

WYROK
z dnia 23 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Emilia Garbala
Emil Kawa
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2018 r. przez wykonawcę Alba Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Jasło w Jaśle

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Jasło w Jaśle unieważnienie postępowania na wybór partnera prywatnego podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Jasło w Jaśle i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Alba Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Miasta Jasło w Jaśle na rzecz Alba Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.3. zwraca Alba Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej kwotę 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Jasło w Jaśle – wszczął postępowanie na wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia partnerstwa publiczno-prywatnego pn. „Budowa lub utrzymanie i eksploatacja regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych” na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 grudnia 2008r. o partnerstwie publiczno - prywatnym (Dz.U. z 2017 r. poz. 1834), dalej jako „PPP”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 020 – 041951. Wartość przedmiotu partnerstwa publicznego wynosi 14 477 400 zł.

Podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu Alba Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej wniósł odwołanie 9 lutego 2018 r. Zachowany został termin ustawowy oraz wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp obowiązek przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 4 ust. 1 lub art. 4 ust. 2 PPP przez zaniechanie stosowania przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 1920), dalej jako „ustawa o koncesji” lub ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako „Pzp” lub „ustawa”), co doprowadziło do naruszenia:

1. Art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 31 ust 3 ustawy o koncesji przez zaniechanie publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz przez niedochowanie minimalnego terminu na składanie wniosków lub art. 60c Pzp i następnym regulujących tryb dialogu konkurencyjnego przez niedochowanie szeregu wymogów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania w tym trybie;
2. Art. 29 ust. 2 ustawy o koncesji lub art 60c ust. 1a Pzp przez dopuszczenie możliwości modyfikacji kryteriów oceny ofert w trakcie negocjacji (pkt II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu);
3. Art. 26 ust. 1 ustawy o koncesji przez nie określenie minimalnych wymogów technicznych i funkcjonalnych robót budowlanych, będących przedmiotem umowy koncesji lub art.29 ust. 1 i 2 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący oraz opis przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz art. 12 ust. 1 ustawy o koncesji lub art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowanie o zawarcie umowy koncesji lub udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
4. Art. 39 ust. 1 ustawy o koncesji lub art 93 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w sposób niedopuszczalny dodatkowych przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. usunięcie wskazanych naruszeń, względnie jeżeli to byłoby niewykonalne, unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy;
2. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych na podstawie szczegółowych wniosków złożonych podczas posiedzenia i rozprawy.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 21 lutego 2018 r. wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zdaniem zamawiającego prowadzenie postępowania na podstawie regulaminu, zgodnie z art. 4 ust. 3 PPP oznacza, że podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu nie może wnieść odwołania. Środki ochrony prawnej przysługują bowiem tylko w sytuacji, gdy zamawiający przy wyborze partnera prywatnego stosuje przepisy dotyczące udzielenia zamówienia publicznego albo koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Ocena wniosku zamawiającego wymaga nie tylko odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający może prowadzić postępowanie na wyłonienie partnera prywatnego na podstawie własnego regulaminu z pominięciem przepisów Prawa zamówień publicznych lub ustawy o koncesji. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy rezultatem przeprowadzonego postępowania będzie zawarcie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Dopiero jednoznacznie pozytywna odpowiedź na to pytanie pozwoli na badanie procedury, którą stosować powinien zamawiający przy wyłonieniu partnera publicznego.

Art. 7 ust. 1 PPP stanowi, że przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości lub w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności przez wniesienie wkładu własnego. Definicja wkładu własnego została wskazana w art. 2 pkt 5 PPP. Przepis ten stanowi, że wkład własny to świadczenie podmiotu publicznego lub partnera prywatnego polegające w szczególności na:

- a) poniesieniu części wydatków na realizację przedsięwzięcia, w tym sfinansowaniu dopłat do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach przedsięwzięcia,
- b) wniesieniu składnika majątkowego.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, opisu potrzeb i wymagań zamawiającego oraz regulaminu postępowania Izba ustaliła, że zamawiający zamierza wyłonić w badanym postępowaniu partnera prywatnego, który:

1. wybuduje instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, a następnie wspólnie z Miastem utworzy spółkę celową do zarządzania instalacją, albo
2. posiada instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów i wspólnie z Miastem utworzy spółkę celową do zarządzania instalacją.

