. 5 i art. 58 ust. 1 k.c. w związku z art. 7, art. 29 ust. 1, art. 14, i 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantującego równego traktowania wykonawców - partnerów prywatnych i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim nakłada na wykonawców obowiązek zawarcia umowy z Zakładem Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Raciborzu (dalej: „ZZO”) o treści określonej w załączniku nr 6 „Umowa współpracy”;

7. naruszenia art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

modyfikacji treści SIWZ poprzez:

1) doprecyzowanie § 3 ust.1 SIWZ oraz § 1 pkt 31), § 5 ust.1 oraz preambuły Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez jednoznaczne i nie budzące wątpliwości wskazanie nieruchomości stanowiącej wkład własny Zamawiającego do przedsięwzięcia ppp, tj. określenie nr działki tej nieruchomości, nr księgi wieczystej KW oraz tytułu prawnego przysługującego Zamawiającemu do nieruchomości, ze wskazaniem wszelkich ograniczeń (w tym ograniczonych praw rzeczowych) ograniczających sposób rozporządzania nieruchomością przez Zamawiającego;

2) modyfikację §2 ust. 1 Załącznika nr 9 do Umowy poprzez wskazanie ceny sprzedaży nieruchomości zgodnie ze średnią ceną jednostkową wynikającą z operatu szacunkowego;

3) zmianę § 6 SIWZ poprzez doprecyzowanie co Zamawiający-Podmiot Publiczny rozumie pod pojęciem „budowa instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów”, w szczególności przy uwzględnieniu definicji Okresu Budowy wskazanej w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz konieczności uzyskania przez ww. instalację statusu prawnego regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,

- 4) modyfikację § 6 SIWZ oraz §4 ust. 2 Umowy poprzez zmianę terminu budowy instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów z 30 grudnia 2015 r. na 30 grudnia 2016 r.,
- 5) modyfikację 4 ust. 2 umowy o partnerstwo publiczno- prywatne poprzez wskazanie nowych terminów zakończenia Okresu Przygotowań i Okresu Budowy, tj. terminu 31 marca 2016 r. na zakończenie Okresu Przygotowań oraz terminu 30 grudnia 2016 r. na zakończenie Okresu Budowy,
- 6) zmianę § 14 SIWZ poprzez jednoznaczne określenie sposobu obliczania ceny oferty,
- 7) zmianę § 15 SIWZ poprzez uwzględnienie w kryteriach oceny ofert kryterium obligatoryjnego, tj. kryterium podziału zadań i ryzyk pomiędzy partnera prywatnego i podmiot publiczny,
- 8) doprecyzowanie czy przez „okres przestoju”, o którym mowa w pkt 20 § 1 umowy o partnerstwo publiczno- prywatne Zamawiający- Podmiot publiczny rozumie również przestój spowodowany niemożnością ukończenia budowy MBP z przyczyn niezależnych od partnera prywatnego,
- 9) zmianę § 3 ust.1 umowy o partnerstwo publiczno- prywatne poprzez dookreślenie, na jakich zasadach Zamawiający- Podmiot publiczny składa zobowiązania za odrębny podmiot prawa, tj. za ZZO, które nie jest stroną partnerstwa publiczno- prywatnego,
- 10) zmianę § 4 ust.2 umowy o partnerstwo publiczno- prywatne poprzez doprecyzowanie definicji Okresu Przygotowań, Okresu Budowy oraz Okresu Eksploatacji z uwzględnieniem treści SIWZ oraz formularza oferty oraz § 1 pkt
 - 1) załącznika nr 10 („Kary umowne”) oraz § 1 pkt 4) i § 2 pkt 5) załącznika nr 7 („Podział ryzyk”),
- 11) zmianę § 4 ust.2 w zw. z ust.2 umowy o partnerstwo publiczno- prywatne poprzez jednoznaczne określenie harmonogramu realizacji zadań w danym Okresie,
- 12) zmianę § 7 umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym poprzez jednoznaczne ustalenie, w jaki sposób ustalane jest wynagrodzenie dla partnera prywatnego oraz doprecyzowanie czy opłata za korzystanie ze środowiska jest elementem wynagrodzenia czy też jest całkowicie niezależna od wynagrodzenia należnego partnerowi prywatnemu,
- 13) zmianę § 7 ust.7 umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym poprzez dookreślenie co Zamawiający- Podmiot publiczny rozumie pod pojęciem „odpadów podprocesowych” oraz czy „składowa opłaty za przetwarzanie odpadów podprocesowych” będzie uiszczana w zależności od faktycznej ilości odpadów dostarczonych przez podmiot publiczny czy w oparciu o ilości deklarowane przez partnera prywatnego,
- 14) zmianę załącznika nr 7 („Podział ryzyk”) poprzez przejęcie przez podmiot publiczny ryzyka wpisu instalacji MBP do uchwały w sprawie zmiany uchwały w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 oraz uchwały Plan gospodarki

odpadami dla województwa śląskiego 2014 - jako regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz zwolnienia partnera prywatnego z wszelkiej odpowiedzialności, w tym z tytułu kar umownych, za nieuzyskanie takiego statusu,

15) zmianę załącznika nr 7 („Podział ryzyk”) poprzez przejęcie przez podmiot publiczny ryzyka opóźnień w rozpoczęciu i zakończeniu Okresu Budowy spowodowanych postępowaniami administracyjnymi związanymi z koniecznością pozyskania decyzji, pozwoleń i uzgodnień niezbędnych do rozpoczęcia wycinki drzew, dostawy mediów do nieruchomości, na której ma być realizowane przedsięwzięcie oraz prowadzenia robót budowlanych,

16) wykreślenie z załącznika nr 7 („Podział ryzyk”) § 1 pkt 4) lit. d, lit. g, lit.h, pkt 6) oraz pkt 7),

17) doprecyzowanie § 2 pkt 1) załącznika nr 7 („Podział ryzyk”) poprzez dodanie do ryzyka legislacyjnego po słowach „w przepisach prawnych” słów: „w szczególności wynikających z ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy Prawo ochrony środowiska oraz BAT, które będą bezpośrednio lub pośrednio wpływać na realizację przedmiotu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym”,

18) doprecyzowanie § 2 pkt 5) załącznika nr 7 („Podział ryzyk”) poprzez nałożenie na podmiot publiczny ryzyka uzyskania statusu regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych przez instalację MBP,

19) wykreślenie z załącznika nr 10 („Kary umowne”) § 1 pkt 1) i 2),

20) wykreślenie lub doprecyzowanie załącznika nr 10 („Kary umowne”) w zakresie § 1 pkt 3) z uwagi na to, że umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie określa zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji,

21) zmianę załącznika nr 10 („Kary umowne”) w zakresie § 1 pkt 4) lit. c poprzez dodanie „lub w instalacji zastępczej”,

22) zmianę załącznika nr 10 („Kary umowne”) w zakresie § 2 pkt 2) lit. a poprzez zmianę wysokości kary umownej z 0,005% na 0,05%,

23) wykreślenia z załącznika nr 5 („Rozwiązanie, zmiana, odstąpienie od umowy”) w zakresie § 1 ust.5, która zmierza do przyznania podmiotowi publicznemu uprawnienia do dublowania kar umownych,

24) zmiany załącznika nr 5 („Rozwiązanie, zmiana, odstąpienie od umowy”) w zakresie § 3 ust. 1 pkt 1) poprzez zastąpienie słowa „opóźnia się” na „jest w zwłoce”,

25) zmianę § 1 ust.1 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”) poprzez doprecyzowanie jego treści poprzez jednoznaczne wskazanie konkretnej nieruchomości oraz tytułu prawnego do niej wraz ze wszystkimi obciążeniami oraz realne umożliwienie zapoznania się ze stanem prawnym nieruchomości,

- 26) zmianę § 2 ust.1 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”) poprzez doprecyzowanie jakie prawo (własności czy użytkowania wieczystego) ma być przedmiotem sprzedaży oraz doprecyzowanie jego treści poprzez jednoznaczne wskazanie konkretnej nieruchomości oraz tytułu prawnego do niej wraz ze wszystkimi obciążeniami,
- 27) wykreślenie § 2 ust.3 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”),
- 28) doprecyzowanie w § 3 ust.2 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”) terminu przejścia prawa własności (lub prawa użytkowania wieczystego) na podmiot publiczny i usunięcia sprzeczności pomiędzy § 3 ust.2 załącznika nr 9 a § 3 ust.3 załącznika nr 9,
- 29) doprecyzowanie w § 3 ust.8 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”) terminu i podstawy prawnej zwrotu składnika majątkowego podmiotowi publicznemu,
- 30) usunięcie sprzeczności pomiędzy treścią § 4 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”), a treścią załącznika nr 5 („Rozwiązanie, zmiana, odstąpienie od umowy”),
- 31) wykreślenie § 4 ust. 6 załącznika nr 9 („Zasady przekazania i zwrotu składnika majątkowego po zakończeniu umowy”) z uwagi na jego uzależnienie od zgody podmiotów trzecich,
- 32) wyeliminowanie z dokumentacji postępowania załącznika nr 11 do umowy o partnerstwo publiczno-prywatne z uwagi na to, że ZZO nie jest stroną niniejszego postępowania,
- 33) usunięcie z dokumentacji postępowania Załącznika nr 6 do umowy o partnerstwo publiczno-prywatne, tj. umowy z ZZO, jako umowy i związanych z nią zobowiązań wykraczających poza przedmiot partnerstwa publiczno- prywatnego w aspekcie przedmiotowym oraz podmiotowym, ewentualnie wykreślenie postanowień § 9 ust. 2, § 10, § 13, § 14, § 15 ust. 1, § 16 Załącznika nr 6.

Ewentualnie, w przypadku uznania, że postępowanie obarczone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej Umowy i nie dającymi się usunąć na obecnym etapie postępowania, wnosimy o nakazanie/wskazanie Zamawiającemu, iż zachodzą podstawy do unieważnienia Postępowania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, wskazując, że odwołanie wniesiono po terminie – jego zdaniem Odwołujący mógł podnieść

zarzuty sformułowane w odwołaniu już wobec ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto wskazywał, że nie mógł zastosować ustawy o koncesji, ponieważ zgodnie z nią to koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji, i podnosił, iż dojdzie do transferu majątku, zatem podmiot prywatny nie będzie jedynie zarządzał przedsięwzięciem (strona 2 pisma Zamawiającego z dnia 22 września, w aktach sprawy).

W ocenie Izby okoliczność, że dojdzie do „transferu majątku” nie może przesądzać, że nie stosuje się ustawy o koncesji, może ewentualnie wskazywać, że wadliwie skonstruowano projekt umowy z przyszłym partnerem. Zamawiający nie był w stanie wykazać również, że wykonawca nie będzie ponosił w zasadniczej części ryzyka ekonomicznego wykonywania koncesji. Zarzuty odwołania wskazują, że Odwołujący kwestionuje podział zadań i ryzyk. Fakt, że częścią wynagrodzenia wykonawcy ma być opłata pochodząca od Zamawiającego, co podnosił Zamawiający na posiedzeniu w dniu 22 września 2014 r., nie przesądza, że wykonawca nie będzie ponosił ryzyka przedsięwzięcia. Zamawiający twierdził, że posiada stosowne symulacje przyszłej opłaty pochodzącej od niego, jednak do akt ich nie przedłożył.

Odwołujący w piśmie z dnia 19 września 2014 r. wskazywał na ewentualne konsekwencje odrzucenia odwołania, z powołaniem się na ustawę o koncesji.

Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie przewodniczącej o zastosowanie przepisu art. 4 ust 1 ustawy o partnerstwie w związku z rodzajem wynagrodzenia, wyjaśnił, że zasięgnął opinii eksperta, który wskazał, że zamawiającym koncesję nie może być gmina, dlatego nie mógł udzielić zamówienia w tym trybie.

Krajowa Izba Odwoławcza po wysłuchaniu stanowisk stron, badając z urzędu okoliczności skutkujące ewentualnie odrzuceniem odwołania stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, tj. w sprawie wniesionego odwołania nie mają zastosowania przepisy Prawa zamówień publicznych, bowiem stosuje się ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a to na podstawie art. 4 ust 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Zgodnie z tymże przepisem, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, Nr 157, poz. 1241 i Nr 223, poz. 1778),

Izba ustaliła, że zgodnie z § 7 ust 1 projektu umowy (kopia w aktach sprawy), wynagrodzenie partnera prywatnego za wykonanie przedmiotu umowy „stanowią opłaty pobierane przez partnera prywatnego od podmiotu publicznego oraz opłaty za zagospodarowanie odpadów otrzymywane od innych odbiorców usług”. Zatem wynagrodzenie wykonawcy będzie składać się z zapłaty sumy pieniężnej (opłat wypłacanych przez Zamawiającego) i prawa do pobierania pożytków (opłat za zagospodarowanie odpadów pochodzące od odbiorców usług – przekazujących odpady do zagospodarowania). Na posiedzeniu w dniu 15 września 2014 r. zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący, zgodnie przyznali, że wynagrodzeniem partnera prywatnego będzie prawo do pobierania pożytków.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że nie może udzielić zamówienia na podstawie ustawy o koncesji, ponieważ jest gminą – zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy o koncesji, ustawę [o koncesji] stosuje się do zawierania umowy przez jednostki samorządu terytorialnego.

Reasumując, zarówno wobec brzmienia § 7 ust. 1 projektu umowy, jak i zgodnych oświadczeń stron co do charakteru wynagrodzenia, do wyboru wykonawcy w takiej sytuacji stosuje się przepisy ustawy o koncesji, a nie Prawa zamówień publicznych. Z tego powodu odwołanie musi podlegać odrzuceniu, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: