

POSTANOWIENIE
z dnia 7 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Barbara Bettman

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II nr 6, 41-709 Ruda Śląska**

przy udziale wykonawcy **A.S.A. EKO Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska** kwoty **18 500 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćsety złotych zero groszy), w tym **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu oraz kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty ponad wpis w wymaganej wysokości.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Wybór partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia pn.: „Kompleksowe rozwiązania problemów gospodarki odpadami na terenie miasta Rudy Śląskiej wraz z utworzeniem i eksploatacją instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”, prowadzonym przez Miasto Ruda Śląska (dalej „zamawiający”) w trybie dialogu konkurencyjnego wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 6 ust.4, poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie zdolności technicznych w sposób nadmierny, w zakresie w jakim zamawiający wymaga, aby partner prywatny przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych
2. art. 29 ust.1 i 2 w zw. z art. 60c w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (przedsięwzięcia) w sposób niedostateczny i nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
3. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6 ust. 4, poprzez stosowanie do niniejszego postępowania zarówno przepisów odnoszących się do zamówienia na usługi, jak i do zamówienia dotyczącego robót budowlanych,
4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz w zw. art. 58 k.c., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia /partnerstwa publiczno-prywatnego w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych mających wpływ na sporządzenie wniosku o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego w zakresie, w jakim zamawiający nie dookreślił przedmiotu oraz podstawy prawnej do wkładu własnego do partnerstwa publiczno-prywatnego oraz w zakresie wskazania pośród kryteriów udzielenia zamówienia terminów i wysokości przewidzianych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli będą planowane oraz podziału dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym,

5. art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w zw. z art. 60a i n. ustawy Pzp, poprzez zastosowanie do wyboru partnera prywatnego ustawy Pzp zamiast Ustawy o koncesji,
6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, w zakresie w jakim zamawiający wskazuje na kryterium terminu i wysokości przewidzianych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli będą planowane oraz podziału dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, w sytuacji, w której wszczął już postępowanie w oparciu o przepisy Pzp,
7. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, poprzez określenie kryterium oceny ofert – w szczególności w zakresie kryterium wskazanego w sekcji IV.2.1) ppkt 3) i 4) ogłoszenia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny,
8. art. 26 ust. 2b w zw. z art. 60a oraz art. 60d, poprzez wykluczenie możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania wymagań postawionych wykonawcom ubiegającym się o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego,
9. art. 26 ust. 2b, poprzez uznanie, iż przepis ten nie dopuszcza posłużenia się zasobami udostępnionymi wykonawcy przez podmioty trzecie, na zasadach w nim określonych, tj. że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale już nie znajduje zastosowania w przypadku oceny najwyżej spełnionych warunków udziału, która ma na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania wniosków o dopuszczenie do postępowania w ramach dialogu konkurencyjnego,
10. art. 26 ust. 2b, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten nie dopuszcza posłużenia się przez wykonawcę zasobami udostępnionymi przez podmioty trzecie na zasadach w nim określonych w celu wykazania nie tylko minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale też w przypadku, gdy miałyby to skutkować uzyskaniem wyższej punktacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zwiększeniu szans wykonawcy w uzyskaniu zaproszenia do złożenia oferty,
11. art. 26 ust. 2b, przez jego wadliwą interpretację i uznanie, że przepis ten może być w trybie dialogu konkurencyjnego stosowany odmiennie od reguł przyjętych w trybie przetargu nieograniczonego,
12. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ustawy o odpadach oraz art. 35 ustawy o odpadach, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów, a w szczególności z uwagi na takie sformułowanie

ogłoszenia o zamówieniu, które umożliwia realne i skuteczne wykonanie zamówienia tylko jednemu podmiotowi,

13. art. 7 ust. 1 i ust.3 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 60d ust.1-3, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przez zamawiającego wykluczenia możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich przy kwalifikacji podmiotów dopuszczonych do dialogu konkurencyjnego, dokonanie wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełniania tych warunków.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. modyfikację treści ogłoszenia o zamówienia poprzez:
 - 1.1. wykreślenie w sekcji II. 1.5) ogłoszenia po wyrażeniu „przedsięwzięcie obejmuje utworzenie” sformułowania „na terenie miasta Ruda Śląska” i zastąpienie go sformułowaniem „na terenie gmin regionu II gospodarki odpadami województwa śląskiego”,
 - 1.2. wykreślenie w sekcji II. 1.5), tiret pierwszy ogłoszenia, sformułowania „utworzenie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych” i zastąpienie go sformułowaniem: „budowa instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych” oraz dodanie: stanowiącej instalację odrębną, w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, od instalacji kompostowni, o której mowa w poniższym punkcie”,
 - 1.3. dodanie w sekcji II. 1.5), tiret drugi ogłoszenia, po kropce, wyrażenia: „stanowiącej instalację odrębną w rozumieniu przepisów prawa budowlanego od instalacji MBP, o której mowa w powyższym punkcie”,
 - 1.4. wykreślenie w sekcji II. 1.5), tiret czwarty ogłoszenia z uwagi na fakt, iż zamawiający/podmiot publiczny posiada pełną wiedzę odnoszącą się do wymogów PSZOK, zatem potrafi opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób pełny i wyczerpujący; odwołujący wniósł o wyłączenie z przedmiotu niniejszego postępowania zobowiązania do utworzenia na terenie miasta Ruda Śląska co najmniej 2 stacjonarnych PSZOK,
 - 1.5. doprecyzowanie w sekcji II. 1.5) ogłoszenia postanowienia odnoszącego się do gwarancji strumienia odpadów tj. poprzez uzupełnienie ogłoszenia o następujące sformułowanie: „Miasto Ruda Śląska w ramach współpracy z Partnerem Prywatnym zapewnia gwarancję strumienia odpadów zmieszanych z Miasta Ruda Śląska oraz odpadów zielonych oraz innych bioodpadów, które będą przekazywane do kompostowni - przez okres trwania umowy - oraz zobowiązuje się do pomocy

Partnerowi Prywatnemu w pozyskiwaniu strumienia odpadów z innych gmin regionu województwa śląskiego”,

- 1.6. doprecyzowanie sekcji II. 1.5) ogłoszenia poprzez-określenie wielkości (w Mg/rok) strumienia zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych oraz innych bioodpadów pochodzących z Miasta Ruda Śląska, których dostarczanie do RIPOK MBP oraz do RIPOK kompostowni gwarantuje zamawiający/podmiot publiczny w całym okresie realizacji umowy ppp,
- 1.7. doprecyzowania terminu realizacji zamówienia: w sekcji II. 1.5) oraz sekcji VI.3) ogłoszenia zamawiający wskazuje: „Planowany okres współpracy z Partnerem Prywatnym wynosi pomiędzy 15-25 lat”/ „Zamówienie należy zrealizować w terminie pomiędzy 15-25 lat od dnia zawarcia umowy”, natomiast w sekcji II.3) ogłoszenia wskazuje, że czas trwania zamówienia wynosi 300 miesięcy (od udzielenia zamówienia), czyli 25 lat,
- 1.8. wykreślenie z sekcji III.2.3) ogłoszenia oraz z sekcji IV. 1.2) oraz z sekcji V1.3) ogłoszenia obowiązku przedstawienia wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie [...]” z uwagi na wykładnię art. 6 ust.4 PZP i stosowanie w niniejszym Postępowaniu przepisów ustawy PZP odnoszących się do usług,
- 1.9. wykreślenie w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia po słowie „Uwaga” wyrażenia „Przy kwalifikacji podmiotów i przyznawaniu punktów Podmiot Publiczny nie będzie brał pod uwagę zasobów innych podmiotów w rozumieniu art. 26 ust.2b ustawy. Oznacza to, że oceniany zostanie wyłącznie zasób własny Podmiotu Prywatnego z wyłączeniem powoływania się na zasoby innego podmiotu (tzw. podmiotu trzeciego)”, względnie o wykreślenie po słowie „Uwaga” wyrażenia „Przy kwalifikacji podmiotów i przyznawaniu punktów Podmiot Publiczny nie będzie brał pod uwagę zasobów innych podmiotów w rozumieniu art. 26 ust.2b ustawy. Oznacza to, że oceniany zostanie wyłącznie zasób własny Podmiotu Prywatnego z wyłączeniem powoływania się na zasoby innego podmiotu (tzw. podmiotu trzeciego)” i zastąpienia go wyrażeniem: „Przy przyznawaniu punktów Podmiot Publiczny nie będzie brał pod uwagę zasobów innych podmiotów w rozumieniu art. 26 ust.2b ustawy. Oznacza to, że oceniany zostanie wyłącznie zasób własny Podmiotu Prywatnego z wyłączeniem powoływania się na zasoby innego podmiotu (tzw. podmiotu trzeciego)”,
- 1.10. wykreślenie w sekcji IV.2.1) ogłoszenia kryteriów wskazanych pod punktem 3 oraz 4, względnie o ich doprecyzowanie.

względnie o:

2. unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania, tj. wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00 PLN (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) oraz kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika w kwocie 3.600,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 PLN (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Zamawiający, pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. uwzględnił część zarzutów odwołania.

Odwołujący, pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r., doręczonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2015 r., przed rozprawą, cofnął wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczzonego wpisu, tj. 13 500,00 zł.

Skład orzekający Izby postanowił także zwrócić na rzecz odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty ponad wpis w wymaganej wysokości.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....