Zgodnie z dokumentem zatytułowanym „Opis potrzeb i wymagań w zakresie dotyczącym Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Gminy Miasta Jasło” w wariantach 2 opisanym powyżej alternatywnie partner prywatny może podpisać ze spółką celową umowę cywilnoprawną, na podstawie której spółka celowa będzie posiadała tytuł prawny do nieodpłatnego korzystania z instalacji. W obu wariantach spółka celowa będzie odpowiedzialna za utrzymanie i eksploatację instalacji oraz pokrywanie kosztów awarii, remontów, modernizacji, zatrudnienia pracowników oraz będzie odpowiedzialna za przetwarzanie odpadów. Musi również posiadać wszelkie decyzje administracyjne pozwalające na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów.

Ponadto zamawiający ustalił, że w obu wariantach:

Gmina wnosi do spółki wkład pieniężny.

Udział Gminy w spółce do 10%.

Udział Gminy w zyskach do 10%.

Partner prywatny wnosi do spółki wkład pieniężny.

Wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do udziału w zyskach spółki celowej.

Zamawiający ustalił także, że powyższe warunki mogą podlegać negocjacji.

W § 7 ust. 3 Regulaminu postępowania zamawiający ustalił, że kryteriami oceny ofert mogą być:

- 1) podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- 2) terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń podmiotu publicznego, jeżeli są one planowane.

Natomiast w ust. 4 stwierdził, że kryteriami oceny ofert mogą być również w szczególności:

- 1) podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- 2) stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
- 3) efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
- 4) kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności jakość,

funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania, serwis.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w ramach PPP zamawiający ustalił, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej partner publiczny będzie się kierował następującymi kryteriami:

1. Średnia cena za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – waga 35%;
2. Średnia cena za przyjęcie do instalacji jednej tony segregowanych odpadów komunalnych typu: papier, tworzywa sztuczne, szkło, metale i opakowania wielkomateriałowe – waga 15 %;
3. Okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony zmieszanych odpadów komunalnych – waga 15%;
4. Okres stałości ceny za przyjęcie do instalacji jednej tony segregowanych odpadów komunalnych typu: papier, tworzywa sztuczne, szkło, metale i opakowania wielkomateriałowe – waga 15%;
5. Wartość wykupu udziału Miasta Jasło w Spółce – 10%;
6. Termin uruchomienia instalacji – 10%.

Dokumentacja postępowania nie zawiera żadnych innych informacji relewantnych dla przyszłej umowy.

Izba zważyła, że powołane ustalenia budzą wątpliwości co do tego, czy zamawiający zamierza zawrzeć umowę o PPP w rozumieniu art. 7 ust. 1 PPP. Wprawdzie przepisy PPP pozostawiają stronom takiej umowy daleko idącą swobodę wyboru formy współpracy, to jednak musi ona spełnić minimalne standardy opisane w art. 7 ust. 1 PPP. Przepis ten nakłada *in fine* na partnera publicznego zobowiązanie do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności przez wniesienie wkładu własnego. Analiza powołanych postanowień dokumentacji postępowania nie prowadzi do przekonania, że wymóg ten został spełniony. I tak, wniesienie wkładu w postaci składnika majątkowego, czyli nieruchomości, na której ma znajdować się RIPOK, to powinność wykonawcy. Kolejno koszty funkcjonowania instalacji, zarówno techniczne, jak i osobowe ponosić ma spółka celowa, nie podmiot publiczny. Również ta spółka ma posiadać wszystkie niezbędne decyzje i zezwolenia. Jedynym przewidywanym zaangażowaniem podmiotu publicznego jest wniesienie wkładu własnego w postaci pieniężnej, przy czym przewiduje się, że również podmiot prywatny wniesie wkład gotówkowy. Zwraca uwagę, że partycypacja finansowa podmiotu publicznego we wspólnym przedsięwzięciu nie jest pewna, gdyż zastrzeżono, że kwestia ta może podlegać negocjacji. Opisane w dokumentacji postępowania zaangażowanie zamawiającego we wspólne przedsięwzięcie budzi zatem wątpliwości, co do spełnienia opisanego ustawą obowiązku współdziałania.

Ewentualnego współdziałania zamawiającego w związku z realizacją przedsięwzięcia nie wynika również z ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które odnoszą się w przeważającej mierze do usługi przetwarzania odpadów w instalacji, którą ma wybudować lub

posiadać odwołujący. Taki opis kryteriów uzasadnia wątpliwości, co do tego, czy zamawiający istotnie chce wyłonić partnera prywatnego do wspólnego przedsięwzięcia, czy też *de facto* zlecić usługę przetwarzania odpadów. Wątpliwości te są uzasadnione tym bardziej, że zamawiający wyłączył możliwość ustalenia terminu wykupu swoich udziałów. Oznacza to *a contrario*, że może nastąpić to w każdym czasie. Ponadto opisane w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria oceny ofert nie zawierają, obligatoryjnego w myśl art. 6 ust. 2 pkt 1 PPP, kryterium podziału zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Oznacza to, że zamawiający nie przewidział jednego z charakterystycznych elementów partnerstwa publiczno-prywatnego, co może być wynikiem przyjęcia, że w istocie zamawiający nie wyklucza obciążenia zadaniami i ryzykami, zwłaszcza w przypadku wykupu udziałów Miasta w spółce, wyłącznie partnera prywatnego. Takie rozwiązanie jednak stanowi zaprzeczenie współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 PPP.

Art. 4 ust. 3 PPP stanowi, że w przypadkach, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji ani ustawa Prawo zamówień publicznych, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy. Izba zważyła, że przywołany przepis nie daje zamawiającemu dowolności w odstępianiu od stosowania przepisów ustawy o koncesji albo ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec trzeba, że obie ustawy zawierają katalog przesłanek uzasadniających wyłączenie stosowania ich przepisów. W przypadku ustawy o koncesji jest to art. 5, w ustawie Prawo zamówień publicznych są to art. 4, 4a i 4d. Zamawiający może zatem dokonać wyboru partnera prywatnego na podstawie własnego regulaminu tylko w sytuacji, gdy stwierdzi zaistnienie jednej z przesłanek wskazanych w powołanych przepisach. Wykazanie, że dane postępowanie nie podlega przepisom ustawy o koncesji ani Prawo zamówień publicznych jest obowiązkiem zamawiającego, któremu w okolicznościach sporu nie podołał.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamawiający nie był uprawniony do prowadzenia postępowania na podstawie art. 4 ust. 3 PPP. W ocenie składu orzekającego badane postępowanie stanowi postępowanie o udzielenie zamówienia albo postępowanie o udzielenie koncesji na usługi. Kwestia ta powinna być zbadana na rozprawie.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 4. ust. 1 PPP stanowi, że jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego zostało określone w sposób, o którym mowa w art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji stosuje się przepisy tej ustawy, w

zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie. Zgodnie z ust. 2 w przypadkach innych niż określone w ust. 1, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nieregulowanym w niniejszej ustawie.

W myśl art. 3 ust. 2 ustawy o koncesji w przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

- 1) Wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);
- 2) Świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością (umowa o koncesji na usługi).

Należy zgodzić się z zamawiającym, że w dyspozycji przytoczonych przepisów nie mieści się sytuacja, w której wynagrodzeniem wykonawcy będzie udział w zysku spółki celowej, którą utworzy z zamawiającym. Zamawiający nie powierzy partnerowi prywatnemu budowy instalacji, gdyż oczekuje, że ten wybuduje ją na własny koszt, zatem dyspozycja art. 3 ust. 2 pkt 1 ustawy o koncesji nie znajduje zastosowania w sprawie. Brak jest też podstaw do jednoznacznego przyjęcia, że wynagrodzenie stanowić będzie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy. Po pierwsze, przedmiotem umowy, przynajmniej *de nomine*, jest wspólne prowadzenie za pośrednictwem spółki celowej RIPOK. Po drugie: z opisem nie współbrzmia kryteria oceny ofert, których gros odnosi się do usługi przetwarzania odpadów. Uznaniu usługi przetwarzania odpadów ściśle za usługę będącą przedmiotem koncesji sprzeciwia się z kolei brak w dokumentacji postępowania jakichkolwiek danych dotyczących świadczenia wykonawcy np. ilości i struktury odpadów oraz gwarancji skierowania odpadów do instalacji.

Ponadto nie można pominąć, że obowiązujące regulacje w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach zostały tak skonstruowane, aby zapewnić zakładom o statusie RIPOK wyłączność na zagospodarowanie głównego strumienia odpadów komunalnych. Jednocześnie, z punktu widzenia prawa konkurencji, po regionalizacji wprowadzonej w nowym systemie powstały lokalne rynki zagospodarowania odpadów. Na określonym rynku operatorzy instalacji dysponują tzw. kluczowymi urządzeniami, to znaczy najważniejszą (często jedyną) infrastrukturą do przetwarzania odpadów w danym regionie. W konsekwencji RIPOK posiadają zazwyczaj dominującą pozycję na lokalnym rynku zagospodarowania odpadów. W tej sytuacji trudno jest przyjąć, że wykonawca poniesie ryzyko ekonomiczne, o którym mowa w art. 3 ust. 3 i 4 ustawy o koncesji. Art. 3 ust. 4 stanowi, że przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.

Wobec ustalenia, że w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące koncesji, należy zwrócić się ku przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Ta w art. 2 pkt 13 stanowi, że przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że przedmiotem umowy, która zamierza zawrzeć z zamawiającym nie będą usługi. Wskazał, że przedmiotem umowy ma być zobowiązanie partnera prywatnego do udostępnienia możliwości korzystania przez spółkę celową z instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych przez wniesienie instalacji aportem do spółki celowej lub podpisanie umowy, której przedmiotem będzie przekazanie instalacji do używania i pobierania pożytków przez spółkę celową.

W ocenie składu orzekającego takie stanowisko wskazuje, że zdaniem zamawiającego przedmiotem postępowania jest specyficzna usługa zapewnienia możliwości korzystania z instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych przez spółkę celową. Z kolei z analizy powołanych na wstępie postanowień dotyczących kryteriów oceny ofert opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu wynika, że zasadniczą treścią świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego jest przyjęcie odpadów do instalacji, gdyż do niego odnoszą się cztery z sześciu kryteriów oraz termin uruchomienia instalacji.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 10 Pzp pod pojęciem usługi należy rozumieć wszystkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

W konsekwencji świadczenie wykonawcy Izba uznała ze usługę.

Nie podzielono też poglądu zamawiającego, że umowa, którą zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą nie będzie umową odpłatną w rozumieniu art. 2 pkt 13 Pzp. Sam fakt, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia bezpośrednio od zamawiającego, nie dyskwalifikuje odpłatnego charakteru umowy. Pojęcie odpłatności umowy nie ogranicza się do świadczenie pieniężnego pochodzącego bezpośrednio od zamawiającego. Odpłatność w dwustronnych stosunkach zobowiązujących oznacza bowiem jedynie obowiązek zapłaty za świadczenie wzajemne, która musi stanowić korzyść majątkową dla strony umowy. Odpłatność może mieć charakter wynagrodzenia wypłacanego bezpośrednio przez stronę umowy, ale również strony mogą w granicach wynikających z art. 357¹ k.c. inaczej ukształtować stosunek umowny.

Odpłatność zakłada zaistnienie przysporzenia majątkowego. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08 wywiódł, że odpłatny charakter umowy oznacza, że instytucja zamawiająca otrzymuje z tego tytułu świadczenie w zamian za świadczenie wzajemne (Zb. Orz. 2010, s. I-02673, pkt 48). Świadczeniem wzajemnym zamawiającego na rzecz wykonawcy w badanym postępowaniu jest prawo do udziału w zysku spółki celowej. Udział w zysku spełnia kryterium

odpłatności.

Argument zamawiającego o hipotetycznym charakterze zysku spółki celowej nie dyskwalifikuje umowy, którą zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą, jako umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po pierwsze, przeczą temu powołane wyżej uwarunkowania dotyczące funkcjonowania RIPOK. Po drugie, zysk spółki celowej zależny jest w pierwszej kolejności od tego, czy użytkowany przez nią RIPOK będzie w stanie odbierać odpady, zatem istotą zobowiązania wykonawcy jest zapewnienie gotowości świadczenia usługi przyjęcia odpadów. Należy zwrócić uwagę, że na gruncie zamówień publicznych istnieją usługi, przy wykonaniu których przewidzenie rozmiaru świadczenia wykonawcy nie jest możliwe a wykonawca musi utrzymywać zdolność do wykonania zobowiązania. Usługę taką stanowi np. zimowe utrzymanie dróg. Sam fakt, że nie można przewidzieć rozmiaru świadczenia wykonawcy, a więc i uzyskanej przez niego korzyści majątkowej, nie dyskwalifikuje zatem takiej umowy jako umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Również fakt wykonywania umowy w formie spółki celowej nie dyskwalifikuje danego stosunku zobowiązaniowego jako umowy w sprawie zamówienia publicznego i wynikającego z tego obowiązku udzielenia zamówienia na podstawie stosownych przepisów. Pogląd ten jest utrwalony w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyroki z 18 listopada 1999 w sprawie C-107/98 oraz z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03).

Dostrzeżono również, że zamawiający w § 5 ustalił, że postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. Trafnie zatem odczytał, że specyfika postępowania wymaga zastosowania tego trybu przewidzianego w Prawie zamówień publicznych.

Wobec powyższych ustaleń Izba zważyła, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp, gdyż poszczególne postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania nie odpowiadają wymaganiom norm ustawowych.

Zamawiający naruszył art. 60c ust. 2 Pzp, ponieważ wyznaczył zbyt krótki termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu. Powołany przepis odsyła do art. 49 Pzp, który w ust. 2 stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza, kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania wniosków nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W badanym postępowaniu ogłoszenia o zamówieniu ukazało się 30 stycznia 2018 r., natomiast termin składania wniosków został wyznaczony na 16 lutego 2016 r. Zamawiający dopuścił się zatem obrazy art. 60c Pzp.

W postępowaniu doszło również do naruszenia art. 60c ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 60d ust. 2 i 3, gdyż zamawiający nie określił, ani wstępnego harmonogramu postępowania i ewentualnego podziału dialogu na etapy, ani liczby wykonawców, których zamierza zaprosić do dialogu, ani kryteriów selekcji, jeśli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 3.

Dopuszczona przez zamawiającego w pkt II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu możliwość modyfikacji kryteriów oceny ofert w trakcie negocjacji narusza art. 60c ust. 1 oraz art. 60d ust. 5 pkt 6 Pzp. Powołane przepisy dają wprawdzie zamawiającemu możliwość nie dokonywania w całości opisu kryteriów, jeśli ich znaczenie lub wagi nie są możliwe do ustalenia na danym etapie postępowania, jednak nie pozwalają na zmianę tych kryteriów. Kryteria oceny ofert mają doniosłe znaczenie z punktu widzenia wykonawcy wchodzącego w dialog z zamawiającym dotyczący przedsięwzięcia o złożonym charakterze, którego sposób realizacji zostanie dopiero ustalony, zatem ustawa nie zezwala na ich zmianę.

Nie podzielono natomiast zarzutu dotyczącego opisu kryterium oceny ofert „wartość wykupu udziałów Miasta Jasło w spółce docelowej”, któremu zarzucono brak wskazania, w jaki sposób zamawiający obliczy tę wartość. W ocenie składu orzekającego kwestia ta może i powinna być doprecyzowana w trakcie dialogu bez obrazu przepisów ustawy.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia Izba zważyła, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 29 Pzp, gdyż przepis ten nie znajduje zastosowania we wstępnej fazie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Prowadząc postępowanie w tym trybie zamawiający, na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu i zaproszenia do dialogu, nie jest zobligowany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Dialog konkurencyjny jest postępowaniem odkrywczym, które jest ukierunkowane na uzyskanie przez zamawiającego wiedzy na temat rozwiązań dostępnych na rynku i wyboru najlepszego z nich, co oznacza, że wymagania ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, charakterystyczne dla podstawowych trybów przetargowych, nie są możliwe do zastosowania na wstępnym etapie tej procedury. Wszczynając postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający jest zobowiązany jedynie do opisanego swoich potrzeb i wymagań. W badanym postępowaniu zamawiający dokonał tego opisu jednak z naruszeniem przepisów ustawy oraz zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Przepis art. 60c ust. 1 pkt 1 Pzp nakazuje zamawiającemu zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu opisu potrzeb i wymagań określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się do dialogu lub informację o sposobie uzyskania opisu. Zamawiający wprawdzie sporządził w załączniku nr 1 Opis potrzeb i wymagań w zakresie dotyczącym RIPOK, jednak są one niewystarczające dla przygotowania się wykonawców do udziału w dialogu, czego wymaga przywołany przepis. Izba podzieliła pogląd odwołującego, że stanowiące jego jedyną treść opisanie

przez zamawiającego wymagania techniczne sprowadzają się zasadniczo do ogólnych regulacji ustawowych. Zamawiający oczekuje od wykonawców dołączenia do wniosku dokumentu zawierającego opis techniczny instalacji, przy czym nie wskazuje nawet elementów obligatoryjnych. Trudno przecież przypuszczać, aby zamawiający nie miał oczekiwać co do minimalnej przepustowości części instalacji, w której będą przetwarzane odpady zielone lub wiedzy co do morfologii odpadów, które będą kierowane do instalacji, a te dane mają znaczenie dla przygotowania się wykonawców do udziału w dialogu.

Izba nie miała wątpliwości, że przez powołane wymagania zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyniąc je nieprzejrzystym. Wobec szczątkowych danych zawartych w dokumentacji postępowania oraz ograniczeniu udziału zamawiającego we wspólnym przedsięwzięciu jedynie do hipotetycznej partycypacji pieniężnej, nie sposób przyjąć, że jest możliwe uczciwe konkurowanie o zamówienie wykonawców, którzy posiadają instalację i takich, którzy dopiero ją mieliby wybudować. Dokumentacja postępowania nie zawiera bowiem żadnych informacji, które byłyby użyteczne dla wykonawcy, który instalacji nie posiada. Wydaje się, że minimalnym wsparciem ze strony zamawiającego powinno być wskazanie możliwych lokalizacji dla budowy instalacji oraz współpraca związana z możliwością uzyskania decyzji środowiskowej, pozwolenia na budowę, pozwolenia zintegrowanego, czy statusu regionalnej instalacji. Taki stan rzeczy tworzy jawną preferencję dla wykonawcy, który posiada instalację do przetwarzania odpadów.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła alternatywne żądanie odwołującego i nakazała unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nagromadzenie naruszeń przepisów ustawy w jednym postępowaniu i to dotyczących kwestii podstawowych, w tym takich jak termin składania wniosków, brak wymaganych reguł prowadzenia postępowania, antykonkurencyjny opis potrzeb i wymagań zamawiającego powoduje, że postępowanie nie może być kontynuowane i podlega unieważnieniu. Zamawiający jest uprawniony i obowiązany do dokonania opisu i ustalenia reguł obowiązujących postępowaniu zgodnie z przepisami i zasadami ustawy. Izba nie może zamawiającego w tym zastępować. Kontynuowanie badanego postępowania doprowadziłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która podlegałaby unieważnieniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Przewodniczący: